

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP - Universidade Estadual Paulista

UNESP - São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor

Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Dr. João Lima Sant'Anna Neto

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Vice-Diretora

Prof^ª. Dr^ª. Nanci Soares

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof^ª. Dr^ª. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof^º. Dr^ª. Kelly Cristina Canela

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof^ª. Dr^ª. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Prof^ª. Dr^ª. Jete Jane Fiorati

Mestranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

UNESP - Universidade Estadual Paulista
UNESP - São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos <i>UNESP</i> .	Franca.	a. 21, n.33.	386 p.	2017.
---	---------	--------------	--------	-------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

- | | |
|--|--|
| Alcir Gursen de Miranda (UFRR) | Jete Jane Fiorati (Unesp) |
| Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México) | João Paulo Capelotti (ISHS) |
| Alejandra Leonor Pascual (UNB) | José Duarte Neto (Unesp) |
| Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid) | José Luiz Borges Horta (UFMG) |
| André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp) | José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra) |
| Antônio Alberto Machado (Unesp) | Kelly Cristina Canela (Unesp) |
| Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP) | Lucas Abreu Barroso (UFES) |
| Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra) | Luciano Vaz Ferreira (UFRGS) |
| Belinda Pereira da Cunha (UFPB) | Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina) |
| Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp) | Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ) |
| Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR) | Luiz Fernando Coelho (UFPR) |
| Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul) | Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG) |
| César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG) | Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada) |
| David Sanches Rubio (Univ. Sevilla) | Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid) |
| Débora Regina Pastana (UFU) | Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid) |
| Domingos S. D. da Silveira (UFRS) | Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne) |
| Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP) | Pedro Sérgio dos Santos (UFG) |
| Eduardo Pordeus (UFCG) | Paulo César Corrêa Borges (Unesp) |
| Ela Wiecko V. de Castilho (UNB) | Renato de A. O. Muçouçah (UFU) |
| Elisabete Maniglia (Unesp) | Ricardo Prestes Pazello (UFPR) |
| Esteban Juan Pérez Alonso (Univ. Granada) | Riva Sobrado de Freitas (Unoesc) |
| Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén) | Rodrigo Reis Mazzei (UFES) |
| Fabrizio Bertini Pasquot Polido (UFMG) | Sérgio Salomão Shecaira (USP) |
| Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda) | Vânia B. Rey Paz (UFMS) |
| Gilberto Bercovici (USP) | Vera Regina P. de Andrade (UFSC) |
| Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV) | Victor Hugo de Almeida (Unesp) |
| Guilherme Gouveia (UFJF) | Yvete Flávio da Costa (Unesp) |

Equipe Editorial

- | | |
|---|--|
| Adriano Roque Pires (Unesp) | Ana Clara Tristão (Unesp) |
| Ana Cristina Gomes Universidad de Salamanca | Ana Lelis Oliveira Garbim, (Unesp) |
| André Luiz Pereira Spinieli (Unesp) | Gabriel Moura Aguiar (Unesp) |
| Laura Rizzo (Unesp) | Maiara Motta (Unesp) |
| Thales Braghini Leão (Unesp) | Tiago Fernandes Guedes de Carvalho (Unesp) |
| Victor Luiz Pereira de Andrade (Unesp) | Sandra Aparecida Cintra Ferreira (Unesp) |
| Carlos Alberto Bernardes (Unesp) | |

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 - Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca -SP
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais - Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2017, 21-33
eISSN 2179-5177.

APRESENTAÇÃO

A **Revista de Estudos Jurídicos Unesp** (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica em seus números trabalhos jurídicos na forma de artigos, resenhas e traduções, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, consoante sua área de concentração, com destaque para uma de suas linhas de pesquisa: **1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.**

A revista é fruto da preocupação do PPGDireito/UNESP/Franca com a pesquisa jurídica de excelência, em uma realidade caracterizada pela necessidade de se concretizar o compartilhamento do conhecimento e habilidades direcionadas ao fortalecimento e ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Os critérios utilizados nas últimas edições se referem a estratos elevados, com artigos internacionais e o firme compromisso de altos índices de exogenia, distribuída pelos diferentes estados brasileiros e com contribuições de autores de elevado grau acadêmico, vinculados a conceituados programas de pós-graduação do Sistema Nacional de Pós-Graduação, tendo alcançado o estrato Qualis-Periódico B1, na última classificação da Área do Direito.

Neste número 33, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do PPGDireito/UNESP/Franca. Quanto à distribuição dos 14 (quatorze) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 4 (quatro) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 5 (cinco) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA; e 5 (cinco) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA.

Vale destacar a pertinência temática dos trabalhos à Área de Concentração do PPGDireito/UNESP/Franca, “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, contribuindo para o debate jurídico e para o aprofundamento das pesquisas realizadas no âmbito nacional e internacional.

Agradecemos a participação de todos/as que contribuíram para a manutenção da alta qualidade da revista, desejando que os pesquisadores/as apreciem o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos UNESP.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Presidente do Conselho Editorial e da
Comissão Permanente de Pesquisa da
UNESP - Câmpus de Franca

A VOCAÇÃO DA REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA UNESP - REJ

Pouco antes de falecer, em 1918 na Universidade de Munique, Max Weber proferiu duas palestras para estudantes: *Wissenschaft als Beruf* e *Politik als Beruf*. Em ambas e por preferência didática se afastou do estilo que pode ser encontrado em seus distintos trabalhos acadêmicos. Com didática procurou explicar aos estudantes o papel e a situação da Universidade e do Estado naquele momento histórico. Essas obras podem ser encontradas em português como “A Ciência como vocação” e “A Política como vocação”.

No opúsculo sobre a Ciência, o autor disserta sobre em que condições o conhecimento científico de seu tempo na Alemanha se construiu e se consolidou, como se profissionalizou e quais os pressupostos para a sua existência, o seu progresso e a sua vitalidade. A certo momento do texto conclui que o progresso em ciência está intimamente ligado a capacidade de produzir novos questionamentos e aos novos questionamentos, inovadoras respostas. Segundo o autor, o sentido de toda obra científica é produzir

novas indagações, o que, por paradoxo, a torna constantemente envelhecida e superada.

A lembrança de Weber e suas reflexões surgem e se impõem em uma edição comemorativa de um periódico científico. Impõem-se como juízo crítico sobre o espaço em que no correr dos anos essa ciência jurídica aqui ilustrada foi feita, em que condições e com quais propósitos. O juízo crítico é recomendável como apresentação do número que chega às mãos do leitor, é necessário para compreensão da produção científica que até o momento se fez e é indispensável para uma produção que se propõe com perenidade oferecer novas questões e novos caminhos para o desenvolvimento da pesquisa em Direito.

Nesse sentido, a REJ - Revista de Estudos Jurídicos - UNESP é um periódico semestral vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. A UNESP, por seu lado, é uma universidade jovem, ao menos se comparada com Bolonha (1088), Oxford (1096), Paris (1170), Cambridge (1209), Coimbra (1290), Heidelberg (1386), Harvard (1636), Yale (1701), USP (1934) e UNICAMP (1966). Foi fundada em 1976 a partir da reunião dos institutos isolados (unidades universitárias presentes em diversos pontos do interior do Estado de São Paulo e criadas, em grande parte, nas décadas de 50 e 60). São suas marcas indeléveis a ampla autonomia de seus distintos campi, sua inserção pelo interior do Estado de São Paulo e a juventude e o arrojo de seus pesquisadores e de seu corpo docente. Uma universidade vocacionada para o fazer diferente e de se construir o diferente. O experimentalismo e a originalidade diante dos cânones dominantes foram e são exigência para sua sobrevivência, crescimento e consolidação.

Essas características impactam, condicionam e informam o Programa de Pós-Graduação em Direito. Criado em dezembro de 1989, no correr de seus trinta anos de existência, tem granjeado destaque na produção científica jurídica. Seu propósito institucional consiste no

progresso, na originalidade, na inovação e no impacto de sua produção. Esta busca incessante não consiste em um fim em si mesmo. Afinal, a produção científica não é uma mercadoria sujeita à livre disposição - que se compra, vende, barganha e consome -, mas um produto que agrega capacidade transformativa. Capacidade transformativa que está atrelada aos destinos da nação brasileira.

A Revista de Estudos Jurídicos - REJ - no correr dos anos demonstra, prova e evidencia o cumprimento de todos estes objetivos.

A edição comemorativa que ora se leva à comunidade científica é mais um exemplo dos princípios que a inspiraram, como também um aceno para os desafios a serem enfrentados. Em um momento diagnosticado pelos diversos setores da academia brasileira como de crise, a produção dos diversos autores que assinam este número exhibe-se: a) pelo compromisso com a excelência, a atualidade e a originalidade; b) pela sensibilidade para a superação das injustiças; c) pela fé inabalável na Democracia, em uma pauta de Direitos Humanos e no Estado de Direito; d) pela vocação para o caráter transformador do conhecimento científico jurídico.

Esta vocação para realizar em grau máximo os propósitos que foram enunciados é ratificada semestralmente há 30 anos. A edição comemorativa é o atestado de que o chamado, que regularmente de seis em seis vezes se faz, tem contado com a resposta, a participação e o engajamento do que há de original, excelente e impactante na pesquisa em Direito. A efeméride da edição é a oportunidade para reafirmar o projeto científico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesp e o apelo para que nos próximos trinta anos novos vocacionados venham construir esse projeto que é aberto, plúrimo e comum.

Prof. Dr. José Duarte Neto

Coordenador do Programa de Pós-Graduação
em Direito da UNESP - Câmpus de Franca

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

LA FORMACIÓN DEL ABOGADO: IDEAS PARA UN DEBATE

Fernando Velásquez Velásquez 15

O SENTIDO FILOSÓFICO DOS DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE LÍQUIDA: UMA INTERLOCUÇÃO COM O PENSAMENTO DE ZYGMUNT BAUMAN

Humberto Bersani

Janaína Dantas Germano Gomes 45

INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE: PESQUISA EXPLORATÓRIA COMPARATIVA NO DIREITO CONSTITUCIONAL ITALIANO

Alexandre Walmott Borges

Borja Muntadas Figueras 63

DO ATIVISMO JURÍDICO À JURISDIÇÃO SOBRE A POLÍTICA: SINGULARIDADES DA REINVENÇÃO BRASILEIRA APÓS 1988

Renan Rosolem Machado

Alberio Neves Filho 93

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO FEMININO A PARTIR DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

Vanessa de Castro Rosa 139

A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E SUA EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ney Maranhão

Vanessa Rocha Ferreira

Frederico Silva Jackson Costa 155

**O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O TRABALHO
DECENTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA “CONDIÇÃO DE
AGENTE” DO INDIVÍDUO E DA REDUÇÃO A CONDIÇÃO
ANÁLOGA À DE ESCRAVO**

Catharina Lopes Scodro

Juliane Caravieri Martins.....187

**REGIME TRIBUTÁRIO DA EXTRAFISCALIDADE E A FUNÇÃO
PROMOCIONAL DO DIREITO**

Mario Augusto Carboni.....217

**MERCANTILIZAÇÃO DA TERRA E O INVESTIMENTO
ESTRANGEIRO NO CAMPO AGRÍCOLA**

Rabah Belaidi

Renata Reis de Lima243

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

**DELITOS CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS E A
INADEQUAÇÃO NOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PENA
DE MULTA**

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira.....273

**DESAFIOS DA DEMOCRACIA DIGITAL NA REALIDADE
BRASILEIRA: O ACESSO À ESFERA PÚBLICA ONLINE**

Murilo Borsio Bataglia

Ana Claudia Farranha287

**LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E
DEVER DE NÃO INTERVENÇÃO**

Edihermes Marques Coelho

Weber Abrahão Júnior.....309

**DESCARACTERIZANDO A FUNÇÃO SOCIAL DOS SIGNOS
DISTINTIVOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE DA PRIMEIRA
INDICAÇÃO GEOGRÁFICA DE SERVIÇOS**

Victor Luiz Pereira de Andrade

Luciana Lopes Canavez329

**AS CONDIÇÕES DE ACESSIBILIDADE ARQUITETÔNICA
PARA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO AMBIENTE
PRISIONAL: NOTAS DE DIREITO COMPARADO ENTRE
BRASIL E ITÁLIA**

André Luiz Pereira Spinieli

Flávia Foz Mange361

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

LA FORMACIÓN DEL ABOGADO: IDEAS PARA UN DEBATE

A FORMAÇÃO DO ADVOGADO: IDEIAS PARA UM DEBATE

Fernando Velásquez Velásquez*

SUMÁRIO: Introducción. 1 Las competencias básicas. 2 La formación ética. 3 La conciencia social y la formación política. 4 La disposición para defender la democracia. 5 La formación cultural y académica. 6 El compromiso con la lucha contra la corrupción. 7 La inserción en la sociedad de la información. 8 El amor al derecho. 9 La idoneidad para el ejercicio de su profesión. 10 La capacidad para contribuir a la búsqueda de la paz. 11 La lucha por la tolerancia. 12 La aptitud para utilizar los métodos alternativos en la solución de los conflictos. 13 El manejo de la teoría de la legislación. 14 La versación en la teoría de la interpretación. 15 La formación de los formadores y la didáctica jurídica. 16 La reforma a los estudios de derecho: hacia un modelo realista y humanista. Conclusiones. Referencias.

RESUMO: Este artigo aborda as competências que devem incidir na educação de futuros profissionais do direito no âmbito de uma sociedade plural e democrática, se se busca contribuir para os processos de transformação da Justiça e do país em que se vive hoje. Além disso, enfatiza a necessidade de preparar formadores com seriedade e idoneidade e propõe uma reforma dos estudos jurídicos com um desenho em três níveis: o propedêutico, o formativo e, para concluir, o de aprofundamento, tudo em contexto de um modelo realista e humanista.

Palavras-chave: advogados. crise. direito. educação. formadores. reforma.

RESUMEN: Esta ponencia aborda las competencias en las que debe incidir la educación de los futuros profesionales del derecho en el marco de una sociedad plural y democrática, si es que se busca contribuir a los procesos de transformación de la Justicia y del país que hoy se viven. Además, hace hincapié en la necesidad de preparar con seriedad e idoneidad a los formadores y propone una reforma a los estudios de derecho con un diseño de tres niveles: el propedéutico, el formativo y, para concluir, de profundización, todo ello en el contexto de un modelo realista y humanista.

Palabras claves: abogados. crisis. derecho. educación. formadores. reforma.

INTRODUCCIÓN

Colombia –y el mal se extiende a lo largo y ancho de nuestro continente y de otros– es un país signado por la injusticia, la desigualdad social, la desinstitucionalización, la criminalidad, la corrupción, el clientelismo, la burocracia, la mediocridad, la falta de valores, etc.; esta es una afirmación que no requiere de mayor demostración empírica porque se percibe a diario. Es más, hablar de la crisis que vive la Administración

* Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. Ponencia presentada en la “Jornadas de reflexión y propuesta sobre prioridades de reforma a la justicia” - Educación, Formación de Abogados, Jueces y Ética.

Artigo recebido em 25/09/2019 e aceito em 25/09/2019.

Como citar: VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. La formación del abogado: ideas para un debate. **Revista de Estudios Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 15-43. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/issue/archive>.

de Justicia –que, además, es apenas una de las tantas manifestaciones de los aprietos que la organización social padece en todos los planos– y de la necesidad de reformarla también parece una perogrullada porque, si algo está claro, es que ella no funciona (o lo hace de forma muy parcial, precaria, selectiva, desigual, clasista y con características sustancialmente diversas a las exigidas por un Estado Social y Democrático de derecho), así tan importante asunto parezca no interesarle a nadie, en especial a los propios profesionales y estudiosos del derecho sin olvidar a los encargados de dispensar el anotado servicio público.

Desde luego, el objeto de este escrito no es abordar la reforma a la Justicia y su crisis en general, sino que se circunscribe a una de las problemáticas propias de toda esa compleja red de asuntos, cual es la formación de los abogados. Por ello, en las páginas siguientes –con la advertencia de que este asunto amerita un marco teórico más general que aborde la educación jurídica como crisis y realidad: Figueroa, 2003, p. 43– se hacen algunas reflexiones encaminadas a responder a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las competencias que debe tener el jurista llamado a laborar en el seno de una sociedad en crisis como la nuestra?

Así las cosas, aquí se esbozan -en primer lugar- las competencias mínimas que ese estudioso ideal debe reunir; luego, en segundo lugar, se hace énfasis en la necesidad de formar a quienes tienen la inmensa responsabilidad de educar a esos profesionales. Así mismo, en tercer lugar, se esboza un diseño de tres niveles llamado a ser puesto en ejecución en el marco de la necesaria reforma a los estudios de derecho, que debe tener dos contenidos precisos: realismo y humanismo; al final, en cuarto y último lugar, se consignan las conclusiones y se indican las referencias bibliográficas empleadas.

1 LAS COMPETENCIAS BÁSICAS

Pueden señalarse los siguientes aspectos como prioritarios a la hora de emprender cualquier discusión en torno a las competencias que debe reunir un profesional del derecho en el contexto de la sociedad actual:

2 LA FORMACIÓN ÉTICA

Aunque parezca paradójico, si algo urge hoy es profundizar en la ética para lograr que los nuevos abogados tengan herramientas que les

permitan luchar por los valores que inspiran la convivencia civilizada; es más, se debe propender porque las normativas encaminadas a controlar el ejercicio de la profesión se apliquen de verdad y los organismos encargados de hacerlo cumplan con su tarea en forma debida, máxime si se trata de un país donde la corrupción y el clientelismo también los han permeado. En otras palabras: se debe propulsar una verdadera deontología jurídica, entendida como la aplicación de los deberes, principios, reglas y virtudes morales referidos al terreno del derecho (SALDAÑA, 2013, p. 39).

De ello se deriva que la formación del jurista solo quedará completa si se incluyen en su desarrollo académico y laboral “aquellos principios, reglas y virtudes jurídicas que la ética de su profesión exige” (SALDAÑA, 2013, p. 54), entre los cuales se deben garantizar la dignidad, la independencia, la integridad, la función social, el secreto profesional y la libertad de elección, etc., propios de un código deontológico que oriente la profesión de abogado. Desde luego, no se trata tanto de tener en los currículos de las facultades de derecho cátedras específicas de ética profesional (que siempre deberán introducirse) sino de hacer que todas las asignaturas impartidas tengan un contenido orientado hacia ella y que, adviértase, estén conducidas por formadores que den ejemplo cabal de un ejercicio ajustado a los principios de esa deontología; por eso, la ética no se enseña sino que se practica. Ella es acción porque supone plasmar en la práctica cotidiana los valores; de ahí que instruir en esta materia suponga crear costumbres, hábitos y formar el carácter para que el individuo logre su autodominio. Muy bien, lo dice Platón, cuando Sócrates y Menón dialogan sobre la virtud:

Sócrates - ¿Por lo tanto, la virtud no sería enseñable?
Menón. - No parece que lo sea, si es que hemos investigado correctamente. De modo que me asombro, Sócrates, tanto de que puedan no existir hombres de bien, como del modo en que se puedan haber formado los que existen (PLATÓN, 1999, p. 58).

3 LA CONCIENCIA SOCIAL Y LA FORMACIÓN POLÍTICA

A la par, es también forzoso que los nuevos profesionales del derecho sean personas comprometidas con su entorno, no máquinas de acumular cosas materiales y de ascender en la pirámide social; ellos deben saber que viven en un país con una desigualdad social abismal, tanto que

diversas organizaciones internacionales como Naciones Unidas (ONU), la CEPAL, el Fondo Monetario Internacional, etc. califican a nuestro país como uno de los más desiguales en el mundo, al lado de naciones como Angola, Haití, Honduras y, a veces, por debajo de los africanos (IGUALES-OXFAM, 2016; ALVAREDO *et al.*, 2018; AMARANTE y COLACCE, 2018, p. 7 y ss.; DINERO, 2018).

Por eso, un profesional sin sensibilidad social y política y sin la capacidad y disposición de luchar por los derechos de los más débiles, no está preparado para cumplir con su importante tarea (NOVOA, 1968, pp. 27-28; NOVOA, 1985, p. 118 y ss.) y, por ende, no es idóneo para llevar a la vida real los designios de la ley y la Constitución. Bien es sabido que los abogados desempeñan un papel muy importante en la formación y consolidación del Estado de derecho, mediante su intervención en la vida pública y, en particular, en la administración de justicia, por lo cual deben estar debidamente adiestrados para cumplir con su misión (HURTADO, 2005, p. 2), esto es, tienen que ser más sensibles a desarrollar empatía por el sufrimiento de los demás (GÓMEZ, 2016, p. 253). En otras palabras: deben ser “juristas comprometidos con una tarea políticamente crítica y transformadora ante las injusticias del presente” (PÉREZ, 2002, p. 240).

Y esto es todavía más evidente cuando se piensa en que los estudios del derecho, tradicionalmente, han pertenecido a las élites y han sido pensados para personas de los más elevados estratos sociales y económicos; por ello, urge democratizar más estos saberes porque, como bien se ha expresado, “el sistema educativo, con sus prácticas de selección, admisión de aspirantes, transmisión de información y validación de los conocimientos adquiridos, termina premiando especialmente a aquellos estudiantes que cuentan con mayor herencia económica y cultural” (GÓMEZ, 2016, p. 230). Solo así se podrá lograr, entonces, que el libre acceso a la educación también en estas materias sea un derecho fundamental real y no de papel.

4 LA DISPOSICIÓN PARA DEFENDER LA DEMOCRACIA

Además, al pupilo se le debe educar como a un buen ciudadano para que cumpla con sus deberes constitucionales y legales y esté en capacidad de ejercer sus derechos en el marco propio del Estado Social y Democrático; para él la defensa de las instituciones debe formar parte de su quehacer cotidiano. El nuevo abogado tiene que estar comprometido con la

lucha por la democracia y no preparado para los mercados (GÓMEZ, 2016, p. 227, 245, 250).

Esto significa, en otras palabras, que ha de estar capacitado para impulsar y defender la cultura de la legalidad, de tal manera que batalle contra el creciente irrespeto por el derecho, algo vital en un país donde se observa la ausencia de Estado en grandes zonas de la geografía nacional y existen plurales manifestaciones de la justicia privada -piénsese, por ejemplo, en las llamadas “justicias paralelas” ejercidas por grupos guerrilleros, paramilitares, de limpieza social o bandas criminales, etc.-, que potencian el retorno a las épocas más primitivas del derecho penal cuando no la coexistencia de diversos sistemas punitivos, incluido el estatal, que se disputan su preeminencia (LONDOÑO, 2016, p. 133 y ss.). Esto sin olvidar las formas clandestinas de administrar justicia penal, el llamado “derecho penal subterráneo”, fruto del ejercicio de un control social no institucionalizado o parainstitucional, efectuado a través de conductas ilícitas casi siempre en el marco de la llamada criminalidad de Estado (ZAFFARONI, 1988, p. 15-16; VELÁSQUEZ, 2014, p. 109 y ss.).

Se debe, pues, instruir al estudioso del derecho (igual en el ciudadano de a pie) para que crezca en él el respeto por la Ley y por la tarea de los administradores de Justicia, de la mano de una cultura de la paz y de la convivencia, lejos de los escenarios que posibilitan esas formas perversas de resolver los conflictos sociales; es más, la enseñanza del derecho debe ir de la mano del estudio de la teoría de los derechos humanos para que el trabajo del jurista tenga como referente esencial al ser humano por lo cual debe asumir y hacer suyo el principio de dignidad de la persona como el postulado rector de todas sus actuaciones, todo lo cual también supone “el respeto incondicionado de los derechos humanos; para el caso de los abogados, no solo de su cliente o de quien asesora, sino también de su contraparte” (SALDAÑA, 2013, pp. 50-51).

5 LA FORMACIÓN CULTURAL Y ACADÉMICA

También, es forzoso formar juristas con una decidida vocación académica y que amen la cultura (de ahí la importancia de que tengan preparación en disciplinas como la sociología, la economía, la filosofía, la política, la teoría del conocimiento, la economía, la literatura, la teoría de la argumentación, etc., en un primer ciclo de su preparación) y que estén dispuestos a librar los debates jurídicos con suficiencia y hondura, para lo

cual son vitales los cursos de metodología de la ciencia del derecho, porque sin instrumentos que les enseñen a pensar, razonar y discutir, cualquier emprendimiento en este ámbito está condenado al fracaso (piénsese en los trabajos dirigidos, los seminarios, el aprendizaje colaborativo, el aprendizaje basado en problemas, la clínica jurídica, o instrumentos que sirvan para desarrollar las habilidades y destrezas jurídicas fundamentales, etc.) (García, 2008, p. 21 y ss.); pero esa formación tiene que ser además crítica, cuestionadora, capaz de deslegitimar las normas y denunciar las prácticas jurídicas que tratan de institucionalizar afrentas e injusticias.

Así mismo, debe ser teórico-práctica, de tal manera que al educando se le enseñe a convivir con la solución de los problemas y los casos de la vida real, esto es, con base en el método clínico para el análisis del derecho (RODRÍGUEZ, 2007, p. 5 y ss.), todo ello a partir de un enfoque multidisciplinario y con una lupa de análisis internacional porque hoy casi todas las controversias jurídicas se desenvuelven en esos escenarios, máxime que el derecho tiene una profunda dimensión valorativa, esto es, político-moral (PÉREZ, 2002, p. 241).

Para decirlo en otras palabras: se debe rechazar también en el ámbito de la formación jurídica la concepción bancaria de la educación para la cual los alumnos solo son receptáculos donde el profesor deposita sus supuestos conocimientos y, en su lugar, debe promoverse una instrucción liberadora, problematizadora, esto es, un verdadero acto cognoscente (FREIRE, 2005, p. 75 y ss.); se trata, pues, de diseñar mecanismos para desarrollar destrezas y habilidades, de formar la mente de un abogado crítico y creativo, no de “llenar” al estudiante de textos de enseñanza repletos de largas citas textuales de la doctrina foránea, esto es, como se ha dicho, un verdadero *collage* “que -además de suscitar dilemas de autoría- limita el papel del doctrinante local al de comentarista de las autoridades extranjeras citadas”, cuando no caer en la exégesis al tratar de hacer teoría jurídica en medio de un análisis “ventrílocuo”, por parte de portavoces locales de teóricos extranjeros “cuyo trabajo no pocas veces tiene una estructura filosófica o defiende unos postulados profundamente dependientes de la realidad académica y social en las que son producidos” y que, poco o nada, aportan a nuestra realidad (RODRÍGUEZ, 2011, pp. 12-13).

Esos enormes vacíos se evidencian en muchas de las aulas de nuestras facultades de derecho las cuales, pese a que se está en el siglo XXI, no han dejado de ser meros almacenes donde se ubica a los discípulos para llenarlos de información que casi nunca se procesa y se cuestiona; un

modelo para el cual la la transmisión del conocimiento jurídico es presa de un “discurso unidireccional, propio del modelo pedagógico transmisionista, que no facilita a los estudiantes interactuar con la cultura y el conocimiento, comprender en su propia experiencia los significados ni cargar de sentido su aprendizaje” (MOLINA *et al.*, 2014, p. 35). El resultado es bien conocido: profesionales domesticados; exégetas que apenas si aprenden a manipular la ley; pésimos abogados en ejercicio y siempre proclives a la trampa y el facilismo, que aman el espectáculo en los medios de comunicación social; jueces y fiscales mediocres, apegados al frío texto legal, que quieren imitar a los artistas de moda como si fueran actores de los enlatados mediáticos, con los cuales se llenan los espacios televisivos. Y, para acabar de ajustar, profesores universitarios corrientes, autoritarios y anodinos, muchos de los cuales hasta renuncian a cargar el patrimonio de cualquier académico: los libros.

6 EL COMPROMISO CON LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Por supuesto, otro de los males sociales que aqueja la formación de los abogados es la corrupción que también se apoderó de las aulas universitarias; ellas se han vuelto escenarios para el clientelismo, el favoritismo, el tráfico de notas y el amiguismo. Por eso, no es de extrañar que nuestro país, según las mediciones de Transparencia Internacional, ocupe el lugar número 96, entre 180, para el año 2017; y, por supuesto, que existan carteles de la toga integrados por jueces, magistrados, fiscales, abogados defensores, miembros de la policía judicial, sin ningún escrúpulo, que trafican y se enriquecen con las decisiones judiciales.

¡Qué más cabe esperar cuando desde los bancos universitarios se posibilitan estas vergonzosas prácticas! ¡Cuando desde el seno de los mismos hogares, a los niños se les enseña que lo importante es lograr los fines que se proponen sin importar los medios utilizados! En esta sociedad, pues, donde la descomposición se enseña a todos los niveles no puede esperarse que los abogados se comporten como San Francisco de Asís o la madre Teresa de Calcuta, porque ellos son parte de todo el carcomido establecimiento social y político que hemos ayudado a construir.

Por eso, la formación dispensada a los futuros abogados tiene que intervenir de manera muy drástica para erradicar este cáncer social que todo lo corroe y funciona a manera de verdadera máquina infernal,

que todo arroja a su paso. En otras palabras: los futuros abogados tendrán que estar muy atentos a impedir que sus clientes corrompan a los jueces porque si ellos lo permiten “el interés particular arrasa con las obligaciones del juez respecto del Estado de derecho” (BÖHMER, 2007, p. 148); y, por supuesto, si a ellos no se les adiestra para que eviten hacerlo van a terminar por pervertir todo el aparato judicial como, de forma lamentable, sucede en nuestro país, incluso gracias a iniciativas libertinas que también provienen de quienes administran Justicia.

7 LA INSERCIÓN EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Como en el actual contexto planetario globalizador y tecnológico, propio de una sociedad de la información, el contacto del ser humano con la ciencia ha cambiado de forma dramática, es imperioso que el estudioso del derecho pueda incorporar a su actividad las nuevas tecnologías sin las cuales no es concebible ya la vida humana en comunidad; ese es, pues, el entorno internacional dentro del cual se prestan los servicios jurídicos por parte de los abogados. De ahí que las Universidades deban ser muy agresivas en estas materias para jalonar el desarrollo académico y el crecimiento personal de los futuros juristas tecnológicos que habrán de laborar en despachos, comunidades o bufetes virtuales, máxime si es evidente que la demanda para estudiar esta profesión ha crecido de manera significativa y un buen porcentaje de quienes aspiran a hacerse juristas son personas del sexo femenino que antes eran muy discriminadas y, ahora, mucho quieren aportar para renovar esta hermosa actividad.

Pretender seguir anclados en el pasado es prestarle un flaco servicio al Estado de Derecho e impedir las necesarias transformaciones que, día a día, han pasado a formar parte de la formación jurídica propia del abogado del siglo XXI, inmerso en un nuevo derecho en el contexto de la economía globalizada (FARIA, 2001); no hacerlo sería olvidar que el nuevo estado de cosas ha tenido un impacto dramático en la profesión y en el campo de la abogacía, por lo cual la demanda de servicios profesionales ha cambiado de forma muy drástica durante los últimos años. Estamos, pues, en el seno de una sociedad que cada día demanda más servicios porque es este el sector económico que ahora se privilegia, en lugar de las economías agrarias e industriales que también entre nosotros van quedando atrás.

El reto de las escuelas de derecho y de los nuevos profesionales, pues, es adaptarse a esos cambios so pena de terminar anquilosados y a

la zaga de las nuevas realidades sociales, económicas y políticas, sobre todo cuando se piensa en un país sometido a profundas transformaciones que, no obstante, lo muestran como muy débil en el plano institucional tras la irrupción de procesos reformadores acolitados por la llamada justicia transicional que ha irrumpido, como un nuevo canto de sirenas, para transformar la realidad del país so pretexto de la consecución de una paz esquiva y todavía muy lejana.

8 EL AMOR AL DERECHO

Una de las características de la sociedad en la cual hoy vivimos es que los seres humanos no se quieren comprometer con nada, todo –para recordar al gran sociólogo Zygmunt Bauman, 2004– es “líquido”, “volátil”, “gaseoso”; incluso el amor y, por ende, todas relaciones entre el tejido humano son frágiles (BAUMAN, 2006). Por ello, las personas no aman sus profesiones y la gran mayoría de quienes culminan sus estudios universitarios lo hacen guiados por el lucro o por los deseos de escalar algún peldaño social; y eso, bueno es decirlo, sucede con muchos abogados quienes no quieren lo que hacen porque olvidan el décimo mandamiento que acuñó Eduardo J. Couture, cuando expresó: “*Ama tu profesión*. Trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti, proponerle que se haga abogado”. De allí que, como dice Angel Ossorio,

El Abogado o lo es con apasionamiento lírico, o no puede serlo, porque soportar de por vida una profesión que no se estima es miserable aherrojamiento, solo comparable al de casarse con una mujer a la que no se ama; y quien lleva clavadas tales espinas no tiene resistencia más que para lo mecánico, para lo que puede hacerse con el alma dormida o ausente (2005, p. 65).

Contra ese terrible flagelo también se debe luchar cuando se piensa en la educación que se le debe impartir a los nuevos profesionales del derecho; se les debe inculcar el amor por su carrera, por el derecho, porque “el amor y la justicia dan sentido a la vida humana en sus dimensiones interpersonal y social, configurando, dando el ser a la amistad y al Derecho”. (LEGAZ Y LACAMBRA, 1967-1968, p. 2). Deben entender que es una profesión sublime que supone todo un apostolado, que exige entrega, mística, afecto, lucha y hasta la caridad (LONDOÑO, 2014, p. 95); por eso los jóvenes nunca deberían olvidar la frase de Whitman cuando, en su

“Canto a mí mismo”, reivindica el amor como columna vertebral de todas las actuaciones humanas: “Y quien camina una legua sin amor, camina a su propio entierro envuelto en su sudario” (1974, p. 183). En fin, deberían tener siempre presente al gran poeta lírico italiano Andrea Maffei: “Sin amor el peregrino vaga errante en un desierto. Sin amor es zarzo yerto el laurel del vencedor. La hermosura se marchita. Sin amor como azucena; sin amor lúgubre suena el laúd del trovador” (en ESTELRICH, 1889, p. 559).

En fin, es necesario que el abogado entienda que el derecho es sublime y tenga la convicción de que él es un instrumento insuperado de convivencia (SOLER, 1956, p. 13); gracias al derecho muchos conflictos sangrientos han terminado en las mesas de conversaciones y los hombres, al reconciliarse, se han dado espontáneos y amorosos apretones de manos que han salvado muchas vidas. Por ello, pues, es necesario

(...) afirmar la fe en el Derecho, frente al pesimismo nostálgico de muchos juristas, y frente al desprecio de los que no lo son, tantas veces justificado; fe también en su Ciencia, encerrada hoy, en buena parte, en una esterilidad romántica, en su verdadero carácter de «saber de salvación», de cuyo definitivo rescate tanto precisa nuestro tiempo, angustiosamente menesteroso de Justicia (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2002, p. 56).

9 LA IDONEIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN

Otra de las necesidades actuales en la materia que se trata aquí es la preparación del profesional para que asuma sus tareas como abogado en ejercicio, fiscal, procurador o juez, de tal manera que reciba el entrenamiento específico que cada una de esas funciones demanda; y ello se pone en evidencia cuando se observa su pobre nivel discursivo, tanto en forma verbal como por escrito, la pobreza lógica al razonar, la ausencia de rudimentos teóricos mínimos en la especialidad que dice profesar, etc. Así las cosas, muchas veces parece que no se conocen los rudimentos brindados por la teoría de la argumentación (PÉREZ, 2002, pp. 210 y 216).

Por ello, entonces, no es extraño que no sepan confeccionar una providencia judicial (léanse, por ejemplo, las mamotréticas sentencias de la Corte Constitucional o las de la Corte Suprema de Justicia que, además, pretenden que ahora el precedente judicial sea la fuente por excelencia del derecho, como si despachasen desde la oficina

de una autoridad judicial inglesa o norteamericana), conducir una audiencia, interrogar a un testigo o a un perito, elaborar un memorial de alegaciones, hacer un alegato oral, etc., todos ellos instrumentos indispensables cuando se dispensan sistemas proclives a la oralidad, que se pueden privilegiar si se implanta “un modelo transformador de la enseñanza tradicional del derecho que busca crear estudiantes con capacidades analíticas, críticas e innovadoras mediante el uso de casos reales en la clase” (RODRÍGUEZ, 2007, p. 6; COURTIS, 2007, p. 9 y ss.), basado en la clínica y el estudio de casos; o, en otras palabras, un modelo cuyo objetivo sea “integrar el aprendizaje doctrinal y teórico, las destrezas de análisis, comunicación y persuasión al manejo de situaciones conflictivas que pueden ser resueltas por el abogado” (ÁLVAREZ, 2007, pp. 225-226).

A lo anterior, se suma el descuido personal en la presentación de los abogados: visten mal, no manejan los usos sociales, son inelegantes, etc.; ellos, como la Justicia, han perdido su majestad y su dignidad por lo cual ya nadie les cree y han sido reemplazados por el accionar de otros actores (los medios de comunicación, los violentos, etc.). Además, como no se tienen las más mínimas nociones en materias administrativas y gerenciales, tampoco saben conducir un despacho judicial y, por supuesto, menos realizar tareas tan importantes para la imagen de la Administración de Justicia, como las encaminadas a atender bien a los usuarios de ese servicio público.

Así las cosas, el entrenamiento desde la facultad mediante juicios simulados, concursos de oratoria, pasantías en tribunales, visitas a los despachos judiciales, estudios de casos, estadías en empresas y en bufetes de abogados, la realización de actividades de apoyo en centros de conciliación, trabajo en las prisiones y en los recintos congresionales, labor en consultorios jurídicos (hoy muy mal conducidos), entre muchos otros mecanismos, son instrumentos fundamentales para lograr mejores profesionales, de tal manera que –más allá de una formación esencialmente memorista o, en el mejor caso, conceptualista–, se posibilite al estudiante de derecho “el contacto con el funcionamiento cotidiano de los tribunales y de otros órganos encargados de producir e interpretar normas jurídicas, el estudio de las relaciones con el cliente, las habilidades estratégicas, narrativas y probatorias del abogado, etc.” (COURTIS, 2003, p. 78).

10 LA CAPACIDAD PARA CONTRIBUIR A LA BÚSQUEDA DE LA PAZ

También, la formación a dispensar a los estudiosos en estas materias tiene que retomar la senda abierta por los voceros del pacifismo jurídico, esto es, ese conjunto de doctrinas para las cuales el derecho es una herramienta fundamental para el mantenimiento o la construcción de la paz, gracias a cultores como Hans Kelsen (1946), Norberto Bobbio (1982, 23 y ss.; 1997a, p. 1114) y Luigi Ferrajoli (2004, p. 30), los máximos expositores de esas ideas en el último siglo desde sus sitiales de grandes teóricos del derecho (GARCÍA, 2012, p. 82), quienes hunden sus raíces en ese ideal humanista que se remonta desde la antigüedad hasta nuestros días y que, no se olvide, encuentra en el cristianismo su más sólida expresión (VELÁSQUEZ, 2015b, p. 37).

De ahí que para Ferrajoli exista un vínculo inescindible entre la paz y la seguridad, por un lado, y entre la paz y la justicia material, por otro, de donde se infiere que se trata de un pacifismo que se preocupa por la protección internacional de los derechos humanos y por la redistribución de la riqueza a nivel global, cuando no por la necesaria y urgente conservación del medioambiente. Por eso, advierte, “la guerra es la negación del derecho y de los derechos, ante todo del derecho a la vida, así como el derecho, fuera del cual no es concebible ninguna tutela de los derechos, es la negación de la guerra” (2004, p. 45).

Así las cosas, no es de extrañar -máxime si se piensa en un país atravesado por la pesadilla de la guerra y el conflicto a lo largo de toda su historia- que el constituyente de 1991, al redactar los derechos fundamentales, disponga en el artículo 22 de la carta magna que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. De esta manera, pues, se consigna uno de los valores supremos de cualquier organización social civilizada que tiene una doble naturaleza: el *derecho* de los ciudadanos a la coexistencia en una comunidad libre, pacífica y ordenada; y, en consecuencia, el *deber* perentorio para las autoridades de velar por su logro y consecución. En este contexto, pues, los futuros abogados mucho tienen que aportar a la construcción de una nueva sociedad donde se pueda convivir de forma armónica; y, como es obvio, ellos deben estar debidamente entrenados para cumplir su sagrada misión y ser sembradores de paz y concordia, no picapleitos solo ocupados en destruir a quienes se les aproximan cuando no en despojarlos de todos sus haberes materiales.

11 LA LUCHA POR LA TOLERANCIA

Desde luego, es también necesario formar nuevos expertos en el derecho que amen la tolerancia como uno de los valores que inspira la convivencia civilizada -que es, al mismo tiempo, un principio filosófico que también se expresa como la norma de la libertad religiosa-, esto es, como dice el léxico en una de sus acepciones (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2014, p. 2134), el respeto a las ideas, creencias o prácticas de los demás cuando son diferentes o contrarias a las propias. Se trata de una idea arraigada en lo más profundo de la historia humana, al punto de que muchos hombres han sacrificado sus preciosas vidas al hacer un llamado para que -por encima de todo- prime el respeto por nuestros congéneres; los paradigmáticos ejemplos de Sócrates, Jesucristo, Gandhi, entre tantos otros, así lo atestiguan (VELÁSQUEZ, 2015a, p. 31).

Es más, debe recordarse que desde 1689, lúcidas mentes como las de John Locke han dicho que “los derechos civiles no deben ser violados o cambiados por la religión” y que “la fuerza no puede dominar las creencias de los hombres ni plantar algunas nuevas en sus pechos” (2001, pp. 56 y 111); y, en 1763, un pensador tan significativo como Voltaire, al escribir páginas esplendentes sobre el asunto con motivo del injusto procesamiento y la arbitraria muerte de Jean Calas, recordaba que los antiguos pueblos civilizados nunca estorbaron la libertad de pensar (VOLTAIRE, 2006).

No obstante, hoy, cuando uno abre las páginas de cualquier periódico, enciende el aparato de televisión u observa el comportamiento de los seres humanos en los más disímiles escenarios en nuestro país, presencia la forma como la intolerancia se ha apoderado de todos los espacios y, en particular, de nuestras vidas; el fantasma de la intransigencia, del irrespeto por las ideas ajenas, pues, sacude al mundo entero y, como diría el lúcido pensador francés ya citado, nos devoramos como fieras y perseguimos a quienes no piensan igual. Es el gobierno de la sinrazón y la barbarie, lo cual explica las continuas, reiteradas y cobardes muertes de muchos líderes sociales o voceros de la comunidad como sucede entre nosotros.

12 LA APTITUD PARA UTILIZAR LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

El cambio dramático observado en la composición de sociedades como la nuestra, urgidas de lograr escenarios convivencia armónica como

acaba de señalarse, obligan a entrenar a los futuros profesionales en los métodos alternativos para dirimir las controversias; porque, si se quiere construir un verdadero Estado de Derecho Social y Democrático, los litigios no se pueden resolver con la violencia, la coacción, la justicia privada (recuérdense aquí el accionar de grupos criminales armados como los paramilitares acompañados, en veces, de las fuerzas regulares, en diversos lugares de la geografía nacional), etc., sino que se debe echar mano a los métodos pacíficos como son los heterocompositivos, gracias a los cuales los contendientes encuentren respuesta a sus demandas y queden satisfechos sus intereses.

Esta exigencia es todavía más compelente cuando se piensa en que ya no es posible pretender que todos los conflictos tengan que pasar por los tribunales de Justicia, entre otras cosas porque los volúmenes de casos son tan elevados que ellos se encuentran en absoluta imposibilidad de dirimirlos y de tramitarlos (piénsese lo que acontece en materia penal); esa es la razón por la cual el nuevo profesional debe tener una preparación como conciliador, negociador, juez de paz, árbitro e intermediario en la solución de los cotidianos conflictos (mediador), destinando los conflictos más graves a los jueces calificados. Y, en ello, las facultades de derecho tienen una responsabilidad enorme porque esa preparación requiere mucho entrenamiento y disciplina, amén de ayudas tecnológicas y académicas que las brindan otras disciplinas como la psicología, la sociología, y hasta la moderna tecnología, etc.; es más, se debe tener muy claro que la enseñanza del derecho tiene que ser pensada no tanto en los contenidos teóricos sino en cómo funciona él en la realidad, pues él es una herramienta que tiene unos usos determinados y eso lo tiene que aprender el novel abogado (PÉREZ, 2002, p. 249).

13 EL MANEJO DE LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

También, el crecimiento sin control de una actividad legiferante no sometida a ninguna regla ni principio, que se torna en una verdadera “selva legislativa” o en una “inextricable maraña legislativa” (NOVOA, 1985, p. 45 y ss.) -incluidos los residuos no desechados-, que nadie conoce, interpreta y es capaz de aplicar, es un factor que incide en la crisis vivida por el derecho y que se debe tener en cuenta a la hora de pensar en la formación de los abogados.

Ello es producto del desconocimiento de la teoría de la legislación, yendo desde el análisis de las posibilidades y los límites a la elaboración y

medición de los conocimientos acerca de la ley, su analítica (investigación de los conceptos fundamentales de la norma, la ley y la legislación), el estudio de los órganos y los procedimientos de la legislación y los métodos para influirlos y gobernarlos (procedimientos internos y táctica de la legislación), hasta llegar a los procedimientos legislativos internos y la metódica de la misma, sin olvidar el desarrollo de las reglas generales referidas a la configuración, estructura y sistemática, el lenguaje adecuado, etc. esto es, todo aquello que toca con la técnica legislativa.

De allí la importancia de que al abogado -sobre todo si quiere desempeñarse en el futuro como legislador o asesor de codificadores o como académico- se le forme también en estos ámbitos, sobre todo en un país donde la inflación legislativa y la no observancia de los cánones propios del arte del buen legislar, han hecho de los códigos y de las leyes instrumentos oscuros e inaplicables por ser inconexos, asistemáticos y muy mal redactados, porque saltan de bulto los defectos de técnica legislativa (NOVOA, 1985, p. 58 y ss.).

Por eso, teóricos como Ferrajoli abogan por un “relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación” que pueda “restaurar y en muchos casos instaurar una legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los derechos fundamentales” (FERRAJOLI, 1995, p. 920; PASTOR, 2005, pp. 12, 146 y ss.), porque como advierten otros se requieren estudios que atiendan tanto a la creación de las leyes penales como a su interpretación (SARRABAYROUSE, 2012, pp. 32 y 46); esto es, se debe luchar porque la actividad legislativa sea producto de una disciplina ordenada, la teoría de la legislación, que tantos cultores ha tenido históricamente hablando (LATORRE, 1839, p. 2 y ss.; SARRABAYROUSE, 2011, p. 19 y ss.) y que debe ocupar un lugar preponderante en los currículos.

14 LA VERSACIÓN EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Además, es evidente la falta de preparación de muchos jueces y fiscales -ahora cosificados, pues se les llama “operadores judiciales”- y profesionales del ejercicio del derecho, quienes no solo muestran en su quehacer cotidiano una armazón teórica y humanista muy deficientes, sino que no están en condiciones de interpretar y aplicar a cabalidad la herramienta legal que administran; en lugar de una buena hermenéutica jurídica operan la intuición y la arbitrariedad y el que más lejos avanza,

cuando se trata de la teoría de la interpretación de la norma, es quien osa citar el Diccionario. Estos enormes vacíos, al conformar un peligroso coctel explosivo, se suelen acompañar de gestos de arrogancia, intemperancia y soberbia -cuando no del protagonismo en los medios de comunicación-, que mucho desdican del papel que ha de cumplir en una sociedad en formación el servidor público que tiene como sagrada misión la construcción de la dignidad de la Justicia, o el jurista que debe abogar por los derechos de las personas sometidas al terrible drama del proceso penal.

Por supuesto, estas carencias deben ser subsanadas con una buena preparación en estas áreas, porque sin verdaderos hermeneutas que sepan fijar los alcances de la norma y atribuir sentido a los enunciados jurídicos (Hernández, 2008, p. 42) es imposible aplicarla de una manera recta, de cara al logro de una pronta y cumplida Justicia; es algo elemental: lo mínimo que se espera de los funcionarios que tienen la tarea de dispensar este servicio es que puedan manejar esa herramienta para ocuparse del derecho positivo y resolver los conflictos sociales que a diario se someten a su consideración, para lo cual se deben prevaler de criterios de racionalidad u objetividad interpretativa como los propuestos por la doctrina cuando entiende que todo entender es interpretar (Gadamer, 2003, p. 461; García, 2003, 192); sin ello, pues, campean la intuición y la inseguridad jurídica se vuelve la nota predominante.

15 LA FORMACIÓN DE LOS FORMADORES Y LA DIDÁCTICA JURÍDICA

Una vez señaladas las competencias básicas que debe tener un abogado, surge otro aspecto que llama a la reflexión, se hace referencia al muy bajo nivel intelectual de muchos de los que hoy imparten cátedras en las facultades de derecho, a las que llegan en virtud del relevo generacional y nombrados a dedo sin que exista ningún concurso o selección por méritos para lograrlo, máxime si muchas veces se selecciona a personas que no tienen las aptitudes para hacerlo. Aquí, a cualquiera se le denomina “profesor” o “maestro”; todo ello, parece formar parte de una vieja tradición que asocia las jerarquías, el poder económico o político, con los reconocimientos y la formación universitaria. Por eso, tales designaciones suelen ser expresiones mágicas que abren todas las puertas, dignifican e iluminan las caras.

Es más, en medio del neoliberalismo académico reinante (todo se mide y se cuantifica en la búsqueda de sus réditos, sin importar los

contenidos humanísticos y el servicio social) se rinde tributo a los cartones por encima del saber, es la sinrazón que atropella el juicio y la inteligencia; la engañifa que aplasta al auténtico conocimiento científico. Todo ello, en un país situado en la vergonzosa cola de la educación en el mundo (recuérdese: en las pruebas realizadas por el Programa Internacional de Evaluación de Estudiante, PISA, durante los últimos años, el nuestro ocupa los “honrosos” últimos lugares entre todos los setenta medidos, con pésimas calificaciones en materia de lectura, matemáticas y ciencia) (SCHLEICHER, 2016, p. 5) y cuyo sistema educativo es un estruendoso fracaso; un modelo educativo que no enseña a escribir, leer, hablar, pensar y, por ende, a investigar. Esos son también, pues, los abogados que hoy se ven en escena; muchos de ellos no tienen competencias lectoras y escriturales.

Pero más allá de ello, también es evidente que en el mundo académico del cual se habla aquí abundan las imposturas intelectuales, la pseudociencia y el ocultismo de las que es necesario liberarse porque, como se ha dicho, “la ciencia nos exige estar libres tanto de la superstición como de la injusticia flagrante” (SAGAN, 1997, p. 338); por eso, “en un mundo en transición, estudiantes y profesores necesitan enseñarse a sí mismos una habilidad esencial: aprender a aprender” (SAGAN, 1997, p. 347), y ello se debe hacer acompañados de humildad y esperanza. Así, por supuesto, es imposible hacer ciencia y lograr que el país avance y se inserte en el contexto de un mundo globalizado; de esta manera, se alimentan más la violencia (máxime si se habla de un Estado que no tiene el monopolio de la misma) y la deshumanización, en lugar -como clama Martha C. Nussbaum- de impulsar la cultura de la igualdad, el respeto por los demás y el compromiso social. Se olvida que “si no insistimos en la importancia fundamental de las artes y las humanidades, estas desaparecerán, porque no sirven para ganar dinero” (2011, p. 189). ¡Ahora solo importa la riqueza, así la imaginación sea atrofiada!

Desde luego, nadie niega la importancia de que se tengan cada vez más profesionales capacitados en el mundo del derecho y muy enaltecidos, pero es necesario que ellos sean auténticos doctores con amplia formación como investigadores y con muy buena base pedagógica -no egresados de universidades de garaje o de esos que compran el título por internet- y no suceda, como reza el tango “Cambalache”, que “todo es igual/ nada es mejor /lo mismo un burro que un gran profesor”. Así las cosas, es hora de atacar de raíz otra de las muy graves falencias en la formación de los futuros abogados que toca con la pésima o muy mala preparación de quienes tienen

la tarea formadora; por eso, en la sociedad de hoy, se desecha la preparación de los maestros de antaño, que amaban su profesión por encima de todo, para darle paso a los coleccionistas de cartones en medio de una desbocada feria de títulos. Dicho de otra forma: a los llamados a preparar a los futuros abogados se les improvisa, se les remunera mal y, aunque suene paradójico, cada día más se les cierran las puertas, para darle cabida al facilismo académico, la mediocridad, la corrupción y la falta de rigor que lo han invadido todo.

En fin, se hace necesario prestarle mucha atención a la didáctica jurídica, esto es, la disciplina científico-pedagógica que estudia los procesos y los elementos existentes en la enseñanza y el aprendizaje jurídicos, y aplicar esos conocimientos para la preparación de los académicos y estudiosos que deben conducir la formación de los futuros abogados; de allí que sea necesario “promover una pedagogía basada en la problematización, el diálogo y el análisis crítico” (GÓMEZ, 2016, p. 252). La docencia, recuérdese, “no es solo dar clases magistrales, sino cualquier cosa que podamos hacer para ayudar y animar a los estudiantes a aprender –sin causarles ningún daño de importancia–” (BAIN, 2007, p. 193).

16 LA REFORMA A LOS ESTUDIOS DE DERECHO: HACIA UN MODELO REALISTA Y HUMANISTA

Ahora bien, si está claro que se deben tener unas competencias mínimas para poderse desempeñar en el mundo del derecho y que también los encargados de brindar esa formación requieren un debido entrenamiento que les permita cumplir a cabalidad con sus tareas, todo ello conduce a la necesidad de emprender una reforma profunda a los estudios de derecho, siempre en el entendido de que la universidad contemporánea se debe comprometer de forma responsable en el plano social con las nuevas búsquedas. De esta forma, si el planeta entero avanza a paso firme en la construcción de organizaciones comunitarias cada vez más globalizadas e integradas, como producto de los crecientes fenómenos económicos y de la revolución informática y biotecnológica que todo lo dominan (piénsese, para no ir muy lejos, en los actuales avances en materia de inteligencia artificial: MORELL, 2018, p. 7; BRUCH, 2018, p. 9; LEHR & OHM, 2017, p. 653 y ss.), los programas de estudio de las escuelas de derecho no pueden ser reduccionistas, legalistas y memorísticos; no pueden, entonces, vivir solo atentos a las normas jurídicas existentes y alejados de los aportes de las ciencias sociales y de la realidad del continente.

La consigna no puede ser engendrar mediocres abogados sin consciencia alguna y alejados de las realidades sociales (NOVOA, 1985, p. 13; GÓMEZ, 2016, p. 236), a quienes no les preocupe el papel que el derecho pueda jugar en las transformaciones fundamentales de naturaleza emancipadora que demanda su entorno (VELÁSQUEZ, 2016); los nuevos abogados, pues, no pueden morar en urnas de cristal asépticas cuando no convertidos en habitantes de “Alicia en el país de las maravillas”, para recordar el libro de Lewis Carroll (2012). En otras palabras: el derecho no puede ser una carrera conservadora convertida en un “espacio de reproducción de un saber formalista e ideologizado” (GÓMEZ, 2016, p. 33).

De allí que las disputas en torno a la reforma a los estudios de derecho y a los *pensum* no se puedan circunscribir solo a los cambios de vestidura sin pensar en los contenidos y proyectar solo materias con nombres llamativos y rimbombantes; en definitiva: Ya no se puede enseñar el derecho como en el medievo, con los alumnos sentados en bancos y convertidos en recipientes donde los profesores subidos en el atril “depositaban” su saber (FREIRE, 2005, p. 76) y los atiborraban de datos para que les fuera bien en los exámenes mientras se arrancaban de los currículos todos los contenidos humanísticos para reemplazarlos por “la pedagogía de la memorización” (NUSSBAUM, 2011, p. 178-179); por eso, se ha dicho con razón, que con esa forma anticuada de enfrentar los estudios de derecho “la principal aptitud necesaria para que un estudiante tenga éxito en sus estudios en nuestras facultades de derecho es la memoria” (PÉREZ, 2002, p. 200).

Hoy, la discusión, pues, tiene que pasar por los contenidos; y, sobre todo, por la metodología de la enseñanza [la única herramienta pedagógica ya no puede ser la insulsa cátedra magistral, convertida en un “modelo docente de información (más que formación) sobre contenidos para su recepción pasiva y posterior memorización”: PÉREZ, 2002, p. 202] y de la evaluación (más allá de la posesión de habilidades memorísticas y huérfana de los problemas concretos, se debe recabar en la verificación de que se han cumplido los objetivos propuestos y se tienen las competencias deseadas); llegó, pues, la hora de no rendirle más tributo a un positivismo jurídico huero que nada quiere saber de la equidad y que mucho ama el autoritarismo (COURTIS, 2003, p. 86).

El estudiante de los tiempos actuales no puede seguir empollando una denostada y falsa técnica jurídica para la cual se deben rechazar los enfoques cuestionadores y críticos, porque solo importa el rito vacío, la rigidez pedagógica, la monotonía y el formalismo (el “puro y duro” del siglo

XIX: PÉREZ, 2002, p. 203), un panorama que todavía se observa a lo largo y ancho del continente (GARCÍA & RODRÍGUEZ, 2003, p. 15 y ss.). Hay que pensar, y mucho, en las nuevas tecnologías; en los espacios físicos y virtuales donde se debe formar con seriedad al futuro abogado, juez o docente universitario. Por ello, se le debe decir adiós a las facultades de derecho de tiza y borrador. Los profesores de hoy tienen el reto de enseñar el derecho munidos de las modernas ayudas pedagógicas y científicas, deben investigar y producir nuevo conocimiento, ese es el gran reto como diría Susskind (2011, p. 29); tienen que estar en capacidad de plantearse si la disciplina que administran tiene algún rango científico o es mera charlatanería.

En este nuevo escenario no caben los maestros arrogantes, clasistas, neutrales y asépticos; esos que aman la mediocridad, el conservadurismo y el arribismo. Por eso, en ese ámbito ya nadie discute la urgencia de reformar los currículos para actualizarlos y acomodarlos a las nuevas realidades, pero, sobre todo, para ingerir de forma decisiva en la formación ética y humanista de los profesionales del derecho, de tal manera que cuando ellos aboguen por la Justicia o la administren, sean seres humanos éticos, dignos, y comprometidos con el cambio, acorde con esas competencias ya bosquejadas. Esa es la enorme responsabilidad que hoy pesa sobre las escuelas de derecho nacionales: deben diseñar programas que les muestren a sus estudiantes las conexiones existentes entre esta disciplina y la sociedad; y, que les inculquen el amor por la Justicia y los deberes que les conciernen como abogados, llamados a liderar las urgentes transformaciones que estas organizaciones comunitarias anquilosadas requieren de cara al nuevo milenio.

Por supuesto, esta reforma a los estudios de derecho implica que las escuelas y facultades de derecho, acorde con un perfil que debiera ser común para todas, definan el diseño que quieren implantar. Y ese paso solo puede enmarcarse dentro de un modelo que propicie una formación basada en el conocimiento de la teoría de los derechos humanos y en el respeto de los mismos; por ende, un instrumento para el cual las piedras angulares de toda la formación sean la idea de justicia y la defensa de lo justo. Es más, debe decirse que muchas de las cotidianas transgresiones a los derechos humanos observadas son producto de la deficiente formación en este campo, esto es, por no comprender ellos que son productos personales históricamente situados que demandan integralidad e interdependencia, cuyo origen son las luchas históricas, y que tienen la condición de reversibles, lo cual obliga a observar una actitud de vigilancia y movilización permanentes, para prevenir retrocesos y ampliar sus campos de vigencia y eficacia.

En fin, como se hace necesario emprender la reforma a los estudios de derecho, es viable impulsar un diseño de tres niveles, así: el primero, que podría llamarse como *propedéutico*, destinado a las disciplinas humanísticas básicas (filosofía, teoría del conocimiento, teoría de la argumentación, sociología, economía, lógica, etc.); el segundo, o nivel *formativo*, destinado a las materias propiamente jurídicas en las diversas áreas (penal, civil, laboral, administrativo, comprendiendo el derecho internacional y la informática); y, el tercero, o nivel de *profundización*, con un diseño para quienes pretendan dedicarse a las diversas actividades como abogados, jueces, profesores universitarios, fiscales, procuradores judiciales, etc., de tal manera que se prepare al abogado para su profesión jurídica particular con el desarrollo de las competencias específicas requeridas, para lo cual se deben hacer estadías debidamente reglamentadas y evaluadas (con pruebas que valoren las competencias requeridas) en firmas de abogados, tribunales, oficinas gubernamentales y, sobre todo, si se trata de fiscales y jueces, es vital que hagan cursos adicionales en las escuela de jueces y fiscales diseñadas al efecto.

Como es obvio, los niveles segundo y tercero deben concluir con pruebas estatales exigentes que tengan componentes teórico prácticos y supongan pasantías y evaluaciones de competencias precisas y específicas, sobre todo si se piensa en el tercer nivel donde el abogado ya habilitado en las dos fases anteriores, tendrá que recibir entrenamiento para ser juez, fiscal o profesor universitario; para estos últimos, se debe tornar obligatoria la realización de estudios al nivel de maestría y doctorado y, además, el ingreso a la cátedra por el sistema de oposiciones, una vez que demuestre competencias suficientes para realizar tareas de formación. No parece, posible, entonces, que la formación de los abogados se les entregue a los más ineptos o a profesores improvisados; también, llegó la hora de dignificar la cátedra universitaria para poder tener auténticos formadores al frente de los futuros profesionales del derecho.

Modelos como el alemán o el francés (bastante disímiles), por ejemplo, mucho podrían aportar en estas materias (GARCÍA, 2008, pp. 29 y ss., 63 y ss.); igual sucede con los diversos sistemas existentes en otros países de la Unión Europea (EUROPEAN E-JUSTICE, 2019), jalonados por el llamado Plan Bolonia de 1999 que, no con éxito, busca unificar los planes de estudio y establecer un sistema de titulaciones homologadas que permita la movilidad de estudiantes y profesores, de cara a fomentar el empleo y la competitividad, aunque las experiencias nacionales son

diferentes y están sometidas a múltiples debates (GARCÍA, 2008, p. 11 y ss.), porque se entiende que el diseño boloñés está llamado a fracasar en medio de un neoliberalismo asfixiante que quiere hacer de los abogados, no seres abiertos al intelecto y al conocimiento, sino individuos funcionales a un sistema que quiere aplastar la cultura y la dignidad humana a nombre del capital, esto es, abogados víctimas de una formación superficial y mediocre (cf. SENN, 2012, p. 116 y 119). Es más, debe recordarse que existen en Europa por lo menos tres grupos de países cuando se piensa en la forma como se concibe el asunto: los latinos, los anglosajones y nórdicos, y los del Benelux que combinan los dos sistemas (MULLERAT, 2002, p. 300).

CONCLUSIONES

Una vez señaladas las competencias mínimas que debe tener en profesional del derecho y definida la necesidad de preparar verdaderos académicos y estudiosos que emprendan las tareas docentes, este escrito ha mostrado como se hace necesario iniciar una reforma a profundidad de los currículos a cuyo efecto esta ponencia hace una propuesta concreta que comprende tres niveles: la propedéutica, la de formación y la de profundización; se busca, así, una formación integral pero dirigida a las particularidades de cada una de las profesiones jurídicas. Con ello, entonces, se da respuesta a la pregunta formulada en un comienzo y se proyecta la idea del estudioso del derecho que se requiere para que ayude a jalonar los urgentes cambios requeridos por una sociedad hundida en el caos, la desigualdad, la injusticia y hasta la desesperanza.

De todo lo dicho se colige que no solo la justicia y, por ende, la formación de los abogados, es lo único que está en crisis en el país, porque no funciona el establecimiento social, político y económico que rige. Por eso, pretender discutir la problemática que suscita la formación de los abogados de forma aislada es un grave yerro metodológico, porque la única manera de entender el fenómeno concreto es circunscribirlo en el contexto más amplio ya referido; el trance, pues, es general por lo cual todos los males deben ser atacados en su conjunto y no de cara a soluciones parciales con las cuales no se puede corregir todo el aparato carcomido.

Desde luego, resulta harto saludable que se abran foros académicos donde se debatan los problemas y se planteen alternativas; por lo menos, esto puede generar una necesaria actitud crítica entre quienes toman las decisiones y las ejecutan. No obstante, las soluciones para estas dramáticas

problemáticas están todavía muy lejanas y es necesario un cambio de actitud; se requiere, por ende, crear conciencia entre todos para que las propuestas maduren y llegue el día en el cual se dé el paso que todos esperan.

REFERENCIAS

ALVAREDO, F. et al. **Informe sobre la desigualdad global, resumen ejecutivo**. Berlin: l World Inequality Lab, 2018. Disponible en: <https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-spanish.pdf>. Acceso en: 25 set. 2019.

ÁLVAREZ, A. La educación clínica. Hacia la transformación de la enseñanza del derecho. In: VILLARREAL, M.; COURTIS, C. (ed.). **Enseñanza clínica del derecho: una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados**. México, D. F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2007. p. 225-245.

AMARANTE, V.; COLACCE, M. ¿Más o menos desiguales? Una revisión sobre la desigualdad de los ingresos a nivel global, regional y nacional. **Revista de la CEPAL**, n. 124, p. 7-34, abr. 2018.

BAIN, K. **Lo que hacen los mejores profesores universitarios**. Valencia: Universitat de València, 2007.

BAUMAN, Z. **Modernidad líquida**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

BAUMAN, Z. **Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

BOBBIO, N. **El problema de la guerra y las vías de la paz**, Barcelona: Gedisa, S.A, 1982.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Diccionario de Política**. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1997a. [v. 2]

BÖHMER, M. Igualadores y traductores: la ética del abogado en una democracia constitucional. In: VILLARREAL, M.; COURTIS, C. (ed.). **Enseñanza clínica del derecho: una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados**. México, D. F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2007. p. 123-150.

BRUCH, E. I. A: qué es, cuál usar y cómo. **Abogacía Española**, Madrid, n. 108, p. 9, fev. 2018. Disponível em: <https://www2.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/03/ABOG-108b-WEB.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

CARROLL, L. **Alicia en el país de las maravillas**. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

COURTIS, C. (2003). Enseñanza jurídica y dogmática en el campo jurídico latinoamericano: apuntes acerca de un debate necesario. In: GARCÍA, M.; RODRÍGUEZ, C. (ed.) **Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos**. Bogotá, D.C.: ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2003. p. 75-91.

COURTIS, C. La educación clínica como práctica transformadora. In: VILLARREAL, M.; COURTIS, C. (ed.) **Enseñanza clínica del derecho: na alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados**. México, D. F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2007. p. 9-24.

DINERO. **Los 10 países más ricos del mundo... y los 10 más desiguales**. Grupo Semana: Bogotá, 18 mar. 2018. Disponível em: <https://www.dinero.com/economia/articulo/los-10-paises-mas-ricos-del-mundo-y-los-paises-mas-desiguales/259786>. Acesso em: 25 set. 2019.

ESTELRICH, J. L. **Antología de Poetas Líricos Italianos traducidos en verso castellano (1200—1.889)**. Palma de Mallorca: Escuela Tipográfica Provincial, 1889.

EUROPEAN E-JUSTICE. **Sistemas de formación de los abogados en los Estados miembros**. [s.l.]: 2019. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_lawyers_training_systems_in_the_member_states-407-es.do. Acesso em: 25 set. 2019

FARIA, J. E. **El Derecho en la economía globalizada**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores, Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, L. **Razones jurídicas del pacifismo**, ed. de G. Pisarello. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, L. **Teoría de la democracia**, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid: Editorial Trotta, 2011. [Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia, v. 2]

FIGUEROA, T. M. Educación jurídica: ¿crisis o realidad? In: La educación legal y la garantía de los derechos en América Latina. **El Otro Derecho**, Bogotá, n. 38, p. 43-72, 2008.

FREIRE, P. **Pedagogía del oprimido**. 2. ed. México: Siglo XXI Editores, 2005.

GADAMER, H. G. **Verdad y Método I**. 10. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003.

GARCÍA, J. A. Filosofía hermenéutica y Derecho. **Azafea: Revista de Filosofía**, Salamanca, n. 5, p. 191-211, 2003.

GARCÍA, J. A. El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia Juris. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, Valencia, n. 26, p. 82-102, 2012. Disponible em: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1994>. Acceso em: 25 set. 2019.

GARCÍA, J. et al (ed.). **Los estudios de Derecho en Europa: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido e Irlanda**. Valencia: Universitat de València, 2008.

GARCÍA, M.; RODRÍGUEZ, C. (ed.) **Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos**. Bogotá, D.C.: ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2003.

GARCÍA, M.; RODRÍGUEZ, C. Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In: GARCÍA, M.; RODRÍGUEZ, C. (ed.). **Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos**. Bogotá, D.C.: ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2003. p. 15-66.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Reflexiones sobre los estudios de Derecho. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 6, p. 47-56, 2002.

GÓMEZ, G. I. ¿Abogados para la democracia o para el mercado?: repensar la educación jurídica. **Revista de Derecho**, Barranquilla, n. 46, jul./dez., p. 225-256, 2016.

HERNÁNDEZ, R. Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Ciudad de México, n. 29, 33-78, 2008.

HURTADO, J. **Algunas reflexiones sobre la formación de abogados.** Ponencia presentada al Congreso Internacional de Estudiantes de Derecho Penal (Guanajuato-México), 17 mar. 2005. Disponible em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_13.pdf. Acceso em: 25 set. 2019.

IGUALES-OXFAM. **Privilegios que niegan derechos.** Desigualdad extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe. 2016. Disponible em: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/reporte_iguales-oxfambr.pdf. Acceso em: 25 set. 2019.

LATORRE, B. **Compendio de la obra que escribió el Caballero Filangieri titulada Ciencia de la Legislación.** Madrid: Imprenta de I. Boix, 1839.

LEGAZ Y LACAMBRA, L. Amor, amistad, justicia. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Valladolid n. 13, p. 1-69, 1967-1968.

LEHR, D.; OHM, P. Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning. **UC Davis Law Review**, Davis, v. 51, p. 653-717, 2017-2018. Disponible em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/2/Symposium/51-2_Lehr_Ohm.pdf. Acceso em: 25 set. 2019.

LOCKE, J. **Carta sobre la tolerancia.** Madrid: Mestas, 2001.

LONDOÑO, H. **La Justicia, el Derecho y el amor. La Justicia Penal.** Bogotá: Leyer, 2014. p. 87-101.

LONDOÑO, H. L. **Sistemas punitivos y Derechos humanos.** Bogotá: Universidad de Antioquia-Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2016.

LLABRÉS, A. Els estudis de Dret a Alemanya. In: GARCÍA, J. et al (ed.). **Los estudios de Derecho en Europa: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido e Irlanda.** Valencia: Universitat de València, 2008. p. 29-61.

MOLINA, C. M. et al. **Diagnóstico y lineamientos técnicos para los distintos escenarios de la práctica jurídica de los programas de Derecho de las Instituciones de Educación Superior en Colombia.** Medellín: Corporación Universitaria Remington, 2014.

MORELL, J. La Inteligencia Artificial en el día a día de un abogado: qué le va a enseñar y cómo lo cambiará. **Abogacía Española**, Madrid, n. 108, p. 7-9, 2018.

MULLERAT, R. El futuro de la abogacía y la formación del abogado. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. La Enseñanza del Derecho**, Madrid, n. 6, p. 283-306, 2002. Disponível em: http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/6/6900232-283_312.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

NOVOA, E. La renovación del Derecho. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, a. XXXVI, abr./jun., n. 144, p. 3-28, 1968.

NOVOA, E. **El derecho como obstáculo al cambio social**. 7. ed. México: Siglo XXI Editores, 1985.

NUSSBAUM, M. C. **Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades**. Bogotá: Panamericana, 2011.

OSSORIO Y GALLARDO, A. **El Alma de la Toga**. México: Porrúa, 2005.

PASTOR, D. R. **Recodificación penal y principio de reserva de código**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

PÉREZ, J. A. Teoría y práctica en la enseñanza del derecho. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. La Enseñanza del Derecho**, Madrid, n. 6, p. 197-268, 2002. Disponível em: http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/6/6900232-195_268.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

PLATÓN. **Menón, Crátilo, Fedón**. Madrid: Planeta Agostini, 1999.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. Bogotá: Espasa Libros, S. L. U. - Editorial Planeta Colombiana, S. A., 2014. t. 2.

RODRÍGUEZ, G. Prólogo. In: VILLARREAL, M.; COURTIS, C. (Ed). **Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados**. México, D. F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2007. p. 6-7.

RODRÍGUEZ, C. (Coord.). **El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: siglo XXI Editores, 2011.

SAGAN, C. **El mundo y sus demonios**. Bogotá: Planeta Colombiana Editorial S. A., 1997.

SALDAÑA, J. (2013). Deontología Jurídica: Asignatura pendiente para los abogados. **Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes)**, Santiago, n. 24, p. 29-55, 2013.

SARRABAYROUSE, E. C. La teoría de la legislación: ¿Un medio para limitar la expansión del Derecho Penal? In: PASTOR, D. R.; GUZMÁN, N. **Problemas actuales de la Parte Especial del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011. p. 17.

SARRABAYROUSE, E. C. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración. In: MONTIEL, J. P. (ed.) **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?** (Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 31.

SCHLEICHER, Andreas. **PISA 2015: Resultados Clave**. Paris: OCDE, 2016. Disponible em: <http://www.oecd.org/pisa/pisa-2015-results-in-focus-ESP.pdf>. Acceso em: 25 set. 2019.

SENN, M. Wozu sind Juristen auszubilden? - Über den Sinn eines juristischen Studiums nach der Bologna-Reform. **Rechtskultur**, Regensburg, n. 1, p. 109-119, 2012.

SOLER, S. **Fe en el Derecho y otros ensayos**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1956.

SUSSKIND, R. Los abogados tendrán que reinventar su futuro si no quieren verse fuera del mercado. **Abogacía Española**, Madrid, n. 66, p. 28-30, 2011. Disponible em: <https://www.abogacia.es/wp-content/abogados/ficheros/1303289439883.pdf>. Acceso em: 25 set. 2019.

VELÁSQUEZ, F. ¿Principio de legalidad o principio de ilegalidad? In: GIMBERNAT, E. et al. **Dogmática del Derecho Penal. Material y Procesal y Política criminal contemporáneas**. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. t. I. p. 109-132.

VELÁSQUEZ, F. La intolerancia. In: **Periódico El Colombiano**, Bogotá, 22 fev. Medellín: El Colombiano, 2015a. p. 31. Disponible em: <http://www.elcolombiano.com/la-intolerancia-1-CA1345756>. Acceso em: 25 set. 2019.

VELÁSQUEZ, F. La academia y la paz. In: **Periódico El Colombiano**, 13 set. Medellín: El Colombiano, 2015b. p. 37. Disponible em: <http://www.elcolombiano.com/la-academia-y-la-paz-BX2707030>. Acceso em: 25 set. 2019.

VELÁSQUEZ, F. La reforma a los estudios de Derecho. In: **Periódico El Colombiano**, 5 jun. 2016. Medellín: El Colombiano, 2016. p. 31. Disponible em: <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/la-reforma-a-los-estudios-de-derecho-YX4321188>. Acesso em: 25 set. 2019.

VILLARREAL, M. & COURTIS, C. (ed.). **Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados**. México, D. F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2007.

VOLTAIRE (2006). **Tratado sobre la tolerancia**, Madrid: Espasa Calpe, 2006.

WHITMAN, W. (1974). *Hojas de Hierba*. Barcelona: Organización Editorial Novaro, S. A, 1974.

ZAFFARONI, E. R. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

O SENTIDO FILOSÓFICO DOS DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE LÍQUIDA: UMA INTERLOCUÇÃO COM O PENSAMENTO DE ZYGMUNT BAUMAN

THE PHILOSOPHICAL SENSE OF HUMAN RIGHTS IN LIQUID MODERNITY: AN INTERCONNECTION WITH THE THOUGHT OF ZYGMUNT BAUMAN

Humberto Bersani*

Janaína Dantas Germano Gomes**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do sociólogo Zygmunt Bauman: considerações à dimensão intelectual. 2 Modernidade líquida. 3 Segurança e liberdade. 4 Multiculturalismo. 5 Felicidade. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende apontar o sentido filosófico dos Direitos Humanos na modernidade líquida, a partir de um diálogo com o conceito proposto pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman. Para tanto, explora-se a noção de modernidade líquida trazida em suas obras, a fim de estabelecer uma perspectiva contextual, e aborda-se, a seguir, alguns elementos fundamentais para se extrair o posicionamento de Bauman no tocante ao particular. Esses elementos são constituídos, basicamente, pela relação entre segurança e liberdade que emerge no referido contexto, bem como as noções de multiculturalismo e felicidade exploradas pelo autor. Dessa forma, verifica-se o caráter instrumental dos Direitos Humanos a partir da perspectiva adotada por Bauman, de modo que trata-se de um campo do direito voltado à manutenção e perpetuação do atual estado das coisas.

Palavras-chave: direitos humanos. sentido filosófico. modernidade líquida. Zygmunt Bauman.

ABSTRACT: *This article aims to point out the philosophical sense of human rights in liquid modernity from a dialogue with the concept proposed by the polish sociologist Zygmunt Bauman. Therefore, the notion of liquid modernity brought in in his works is explored to establish a contextual perspective. Some fundamental elements are discussed to extract Bauman's position regarding the particular. These elements are basically constituted by the relation between security and freedom that emerges in that context, as well as the notions of multiculturalism and happiness explored by the author. Thus, the instrumental character of Human Rights is verified from the perspective adopted by Bauman, so that it is a field of law aimed at the maintenance and perpetuation of the current state of things.*

Keywords: *human rights. philosophical sense. liquid modernity. Zygmunt Bauman.*

* Professor Adjunto do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

** Professora na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas). Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama, projeto de extensão da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FD USP). Doutoranda em Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Direitos Humanos pela mesma Faculdade sob orientação do Professor Dr. Guilherme de Almeida e coorientação da Professora Dra. Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer. Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas com bacharelado em Antropologia Social (2011). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2012). Pesquisadora do Núcleo de Antropologia do Direito, USP.

Artigo recebido em 08/11/2019 e aceito em 12/12/2019.

Como citar: BERSANI, Humberto. GOMES, Janaína Dantas Germano. O sentido filosófico dos direitos humanos na modernidade líquida: uma interlocução com o pensamento de Zygmunt Bauman. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 45-62. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

A seara dos Direitos Humanos encontra-se, atualmente, no centro de muitas discussões estabelecidas não apenas nos mais diversos campos do saber, mas também nos debates ocorridos em inúmeros espaços sociais. Trata-se de uma temática que ganhou amplitude nos últimos tempos.

Porém, não raro se depara com a ausência de aprofundamento e olhar crítico sobre o tema. Se, por um lado, nos espaços de discussão externos à academia há noções distorcidas e equivocadas acerca dos Direitos Humanos, com conceitos desconectados de sua essência que reproduzem o senso comum - e, aqui, é possível citar vários exemplos, tal como a expressão “Direitos Humanos para humanos direitos”, que revela a negação das garantias a determinados segmentos da sociedade historicamente marginalizados e negligenciados pelo Estado, sob o pretexto de uma perspectiva moralista -, por outro, é possível encontrar, inclusive em discursos de agentes do direito, os reflexos dessas noções na reprodução rasa de conceitos e propósitos.

Dessa forma, faz-se urgente pautar a temática dos Direitos Humanos e refletir quanto às diversas perspectivas travadas em torno de tal seara. Afinal, falar sobre esse gênero de direitos possibilita um amplo arcabouço de reflexões e olhares, de modo que o conhecimento desse campo pode ser instrumentalizado pelas diversas áreas do saber, contribuindo com a promoção indistinta da condição humana, sobretudo de grupos estigmatizados, invisibilizados e cujas vozes foram e continuam a ser silenciadas nas relações sociais.

A proposta do presente artigo, portanto, é estabelecer um olhar crítico para os Direitos Humanos a partir do referencial ora apresentado, indagando-se o sentido filosófico conferido a esses direitos pela perspectiva teórica de Zygmunt Bauman.

Com efeito, após um breve esboço da trajetória do autor, far-se-á uma análise do conceito de modernidade líquida por ele proposto, partindo-se para alguns elementos imprescindíveis à reflexão ora realizada, quais sejam, a relação estabelecida entre segurança e liberdade, bem como as noções atribuídas ao multiculturalismo e à felicidade.

Assim, pretende-se problematizar um campo a partir de uma leitura traçada sobre o contexto atual, destacando-se o sentido filosófico encontrado na obra objeto do presente estudo, que pode ser visualizado mediante o caráter utilitarista ou instrumental dos Direitos Humanos

segundo o pensamento sociológico de Bauman, utilizando-se sobretudo as obras “Comunidade: a busca por segurança no mundo atual”, “Modernidade Líquida” e “A Arte da Vida”, a fim de se estabelecer, portanto, o fundamento filosófico dos direitos humanos sob a perspectiva do autor em questão.

1 DO SOCIÓLOGO ZYGMUNT BAUMAN: CONSIDERAÇÕES À DIMENSÃO INTELECTUAL

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman, professor emérito das universidades de Leeds e Varsóvia, iniciou sua carreira nesta última, partindo para o Canadá, Estados Unidos da América e Austrália, após ter seus escritos censurados. Após ingressar na Universidade de Leeds, desenvolveu grande parte do pensamento sociológico mundialmente reconhecido. Dos prêmios que recebeu, destaca-se o Amalfi, conquistado em 1989 e atribuído à obra *Modernidade e Holocausto*, considerada de grande importância no campo da sociologia de toda a Europa, podendo citar, ainda, o prêmio Theodor W. Adorno, datado de 1998, pelo conjunto de sua obra ao refletir sobre a “ética pós-moderna” (BAUMAN, 2001).

Entretanto, por meio de seu estudo dedicado às questões sociológicas, Bauman desenvolveu importante diálogo com outros campos do saber, dos quais se destaca a filosofia, especialmente nas tensões entre coletividade e individualidade, segurança e liberdade ou até mesmo quanto ao conceito de felicidade, questionamentos que não apenas tangenciaram, mas adentraram pontualmente em tensões reflexivas que representam verdadeiro diálogo com a filosofia.

Ao ensejo dos temas ora mencionados e das críticas tecidas em face da obra ora estudada, cumpre observar que, logo após a morte de Bauman (2017), o sociólogo Neil Gross publicou um ensaio no *New York Times* (intitulado “Como Produzir Ciências Sociais sem Dados”), com o registro de considerações à obra deixada pelo sociólogo polonês, apontando que muitos dos seus escritos eram desconexos e repetitivos. Ademais, ao reportar-se à investigação de Bauman contida em *Modernidade e Holocausto*, Gross concluiu que a obra “carece de metodologia” (GROSS, 2017).

Por outro lado, o sociólogo australiano Peter Beilharz, intelectual com estudos voltados ao pensamento de Bauman, aponta que este último apresentou, por meio de sua obra, categorias fundamentais ao estudo da

configuração das estruturas sólidas identificadas em seu texto (BEILHARZ, 2000).

Com efeito, a obra de Bauman pode ser sistematizada, segundo Beilharz (2000), Tester (2004) e Smith (2002), em três importantes fases, intituladas, respectivamente, “marxista”, “pós-moderna” e “mosaica”. Bauman distancia-se do comunismo, enquanto utopia, ao apontar e identificar suas dimensões totalitárias na Polônia, dedicando-se, num segundo momento, à construção de uma crítica ao conceito de modernidade, com o passo seguinte marcado pelo resgate de temas outrora explorados e proposição de metáforas voltadas à compreensão do contemporâneo.

De todo o conjunto de sua obra, do qual mais de dezesseis títulos foram publicados no Brasil, destacam-se: “Modernidade e Holocausto”, “O mal-estar da pós-modernidade”, “Modernidade e Ambivalência”, “Modernidade Líquida”, “Comunidade” e “Globalização: as consequências humanas”.

Assim, a construção do pensamento sociológico de Bauman parte da perspectiva identificada no contexto de modernidade líquida, denominação atribuída por ele mesmo em diálogo com a noção de pós-modernidade.

Relativamente aos Direitos Humanos, é fundamental destacar que o horizonte traçado por Bauman não traz um estudo específico. Contudo, pode-se afirmar indubitavelmente que o conjunto de sua obra possibilita uma reflexão sobre tal questão, uma vez que dele emergem vários pontos inerentes ao estudo do mencionado campo de estudo e conflitos.

2 MODERNIDADE LÍQUIDA

Zygmunt Bauman traça uma perspectiva dicotômica entre modernidade sólida ou pesada e modernidade líquida ou leve, partindo de uma análise da modernidade sob a ótica da questão temporal, afirmando pela ocorrência de uma emancipação do tempo em relação ao espaço, uma vez que o homem passou a administrar o tempo de maneira a satisfazer seus anseios lucrativos em todos os sentidos da vida, num contexto de produção contínua voltada à constante otimização do tempo.

Aliás, tratar a modernidade sólida traz à tona a lembrança de uma passagem registrada por Pierre Bourdieu, por ocasião de uma entrevista realizada por ele e Pascal Basse a um sindicalista francês. Na ocasião, disse o entrevistado:

Nossos pais, como falavam nossos pais, quando eu tinha 14 anos, como eles falavam: “você não foi bem na escola, você vai para a fábrica”. Nossos pais falavam assim. Porque a gente ia para a fábrica? Porque sabíamos que havia admissão praticamente todos os anos, ingressavam 300 ou 400 pessoas. Não havia problema. Mas agora, os pais não podem mais dizer: “Você vai para a fábrica”, não há mais fábrica (BOURDIEU, 1999, p. 365).

O trecho acima revela a lógica dos corpos produtivos num modelo industrial, abrangendo a produção de subjetividades. Nota-se que a questão da administração do tempo já estava presente na modernidade sólida, mas ganha nova roupagem no contexto fluido de modernidade (marcado pelo consumo), uma vez que a emancipação com relação ao espaço constitui um novo cenário que potencializa a instrumentalização do que é temporal. Nesse sentido:

Na era do *hardware*, da modernidade pesada, que nos termos de Max Weber era também a era da racionalidade instrumental, o tempo era o meio que precisava ser administrado prudentemente para que o retorno de valor, que era o espaço, pudesse ser maximizado; na era do *software*, da modernidade leve, a eficácia do tempo como meio de alcançar valor tende a aproximar-se do infinito, com o efeito paradoxal de nivelar por cima (ou, antes, por baixo) o valor de todas as unidades no campo dos objetivos potenciais (BAUMAN, 2001, p. 137).

A modernidade líquida, conforme descrito por Bauman, anuncia um período de desregulamentação, de fragilidade dos laços humanos e de privatização das tarefas e deveres modernizantes. Vivencia-se um processo de constante e indeterminante individualização, uma vez que se estabelece por novas formas de acordo com os resultados agregados, a fim de constituir uma espécie de autonomia denominada *de jure*, a qual não corresponde necessariamente ao concomitante e efetivo estabelecimento de uma autonomia de fato.

A construção da individualização, aliás, não está atrelada ao exercício da plena liberdade, uma vez que o processo de individualização está relacionado à forte atuação marcada por um viés ideológico, pano de fundo que acarreta aos indivíduos a necessidade de voltar-se constantemente à transformação para que se tornem o que já são, pois são bombardeados por inúmeros conceitos que lhes impõem tais necessidades.

Nesse sentido, cumpre apontar a contribuição de David Harvey sobre o fato de que a sociedade é direcionada “para a produção de necessidade e desejos, para a mobilização do desejo e da fantasia, para a política da distração como parte para manter no mercado de consumo uma demanda capaz de conservar a lucratividade da produção capitalista” (HARVEY, 2012, p. 64).

Aliás, quanto à questão do consumo e seu lugar na sociabilidade capitalista, Hannah Arendt expõe que “em nossa necessidade de substituir cada vez mais depressa as coisas mundanas que nos rodeiam, já não podemos nos permitir usá-las, respeitar e preservar sua inerente durabilidade; temos que consumir, devorar, por assim dizer, nossas casas, nossa mobília, nossos carros” (ARENDR, 2008, p. 155).

A distância, porém, dos indivíduos no mencionado plano *de jure* em relação ao plano de fato é cada vez maior, pois os desejos que manifestam são cada vez mais impostos, não representando verdadeiramente suas decisões. A força ideológica que atravessa os seres humanos lhes condiciona a valores em consonância com a sociabilidade capitalista, o que pode ser visualizado desde questões como padrão de beleza, imposições da indústria da moda, até o sentido macro, marcado inclusive pela atuação dos Estados em face das respectivas sociedades, atuação esta que se retroalimenta de uma lógica excludente e desigual.

Com efeito, à problemática da individualização de fato sugere, Bauman, uma função da Política para contribuir e, inclusive, possibilitar, a efetivação de tal processo. A referida assertiva destaca um novo dilema, haja vista que há, segundo o sociólogo, uma situação de verdadeiro divórcio entre poder e política no contexto de modernidade líquida.

Ao apontar para a principal contradição da modernidade líquida, Bauman sugere:

O abismo que se abre entre o direito à auto-afirmação e a capacidade de controlar as situações sociais que podem tornar essa auto-afirmação algo factível ou irrealista parece ser a principal contradição da modernidade fluida - contradição que, por tentativa e erro, reflexão crítica e experimentação corajosa, precisamos aprender a manejar coletivamente (BAUMAN, 2001, p. 47).

Assim, a modernidade líquida, fluida, regida pela instabilidade que constitui um cenário social plasmódico - marcado pela indiferença às questões sociais, aos inúmeros problemas que residem na sociedade e, assim,

irradiam por toda a coletividade -, fortalece ainda mais a transformação do homem em mercadoria. E como mercadoria, permeado pela ideologia que o bombardeia diariamente, o homem se convence de sua condição cada vez mais distante da própria e intrínseca condição humana, vivenciando um conflito na tentativa de se reconhecer e tornar-se o que já é de sua natureza, mas restou perdido e desnaturado ao longo do tempo como desdobramento da sociabilidade imposta.

3 SEGURANÇA E LIBERDADE

A fim de se identificar o fundamento filosófico dos direitos humanos na perspectiva ora em estudo, insta analisar a relação entre segurança e liberdade, vez que dispositivos relacionados à questão dos direitos humanos.

A segurança tornou-se uma tônica nos dias atuais. É possível encontrar discursos envolvendo tal expressão de diversas formas, das quais se destacarão, basicamente, duas: a ótica estatal e a prática social, esta última havida entre os próprios indivíduos nas relações de interação ocorridas no cotidiano.

Na ótica estatal, visualiza-se uma preocupação atinente à segurança dos Estados, por meio da implementação de políticas públicas com o fim de garantir um território seguro aos seus cidadãos e evitar a atuação de inimigos que representam ameaça à paz da sociedade e à vida dos indivíduos que nela se inserem. É importante destacar, nesse contexto, que as políticas públicas normalmente são formuladas sob um viés repressivo, por meio das quais se visa dar eficácia ao Direito Penal para assegurar a segurança à sociedade, sendo que esse processo conta, ainda, com a escolha de inimigos que serão alvos constantes da atuação do Estado policialesco.

Aliás, nesse sentido, cumpre resgatar a análise do denominado estado de exceção explorado por Giorgio Agamben em seu pensamento, sobretudo quando se reporta ao termo “anomia do vazio”, oportunidade em que se revela uma suspensão da lei, não obstante esta se encontre situada no ordenamento jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Observa-se, outrossim, que ao se debruçar sobre a análise quanto à atuação do Estado para garantir segurança e da escolha de inimigos, não se pode ignorar a realidade brasileira, que tem em seu Estado práticas decorrentes do racismo estrutural em todas as instâncias. Veja-se como a

questão merece profundidade, uma vez que a noção de segurança possui algumas camadas que merecem análise pormenorizada.

No que toca à questão de como o racismo se reverbera para o campo da segurança e sua relação com o Direito Penal, é possível destacar uma pesquisa realizada pela Anistia Internacional. Segundo o estudo, de 1.275 vítimas de homicídio decorrentes de intervenção policial, entre 2010 e 2013, na cidade do Rio de Janeiro, 99,5% eram homens, 79,11% eram negros (51,25% pardos, 27,86% pretos) e 75% tinham entre 15 e 29 anos de idade (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 34).

A Anistia apontou, ainda, que, “em 2012, 56.000 pessoas foram assassinadas no Brasil. Destas, 30.000 são jovens entre 15 a 29 anos e, desse total, 77% são negros. A maioria dos homicídios é praticado por armas de fogo, e menos de 8% dos casos chegam a ser julgados” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 34).

Oportuno destacar, diante dos dados ora apresentados, que a atuação do Estado em face da população negra revela-se por meio da lógica da necropolítica, conceito atribuído por Achille Mbembe ao destacar que a raça constituiu a sombra constantemente presente sobre o pensamento e a prática das políticas do Ocidente, observando que o racismo atua decisivamente enquanto opressão por meio do exercício da função de regular a distribuição de morte (MBEMBE, 2016, p. 128).

A segurança, no Brasil, está atrelada à militarização da polícia, natureza esta que foi questionada inclusive pela ONU, por ocasião da Revisão Periódica Universal ocorrida em 2012. Na oportunidade, das 170 medidas sugeridas para combater a violação de Direitos Humanos, uma delas correspondeu à desmilitarização da polícia. O Brasil acatou 159 recomendações, rejeitando por completo a desmilitarização sugerida (GIRALDI, 2012).

A segurança na ótica do seio social, por sua vez, não está relacionada às questões que envolvem o Estado - ao menos não diretamente -, mas que se inserem na população no decorrer das práticas sociais diárias. Trata-se de um olhar da segurança sob o prisma da horizontalidade, ou seja, das relações coordenadas entre os indivíduos inseridos nos grupos sociais.

Ademais, a significativa procura por segurança, pela proteção e máxima garantia de que, apesar dos inúmeros contrastes e da desigualdade que assola a estrutura social, nenhum mal acontecerá mediante o pagamento do preço exigido, confere àqueles que possuem as condições para tanto a sensação de alívio. Como se fosse possível, inclusive, ignorar as verdadeiras

causas estruturais das quais decorrem os problemas que ameaçam uma vida segura, os indivíduos que se enquadram na fatia social em questão não precisam se importar com os reflexos dos fatos sociais existentes, permanecendo narcotizados e convictos de uma aparente solução de seus problemas.

Segundo Bauman, o deslocamento da relação público versus privado para uma nova dominação pode ser identificado pelo fato de que:

Não é mais verdade que o “público tente colonizar o “privado”. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público, espremendo e expulsando o que quer que não possa ser expresso inteiramente, sem deixar resíduos, no vernáculo dos cuidados, angústias e iniciativas privadas. Repetidamente informado de que é o senhor de seu próprio destino, o indivíduo não tem razão de atribuir “relevância tópica” (o termo é de Alfred Schütz) ao que quer que resista a ser engolfado no eu e trabalhado com os recursos do eu; mas ter essa razão e agir sobre ela é precisamente a marca registrada do cidadão (BAUMAN, 2001, p. 49).

A inversão diagnosticada por Bauman propicia vários questionamentos, inclusive porque atualmente é comum notar equívocos na aplicação das noções encontradas nos elementos “público” e “privado”, ora porque a interação ideológica acarreta distorções subservientes à sociedade capitalista e à lógica por ela impressa, ora porque a fluidez da modernidade líquida possibilita uma transição ou, até, uma transmutação, de uma para outra ainda naquela mesma lógica citada. Aliás, no que concerne à discussão sobre a relação entre público e privado, é possível acrescentar, ainda, a afirmação feita por Hannah Arendt:

Logo que passou à esfera pública, a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários que, ao invés de se arrogarem acesso à esfera pública em virtude de sua riqueza, exigiram dela a proteção para o acúmulo de mais riqueza. (...) Quando se permitiu que essa riqueza comum, resultado de atividades anteriormente relegadas à privacidade do lar, conquistasse a esfera pública, as posses privadas - essencialmente muito menos permanentes e muito mais vulneráveis à mortalidade de seus proprietários que o mundo comum, que sempre resulta do passado e se destina a continuar a existir para as gerações futuras - passaram a minar a durabilidade do mundo (ARENDR, 2008, p. 78).

Como se infere das palavras acima transcritas, verifica-se que talvez o único laço em comum entre os indivíduos seja representado por seus interesses privados, do que decorre a intenção de ver garantida a segurança de qualquer forma, seja pela atuação do Poder Público, seja pelo recurso aos meios privados disponíveis. Assim, a utilização da esfera pública voltada à proteção para o acúmulo de mais riqueza relaciona-se diretamente com a questão da segurança, o que demonstra a incidência de meios distintos aplicados para a tutela de um mesmo interesse, tamanho o receio de que as ameaças sofridas representem a concretização da perda dos bens tutelados.

Oportuno ressaltar a afirmação da mencionada autora no sentido da evidente extinção da diferença entre as esferas privada e pública, absolutamente permeadas pela esfera social.

No caminho de uma análise acerca da segurança, Zygmunt Bauman estuda a comunidade, estabelecendo como fio condutor a díade pendular constituída pelos elementos segurança e liberdade:

A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale a escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite, sem uma injeção de segurança, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre). Essa circunstância provoca nos filósofos uma dor de cabeça sem cura conhecida. Ela também torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos outros; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos outros (BAUMAN, 2003, p. 24).

A relação estabelecida entre os valores segurança e liberdade é marcada por uma situação de constante tensão, uma vez que não é possível ser livre e ter segurança na medida em que se deseja.

Outrossim, o estudo da liberdade reporta-se a um antigo e desejado direito, um dos propulsores da evolução da história do homem enquanto ser relacionado aos demais e em constante relação de poder, razão pela qual está absolutamente atrelada à intensidade deste último para que seja possível ou não o seu exercício.

Sabe-se que a liberdade é extremamente limitada pelas formas jurídicas estabelecidas pelo Estado, implementando o controle social por

vários meios, dentre eles as normas, que delimitam a esfera de atuação dos indivíduos no contexto da experiência de vida, prevendo a aplicação de sanções como forma de repressão de eventuais desvios dos padrões predeterminados.

A liberdade constitui um dos fundamentos axiológicos dos Direitos Humanos, ao lado da igualdade e da fraternidade ou solidariedade.

Uma vez que a segurança requer mais uma parcela da (limitada) liberdade que os indivíduos possuem, a tensão emerge do fato de que não se deseja abrir mão do mínimo que seja de liberdade.

Diante do conflito entre os interesses postos em questão, a solução mais razoável é a realização de juízo de ponderação para balanceá-los da melhor forma possível, possibilitando uma realidade mais segura e sem desprezar absolutamente a liberdade dos indivíduos. Tal assertiva é simples no âmbito da retórica, mas quando deslocada para a prática se torna deveras complexa, pois o gozo de tais direitos está condicionado às condições socioeconômicas de determinada sociedade ou dos indivíduos em si, o que resulta em uma multiplicidade de fatores coexistentes num determinado espaço, minando novamente uma possível ameaça a ambos. Com isso, a realidade torna-se cíclica e não há a efetiva solução dos conflitos.

De fato, conforme afirmado por Bauman, a insegurança guarda sua origem na desregulamentação que caracteriza a modernidade líquida, bem como na fragilidade das relações humanas. Não obstante, o sociólogo assevera que a plena segurança somente é possível nas verdadeiras comunidades. Afirma, todavia:

Os contemporâneos em busca da comunidade estão condenados à Sina de Tântalo; seu objetivo tende a escapar-lhes, e é seu esforço sério e dedicado que faz com que lhes escape. A esperança de alívio e tranquilidade que torna a comunidade com que sonham tão atraente será impulsionada cada vez que acreditam, ou lhes é dito, que o lar comum que procuravam foi encontrado. Às agonias de Tântalo se juntam, tornando-as ainda mais sofridas, as de Sísifo. ‘A comunidade realmente existente’ será diferente da de seus sonhos - mais semelhante a seu contrário: aumentará seus temores e insegurança em vez de diluí-los ou deixá-los de lado. Exigirá vigilância vinte e quatro horas por dia e a afação diária das espadas, para a luta, dia sim, dia não, para manter os estranhos fora dos muros e para caçar os vira-casacas em seu próprio meio. E, num toque final de ironia, é só por essa belicosidade,

gritaria e brandir de espadas que o sentimento de estar em uma comunidade, de ser uma comunidade pode ser mantido e impedido de desaparecer. O aconchego do lar deve ser buscado, cotidianamente, na linha da frente (BAUMAN, 2003, p. 22).

4 MULTICULTURALISMO

O multiculturalismo, termo que pode ser encontrado sob várias perspectivas e, inclusive, críticas¹, também é objeto de análise na obra de Zygmunt Bauman, que o vê como forte instrumento para manter a incerteza que reside no mundo sobre quais valores devem ser consagrados e mantidos na sociedade, apontando pela “ideologia do fim da ideologia”. O sociólogo aponta o problema, afirmando que o multiculturalismo:

É um manifesto a favor da reconciliação: as novas realidades não são enfrentadas nem contestadas, há uma rendição a elas - que as coisas (sujeitos humanos, suas escolhas e o destino que se segue a elas) “sigam seu próprio curso”. É também um produto do arremedo de um mundo marcado pelo desengajamento como principal estratégia do poder e pela substituição das normas pela variedade e pelo excesso. Se a realidade não for questionada e se supuser que não deixa alternativas, só podemos torná-la aceitável replicando seu padrão em nossa própria maneira de viver (BAUMAN, 2003, p. 120).

Bauman atribui, ainda, ao multiculturalismo o papel de promover, implicitamente, um discurso de indiferença ou descaso quanto à diversidade, sob o pretexto da tolerância, o que acarreta um caráter conservador que tende a afastar, e não a integrar as diferenças culturais.

O posicionamento de Bauman com relação ao multiculturalismo revela um aspecto de fuga ao contexto fluido que, segundo ele, permeia a sociedade

¹ “Críticas que atribuem ao multiculturalismo a exaltação da pluralidade cultural mas o acusam de se omitir com relação às desigualdades estão, na verdade, sendo dirigidas a um sentido de multiculturalismo - folclórico - que, certamente, não é o único. O multiculturalismo crítico ou perspectiva intercultural crítica busca articular as visões folclóricas a discussões sobre as relações desiguais de poder entre as culturas diversas, questionando a construção histórica dos preconceitos, das discriminações, da hierarquização cultural. Entretanto, o multiculturalismo crítico também tem sido tensionado por posturas pós-modernas e pós-coloniais, que apontam para a necessidade de se ir além do desafio a preconceitos e buscar identificar, na própria linguagem e na construção dos discursos, as formas como as diferenças são construídas. Isso porque a visão pós-moderna, grosso modo, focaliza os processos pelos quais os discursos não só representam a realidade, mas são constitutivos da mesma.” (CANEN, 2007, p. 93).

contemporânea. Afinal, o estado físico do conceito de multiculturalismo certamente foge da liquidez afirmada em sua obra, haja vista que tal discurso é aplicado pelos intelectuais como mecanismo para esconder ou disfarçar a incompetência de interpretar as sociedades do atual contexto.

Com efeito, o desafio que o multiculturalismo representa à temática dos Direitos Humanos reside na possibilidade de contribuir com a manutenção de um estado de inércia, decorrente de uma incapacidade de escolha dos valores num contexto de uma denominada sociedade multicultural - algo radicalmente sólido, não obstante um cenário de suposta fluidez.

Desta forma, é possível identificar entraves à autoafirmação, especialmente quando se fala na construção das minorias e na proclamada, porém não garantida, liberdade de escolha, que não é efetivamente assegurada, embora o discurso sinalize para o sentido oposto, dando a falsa sensação de que os homens são livres quando, na verdade, estão cada vez mais presos.

5 FELICIDADE

Outro ponto fundamental da obra de Bauman, encontrado especialmente em “A Arte da Vida”, diz respeito à felicidade.

Embora se possa confundir a abordagem da felicidade a partir de um campo que foge a uma análise filosófica ou que contribua para o estudo ora realizado, não se pode ignorar tal elemento no pensamento do sociólogo, uma vez que sua percepção também está relacionada à questão dos Direitos Humanos e contribui decisivamente para a constatação do sentido filosófico desse gênero em seu pensamento.

Bauman assinala que, da mesma forma que se assiste a uma espécie de coerção a ser livre - o que não possibilita, por óbvio, a efetiva liberdade, traduzindo-se, pois, num conceito vazio e bastante questionável -, vivencia-se um caráter obrigatório de se buscar a felicidade e sua intrínseca relação com a busca de ser livre.

Os ingredientes da felicidade, porém, são ditados diariamente na vida e na forma como as pessoas devem conduzir seus atos, sendo a condição de consumidores um dos pontos principais que conduzem à falsa sensação de felicidade das pessoas. Como ser consumidor é ter, o ter passa a ser a ação predominante sobre a condição humana e as relações intersubjetivas. Aí reside, portanto, uma importante chave para identificar como a noção de felicidade é informada no contexto da sociabilidade capitalista e da ideologia dela advinda.

Analisando a falsa sensação de liberdade, liberdade esta que é conduzida para comprar e, assim, fazer com que os homens exerçam a função de consumidores, satisfazendo os anseios que lhes são construídos diariamente, Bauman afirma:

Numa sociedade sinóptica de viciados em comprar/assistir, os pobres não podem desviar os olhos; não há mais para onde olhar. Quanto maior a liberdade na tela e quanto mais sedutoras as tentações que emanam das vitrines, e mais profundo o sentido da realidade empobrecida, tanto mais irresistível se torna o desejo de experimentar, ainda que por um momento fugaz, o êxtase da escolha. Quanto mais escolha parecem ter os ricos, tanto mais a vida sem escolha parece insuportável para todos (BAUMAN, 2001, p. 104).

O conceito de felicidade é atribuído a condições determinadas a satisfazer uma lógica voltada ao poder aquisitivo, à possibilidade não apenas de comprar, mas de manter-se atualizado e não pertencer ao rol dos que foram atingidos pela noção de obsolescência programada, o constante e imediato retorno à desatualização em face das novidades que são lançadas diariamente para selecionar aqueles que, mesmo diante de um “poder de escolha”, curvam-se aos ditames consagrados pelo mercado.

As escolhas existem, mas é preciso esclarecer que não são feitas pelos consumidores, pois antes deles há um trabalho mercadológico voltado a conquistá-los e seduzi-los ao exorcismo de consumir os padrões ditados.

Não obstante, a felicidade é considerada por Bauman como um estado inatingível, uma vez que se modifica constantemente, pois os padrões ditados nunca são satisfeitos com os recursos de que os homens dispõem para tanto (e tal é a lógica, de escapar sempre da capacidade dos indivíduos no exercício da felicidade).

Assim, o homem narra sua trajetória mediante os padrões impostos, voltando-se à individualização, à ausência de preocupação com o outro e ao descompromisso com as questões que atingem a sociedade, num constante processo de desengajamento que, ao colocá-lo diante de um cenário liquefeito, torna a sua própria vida inconsistente, líquida, plasmódica e vulnerável.

CONCLUSÃO

Não obstante as críticas normalmente atribuídas ao legado de Bauman, notadamente quanto à dimensão metodológica e exploração

temática, há que se reconhecer a sua notável capacidade de transcender os muros da academia, percorrendo espaços e atingindo um público cada vez mais abrangente ao abordar temas inquietantes que tocam as relações sociais e intersubjetivas.

A modernidade líquida faz com que a realidade social esteja permeada pela desregulamentação, insegurança, privatização e consumismo. O quadro em que se vê tal contexto é aquele em que se insere a temática dos Direitos Humanos, ou seja, um quadro que contribui para a legitimação da lógica capitalista, sendo que tal gênero de direitos é implementado como forma subserviente à manutenção dos mecanismos voltados àquela sociabilidade.

Bauman afirma:

Demandas por reconhecimento tendem hoje em dia a ser apresentadas sem referência à justiça distributiva. Quando isso acontece, suposições tácitas também são feitas, mas, ao contrário das suposições de Weber, elas são contrafactuais. O que se supõe, afinal, é que ter assegurado legalmente o direito de escolha significa ser livre para escolher - o que não é o caso. No caminho de uma versão “culturalista” do direito humano ao reconhecimento, a tarefa não realizada do direito humano ao bem-estar e a uma vida vivida com dignidade se perdeu (BAUMAN, 2003, p. 81).

Embora os Direitos Humanos não sejam objeto de um estudo específico na obra de Zygmunt Bauman, é inquestionável o fato de que o sociólogo trabalha constantemente questões relacionadas a tais espécies de direitos, refletindo sobre as implicações ideológicas das quais desencadeiam todas as construções que a eles se voltam.

Não significa dizer, porém, que Bauman não se reporte aos Direitos Humanos. Em sua obra, além de tratar assuntos diretamente ligados à discussão dos Direitos Humanos, Bauman tangencia e chega a discutir, algumas vezes, àquele gênero de direitos, embora não dedique - como dito outrora - uma análise específica quanto ao particular.

Assim, analisa a tensão entre segurança e liberdade na comunidade, o caráter conservador do multiculturalismo, o papel do trabalho no contexto liquefeito e a própria concepção de felicidade.

Não se trata, porém, de esgotar toda a discussão sobre Direitos Humanos nos diversos pontos trabalhados por Bauman em toda a sua obra, mas sim de afirmar com base em elementos mínimos o diálogo que

estabelece com a filosofia, especificamente no que diz respeito a tal esfera de direitos.

É imprescindível ressaltar, ademais, o reconhecimento por Bauman da carga valorativa que os Direitos Humanos carregam, no sentido de que representam um verdadeiro “postulado”:

Permita-me salientar que, originalmente, como foi articulado na Declaração Universal, o conceito de “direitos humanos” era investido de um significado ainda mais profundo, que até hoje continua a ser um postulado e que em nada impede os Estados dotados de direitos de “abrir exceções” para executar uma lei por meio de sua revogação ou suspensão. Esse significado mais profundo se refere aos direitos humanos decorrentes de uma “lei natural” inalienável, que se aplica a todos os homens, incluindo os que foram banidos, despojados de cidadania ou forçados a fugir de seu país por ameaça a suas vidas; aplica-se também aos direitos humanos que substituem as prerrogativas dos governos oriundas da ideia de “soberania”: a prerrogativa de negar aos seus próprios cidadãos a dignidade e o respeito devido a todos os homens (BAUMAN, 2010, p. 122).

Outrossim, é possível identificar o caráter instrumental dos Direitos Humanos segundo a concepção sociológica de Bauman, posicionamento que permeia a sua obra no que concerne aos assuntos por ele abordados e que estão diretamente relacionados a tais direitos, haja vista que estes são utilizados, segundo sua perspectiva, para manter o *status quo*, de forma que permanecem inalteradas as desigualdades e a distância do homem da efetiva autoafirmação.

Constata-se, pois, diante da análise da obra de Bauman, que a efetividade dos Direitos Humanos está condicionada proporcionalmente ao grau de solvência dos indivíduos (a possibilidade de “compra” desses direitos), de maneira que o respectivo conjunto de direitos será garantido a uma pequena parcela da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!**: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf. Acesso em: 7 nov. 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Jovem negro vivo**. Disponível em: <https://anistia.org.br/campanhas/jovemnegrovivo/>. Acesso em: 7 nov. 2017.

ARENDT, H. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Z. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Z. **A Arte da Vida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Z. **Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BAUMAN, Z. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BEILHARZ, P. **Zygmunt Bauman: dialectic of modernity**. Londres: Sage, 2000.

BOURDIEU, P. O fim de um mundo. In: Bourdieu, P. (Coord.). **A miséria do mundo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

CANEN, A. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. **Comunicação e política**, v. 25, n. 2, 2007.

GIRALDI, R. **Brasil adotará 159 das 170 recomendações sobre direitos humanos na ONU**. Agência Brasil - Empresa Brasil de Comunicação. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-09-21/brasil-adotara-159-das-170-recomendacoes-sobre-direitos-humanos-na-onu>. Acesso em: 7 nov. 2019.

GROSS, N. How to do social science without data. **The New York Times**. Seção Review, 9 de fevereiro. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/02/09/opinion/sunday/how-to-do-social-science-without-data.html>. Acesso em: 7 nov. 2019.

HARVEY, D. **Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Loyola, 2012.

MBEMBE, A. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, dez. 2016.

SMITH, D. **Zygmunt Bauman: prophet of postmodernity**. Cambridge: Polity, 2000.

TESTER, K. **The social thought of Zygmunt Bauman**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2004.

INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE: PESQUISA EXPLORATÓRIA COMPARATIVA NO DIREITO CONSTITUCIONAL ITALIANO

SUPERVENING UNCONSTITUTIONALITY: A BRIEF LOOK ON ITALY'S CONSTITUTIONAL LAW

Alexandre Walmott Borges *

Borja Muntadas Figueras **

José Luiz de Moura Faleiros Júnior ***

SUMÁRIO: Introdução. 1 Controle de constitucionalidade: premissas históricas. 1.1 Natureza do órgão controlador. 1.2 Modos de manifestação. 2 Controle das normas pré-constitucionais no Brasil. 2.1 O *leading case* brasileiro: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. 2.2 Utilização da ADPF como mecanismo de controle de normas precedentes. 3 Um olhar no direito italiano. 3.1 *Sentenza* n. 1/1956. 3.2 Repercussões do julgamento na jurisprudência italiana. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Constituição é a norma jurídica fundamental que regula as estruturas basilares de um Estado e traça diretrizes a serem seguidas pelas legislações infraconstitucionais editadas a partir dela. Assim, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, se um ato normativo é com ela incompatível, deve ser extirpado. No Brasil, todavia, sendo a norma anterior à Constituição, a incompatibilidade entre ambas passou a ser vista por alguns doutrinadores e pelo Supremo Tribunal Federal como caso de mera revogação, segundo os ditames do direito intertemporal; mas, segundo outra parcela da doutrina, o caso é de inconstitucionalidade superveniente. Diante disso, pelo método indutivo, ganha relevância a análise da jurisprudência italiana, iniciada com a primeira decisão na qual a *Corte Costituzionale* precisou enfrentar a questão supra delineada, que foi exatamente aquela que marcou a estreia de sua atividade judicante: a *Sentenza* n. 1/1956. A partir disso, será possível averiguar a adequação do posicionamento do Tribunal brasileiro.

Palavras-chave: inconstitucionalidade superveniente. controle de constitucionalidade. direito constitucional. direito italiano. *Sentenza* n. 1/1956.

ABSTRACT: *The Constitution is the fundamental norm that regulates the basic structures of a State and defines the guidelines to be followed by the forthcoming legislation. Therefore, as a result of the Constitution Supremacy principle, if a legal act is incompatible with such guidelines, it must be extirpated. In Brazil, however, if a norm precedes the Constitution, the incompatibility between both becomes an abrogation hypothesis, according to some jurists and in accordance with the Supremo Tribunal Federal's jurisprudence, and so it must abide the precepts of intertemporal law; but, according to other jurists, the hypothesis is one of supervening unconstitutionality. Thus, from the inductive method, the importance of analyzing the Italian jurisprudence, that began with the*

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e em História pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Professor da Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

** Doutor em Filosofia Contemporânea y Tradición Clásica pela Universitat de Barcelona - UB. Professor e investigador em Filosofia Moderna y Contemporânea na Universitat La Salle, Campus Barcelona, na Universitat de Barcelona - UB e Professor Convidado na Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

*** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Advogado.

Artigo recebido em 05/11/2019 e aceito em 19/11/2019.

Como citar: BORGES, Alexandre Walmott; FIGUERAS, Borja Muntadas; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Inconstitucionalidade superveniente: pesquisa exploratória comparativa no direito constitucional italiano. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 21, n. 33, p. 63-92. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

first decision in which the Corte Costituzionale has been called upon to face the question mentioned above, being as such the exordium of its jurisdictional activity: the Sentenza n. 1/1956. Then, it will be possible to comprehend the adequacy of the Brazilian Court's decision.

Keywords: *supervening unconstitutionality. constitutional review. constitutional law. Italian law. Sentenza n. 1/1956.*

INTRODUÇÃO

Nos recentes anos, o direito constitucional brasileiro passou por modificações que, em distintos momentos e por distintas motivações, refletem o processo de redemocratização do país, emanado de transformações, como o reconhecimento de normatividade aos princípios e o desenvolvimento de novos mecanismos de interpretação e aplicação constitucional, que colocaram a Constituição da República de 1988 no centro do sistema jurídico, servindo efetivamente como vetor axiológico das normas jurídicas.

Com espeque nesta premissa, é inegável que o direito nasce como fenômeno universal, não podendo dele nenhuma comunidade prescindir. Assim, as relações entre os povos de diferentes Estados nacionais, que vêm se avolumando em tempos de globalização, têm trazido à tona princípios e institutos jurídicos coincidentes ou semelhantes em mais de um sistema jurídico, o que denota a importância do estudo do direito comparado, ou de investigações das diferentes legislações nacionais, no afã de disponibilizar aos operadores do direito os institutos, as instituições e os sistemas de aplicação de normas existentes em outros ordenamentos jurídicos.

Esta linha de estudo, à toda evidência, não tem a pretensão de propor a reprodução de institutos ou de instituições de outros ordenamentos jurídicos sem levar em conta os condicionamentos e peculiaridades de cada um deles. Visa estudá-los para, das conclusões obtidas, extrair substratos teóricos que terão grande valia para os estudiosos do direito, a fim de propiciar uma melhor compreensão do panorama jurídico de determinada sociedade, e aos aplicadores e às instituições a possibilidade de assimilação e execução de acordo com os modelos experimentados noutros Estados.

Nessa linha, não se deve olvidar que, da supremacia imanente às normas constitucionais legisladas, quando eivadas de rigidez, surge o controle de constitucionalidade, o mais importante mecanismo

de verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a Constituição.

Problemas surgem quando se procede à distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, tendo em vista os diversos momentos de edição das normas constitucionais. E, de tal distinção, doutrina e jurisprudência esbarram na dúvida: havendo choque entre a norma constitucional superveniente e alguma norma pré-constitucional, a questão é de inexistência e não recepção de normas, de inconstitucionalidade ou resolve-se simplesmente pelo direito intertemporal?

No Brasil, tal indagação suscitou dúvidas e o caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, decidiu pela impossibilidade de discussão, pela via direta, em controle concentrado, da ilegitimidade constitucional de norma editada sob a égide do ordenamento jurídico precedente, frente à Magna Carta vigente; porém, atualmente, outros mecanismos são admitidos para o controle dessas normas, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou mesmo da discussão em sede difusa.

Por outro lado, a *Corte Costituzionale*, sodalício guardião da Constituição da República Italiana, caminhou em sentido diverso em seus precedentes, desenvolvendo em quantidade e em qualidade o tema nos casos que eram levados ao seu crivo jurisdicional.

Em face deste problema, a explanação ora proposta, atenta aos imperativos da sumariedade, pautar-se-á pela análise das semelhanças e diferenças de maior relevo na tutela constitucional envidada pelos modelos brasileiro e italiano, em especial as ligadas à competência do órgão de controle, o modo de manifestação deste, bem como os tipos de ilegitimidade constitucional e os meios de impugnação utilizados em cada ordenamento jurídico, com foco específico na *Sentenza n. 1*, de 14 de junho de 1956, precedente de exórdio da *Corte Costituzionale* italiana sobre o tema, que será aqui analisado pelo método indutivo.

A escolha do paradigma italiano como base de contraste decorreu do fato de, inobstante o fato de a Itália pertencer ao conjunto de países da denominada família romano-germânica (ou do *civil law*), a linha de tratamento da discussão quanto à compatibilidade entre a Constituição vigente e normas a ela anteriores, no plano da constitucionalidade, não recebeu maiores atenções dos estudiosos do assunto no Brasil.

Mais ainda, é de se fixar que o modelo constitucional italiano guarda semelhanças com o modelo brasileiro (Constituições vintecentista, legisladas, com superação de ordens pretéritas autoritárias, entre tantos outros detalhes).

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONTEXTUALIZAÇÃO TEMPORAL

A preponderância do direito legislado e a da visão do direito como produto institucional, em superação às concepções do direito como produto histórico-evolutivo e ambiental, predominantes até a Idade contemporânea, colaboraram para a definição da Constituição como norma superior dos sistemas jurídicos. A visão do positivismo de uma ordem legislada, como produto da intervenção direta do homem e das insituições (e não de uma ordem natural), resultaram na definição de um sistema normativo hierarquizado formalmente, e com a ascendência normativa dos conteúdos do texto legislado definido como Constituição (FIORAVANTI, 2012) (MORA-DONATTO, 2002).

As bases institucionais e ideológicas deste movimento repousam na definição do princípio da soberania nacional, com origens na Inglaterra e na França, mais precisamente nos séculos XVII e XVIII, sob a influência dos autores do iluminismo e liberalismo. Este princípio levou à ascendência da lei como fonte de direito e expressão da vontade da nação soberana. Esta visão de mundo assentava-se sobre bases com alguma diversidade de concepção, mas com a amarração comum da ideia de uma ordem jurídica do Estado nacional (BOBBIO, 1995) (BOBBITT, 2003) (KOHN, 1946) (LAST, 2017-2018)

Mas, foi somente em 1803 que surgiu, efetivamente, o primeiro precedente da história a tratar do tema controle de constitucionalidade, e isto aconteceu nos Estados Unidos da América, mais especificamente de um aresto de sua *Supreme Court*, a quem coube julgar o caso *Marbury vs. Madison* (1 Cranch, 137-180), através do labor do *Chief Justice John Marshall*¹.

¹ Tratava-se de mandado de segurança impetrado originariamente perante a Suprema Corte norte-americana, em virtude de competência deferida pelo disposto na Seção 13 do Judiciary Act de 1789, que fixava a competência originária da Corte (embora a Constituição de 1787 não contivesse igual previsão) para apreciar o pedido de nomeação de William Marbury para o cargo de juiz de paz do Condado de Washington, ainda não concluído devido à não entrega de sua comissão, pelo Presidente John Adams, antes do fim de seu mandato. O pedido foi formulado por Marbury contra o novo Secretário de Estado, James Madison, que assumiu a função no mandato do novo Presidente eleito, Thomas Jefferson. Ao julgar o writ, John Marshall, definindo as premissas do controle difuso, asseverou que a jurisdição da Suprema Corte era exercida originariamente, ou em grau de recurso, sendo a primeira hipótese de enunciação constitucional, explicitando os três grandes fundamentos que justificam o controle

De tal precedente se extraiu a mais importante conclusão para o estudo do tema em foco: de que a invalidade, portanto, da lei que viole a Constituição é uma decorrência da posição superior que esta ocupa quanto àquela², o que é verificado com especial nitidez nos países onde se faz presente a rigidez constitucional, como no Brasil e na Itália, países mais detidamente analisados no presente estudo.

Acerca deste posicionamento hierarquicamente superior da Constituição dentro do ordenamento jurídico, José Afonso da Silva (1998, p. 47) aduz que:

[...] a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país [...]. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Por figurar no vértice do sistema jurídico, é a Constituição que estabelece os ditames organizacionais do Estado. Assim, em face da divisão funcional do Poder, as funções constituídas lhe são subalternas, tendo as suas fronteiras demarcadas pelas normas constantes de seu bojo, e, por isso, toda atuação deve obedecer a tais diretrizes.

1.1 Natureza do órgão de controle

O zelo e o respeito à constituição são atribuições ostentadas por órgãos específicos. Nesse sentido, o primeiro aspecto a servir de confronto é o inerente às características do órgão de controle, que pode ser político ou judiciário.

Os órgãos de cunho político têm por princípio o poder de fiscalização constitucional, decorrência natural da atribuição da soberania popular ao Legislativo, ou ao Executivo, que se torna/m fiscalizador/es, então, dos atos normativos legislativos³

judicial de constitucionalidade: (i) a supremacia da Constituição, (ii) a nulidade da lei que contrarie a Constituição, e, (iii) se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, é ela, e não o ato ordinário, que deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. (BARROSO, 2012, p. 26-27) (FRANKEL, 2006) (CALABRESI; OWENS, 2014).

² A Suprema Corte norte-americana decidiu que lei emanada do Congresso, quando contrária à Constituição, carece de validade, reconhecendo, portanto, a teoria da nulidade, em contraposição à teoria da anulabilidade da norma constitucional defendida Hans Kelsen e que definia o chamado “sistema austríaco” de controle (KELSEN, 2009, p. 215-308 (DOUGLAS, 2003)).

³ Com o exemplo atual do Conselho Constitucional Francês. (*Les révisions constitutionnelles*, s.d.). E também foi o modelo adotado pela Constituição Imperial de

A opção por este sistema é comentada por Paolo Biscaretti di Rufia (1989, p. 643), que salienta que se trata de decorrência da “[...] convicção da oportunidade de atribuir aos órgãos mais representativos da vontade popular algumas funções jurisdicionais, de notável relevo, nas quais aparece particularmente avaliável o elemento político” (tradução livre).

Por outro lado, o modelo de revisão judicial teve seu nascedouro no direito norte-americano (*judicial review*), e confere a organismo do Poder Judiciário a tarefa de declarar inválidos leis e outros atos normativos que infrinjam a Constituição.

No Brasil, o legislador constituinte de 1988, mantendo tradição inaugurada com a Carta Republicana de 1891, outorgou aos tribunais o reconhecimento da incompatibilidade dos atos normativos com a Magna Carta, atribuição esta que encontra-se preceituada na cláusula de reserva de plenário do art. 97 do texto da Lei Maior, *verbis*: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Evidentemente, este dispositivo, que é complementado pelo art. 102, inciso I, “a” e “q”, e seu §1º, e pelo art. 103, §2º, da Constituição da República, não exaure a matéria, uma vez que não se pode deixar de considerar os deveres de fiscalização constitucional do Legislativo e do Executivo. Ocorre que o controle que tais “Poderes” exercem se dá durante o processo de elaboração das leis, e se manifesta nas decisões emanadas das Comissões Parlamentares de cada Casa Legislativa e do veto presidencial, na forma do art. 66, §1º (MENDES, 1997, p. 20).

Já no sistema constitucional italiano, moldado pela *Costituzione della Repubblica Italiana*, elaborada no período posterior à Segunda Guerra Mundial⁴, mais especificamente no ano de 1947, e que entrou em vigor 1824 (CONTINENTINO, 2017).

⁴ Sobre a Constituição italiana de 1948, anota Andrea Pisaneschi: “*Come si è visto la storia della Costituzione del 1948 affonda le sue radici nella necessità di ricostruire la democrazia in un paese largamente diviso e, per certi aspetti anche a rischio di guerra civile. Il tema del recupero dell’unità del paese costituiva la linea guida e il necessario collante in grado di tenere insieme forze di estrazione politica profondamente diversa (il partito comunista con la democrazia cristiana). Anche gli altri fattori che abbiamo descritto nel capitolo dedicato alla Assemblea costituente (la sottrazione all’Assemblea costituente del potere di fare le leggi ed anche la sottrazione della questione istituzionale), contribuì a far maturare quell’accordo sul quale si basa la Costituzione che ha retto la vita di questo Stato per oltre 65 anni. Questo accordo, lo si è detto, aveva il fine principale di garantire la democrazia e la coesione sociale, in un momento storico nel quale questi valori fondamentali erano tutt’altro che sicuri e garantiti. [...] In estrema sintesi può certamente dirsi che la Costituzione italiana ha raggiunto gli obiettivi che ad essa erano stati assegnati, e principalmente quelli di traghettare il paese verso*

em 1º de janeiro de 1948, tem-se, conforme preceituado em seu art. 134, a atribuição à *Corte Costituzionale* da função de dirimir as controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos normativos daquele país.

Interessante questão que foi objeto de debates à época da Constituinte de 1947, na Itália, relacionava-se à atribuição da competência de julgamento a um órgão político, deixando aos juízes singulares a competência de julgar as lides, nos limites de suas competências (PALADIN, 1995, p. 705). No entanto, prevaleceu a intenção de criar um novo órgão dotado da incumbência de julgar as contendas nas quais fossem objurgadas matérias constitucionais.

Esta tese prevaleceu na doutrina italiana, que visualizou diversos dispositivos no texto da Constituição italiana que denotam tratar-se a *Corte Costituzionale* de um órgão judiciário, e não de um órgão político. Assim, doutrinadores como Lívio Paladin (1995, p. 705) e Giuseppe de Vergottini (1997, p. 618) apontam as seguintes passagens do texto como sendo referências à natureza judiciária da Corte: a) no art. 134, *caput*, quando se utiliza a expressão “*giudica*” (julga); b) nos arts. 135, nºs 1, 2, 3 e 7 e 137, nº 1, quando se utiliza a expressão “*giudici*” (juízes); c) no art. 135, nº 7, e no art. 137, nº 1, quando se usa o termo “*giudizi*” (juízos); d) no art. 135, nºs 4 e 6, ao fazer uso da palavra “*giudice*” (juiz).

Todavia, tais constatações são ponderadas por Biscaretti di Ruffia, que anota que a *Corte Costituzionale* sujeita-se a algumas peculiaridades, como a temporariedade do exercício do múnus judicante, que é de no máximo nove anos, conforme preceituado pelo art. 135, nº 3, da Constituição italiana, e o fato de as nomeações dos Ministros da Corte ser realizada pelo Presidente da República, pelo Parlamento italiano, e pela Suprema Magistratura Ordinária e Administrativa, na proporção de um terço cada, conforme consta do art. 135, nº 1, da Carta Magna italiana. Em face disso, reputa a natureza jurídica da *Corte Costituzionale* como jurídico-política (RUFFIA, 1989, p. 647).

1.2 Modos de manifestação

Quando se trabalha com o controle de constitucionalidade, duas são as modalidades de manifestação do controle por meio do Judiciário, ou de provocação do controle pelo Judiciário: há a modalidade incidental

una democrazia compiuta, da una fase nella quale questo passaggio era tutt'altro che scontato.” (PISANESCHI, 2017, p. 657-658)

e a modalidade por via de ação direta (TORRES, 2019) (MARQUES, 2006) (MENDES, 1995).

Na modalidade incidental⁵ (ou *incidenter tantum*), que é exercida durante o trâmite de um caso concreto, a arguição de inconstitucionalidade se revela como prejudicial do julgamento meritório, como salienta Luís Roberto Barroso (2012, p. 50):

É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente.

Nessa modalidade, que também é conhecida como fiscalização por via de exceção, inexistente qualquer insurgência contra o ato normativo apontado como violador da Constituição, uma vez que o lesado, ao invés de atacar o ato diretamente, limita-se a dele se defender, se a autoridade tentar impor sua aplicação.

No controle pela via de ação direta, por outro lado, é instaurado um processo diretamente contra o ato apontado como inconstitucional, seja uma lei ou um ato normativo, e seu distanciamento da modalidade incidental ocorre devido a duas razões principais: (i) sua natureza abstrata, dispensando qualquer problema de aplicação, perante casos concretos, da disposição atacada; (ii) sua correspondência à função de garantia da higidez do texto constitucional (BARBOSA, 2018) (VIEIRA, 1999) (TORRES, 2019) (RODRIGUES, 2001).

A veiculação da ação direta se dá através de um processo objetivo, encartado sem a formação de uma lide em sentido técnico, eis que não há propriamente partes ocupando polos distintos e equidistantes. Além disso, por se tratar de mecanismo institucional, a propositura de tal ação tem um rol de legitimados restrito a determinados órgãos e entidades.

⁵ É importante lembrar que o controle por via incidental, que se realiza na apreciação de um caso concreto, não se confunde com o controle difuso, que é classificação quanto ao órgão que exerce o controle e pode ser desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. É importante lembrar, todavia, que, “no Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que, desde o início da República, o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado” (BARROSO, 2012, p. 50).

Via de regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição, mas, em algumas situações específicas, também poderá ser apreciada a inconstitucionalidade decorrente de omissão ou da inércia injustificada na edição de norma infraconstitucional reclamada pela Constituição. Outro aspecto importante de se salientar é que esta modalidade de controle pela via direta não é sinônimo da classificação do controle como concentrado⁶.

Estabelecidas tais premissas conceituais, insta destacar que, no Brasil, compete às partes, aos terceiros (assistentes, oponentes etc.), ou ao Ministério Público, ou o Magistrado, de ofício, suscitarem a incompatibilidade vertical de uma norma inferior em torno da qual gravita a pretensão ou sua resistência, em face da norma constitucional, de modo que competirá ao juiz ou tribunal decidi-la. Esta ampla possibilidade de sindicabilidade da norma ocorre no controle incidental. Já no controle concentrado, como dito no parágrafo acima, a fiscalização ficará limitado aos legitimados por força de lei.

De forma semelhante, isto é verificado na Itália: a *Legge Costituzionale* nº 01/1948 (ato normativo semelhante às Emendas Constitucionais que se tem no Brasil), em seu art. 1º, dispõe que qualquer das partes ou o juiz poderá, no curso de uma causa, indagar sobre a perquirição da legitimidade constitucional de uma lei ou ato normativo, tendo a *Legge* nº 87/1953 (equivalente à lei ordinária) estendido tal iniciativa ao Ministério Público (*Pubblico Ministero*).

A diferença entre as sistemáticas brasileira e italiana, no tocante à modalidade incidental de controle, reside em um ponto fundamental: comparando os dois modelos, é fácil perceber que, no Brasil, a decisão da questão de ilegitimidade constitucional suscitada tocará ao magistrado que dirige o processo; na Itália, todavia, não será assim. No modelo adotado pelo país europeu, caberá ao julgador singular, após os debates de praxe, se entender relevante a discussão, submetê-la à apreciação da *Corte Costituzionale*, que apreciará a questão, enquanto permanece suspensa a apreciação do caso concreto.

⁶ Sobre isto, Luís Roberto Barroso lembra que “o controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese. Contudo, assim como controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal. Ao contrário, nos países europeus existem exemplos nos quais ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental.” (BARROSO, 2012, p. 51). Veja-se também a classificação de Ruan Espíndola Ferreira (2011).

A doutrina italiana pontua que, para tanto, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a relevância do tema focado para o desenlace do litígio; (ii) de acordo com o art. 1º da *Legge Costituzionale* nº 01/1948, ratificado pelo art. 23 da *Legge* nº 87/1953, ter a impugnação ocorrido no curso de um juízo (*nel corso di un giudizio*) e diante de uma autoridade jurisdicional (*autorità giurisdizionale*); (iii) não se apresentar manifestamente infundada a arguição, porquanto não se justifica a provocação da *Corte Costituzionale* quando a lei objurgada se revela, indiscutivelmente, em compasso e sintonia com a *Costituzione*. (PALADIN; CRISAFULLI, 1990, p. 781)

Nesse diapasão, fica evidenciado que, enquanto o controle incidental, no Brasil, é da alçada do juiz competente para o processo no qual fora suscitado, isto é, sua apreciação se dá perante jurisdição difusa, na Itália, ao contrário, a averiguação da inconstitucionalidade se dá pela concentração de competência à *Corte Costituzionale*.

2 CONTROLE DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

A discussão essencial quanto à inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária perpassa, necessariamente, pelo emblemático ensaio de Otto Bachof (2007) acerca do tema. O autor se debruça com grande acuidade sobre a problemática, investigando o problema sob a ótica da Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), de 23 de maio de 1949, pedra fundamental da República Federal da Alemanha e, em suas análises, sinaliza que:

É manifesto que elas [as posições relativa ao problema investigado] são condicionadas predominantemente por três circunstâncias:

1. pelos diversos sentidos em que é usado o conceito de Constituição e também forçosamente, por consequência, o conceito de inconstitucionalidade;
2. pelas diferentes concepções acerca da existência de um direito suprallegal e, por consequência, acerca da vinculação ou liberdade do legislador constituinte;
3. por uma insuficiente distinção da questão jurídico-material da validade (*Geltung*) de uma norma jurídica—em especial, de uma norma constitucional—da questão

processual de um correspondente direito judicial de controle. (BACHOF, 2007, p. 37)

No sistema brasileiro, a regra é que toda norma que contrarie algum dispositivo constitucional ou que suscite dúvidas sobre sua constitucionalidade pode ser objeto de controle, seja pela via incidental, que se dá de forma difusa, cabendo a tarefa de manifestar-se acerca de seu conteúdo e de sua constitucionalidade a todos os juízes e tribunais (respeitada a cláusula de reserva de plenário, quanto aos tribunais) frente a um caso concreto, ou pela via direta, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da Representação Interventiva ou, ainda, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assim, quando a norma reputada inconstitucional teve sua origem sob a vigência de outro sistema constitucional, anterior ao vigente, como se deve proceder?

O Supremo Tribunal Federal detém o poder de decidir sobre a constitucionalidade das normas jurídicas que foram aprovadas antes da entrada em vigor da Constituição de 1988. Isto é inegável. Assim, o controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional frente à Constituição vigente é feito pela modalidade concentrada.

Quando vigorava a Constituição de 1967, bem como a subsequente Emenda Constitucional nº 1/1969, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal não deixava dúvidas de que quaisquer controvérsias entre o direito anterior e as normas supervenientes deveriam ser analisadas frente ao direito intertemporal, aferindo a ocorrência do fenômeno da revogação total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) da norma enfrentada. Não se abria espaço, portanto, para a discussão do assunto no plano da constitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.217)⁷.

Com base nesse matiz hermenêutico, a orientação da jurisprudência do Excelso Sodalício, sob a égide daquele sistema constitucional, firmou alguns precedentes, como a Rp. 946, em que a Corte reconheceu a revogação do art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Carta Política de 1946; ainda, na Rp. 969, constatou o Supremo Tribunal Federal a derrogação dos arts. 75, § 1º, da Lei nº 1.341/51 e 27, § 1º, da Lei nº 4.737/65, pelo art. 125 da Constituição Federal de 1967; e, na Rp. 1.012,

⁷ Subjaz a discussão sobre existência ou nulidade das normas incompatíveis com a Constituição, editadas antes de sua promulgação. Normas pré-constitucionais, incompatíveis, seriam INEXISTENTES (MELLO, 1988).

não se conheceu da arguição de inconstitucionalidade relativa à Lei nº 5.048/58 do Estado de São Paulo (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.218).

A linha-mestra seguida pelo STF, naquela época, pautava-se na premissa de que lei anterior que se chocasse com a Constituição vigente, quando de sua promulgação, ou estaria em sintonia e conformidade com ela, ou estaria revogada pela não-recepção, caso com ela se incompatibilizasse, denotando o tratamento da questão com fulcro no princípio *lex posterior derogat priori*, ou, a lei posterior derroga a lei anterior.

Sobre a ruptura de um sistema jurídico e o surgimento do posterior⁸, valiosa a lição de Norberto Bobbio (2001, p. 177):

É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade (do ordenamento jurídico); ela é um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o ordenamento novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. A resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho, mas também o velho que se transvasa no novo e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento, passa para o novo e apenas alguns princípios fundamentais referentes à Constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da recepção. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho [...]. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.

Por outro lado, a Constituição da República de 1988 foi omissa quanto à matéria, o que carregou ao crivo do Supremo Tribunal Federal um dos mais importantes precedentes brasileiros sobre o tema: a ADI

⁸ Ainda sobre o assunto: “*Essa afferma che ogni istituzione nel senso suddetto, in quanto è un ente che ha una propria struttura e organizzazione e, quindi, un ordine, un assetto più o meno stabile e permanente, e riduce ad unità gli individui, nonchè gli altri elementi che lo compongono, acquistando di fronte ad essi una vita propria e formando un corpo a sè, costituisce un “ordinamento giuridico”. Infatti, la stessa esistenza di questi enti o corpi sociali o istituzioni, che dir si voglia, già da per sè determina la posizione, la funzione ed una certa linea di condotta degle enti medesimi e di chi ne fa parte o dipende. In altri termini, ogni istituzione è un ordinamento giuridico ed ogni ordinamento giuridico è una istituzione, giacchè, ove questa non si abbia, possono anche darsi rapporti sociali, ma non rapporti che, come quelli giuridici, siano formalmente, oggettivamente e stabilmente ordinati: ubi societas ibi ius, e, invertendo, ubi ius ibi societas.*” (ROMANO, 1946, p. 55).

nº 2, relatada pelo Ministro Paulo Brossard, na qual a Corte assentou entendimento de impossibilidade do exame de constitucionalidade de lei anterior à Constituição pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, embora tenha surgido controvérsia sobre o assunto na exposição do Ministro Sepúlveda Pertence, que se escorou, dentre outros, no precedente da *Corte Costituzionale* italiana, que à frente se analisará.

2.1 **O *leading case* brasileiro: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2**

A ação direta de inconstitucionalidade de número 2 data do ano de 1989 e foi ajuizada pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 3º do Decreto-lei nº 532/69, e arts. 2º, 3º, 4º e 5º do Decreto nº 95.921/88, por reputá-los incompatíveis com os arts. 173, §4º, 174 e 269, *caput* e inciso I, da Constituição da República de 1988.

Após delongada tramitação, a ADI foi julgada definitivamente no ano de 1992, e a votação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se dividiu em duas posições divergentes.

O pensamento esposado pela maioria dos julgadores norteou-se no sentido da resolução da controvérsia com base no direito intertemporal, e teve no voto do Ministro Paulo Brossard seus principais argumentos, sintetizados a seguir:

Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo, que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por

adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1.219)

Noutro norte, a tese vencida, suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, firmou-se no ideal de que inadmitir o questionamento pela ação direta de inconstitucionalidade seria o mesmo que expurgar do Supremo Tribunal Federal missão e responsabilidade que são suas. Pautou-se, posteriormente, em uma análise do direito comparado, para concluir que a relação de antinomia entre a lei anterior e a Constituição superveniente é, sim, uma relação de inconstitucionalidade.

Para ele, ainda que se admita a ocorrência da revogação, esta seria mero efeito da declaração de inconstitucionalidade, não se tratando de simples revogação, como a que se verifica no conflito intertemporal de leis de mesma hierarquia. E asseverou em seu voto: “[...] sendo assim, prefiro esta tese àquela da simples revogação porque entendo que a consequência básica da sua adoção - o cabimento da ação direta - é a que serve melhor às aspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”.

Corroborando a posição do Ministro, cita-se a obra de Lúcio Bittencourt (1989, p. 131), para quem “a inconstitucionalidade é um estado - estado de conflito entre a lei e a Constituição-e a revogação é o efeito desse estado. O tribunal declara a inconstitucionalidade e, em consequência desta, reconhece a revogação da lei”.

Por derradeiro, comenta a solução adotada para a questão pelos italianos, e menciona a decisão paradigma da *Corte Costituzionale*, destacando a opção pelo reconhecimento da inconstitucionalidade superveniente. Menciona, ainda, os sistemas alemão, espanhol e português, que seguiram esta mesma linha. Em conclusão, aduz que decidir se uma lei ordinária é ou não compatível com os princípios constitucionais não é meramente um problema de sucessão de lei, pois implica visão e interpretação panorâmicas de todo o ordenamento constitucional.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, a despeito das controvérsias suscitadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que o eventual conflito deveria

ser envolvido no plano do direito intertemporal, tratando-se, portanto, de hipótese de mera revogação, e não envolvendo propriamente um juízo de inconstitucionalidade⁹.

A jurisprudência da Excelsa Corte se pacificou nesse sentido, e continua direcionada ao entendimento de que a questão da inconstitucionalidade somente se põe quando se cuida de lei posterior à Constituição (princípio da contemporaneidade), restando às leis anteriores apenas a aferição de sua recepção ou não pelo ordenamento jurídico inaugurado pela nova Carta.

2.2 Utilização da ADPF como mecanismo de controle de normas precedentes

Sete anos após o julgamento da ADI nº 2 pelo Supremo Tribunal Federal, o Legislativo brasileiro se preocupou em regulamentar um mecanismo alternativo para tratar do controle das normas anteriores à Constituição vigente.

Trata-se da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que tem seu embasamento constitucional do art. 102, §1º, da Constituição da República de 1988, e, consoante o disposto no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99, que a regulamenta, permite-se que o controle recaia sobre atos normativos editados anteriormente à Carta Magna vigente.

Com isso, o legislador constituinte instrumentalizou o questionamento de normas anteriores à Constituição vigente por meio da ADPF, afastando, conseqüentemente, o controle de constitucionalidade abstrato pela via direta. Quanto a esta possibilidade, decidiu a Corte na ADPF nº 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão

⁹ No julgado há certa hesitação sobre a terminologia e sobre a real denominação a ser dada ao fato, se realmente dever-se-ia denominar revogação.

de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. (...) 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, § 4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal).

Neste julgamento, a despeito de ter sido questionada a viabilidade da ADPF proposta, uma vez que tramita perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2.231) ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, questionando a integralidade da Lei nº 9.882/99, os Ministros entenderam não haver óbice ao julgamento da ADPF nº 33 (STF, 2000).

Foi discutida a possibilidade de controle tendo por parâmetro norma vigente ao tempo da Constituição anterior, e o mecanismo utilizado foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que, conforme consta da ementa, deve ser utilizada para se verificar a compatibilidade ou não da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente, o que se legitima pelo caráter subsidiário da ADPF, conforme tratado no art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99.

Não obstante, esse entendimento vem sofrendo pequenos sinais de alteração na jurisprudência da Corte. No julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.833, de relatoria do Ministro Carlos Britto, cuja decisão foi publicada em 14 de novembro de 2008, embora tenha sido reafirmado o entendimento de que não é admissível o controle de constitucionalidade por via direta de norma editada quando em vigor a redação primitiva da Constituição de 1988 (isto é, o texto originário, sem as alterações das Emendas Constitucionais), alguns Ministros indicaram uma mudança de posicionamento, ao discutirem a possibilidade de se questionar a eficácia de norma pré-constitucional frente à Constituição atual, que, no caso concreto, controvertia a redação originária do texto constitucional de 1988 e alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 (STF, 2006).

Ocorre que estes incipientes debates se deram na Medida Cautelar proposta incidentalmente à ação direta. Quando do julgamento da própria ADI nº 3.833, o Supremo Tribunal Federal decidiu-se pelo não conhecimento da ação, fundamentando-se no entendimento de que não pode ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade uma norma pré-constitucional, mas inovaram ao ressaltar a possibilidade de averbação da caducidade da norma pré-constitucional em debate.

Em suma, cumpre ressaltar que a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal é insofismavelmente no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é a via processual adequada ao questionamento de normas que tiveram seu nascedouro sob a égide do sistema constitucional anterior. No entanto, os sutis debates travados no âmbito da Medida Cautelar na ADI nº 3.833 inspiram a expectativa de

que o entendimento hoje pacífico da Corte pode mudar, ou, ao menos, ser rediscutido no futuro.

Conquanto se trate de simples expectativa, e seja impossível prever o desfecho de eventual discussão do tema pelo Excelso Sodalício, se mostra especialmente interessante comentar o tratamento da matéria em outros ordenamentos jurídicos, dentre os quais se priorizou, neste trabalho, o italiano.

3 UM OLHAR NO DIREITO ITALIANO

O vigente sistema constitucional italiano surgiu pela *Costituzione della Repubblica Italiana*, que teve seu texto final aprovado em 22 de dezembro de 1947, foi promulgada cinco dias depois, em 27 de dezembro, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. A Carta Política, nos termos do seu art. 134, criou a *Corte Costituzionale* (D'ORAZIO, 1981, p. 104), à qual conferiu a atribuição de solver as controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos normativos do Estado e das Regiões:

Articolo 134 - La Corte Costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Tal dispositivo criou a Corte, delimitando sua competência, ao passo que outros dispositivos constitucionais delimitaram sua composição (*articolo* 135) e os efeitos jurídicos de suas decisões (*articolo* 136), mas a própria Carta Política deixou às normas posteriores a regulamentação e a disciplina destas competências e de sua atividade. A *Legge Costituzionale* nº 1/1948, seguida pela *Legge Costituzionale* nº 1/1953 e pela *Legge* nº 87/1953 trouxeram tal regulamentação (ITÁLIA, 2012, p. 21).

Somente no ano de 1955 a Corte teve sua primeira composição definida, com o Ministro Enrico de Nicola eleito seu presidente. A primeira sessão (*udienza pubblica*) da *Corte Costituzionale* ocorreu no dia 23 de abril de 1956, quando foram debatidas as questões que seriam imortalizadas no primeiro aresto daquele Tribunal: a *Sentenza n°1*, de 14 de junho de 1956 (ITÁLIA, 2012, p. 22).

Curiosamente, a questão debatida pela Corte no julgamento inaugural de sua atividade jurisdicional tratou da possibilidade de enfrentamento de uma lei anterior à Magna Carta de 1948 sob o viés da inconstitucionalidade superveniente, em contraponto à tese da mera revogação (direito intertemporal), e sobre ela serão tecidos comentários a seguir.

3.1 *Sentenza n. 1/1956*

Na Itália de meados do século XX, diversas questões surgiram no panorama constitucional, notadamente em razão da promulgação da *Costituzione della Repubblica Italiana*, de 1948, em vigor até os dias atuais, e as controvérsias surgidas devido às incompatibilidades entre a Magna Carta e as normas jurídicas anteriores a ela.

Nos primeiros anos de existência da Carta Constitucional italiana, diversos foram os questionamentos lançados ao crivo do Judiciário italiano, deixando à *Corte Costituzionale* a missão de firmar entendimento acerca das hipóteses nas quais as incompatibilidades entre a *Nuova Costituzione* e as normas jurídicas precedentes ultrapassariam o campo da mera revogação (resolvendo-se no direito intertemporal) e adentrariam na seara da inconstitucionalidade superveniente (*incostituzionalità sopravvenuta*), e se esta última encontraria espaço dentro do ordenamento jurídico italiano.

E foi exatamente na decisão de exórdio da *Corte Costituzionale* frente ao novo ordenamento que tal controvérsia foi apreciada. A *Sentenza n. 1*, de 14 de junho de 1956, analisou a contradição material entre a norma constante do art. 21 da Constituição de 1948 e o art. 113 da *Legge di Pubblica Sicurezza* (Lei de Segurança Pública), promulgada em 18 de junho de 1931, a qual previa punição criminal para a distribuição, afixação em vias públicas ou impressão em jornais ou periódicos, de material de veiculação publicitária expressamente vetado ou não autorizado pela autoridade administrativa responsável pela segurança pública.

Com efeito:

Articolo 113 - Salvo quanto è disposto per la stampa periodica e per la materia ecclesiastica, è vietato, senza licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza, distribuire o mettere in circolazione, in luogo pubblico o aperto al pubblico scritti o disegni. È altresì vietato, senza la predetta licenza, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, affigere scritti o disegni, o fare uso di mezzi luminosi o acustici per

comunicazione al pubblico, o comunque collocare iscrizioni anche se lapidarie. I predetti divieti non si applicano agli scritti o disegni delle autorità e delle pubbliche amministrazioni, a quelli relativi a materie elettorali, durante il periodo elettorale, e a quelli relativi a vendite o locazioni di fondi rustici o urbani o a vendite all'incanto. La licenza è necessaria anche per affiggere giornali, ovvero estratti o sommari di essi. Le affissioni non possono farsi fuori dei luoghi destinati dall'autorità competente. La concessione della licenza prevista da questo articolo non è subordinata alle condizioni stabilite dall'art. 11, salva sempre la facoltà dell'autorità locale di pubblica sicurezza di negarla alle persone che ritenga capaci di abusarne. Essa non può essere data alle persone sfornite di carta di identità. Gli avvisi, i manifesti, i giornali e gli estratti o sommari di essi, affissi senza licenza, sono tolti a cura dell'autorità di pubblica sicurezza.

Por outro lado, o art. 21 da Magna Carta trazia previsão colidente com a norma de censura da Lei de Segurança Pública, prevendo que: *“Articolo 21 - Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.”*

Pela Advocacia do Estado (*Avvocatura dello Stato*) foi levantada a questão de não ser possível a apreciação da inconstitucionalidade de uma norma antecedente à Constituição, porquanto o efeito a que estão sujeitas as normas deste jaez é o da ab-rogação, o que, para a lógica do controle de constitucionalidade italiano, pressuporia a declaração por parte dos julgadores ordinários de primeiro grau, e não da *Corte Costituzionale*. Também argumentaram que a norma contida no art. 21 da *Costituzione*, programática que é, não esbarraria em nenhum vício de legitimidade constitucional frente a normas mais antigas.

Ao decidir o caso, os Ministros da Corte apontaram que a terminologia “ilegitimidade constitucional” foi criada pela nova Carta Política, mas não representava óbice à competência exclusiva da Corte para julgar eventuais vícios de legitimidade de normas, por força do que consta do art. 136 da Constituição de 1948, segundo o qual: *“Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. [...]”*, significando que a eficácia de uma norma cessa no dia seguinte à publicação da decisão da

lavra da Corte, que declara a ilegitimidade constitucional, sendo esta última parte o ponto de ênfase dos Ministros, que entenderam ser a redação da norma constitucional bastante clara ao atribuir à Corte tal competência de declaração da ilegitimidade constitucional.

No tocante à alegação de que seria impossível a apreciação da constitucionalidade das normas anteriores à Constituição, os ministros salientaram que não poderia ser acolhida, uma vez que:

[...] a relação entre leis ordinárias e normas constitucionais e a posição que ocupam na hierarquia das fontes normativas não muda em absoluto, sejam as leis ordinárias anteriores, sejam posteriores às normas constitucionais. Tanto em um caso, quanto em outro, a norma constitucional, por sua natureza intrínseca ao sistema da Constituição rígida, deve prevalecer sobre a lei ordinária. (Itália, 1956, p. 8, tradução livre).

Frente a isso, em nítido exercício de hermenêutica constitucional, os Ministros salientaram que o art. 136 da Constituição não deixa brechas na regra de competência da *Corte Costituzionale*, de modo que somente a ela cabe a tarefa de realizar a declaração de ilegitimidade constitucional de uma lei, seja ela *precettiva* (preceptiva) ou *programmatica* (programática), conceituação que é importante para entender as motivações do julgamento em voga, do ponto de vista técnico.

Pois bem. No direito italiano, a distinção entre normas programáticas e normas preceptivas pode ser feita de acordo com o critério da determinabilidade do conteúdo (ROMBOLI, 1998, p. 143). Há três tópicos fundamentais: a) modo de aplicação - as normas programáticas são de aplicação diferida, ao contrário das normas preceptivas, que são de aplicação imediata; b) destinatário da norma - as normas programáticas têm como destinatário o legislador, ao contrário das normas preceptivas, que têm como destinatário o cidadão; c) conteúdo da norma - as normas programáticas são comandos-valor, resultando daí uma expectativa jurídica, ao contrário das normas preceptivas, que são comandos-regra, das quais resultam direitos diretamente invocáveis por particulares.

Sendo a realidade constitucional o conjunto de valores e a consciência dominante na comunidade, esta terá mais influência no que respeita às normas preceptivas, pois estas atribuem direitos diretamente invocáveis pelos particulares. A concretização de normas programáticas é mais dependente da realidade constitucional porque delas não resultam direitos diretamente invocáveis pelos cidadãos. Assim, compreende-se que

o legislador terá maior “margem de manobra” estando a concretização da norma programática dependente da sua vontade e da oportunidade política, tendo em conta a conjuntura num determinado momento.

Porém, fato é que, até a *Sentenza n. 1*, a distinção entre as normas preceptivas e programáticas representava fator crucial na delimitação da competência para exercício do controle difuso, exercido na Itália por julgadores ordinários de primeiro grau quanto às normas anteriores, sempre prolatando decisões de reconhecimento da revogação normativa por não recepção, e não de inconstitucionalidade.

O novo desafio, então, era delimitar o campo de abrangência da inconstitucionalidade superveniente, em comparação ao da revogação. Em artigo que comenta a posição adotada pelo Pretório italiano, Maria Grazia Rodomonte e Fiammetta Salmoni asseveram que:

Então, se a Corte prefere não enfrentar diretamente uma questão complexa, que já havia dividido a doutrina, não pode deixar de analisar, ainda que genericamente, a diferença entre os dois institutos que, em suas próprias palavras, “não são idênticos entre si, eis que repercutem em planos diversos, com efeitos diversos e competências diversas”, e acrescentando, também, que a ab-rogação “é mais restritiva quando comparada à ilegitimidade constitucional” e que “os requisitos necessários para que haja ab-rogação por incompatibilidade segundo os princípios gerais são assaz mais limitados do que os que podem ensejar a declaração de ilegitimidade constitucional de uma lei”.

Assim, de um lado, a Corte ressalta a maior amplitude do campo de ação da inconstitucionalidade superveniente, mas, de outro lado, não parece excluir a possibilidade, ainda que em remotas hipóteses, de que o caso de contraste entre a legislação anterior e a Constituição superveniente possa resolver-se pelo instituto da ab-rogação. Isto surge indiretamente confirmado da sucessiva afirmação segundo a qual “a notável distinção entre normas preceptivas (*preceptive*) e normas programáticas (*programmatiche*) pode ser, bem assim, determinante para se decidir pela ab-rogação ou menos [derrogação] de uma lei, mas não é decisiva nos juízos de legitimidade constitucional, podendo a ilegitimidade constitucional de uma lei derivar, em determinados casos, também de sua inconciliabilidade com normas que se dizem posteriores”. (RODOMONTE; SALMOBI, 2001, p. 2, tradução livre)

Como se denota dos comentários das doutrinadoras, a postura do Pretório Excelso italiano, após reconhecer a possibilidade de ocorrência da inconstitucionalidade superveniente, foi de estabelecer a ela um alcance maior, que a distinguisse da mera revogação, como modo de permitir a aferição dos casos em que seria aplicável uma e outra.

Evidentemente, trata-se de distinção bastante complexa, eis que, conforme consta da *Sentenza*, repercutem em planos diversos, com efeitos diversos e competências diversas, motivo pelo qual, naquele julgamento, a Corte não se ocupou de esgotar o estudo sobre quais seriam as hipóteses em que um ou outro critério seria aplicável.

Passando à análise da questão suscitada, sobre a incongruência entre o art. 113 da Lei de Segurança Pública italiana e o art. 21 da Constituição de 1948, os julgadores começaram destacando que a possibilidade ou não de coexistência entre tais normas já fora objeto de muitos estudos na doutrina italiana e na jurisprudência dos Tribunais durante o interstício de oito anos entre a promulgação da referida Carta Política e o julgamento da *Sentenza n. 1*¹⁰.

Ponderaram, todavia, que as soluções apontadas pelos estudiosos eram sempre no sentido do reconhecimento da ab-rogação do art. 113 da Lei de Segurança Pública, e sempre pairavam dúvidas acerca da classificação da norma contida no art. 21 como preceptiva ou programática.

Os julgadores foram enfáticos em dizer que esta distinção era importante para determinar a extensão do fenômeno da recepção, fator determinante para o desfecho de revogação total ou parcial de uma norma anterior, mas, em se tratando de discussão acerca de inconstitucionalidade superveniente, pouco importaria tratar-se de norma preceptiva ou programática.

E explicaram:

[...] nesta categoria, estão compreendidas normas constitucionais de conteúdo diverso: desde aquelas que se limitam a traçar programas genéricos de futura e incerta atuação, porque subordinadas à verificação das situações que as consentem, até normas em que o programa, se assim se desejar determiná-lo, tem concretude que não pode vincular imediatamente o legislador, repercutindo na interpretação da legislação precedente e sobre a eficácia que perdura em partes; são puras as normas que fixam princípios fundamentais, e

¹⁰ O impacto da Constituição italiana de 1948 sobre a legislação ordinária até então vigente foi muito sentido no país, uma vez que o momento histórico refletia exatamente o perfil de seu ordenamento jurídico: repleto de leis de cunho fascista, derivadas de princípios e conceitos completamente incompatíveis com os postulados e bases da nova Carta Republicana (MAZOWER, 2001) (MANN, 2008).

até mesmo essas reverberam em toda a legislação (ITÁLIA, 1956, p. 9, tradução livre)

Nesse diapasão, enfatizaram que inexistente distinção constitucional entre a manifestação de pensamento, que deve ser necessariamente livre, e a divulgação do pensamento declarado. Todavia, ressaltaram que é evidente que uma norma que atribui determinado direito não pode ser objeto de elucubrações hermenêuticas que redundem na exclusão completa de seu exercício.

Segundo os Ministros, embora sejam impostos limites à disciplina jurídica do exercício de determinado direito, de modo que a busca individual dos próprios objetivos se concilie com a busca dos objetivos dos demais indivíduos, isto não significa uma violação ou negação do direito. E, ainda que se pudesse pensar que a disciplina do exercício do direito pudesse acarretar limitação ao próprio direito, é inegável que o conceito de limitação é ínsito ao conceito de direito, e, no âmbito do novo ordenamento jurídico, as várias esferas jurídicas deveriam se limitar reciprocamente para que pudessem coexistir harmonicamente.

Ponderaram que é evidente que o fato de a Constituição ter enunciado o direito de livre manifestação do pensamento não significa o consentimento da norma com atividades que perturbem a tranquilidade pública, ou que tenha retirado da Polícia de Segurança a competência para fiscalizar e prevenir tais atividades. E, partindo desta premissa, seria inegável a legitimidade constitucional do art. 113, se a conferência de material publicitário pela autoridade competente estivesse vinculada ao objetivo de impedir fatos que constituam delitos ou que, segundo razoáveis previsões, possam provocá-los.

Os Ministros salientaram, por outro lado, que o critério de definição do que poderia ou não ser considerado material publicitário de lícita divulgação e veiculação não poderia ficar unicamente sob a discricionariedade da Autoridade Administrativa. Porém, destacam que o art. 21 da Constituição se omite quanto a isto, e a inexistência de critérios técnicos para a análise destes materiais publicitários acabava sendo realizada, caso a caso, segundo a pura subjetividade.

Lembraram que, mesmo antes da promulgação da Carta Magna italiana, o Decreto Legislativo nº 1.382, de 8 de novembro de 1947, disciplinou a interposição de recurso administrativo hierárquico contra as determinações da Autoridade de Segurança Pública que tivessem negado autorizações, como no caso de divulgação de material publicitário, e

a decisão tomada em sede recursal, segundo o Decreto, substituiria a decisão combatida.

Não obstante, reafirmaram a indeterminação da norma constitucional originária quanto aos limites ao exercício do direito de livre expressão do pensamento, pontuando que os poderes discricionários eram excessivos, ainda que houvesse previsão de um recurso administrativo. Alertaram que inexistia, de modo bem delineado, esfera dentro da qual deveria estar contida a atividade de polícia da Administração Pública, tampouco os poderes utilizados em tais atividades.

E, tomando por base todas estas ponderações, declararam a inconstitucionalidade do art. 113 da *Legge di Pubblica Sicurezza* (Lei de Segurança Pública) de 1931, exceto seu 5º *comma* (“parágrafo”), que, por simplesmente dizer que os materiais afixados não poderiam sê-lo em qualquer local público, entenderam não ofender nenhum regramento constitucional. No mais, o julgamento também abarcou, em nítido controle de constitucionalidade por arrastamento ou reverberação normativa, as normas contidas no mencionado Decreto Legislativo nº 1.382, de 8 de novembro de 1947.

3.2 Repercussões do julgamento na jurisprudência italiana

Marcante que foi, o julgamento materializado na *Sentenza n. 1* repercute até os dias atuais no direito italiano.

A distinção entre inconstitucionalidade e ab-rogação passou a ser observada pela *Corte Costituzionale* na jurisprudência sucessiva, tendo os julgadores declarado a ilegitimidade constitucional de uma gama de normas pré-constitucionais reputadas revogadas pela maioria dos magistrados do país, no enfrentamento de questionamentos em controle difuso.

Foi o caso, por exemplo, da *Sentenza n. 40*, de 24 de junho de 1958, na qual a Corte ressaltou que a importância de se transportar tal discussão para o plano da constitucionalidade se revelava precipuamente no interesse geral de se eliminar a discussão sobre a matéria, mediante decisão com efeitos *erga omnes*, o que diminuiria o número de processos judiciais repetitivos (RODOMONTE; SALMONI, 2001, p. 2-3). Aponta-se, ainda, a *Sentenza n. 70*, de 30 de abril de 2015, e a *Sentenza n. 178*, de 23 de julho de 2015 como exemplos de decisões recentes e que foram influenciadas pelo vetusto aresto explorado neste breve estudo (DIACO, 2016, p. 218-221).

CONCLUSÃO

Traçado um panorama comparativo e com a ilustração do paradigma definido no sistema italiano, procedeu-se à formulação de apontamentos contrastantes dos arestos de exórdio de cada Estado sobre o tema proposto. A partir da análise feita, foi possível extrair do paradigma explorado no direito comparado algumas propostas de aperfeiçoamento do modelo de controle de constitucionalidade nacional.

Nessa linha, o contraponto que se mostrou mais acentuado entre os dois sistemas é a concentração dos julgamentos de ofensas a normas constitucionais, que, na Itália, é feito necessariamente pela *Corte Costituzionale*, restando aos magistrados singulares daquele país tão-somente a declaração da revogação normativa; lá, quando é suscitada uma questão de ilegitimidade constitucional, o processo em curso é suspenso e remetido à Corte para apreciação mediante provocação das partes, do Ministério Público (*Pubblico Ministero*) ou por ato *ex officio* do julgador singular.

A proposta italiana se mostra salutar do ponto de vista da economia processual por servir como verdadeiro escudo contra a multiplicidade de interpretações contrastantes sobre uma mesma questão, advindas de juízes e tribunais.

Na Itália, buscou-se concentrar o poder de decisão sobre questões constitucionais em um órgão específico, composto por membros que ostentam as prerrogativas e vedações garantidoras da imparcialidade da Magistratura, e, forte em tal premissa, a *Costituzione della Repubblica Italiana* quis prestigiar a certeza do direito, contribuindo para o desenlace célere dos processos judiciais.

Assim, seguindo a sistemática italiana, quando o magistrado se defrontasse, em um processo sob a sua jurisdição, com uma forte dúvida de constitucionalidade, poderia, a pedido das partes, do Ministério Público, ou de ofício, remeter o exame da questão à Corte competente para tais assuntos. E, após o pronunciamento desta, o comando contido em sua decisão permitiria a solução da questão analisada, assim como das demais relações jurídicas não estabilizadas.

Segundo o modelo adotado na Itália, a estruturação desse organismo dependeria, ao menos, de duas outras providências normativas: (i) o estabelecimento da investidura temporária dos seus membros, através de mandato (possivelmente entre oito e dez anos), a fim de permitir uma adaptação da sua jurisprudência à alteração das circunstâncias sociais, o

que se daria com a renovação sucessiva de seus membros; (ii) a participação direta do Judiciário e do Legislativo na formação da composição da Corte, abandonando-se a dependência do processo de seleção dos membros à vontade da chefia do Executivo, cautela a resultar em garantia de maior independência e lisura.

Transportando-se esta lógica ao Brasil, além da adaptação destas mencionadas diferenças, outra necessidade de modificação do texto da Magna Carta se apresentaria: a exclusão da anacrônica competência do Senado Federal para determinar, em juízo discricionário, a suspensão da execução da lei, ou ato normativo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X).

Fosse o caso de se implementar tais alterações no modelo nacional, independentemente da intervenção do poder constituinte reformador, algumas consequências procedimentais poderiam ser antecipadas. A mais evidente delas seria o conhecimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade mesmo nos casos de leis antecedentes à Constituição, uma vez que não são excludentes, na superação de contradições no sistema jurídico, os critérios da hierarquia (da ilegitimidade constitucional) e cronológico (revogação).

Indubitavelmente, outro esmero dessumido de tais alterações seria a utilização, no controle concentrado, da técnica de ponderação de interesses, no afã de verificar com maior profundidade se a restrição a direito ou a liberdade constitucional se assenta em bases razoáveis, além de validar o efeito vinculante de que é dotada a ação direta de inconstitucionalidade, por força de previsão específica em sua lei regulamentadora. Isto tornaria o desfecho de procedência da ADI mais assemelhado aos julgamentos de *accoglimento* externados pela *Corte Costituzionale* em suas *Sentenze*.

Tecidas tais considerações, fica evidente que, a despeito de Brasil e Itália se filiarem ao modelo jurídico do *civil law*, grandes são os contrastes entre os mecanismos organizacionais instituídos por suas respectivas Constituições. As diferenças analisadas têm tratamento jurídico escorado em fatores políticos e sociológicos, o que é normal e esperado quando se vislumbra a Constituição como documento supremo de emanção das vozes e anseios de uma sociedade, e, justamente por isso, é tão difícil tomar por paradigma o plexo normativo existente em outro país para fins de estudo comparativo.

Não obstante, alguns elementos do funcionamento dos trâmites de julgamentos de questões de constitucionalidade na Itália se sobressaltam quando analisados, notadamente porque é tão evidente a predileção do

legislador constituinte italiano pela celeridade e pela economia processual, algo que, lá, já fora antevisto em meados do Século XX.

Tal premissa, tão festejada em tempos atuais, em que o julgamento rápido e eficaz de processos judiciais é assunto de primordial importância no Brasil, certamente deve despertar a curiosidade de juristas brasileiros para o modelo italiano. Porém, será que a sistemática de composição da *Corte Costituzionale*, particularmente quanto ao modo de seleção de seus membros, funcionaria no Brasil? Em um período em que tantas são as ações viabilizadoras do acesso ao Excelso STF, cada qual com suas particularidades, uma simplificação procedimental seria bem-vinda?

Inegavelmente, ainda pairam dúvidas sobre o tema, mas é fundamental que a discussão proposta inspire novas indagações sobre o modelo jurisdicional brasileiro. Apenas com o amadurecimento do pensamento constitucional é que se poderá definir com clareza os mecanismos mais adequados e eficazes ao deslinde de conflitos normativo de jaez constitucional.

REFERÊNCIAS

BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2007.

BARROSO, L. R.. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, L. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/PA**. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 07.12.2005, DJ 27.10.2006, p. 31, EMENT. VOL-2253-01, p. 1.

D'ORAZIO, G. **La genesi della Corte Costituzionale**. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni. Milão: Edizioni di Comunità, 1981.

DIACO, D. Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente. **Consulta Online - Periodico Telematico**, Genova, v. 1, estratto, p. 194- 223, abr. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GILISSEN, J. **INTRODUÇÃO histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Che cosa è la Corte Costituzionale**. 4. ed. Roma: Servizi Topografici Carlo Colombo, 2012.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 1/1956**. Relator: Dott. Gaetano Azzaritti. Roma: Gazzetta Ufficiale n. 146, 14 jun. 1956. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1956&numero=1>. Acesso em: 25 abr. 2019.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MENDES, G.; BRANCO, P. G.G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 134, p. 11-39, abr./jun. 1997.

PALADIN, L.; CRISAFULLI, V. **Commentario breve alla costituzione**. Pádua: CEDAM, 1990.

PALADIN, L. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1995.

PISANESCHI, A. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2017.

RODOMONTE, M. G.; SALMONI, F. A proposito di abrogazione e incostituzionalità sopravvenuta: breve rassegna di giurisprudenza su “antiche” (ma attuali) questioni. **Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato**, Roma, nov. 2001.

ROMANO, S. **Principii di diritto costituzionale generale**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1946.

ROMBOLI, R. Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni. **II Foro Italiano**, Roma, v. 121, n. 3, p. 143-165, mar. 1998.

RUFFIA, P. B. **Diritto costituzionale**. 15. ed. Napoli: Jovene, 1989.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VERGOTTINI, G. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1997.

DO ATIVISMO JURÍDICO À JURISDIÇÃO SOBRE A POLÍTICA: SINGULARIDADES DA REINVENÇÃO BRASILEIRA APÓS 1988

*FROM JUDICIAL ACTIVISM TO JURISDICTION ON POLITICS:
SINGULARITIES OF BRAZILIAN REINVENTION AFTER 1988*

Renan Rosolem Machado*

Alberio Neves Filho**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A condição originária da judicialização da política e do ativismo jurídico para a situação brasileira; 2 Direito e reprodução capitalista em sociabilidades tardias. 3 Justificação do ativismo jurídico na doutrina brasileira. Conclusão. Referências.

RESUMO: Tanto o ativismo jurídico como a judicialização da política tornaram-se eventos presentes no interior da sociedade brasileira, como também em outras sociedades políticas do Ocidente, que se prestem ao mínimo necessário as formas das análises comparadas com o caso brasileiro. A judicialização da política, concebida como tratamento dos conflitos sociais em termos jurídicos em seus contraditórios efeitos sobre o exercício dos poderes, apoiando-se sobre a norma constitucional, se contrapõe aos resultados alcançados pela práxis política, descaracterizando as tendências que essas enunciam frente à reprodução da sociabilidade capitalista. Por seu turno, as características institucionais definidoras que demonstram a tensão que se dá nas diversas conjunturas entre o fazer do Direito e as prospecções da Política, em geral, a judicialização da política convive contraditoriamente com as diversas roupagens do ativismo judicial. Neste caso, justifica-se como uma maneira de intervenção sobre os temas políticos e suas práticas, visando implementar os esclarecimentos sobre os direitos, supondo a realização do justo para a sociedade como um todo. O que segue é uma tentativa de abordar a ambiguidade entre ambos os temas e explorar a entrada em cena da judicialização da política nos termos de oposição e conformação do regime democrático brasileiro, após a Constituição Federal de 1988, contrapondo-a a dinâmica do ativismo jurídico nesse momento histórico. Os três capítulos expostos objetivam identificar como o movimento das contradições do capitalismo produz as formas sociais historicamente determinadas inscritas nos eventos analisados.

Palavras-chave: Ativismo jurídico. Judicialização da política. Capitalismo tardio.

ABSTRACT: *Both judicial activism and the judicialization of politics have become present events within Brazilian society, as well as in other Western political societies, which lend themselves to the necessary forms of analysis compared to the Brazilian case. The judicialization of politics, conceived as the treatment of social conflicts in legal terms and its contradictory effects on the exercise of powers, relying on the constitutional norm, is in contrast to the results achieved by political praxis, uncharacterizing the tendencies they enunciate in relation to reproduction of capitalist sociability. In turn, the defining institutional characteristics that demonstrate the tension that occurs in the various conjunctures between the making of law and the prospects of politics, in general, the judicialization of politics coexists with the various guises of judicial activism. In this case, it is justified as a way of intervention on the political issues and their practices, aiming to implement the clarifications on*

* Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

** Professor Adjunto de Economia Política no Departamento de Relações Internacionais da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

Artigo recebido em 27/09/2019 e aceito em 17/12/2019.

Como citar: MACHADO, Renan Rosolem; NEVES FILHO, Alberio. Do ativismo jurídico à jurisdição sobre a política: singularidades da reinvenção brasileira após 1988. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 21, n. 33, p. 93-136. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

the rights, assuming the realization of the Just for society as a whole. What follows is an attempt to address the ambiguity between both themes and explore the entry into the scene of the judicialization of politics in terms of the opposition and conformation of the Brazilian democratic regime after the Federal Constitution of 1988, counteracting it the dynamics of legal activism at this historical moment. The three exposed chapters aim to identify how the movement of the contradictions of capitalism produces the historically determined social forms inscribed in the events analyzed.

Keywords: *Judicial activism. Judicialization of politics. Late capitalism.*

INTRODUÇÃO

Apresenta-se neste artigo como ponto de partida para o tratamento dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo jurídico o recorte epistêmico da Economia Política, por onde as questões sobre o exercício do poder político nas sociedades capitalistas fundamentam-se pela compreensão das contradições do capital em cada dinâmica social interna, portanto historicamente ancorada. A partir destas contradições é que a relação entre Economia e Direito é possível de ser apreendida em sua articulação com a totalidade social do capitalismo, supondo assim é que se pode remediar a fixação do entendimento em operar a separação, ou redução, do jurídico e do econômico em esferas autônomas.

Assim é que os conflitos políticos derivados destas contradições da sociabilidade brasileira, como de modo mais geral nas sociedades capitalistas centrais, são traduzidos para o tratamento jurídico de cada questão envolvida, daí que os fenômenos da judicialização da política e o ativismo jurídico se colocam como espaços de interesse para a compreensão do ocultamento da dimensão econômica, vale dizer material, formado pela assunção institucional do Poder Judiciário sobre a competência de decisão sobre a efetividade dos direitos. Os produtos do tratamento jurídico destes conflitos políticos são observados também à luz do exercício do poder político no interior da sociedade, por onde as fraturas da luta política se colocam como possibilidades abertas de transformação, como também de nova conformação ao regime político-econômico vigente. A forma da institucionalidade, enfocada pela presença do Estado, demanda e é demandada pela articulação destes conflitos políticos durante a conjuntura histórica, tornando observável a relação entre Direito e Economia no curso do processo capitalista, para o qual é esboçado um significado nos capítulos que seguem.

1 A CONDIÇÃO ORIGINÁRIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JURÍDICO PARA A SITUAÇÃO BRASILEIRA

Uma condição de origem para a judicialização e para o ativismo jurídico já se revela quando supõe-se que o exercício do poder político, na condição moderna a qual inclui a sociedade brasileira, transita da sociedade civil para o Estado dependendo sempre dos termos pelos quais se darão os conflitos e o resultante das lutas políticas presentes no interior dessas sociedades¹.

Formas diversas de abdicação do poder e de sua reafirmação decorrentes desses conflitos, vão implicar, igualmente, que no interior do Estado, que se concebe a si mesmo como produto de uma luta política e se assenta nas relações políticas ao longo do tempo daí decorrentes, os instrumentos e equipamentos da luta política migrem de forma institucional à outra. Podendo, nesse sentido, residir tanto nas estruturas parlamentares, quanto na do Executivo ou mesmo no poder da Magistratura, sem negar aquela sua essencialidade. E sua especificidade se nos apresenta, nesse diapasão, como o produto político recorrente, que possa vir conter o conflito revelado pela violência básica e constitutiva da sua própria existência, qual seja, a das relações sociais que constantemente estão em conflito, buscando afirmar a identidade entre o capital e o trabalho.

Assim, a cada conjuntura, sempre à luz da modernidade, por seu turno, encontramos o exercício do poder político perante ao Estado se articulando entre e no interior de suas formas institucionais próprias, como por exemplo: no Ministério da Fazenda e/ou no Poder Judiciário, bem como à luz das coalizões sindicais e das disputas partidárias parlamentares e assim por diante, e somente em regra, para afirmar, na forma da violência, aquela identidade no interior do espaço da sociedade civil.

O Estado se põe, dessa maneira, para a sociedade civil e esta, politicamente, então se coloca para o Estado, através de sua coerção soberana, torna presente os diversos momentos que fundamentam a lógica necessária ao exercício do poder, decorrente do seu conflito mais básico, constitutivo. E, na raiz dessa lógica, a construção das classes sociais e do movimento, histórico, de suas lutas².

¹ É conforme se observa na obra de (VIANNA et al, 1999).

² Cabem aqui as interpretações deste momento por (KERVÉGAN, 2008) e (COLLIOT-THÉLÈNE, 2014).

Para os fins aqui abarcados, ocorre que quando consideradas as práticas políticas diretamente relacionadas com a participação do Poder dos Magistrados no interior da lógica em que se forma o exercício do poder, várias dimensões deste poder vão revelando-se ao longo do período político atual. As diversas maneiras pelas quais intervêm na Política, expressa uma condição da classe social de pertencimento ou por ela envolvida, cujo resultado no acolhimento de suas práticas é o desenvolvimento de novas contradições para o próprio exercício do poder.

As raízes da contradição se informadas pelas condições históricas e sociais que presentificam os atores mais básicos dessas sociedades, viabilizam-se nesse sentido e são envolvidos em uma dinâmica, primeiro, por onde o Direito e os direitos importam como instrumentos dessa luta política. E, segundo, a organização política do Estado Moderno e a maneira pela qual a atividade econômica é colocada para essas sociedades demanda, já de saída, de se tratar para esses atores de fazer convergir ou de negar vínculos meritórios entre a aquela atividade econômica que se constituiu no tempo, o Capitalismo, e a Política que lhe seria apropriada: o Liberalismo, os Totalitarismos, ou a Democracia, obviamente ambos ao longo de um mesmo processo histórico. Lateralmente, cabe sempre observar que o Econômico, a base da vida material pela qual essa sociedade moderna coloca sua sociabilidade, não se confunde com a economia tampouco com a definição dessa, por onde os eventos econômicos se fazem presentes.

Em sua expressão teórica mais presente, trata-se da maneira pela qual engendra-se o processo da reprodução capitalista do valor, na equação das relações sociais permeadoras. A economia é, por certo, a maneira pela qual politicamente nos apropriamos dos resultados dessa dinâmica, dos recursos que viabilizam-se no plano econômico tal qual na forma de uma riqueza. A economia é, portanto, um dos diversos eventos que dão forma à política na construção da moderna sociedade.

As vertentes pelas quais registrava-se no âmbito das concepções sociais e políticas as diversas estratégias de abdicar/reafirmar-se no exercício do poder pelos atores sociais, emprestam para essa dialética fontes diversas de justificações e de explicações gerais, amalgamadas no interior de suas práticas econômicas. E essas práticas, por sua vez, perfilam as condições pelas quais as relações de propriedade movem-se como expressões jurídicas pressupostas, ainda que insuficientes, para justificar e legitimar aquele mesmo exercício de poder. Insuficiente posto que essa condição jurídica não porta a capacidade, por si só, de colocar nas condições modernas o

imperativo das regras da Lei. O poder de coação, que traduz a qualidade da suficiência para a organização da vida humana nessa sociedade que se guia em torno daquela expressão jurídica básica, coloca ao Estado daí resultante os instrumentos para que esse poder coativo e o suposto da violência, sejam exercidos de maneira unitária e ordenada.

Mas, o Estado somente poderá colocar o Direito naqueles termos do imperativo da Lei, quando também respaldado pela expansão daquele pressuposto jurídico, na forma de um sujeito, o qual ao autonomizar-se o faz portando direitos sobre si mesmo e sobre as coisas.³ A expansão jurídica define-se, portanto, como relações mercantis e essas, evidentemente pela troca, impõem aquelas relações de propriedade, como derivadas dessas suas qualidades mercantis. E a propriedade como derivada de uma relação de troca e não por um ato de violência comandada por privilégios não-legais, expande as relações mercantis ao núcleo das trocas presentes no interior do processo da produção, articulando os espaços e seus tempos constitutivos, as formas passadas de intercâmbio e circulação de riquezas, a essa nova situação econômica.

Nesse momento, quando a economia e a política autonomizam-se fazendo surgir um Direito autônomo porquanto abstrato, igual, publicizado e universal, o mundo político do trabalho e do capital vai se impondo até poder sustentar-se por sobre seus próprios determinantes: qual seja, pelas regras da atividade econômica presidida pelo mercado necessário à criação do valor, da riqueza e da valorização dos bens.

Com isso, os atores econômicos, produtores de valores e os apropriadores das formas de riqueza assim geradas, avocam uma nova institucionalização, o mercado, a qual passa a ser o instrumento pelo qual preencherão suas necessidades de permanência e de reprodução social ao longo do tempo. Espetados pelos mandos da concorrência, do progresso tecnológico, dos produtos dos investimentos, das pressões decorrentes do descenso e ascenso das taxas de lucros, a nova instituição e sua base econômica revelam-se em um fluxo de eventos, carregados para situações explosivas e incertas. Colocando-se o contrato e, por certo, a moeda, como elementos estabilizadores e protetores das relações assim estabelecidas, terá na presença do Estado em sua forma legal, uma das dimensões mais estratégicas, nesse sentido. Mas, ainda cabe uma outra qualificação a propósito dessas condições do exercício do poder na sua forma de abdicação/ reafirmação: nos termos em que:

³ Este sentido pode ser extraído de (PASUKANIS, 1989), como também de (GRAU, 2008).

[...]on the one hand, the 'relatively autonomous' state has a monopoly of coercive force; on the other hand, that force sustains a private 'economic' power which invests capitalist property with an authority to organize production itself [...] The direct political powers that capitalist proprietors have lost to the state they have gained in the direct control of production. (WOOD, 2003, p. 30).

Articulação e organicidade permitem que essa força política transite entre a sociedade civil e o Estado, assegurando as garantias que se fazem necessárias a reprodução do sistema como uma totalidade. Tendente à generalização e a aumentos gradativos que configuram os demais momentos de sua referência e de consecução desses mesmos determinantes se faz presente para outras sociedades e economias, ao longo de situações históricas bastantes abrangentes.

O conjunto das economias de capitalismo tardio de última geração, tal qual o espelho de Próspero, surge para essas condições históricas gerais e assim desenvolvidas, amarradas de maneira subsumida aos seus determinantes e possibilidades políticas, obviamente abertas. Tal qual nas condições originárias, o Estado afigura-se de saída no interior dessas possibilidades assim abertas, nos termos de uma qualidade definidora instituída pela fraqueza ou mesmo através da impossibilidade de uma sociedade civil desenvolver-se nos termos da suposta modernidade. Porém, fixar os termos pelos quais há de se resolver a pressuposição entre identidade e as contradições que o envolve produz uma historicidade “singular”.

Com as diversas formas de escravidão, servidão e desqualificação do mundo do trabalho que ali se põe como fratura da sociedade civil e coetânea com as formas mais desenvolvidas da economia capitalista, aquelas formas de articulação onde o exercício do poder político vai atando, requalifica a presença do Estado no interior daquelas contradições. Agindo no sentido de expandir o processo da circulação e produção da riqueza, impõe continuamente a condição política e legal que negam às condições originárias o avanço dos direitos, os quais devem se articular e cristalizar-se em função de sua própria expansão jurídica.

O juridicismo, nas mãos dos diversos intérpretes da Lei e da Constituição, daí decorrente com o seu conseqüente formalismo enquanto controle constitucional, legal, para o caso brasileiro, deverá dar conta da falta dos direitos para e naquelas condições de onde decorrem o mundo do trabalho e os conflitos dele esperado, negando-os. Portanto, a prática do exercício do poder que leva da abdicação a reafirmação desse poder

nessa sociedade civil tardia, transita tendencialmente entre uma autocracia que realiza na forma burguesa nacional em seus momentos próprios ao exercício autoritário do poder, reafirmando-se, contrapondo-se àqueles atores que põe o Estado, negando-o⁴.

As coalizações e instituições políticas são conduzidas a tomarem partido frente ao conflito político decorrente dessas reafirmações, que afirma a naturalidade da fratura política e social, sem colocar os termos para sua superação e, portanto, incapazes de viabilizarem a mediação própria à sociedade civil. Por seu turno, se assim se dá o princípio da reafirmação, a ruptura pela negação na qual se impõe os termos da abdicação, faz transparecer os termos da neutralidade, encastelada no próprio Estado.

Em suma, essa natureza tardia da sociedade civil, acompanhada por uma sociabilidade igualmente tardia, desenvolveu um Estado Burguês Periférico de natureza histórica constitucionalista com recepções diversificadas, no mesmo tempo e ao longo do tempo, de suas oligarquias agrárias e regionais, cesaristas ou caudilhistas; das burguesias comercial e industrial e do setor urbano e financeiro, à luz de coalizões políticas conjunturais que igualmente opõem-se sistematicamente. E se apresentou concretamente, por seu turno, como condição necessária e ao mesmo tempo suficiente seja para impor a modernização daquela sociedade civil, seja para conter seus movimentos mudancistas, que se expressam política e ideologicamente, através da busca das diversas formas de direitos.

Crava-se, dessa maneira, a materialidade do Estado, no sentido de que este articula, nele mesmo, aquelas coalizações, dando formas diversas a sua própria especificidade nessas sociedades tardias, sem abandonar sua primazia e ordenamento constitucionalista que lhe são peculiares. Qual seja, vai operar por sobre as contradições presentes nas situações sociais e políticas por onde se dá a reprodução do capital nessa mesma condição tardia, através de uma ideologia justificadora tanto da desigualdade material, como da desigualdade na distribuição social da violência.

Em suas fronteiras, esse seu alcance dirá respeito aqueles aspectos decorrentes da submissão/autonomia em relação a valorização mundializada do capital produtivo. Da relação que pode estabelecer entre a dinâmica de conservação e das mudanças nas condições de expansão interna da lógica de valorização dos capitais, inclusas suas formas pretéritas, a qual se objetiva para além de sua própria capacidade, determinada pela sua rentabilidade

⁴ Talvez seja necessário para o decorrer dessa exposição alertar para a existência de uma Comunidade simbólica e territorialmente estabelecida, portanto para além da sociedade civil, que dá suporte a existência do próprio Estado. Nesse sentido, ver (FAUSTO, 1987, cap. 4).

esperada. E, por fim, desse vínculo entre sua pendência/independência para com os ativos medidores e conservadores da riqueza em condições internas, isto é, sua própria impotência posta pela questão da conversibilidade/inconversibilidade da moeda nacional.

A violência, desde já de uma classe social, assim pressuposta, responsabiliza-se por sustentar aqueles determinantes institucionalizados pelos mercados, agora internos e externos, tanto quanto por tornar oculto, ao afirmar sua igualdade, as diferentes formas pelas quais os direitos são apresentados. Especialmente aqui, ao coagir e pôr como equivalentes os direitos decorrentes da troca de bens, em relação aos direitos advindos de uma relação desigual, capitalistas e trabalhadores, tomados como iguais pelo direito positivo.

Em suma, ressaltadas as diferenças, essa tensão entre o Direito posto pelo Estado e os direitos a serem conquistados perante a sociedade civil e ao próprio Estado pelos atores políticos e classes sociais, tende a encaminhar-se como se fosse um litígio, um problema legal entre as partes, reconhecido no exercício do poder político, emprestando tanto ao ativismo jurídico, quanto à judicialização da política, sua fonte de alimentação. Porém, uma mutação significativa ocorre após o momento pelo qual o ordenamento jurídico encontra-se submetido, em suas determinações, aos termos do poder do Estado, validando uma mudança mais geral observável no campo do capitalismo mundial no após Segunda Guerra.

Trata-se de que as conquistas políticas acentuadamente provenientes da superação do liberalismo anterior as duas guerras mundiais indicativas da imposição limitada aos interesses burgueses, terão seu advento agora conformados aos critérios legais da ordem política constitucional, especialmente considerando-se como juízo a efetivação do modelo de Estado de Bem Estar Social e de sociedade referenciada por um mínimo de igualdades. Agora, capturados no âmbito da nova política decorrente dos princípios e preceitos contidos nas cartas constitucionais, as quais surgem como se fossem dirigentes, o Direito Constitucional se anteporá ao Estado, ditando os termos pelos quais as políticas podem ou não efetivar os resultados produzidos pelos seus legítimos embates. Visto o período histórico como o da realização dos direitos, insinua-se com essa pressuposição a suposição de que, cabe agora realizar os direitos sem a Política.⁵

⁵ As condições gestadas para o Neoconstitucionalismo não se afirmam dentro daquelas sociedades chamadas de nórdicas, isto conforme a compreensão de (HIRSCHL,2011).

E manterá como causa e consequência, apesar da mudança, a maneira pela qual a contradição ou a violência básica da reprodução capitalista será posta nos termos da contemporaneidade das sociedades, inclusive as tardias. Expande-se, portanto, as barreiras antepostas como conflito político no âmbito da sociedade civil as contradições agora gestadas, que serão assim tensionadas sem que no interior do Estado ultrapasse-se os limites decorrentes do trânsito entre a violência legitimada e a ilegítima, e se torne aceite na forma de acolhimento em direitos constitucionalizados. Logo, os direitos conquistados denotam a maneira pela qual o ativismo jurídico vai se configurando, segundo as demandas sociais e aquelas provocadas pela luta política, em geral, de natureza eleitoral, desencadeada por parte daqueles que ao produzirem valores se fragilizam. Assim, devem ser contrapostos aquela nova forma da dinâmica institucional, referenciada pelo entendimento da Constituição como uma carta política, submetendo-se a esta e através desta aos detentores do exercício do poder político.

Nesse diapasão, a judicialização da política ocorrerá no âmbito do Estado para assegurar o exercício do poder político por parte da classe dominante, perante os instrumentos da valorização do capital pertencentes a sociedade civil, ancorada na e pela interpretação da norma constitucional. E daí, vai decorrer da supressão ou não dos resultados observáveis da luta política, que se fará necessária à afirmação das mudanças ou revoluções sociais, as quais podem abalar os pressupostos políticos que se interpõem entre a sustentação do regime de reprodução capitalista, incluso o periférico, e a segurança legal dessas mesmas relações de produção.

Nesse novo contexto, dar forma ao Estado periférico significará perante a isso, primeiro, destituí-lo de sua natureza pública e comunal, privatizando-o nos termos do direito posto, para que assim seja funcional aos interesses transmitidos naquela trama de articulações que vão definir a natureza do governo ou frente as conjunturas. Em continuidade a esse aspecto, as decisões sobre a natureza da lei que emerge desse processo de judicialização aloca a violência desse Estado para seus termos dogmáticos processuais, impondo sua aparente neutralidade perante o conflito político conjuntural. A qual se conduzirá e se condiz, tudo indica, com:

[...]a particular form of the mystification of capital — the appearance of class neutrality free from force, which however can and must be transformed into an overt use of force, both internally and externally, if at any time the foundations of the reproduction and self-expansion of capital and of exploitation are threatened. (HOLLOWAY E PICCIOTTO, 1978, p. 65).

Segundo, assegurar-se dos termos da Lei permitirá a esse Estado burguês tardio, tanto projetar o futuro, como afirmar a ausência daquele interesse geral, na construção do seu próprio pressuposto. Estrategicamente, o uso da força política através do Direito irá no sentido de espalhar a racionalidade burocrática, tendencialmente ilegítima, que concretizará o fator ideológico necessário a essa consumação.

Observe-se que os próprios antecedentes, na forma de pressuposto para judicializar-se a política, nos é dado já na construção desse Estado, tendo como finalidade de fazer mover as formas mais aparentes de articulação de uma estória que tanto permita a abdicação do poder, até a reconstrução dessa política nos termos de reafirmação das novas condições históricas para o exercício do poder, agora travestido por uma nova dimensão⁶. Essa busca para legitimar o existente e para compensar o desigual, move-se no tempo no sentido de presentificar o estado das coisas - envolvendo e ao mesmo tempo não permitindo a condição clássica do estatuto da previsibilidade-, e, portanto, deve se dar à luz de um horizonte histórico: em um primeiro momento na base da lei, suportado por um amplo uso do Direito Civil, e, para os nossos fins, após 1988, em sua base constitucional, demandando os regimes políticos que se adequarão às tais finalidades⁷.

Por certo, os vínculos entre o sistema legal tido e o regime político se não dá primazia ao sistema legal como pré-condição para a obtenção do ordenamento político, dele depende de alguma forma, em sua estruturação. Para as famílias de regimes não autocráticos deve, suposta as demais condições acima observadas, o sistema legal ser seu produto ainda que em constantes mutações. Nessa *conditio sine qua non* reside, consensualmente, a especificidade brasileira. Pois, ao não ter tido, como condição necessária a formação do Estado, os supostos próprios e encontrados para as famílias de regime não autocráticos, a questão da legitimidade no exercício do poder e a soberania do povo não encontra suas justas soluções nem por sobre os desígnios da sociedade civil e tampouco na formatação oligarquizada do nosso Estado nacional.

Ampliam-se aqui, dessa forma, aquelas tensões movidas no âmbito, nos casos da economia e sociedade tardias, da judicialização da política consentânea a uma longa tradição histórica, onde a lei impera. Em capítulo à parte sobre o ativismo jurídico, os parâmetros de manifestação da judicialização da política nesse caso, vigoram entre a violação da lei infraconstitucional e a

⁶ Ver a interpretação de (COLLIOT-THÉLÈNE, 2001).

⁷ Como pode ser visto no texto de (DOW E HILLARD, 1995), por um lado. E, por outro, no texto de (BORON; AMADEO; GONZALEZ, 2007, cap. 5). Ainda, tem-se a leitura de (NOVAIS et al. 2011).

imposição arbitrária dessa, de acordo com as circunstâncias sociais, históricas e locais por parte do poder legalmente constituído.

Se ilustrativas, nesse sentido, as pesquisas que relacionam pobreza e formas da violência institucional, quando historicizadas para a sociedade brasileira, tanto fundamentam o acima observado, quanto prediz uma condição mais geral que assim surge nessa mesma história: a distância entre os aspectos formais de nossa legalidade e a condição material para o exercício do poder, gera uma aguda contradição entre a operação da lei e o espírito dessa, impondo uma condição peculiar de desdobramentos na interpretação e legitimidade do Direito, que o contesta em seus próprios fundamentos. Nos termos assim expressos, tem-se:

[...] na década de 1850, o governo imperial anistiou, na prática, os senhores culpados do crime de sequestro, mas deixou livre curso ao crime correlato, a escravização de pessoas livres. De golpe, os 760 mil africanos desembarcados até 1856 — e a totalidade de seus descendentes — continuaram sendo mantidos ilegalmente na escravidão até 1888. Para que não estourassem rebeliões de escravos e de gente ilegalmente escravizada, para que a ilegalidade da posse de cada senhor, de cada sequestrador, não se transformasse em insegurança coletiva dos proprietários, de seus sócios e credores — abalando todo o país —, era preciso que vigorasse um conluio geral, um pacto implícito em favor da violação da lei. Um pacto fundado nos interesses coletivos da sociedade, como sentenciou, em 1854, o ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, pai de Joaquim Nabuco. (ALENCASTRO, 2010, pag. 6).

Assim, na forma de uma raiz, são aqui arquitetadas as possibilidades abertas ao amalgamento entre o poder exercido pelos juizes, na forma da lei e o poder de classe, mais geral, no uso do Estado para os fins de controle e da manutenção da ordem, o faz desqualificando os pressupostos necessários a aspiração legítima do Direito. Sem se pretender a abordar suas conjunturas mais específicas, os efeitos desse amalgamento preside relações políticas internas e externas, definindo as passagens e as demandas dos atores políticos e sociais entre uma suposta Nação, - mesmo que imaginárias na forma de uma Comunidade, ao seu mínimo com sentimento de pertencimento estendido, certamente, e territorialmente estabelecida -, para a vivência no interior da sociedade civil e mesmo para os diversos tipos de Direito, aceitos pelo Estado, tendo nesses sua forma de ser.

Portanto, as diversas formas da exclusão e da relação entre abdicação/reafirmção/negação dos direitos através da repressão por parte

desse Estado, encontram-se supostas na construção de toda trajetória do início do século XX até a situação presente, quando se dá a crise do desenvolvimentismo brasileiro⁸. Se o Estado organiza e planeja, no período, as condições monetárias e financeiras, da organização do mercado de trabalho, bem como a imposição do cálculo desse na forma de um salário mínimo e da infraestrutura econômica e dos demais aspectos políticos, jurídicos e sociais, visando o processo de industrialização da economia brasileira, em uma aliança entre este, as burguesias nacionais e o capital internacional, o fez no estrito termo da negação democrática, mas sempre perseguindo estritamente os termos da lei.

Qual seja, a negação do princípio da soberania do povo e de suas estratégias de participação, incluso a partidária, expressam a maneira pela qual a negação da democracia se faz através da articulação que se faz, há muito tempo, no interior do Estado pelas coalizões ou pactos políticos lá gestados, cujo produto em geral é a reconstrução periódica dos novos interesses políticos, ancorada nas lutas políticas entre as classes sociais e aquelas conjunturais, no interior do próprio Estado, reformulando-o pelos supostos, inclusive da abdicação. A articulação desses interesses para além da devida soberania, colocando-se como ato constitucional originário, apresenta-se como legítimo e, nesses termos, referenciando todo o sistema legal e as demais políticas públicas daí derivadas⁹.

Para o nosso caso, sublinha-se que tais efeitos provêm daquelas consequências advindas da primazia da formação do Estado brasileiro em relação a própria instituição da sociedade civil, o qual predispõe uma fundamentação assentada na natureza, desde já, legalista para as relações entre aqueles, demandando ideologicamente sempre, um modelo de Estado adequado a essa sua condição mais básica. Nos termos em que:

[...] Pode-se dizer que o Brasil nasceu sob a égide de uma constituição formal. Isto é, desde o início de sua existência independente, o Estado brasileiro foi um Estado constitucional [...] Quando se fala em Estado constitucional entenda-se um Estado cujo poder é limitado e organizado por uma constituição escrita nos moldes do constitucionalismo do final do século XVIII, [...] Na verdade, a penetração ampla do Estado associada a fatores como partidos políticos regionais e oligárquicos, forte clientelismo rural, ausência de camadas médias organizadas

⁸ Para o tenso acolhimento do princípio da presunção da inocência ver (CAMARGO, 2001). No tocante a inefetividade das políticas públicas de emprego, trabalho e renda, ver (TAFNER, 2006, cap. 7).

⁹ Sobre a natureza doutrinária das diversas Constituições e processos constituintes no Brasil, ver (BONAVIDES et al. 2004).

politicamente acabaram por inviabilizar a institucionalização de formas de participação política e social oriundas da sociedade civil.[...]Ora, a repercussão desse fato na elaboração constitucional brasileira foi marcante. Como as elites sempre foram constituídas por meio do Estado, não foram elas que constituíram o Estado, a sua formação ideológica se deu às avessas. Ao invés dela vir da sociedade civil para a sociedade política, ela veio desta para aquela. (JUNIOR, 1998.)

Naquele regime político de natureza autoritária, como a Ditadura Civil Militar brasileira, 1964 a 1984, no exercício e segundo as condições de sua hegemonia política, tais aspectos surgem de maneira contundente: frente as dificuldades de se impor uma Constituição adequada aos seus fins e a sua natureza, o regime político ditatorial impôs uma tratativa, necessária à violação da lei, assim é que:

[...]o Governo [...]substitui o ministro Mem de Sá pelo jurista Carlos Medeiros Silva, encarregando-o de rever o texto (anteprojeto da nova Constituição. (Nota dos autores)) e ajustá-lo dentro do possível as características do regime. Roberto Campos, o homem forte da economia, coordenou esse trabalho com o jurista Carlos Medeiros Silva, de tal forma que os aspectos legais estivessem harmonizados com os critérios financeiros e econômicos que norteavam o sistema de governo. (BONAVIDES et al., 2004, pag. 436)

Por certo, a partir da Constituição de 1988 há uma transformação na base mesmo das suposições pelos quais o período constitucional anterior se fez. E essa mutação consistirá na passagem da interpretação da lei ordinária para a interpretação constitucional, à luz da hegemonia dessa perante as normas infraconstitucionais, daqueles interesses de classes, bem como do seu mais apropriado exercício, institucional, do poder.

Se na condição anterior a lei via-se plena em sua abrangência, respeitadas as concepções mais específicas dos intérpretes da ordem constitucional vigente, com efeitos limitados na área penal no tocante aos contornos da Comunidade aqui instituída, mesmo que em sentido imaginário, a partir desta a judicialização opera, igualmente, no âmbito definidor da sociedade civil, invertendo suas premissas operacionais e justificadoras embasadas agora na força normativa do texto constitucional. E ainda, se anteriormente a Constituição não aparecia como algo relevante a operar-se nesse sentido, a partir da Constituição de 1988, será no interior

dessa, à luz do pressuposto de sua força normativa, que a judicialização vai se desenvolver¹⁰.

E isto impõe, por seu turno, a condição pela qual não apenas o Estado mas, igualmente, a prática política que o concebe, sejam objeto de restrição em função da presença de uma instância julgadora extemporânea ao curso político legítimo dos eventos, na forma de um processo político que agora se faz jurídico, vale dizer, abdicam de seus pressupostos fundantes transferindo-os ao intérprete da ordem constitucional, que atua nessa dimensão como julgador das questões sobre o Estado, a representação política, a ordem econômica, os direitos das maiorias, etc. Logo, o quadro legal assim aberto permite as novas situações por onde a Política e o Estado deverão operar, dando em última instância segurança e proteção para os novos vínculos entre negócios e políticas, que vão surgindo ao longo desse período neoliberal.

Por certo, uma observação relevante diz respeito a dimensão mundial que esse processo acarreta, como um todo. As condições mais gerais, certamente, advém das mudanças ocorridas após meados de 1980, quando a reprodução capitalista entra em crise e viabiliza-se na forma da reprodução simples do capital, apoiando-se, nessa sua lógica neoliberal mais recente, na valorização do capital, segundo as diversas formas de capital a juros¹¹. O impacto político manifesta-se como um redesenho institucional que afeta os processos de participação e de representação política, consolidados no pós Segunda Guerra¹². Dentre o impulsionador das mudanças destaca-se aquelas que afetam os fundamentos próprios à prática legislativa e a dinâmica do sistema político¹³.

O resultado obtido pela fragilização dessa estrutura institucional expressa-se como uma crise no âmbito da representação parlamentar e expande-se na forma de uma *path-dependence* para todas as economias. De tal maneira que, por vias externas e internas, subsume frente a esse processo as sociedades civis tardias tornando igual esse fenômeno para todo o capitalismo mundializado, em sua fase neoliberal. Portanto, o ocorrido naquelas torna-se passível de generalização para essas, dando curso a dimensão efetiva de um mesmo diagnóstico.

¹⁰ Para tanto, (BARROSO, 2006).

¹¹ Para o entendimento desta questão, tem-se (BRENNER, 1999).

¹² Para tanto, ver (DUMENIL E LÉVY, 2014, parte II).

¹³ Acompanhe a exposição de L. Canfora, principalmente no que se refere a questão do debilitamento da representação política e da adulteração para o significado e os problemas de legitimidade do voto das maiorias, ver (CANFORA, 2004).

Tudo o demais decorrerá dessa forma última tomada pela judicialização da política, nos termos de um processo mundializado. Assim, seus parâmetros são conhecidos, e podem ser apresentados em dois momentos: primeiro, se transita, no tempo, da liberdade e dos interesses individuais à incorporação e significado destes no âmbito das decisões e interesses sociais e coletivos, de natureza democrática republicana. Suas tensões orientadas pela expressão mais geral, ocorrem aqui, da e na recorrente afirmação das teses doutrinárias e dogmáticas, cujo sentido maior será o de reafirmar as suposições contidas na fase de predomínio das liberdades individuais, por onde uma progressiva mercantilização possessiva da vida social, por definição, ancora as supostas liberdades e interesses dos indivíduos.

Frisa-se os efeitos da articulação orgânica entre essa lógica decisional e aquele fenômeno neoliberal mais abrangente para o caso brasileiro. As liberdades individuais, que a rigor soam como a liberdade do consumidor no nosso caso, permite generalizar um modelo de suposições para a vida política que convalidam as doutrinas. E isto acarreta, - posto que na defesa jurídica emprestada a essa dogmática oculta-se a maneira pela qual se resolverá os conflitos políticos decorrentes das crises políticas e econômicas daquele capitalismo tardio, - o obscurecimento daquelas concepções de vida social, referenciada por sua natureza democrática republicana.

Daí que, para o modelo de Estado implícito a essa concepção constitucional anterior à Constituição de 1988, assume-se como virtude os postulados da redução desse para operar-se em uma lógica de repressão, justificada por uma inclusão social em um futuro de longo prazo, a qual mais tarde, no esgotamento da ditadura civil-militar, encaminhou-se, como se contínuo fosse, para um Estado apartado da sociedade civil. No essencial, a racionalidade econômica de natureza desenvolvimentista envolvia o regime político em sua totalidade a uma arquitetura estatal e constitucional, em simultâneo referenciadora de sua legitimidade e construtora das condições legais por onde essa legitimidade poderia se dar. A contradição pela qual se move, supõe a permanência, portanto, da não-identidade.

Para a sociedade civil, a afirmação, sem mais, dos direitos da propriedade e das questões aí relacionadas, segundo a pressuposição do comando do mercado para a formação tanto dos melhores valores sociais, como para o caminho da resolução das constantes crises que envolvem a economia brasileira, acarretam novas contradições. No desenrolar dessas, sua síntese a posteriori é significativa e se coloca como uma ideologia por

onde, já no balanço derradeiro da ditadura civil-militar, se partilhariam os recursos oriundos do desmantelamento do Estado desenvolvimentista.

Esses serviriam tanto para suprir as necessidades do Estado para com seu passivo, igualmente para socializar-se as dívidas privadas dos atores econômicos, como também, projetava-se que, na recuperação desse, haveria as melhorias previstas nos serviços públicos, os quais atenderiam as necessidades mais básicas da população. Uma rede de pressuposições vai tomando curso, estimulada por fatores externos, pelas quais emergem como modelo necessário ao entendimento da expressão constitucional, que se quer adequada a esses desígnios, referenciando-se, no limite, pelas conhecidas justificativas paradigmáticas, articuladas pelo Consenso de Washington¹⁴.

E o ativismo jurídico não apenas não se detém nessa sua forma, configurada pelo ordenamento constitucional de 1967, pois, em segundo lugar, após a rejeição do regime político ditatorial, frente à transição da ordem liberal a uma ordem democrática, submete-se a outro conjunto de tensões que dizem respeito ao seu posicionamento em relação aos poderes do Estado e do Legislativo, que para além dessa procede ora como vontade autonomizada na forma tipificada de um ativismo do julgador perante a esses demais poderes, nas variadas formas, portanto, da dinâmica institucional. Ora submetendo-se voluntariamente as vontades expressas pelos interesses dos poderes políticos tradicionais, tais como os da burguesia oligárquica, financeira, industrial, dos países do capitalismo central, segundo julgamentos e sentenciamentos que, continuamente, validam o curso do exercício do poder político por parte dessas classes no âmbito do poder judiciário.

Ocorre que em ambos os casos supostas suas dinâmicas específicas, se assim desenvolve-se alguma forma de presunção doutrinária e ideológica para corroborar a natureza democrática ou mesmo representativa daquelas decisões tomadas em juízo, consideradas suas implicações políticas, por sua vez, o avanço desse tipo de tomada de decisões e resoluções de questões de natureza política, inclusive as omissões, por parte do intérprete constitucional, para além da questão da ilegitimidade de suas ações, constituem-se, dessa maneira, como uma barreira aos avanços do regime democrático na sociedade tardia como a nossa.

Se em sua forma mais geral, trata-se de proceder a construção do Bom Estado e da Boa Sociedade, segundo uma melhor interpretação da lei, - agora vazada em termos da hegemonia da Constituição-implica, por seu turno, no obscurecimento dos desdobramentos daquelas dimensões pelas quais transita-se, através de múltiplos eventos, entre o mundo da

¹⁴ Para tanto, ver (WILLIAMSON, 1990, cap. 2).

sociedade civil e o dos procedimentos da política, ela mesmo promulgadora dos eventos próprios à sociedade civil tardia. Nesse sentido, conforme se vê mais à frente, o capitalismo numa sociedade tardia como a brasileira não foi capaz de superar as limitações sociais, economicamente induzidas, que permita assegurar e tornar efetivo o desenvolvimento social, cultural e político do próprio país e a liberdade do povo. Os abertos e implosivos ciclos sociais, econômicos, políticos que nos acompanham, na chave da impossibilidade, devem responder pela substantividade de nosso regime democrático. Daí que:

[...] A judicialização da política, nas suas mais variadas formas de manifestação, concorre para a judicialização da democracia influenciando a convivência democrática na própria sociedade. O caráter simbólico da democracia como capacidade de viver juntos e agir coletivamente se perde quando a democracia é vista pela ótica exclusiva do direito, cujo conceito se define pela lógica do lícito e do ilícito. Confundir democracia com Estado de Direito é um equívoco que concorre para a despolitização da democracia. Não é o Estado de Direito que faz uma democracia ser democrática: é a democracia que faz o Estado de Direito ser democrático. (TONELLI, 2013, pag. 85)

As alterações legais e constitucionais que se deram após a promulgação dessa Carta de 1988, já ao longo dos anos de 1990, ilustram a maneira pela qual a judicialização, de forma de uma flutuação cíclica não explosiva tal qual observado acima, se coloca no interior do Estado e em seu veto as dinâmicas entre a política e o Estado. Destacam-se, nesse sentido, tanto as alterações pelas quais se deram o processo de privatização em massa, dos equipamentos e setores produtivos públicos, à luz de alterações normativas significativas, bem como as incidentes sobre o curso administrativo público, do papel e dos negócios do Estado e, ainda, as resultantes das organizações funcionais e administrativa dos entes Federados. Por seu turno, os elementos de continuidade que se fazem por meio de manobras sobre as questões legais, mantém sua atualidade, mesmo no âmbito dessa nova dinâmica normativa de natureza constitucional. Veja-se no caso da emblemática privatização do setor de telecomunicações:

[...]o governo teria de submeter um novo código de telecomunicações ao Congresso. O então ministro das Comunicações, Sérgio Mota, ao perceber que a necessidade de submeter ao Congresso Nacional a proposta de mudança

do Código e Telecomunicações (que incluiria a proposta de privatizar a Telebrás) atrasaria o processo de abertura do setor ao capital privado, resolveu enviar uma lei para permitir a abertura do serviço celular imediatamente, a chamada Lei Mínima, deixando a proposta mais complexa da mudança do código para depois. (NOVAES, 2000, pag. 152)

E os aspectos tensionais daqueles determinantes pelas quais a judicialização da política se faz presente, para um quadro de intervenção e empoderamento do poder judiciário, no interior mesmo da articulação de interesses, sem dúvidas orgânicos que se dá à luz dos demais poderes do Estado, isto é, sua dinâmica institucional, a qual opera através de outros movimentos articuladores e críticas doutrinárias. Em um dos seus contrapontos no interior dessa dinâmica frente ao poder executivo, no momento em que se dão as séries de privatizações e desregulamentações¹⁵.

2 DIREITO E REPRODUÇÃO CAPITALISTA EM SOCIABILIDADES TARDIAS

Uma presença antecipada do Estado em relação a sociedade civil, que põe e pressupõe de forma ou de outra uma Comunidade, em seu mínimo territorialmente e simbolicamente estabelecida, tal qual anteriormente esboçado, induz a suposição de que uma forma de se fazer Política, como devir do Estado, define a qualidade do capitalismo tardio. Entretanto, aceita essa suposição, o pressuposto pelo qual poderá ser mantida leva a que se aceite que os predicados definidores do novo quadro econômico se alicercem em formas de propriedades e de direitos não antecipadamente estabelecidos por esse mesmo Estado.

Essas formas induzem, por seu turno, a uma apropriação dos aspectos determinantes daquelas propriedades que são vitais para conceber-se por onde suas modificações se deram. Para o que se segue, se coube no caso brasileiro ao Estado promover tanto o estímulo material necessário a produção dos rendimentos do café, bem como sua defesa no contexto da crise de 1929, suposto originário necessário, mas não suficiente para o desenvolvimento da sociabilidade capitalista em nosso capitalismo tardio de primeira fase, todas as demais condições de seu desenvolvimento manifestaram-se pela incidência de uma lógica de ruptura, em oposição a essa condição básica.

¹⁵ Como se pode ver em (SILVEIRA, 1998, p. 149).

Pois, visto o desencadeamento da industrialização brasileira, nesse momento histórico, a criação daquela capacidade de produção do valor sob o comando do capital, implicou na absorção dos tipos diversos de produção existentes sob o marco do capital mercantil cafeeiro e os distantes desse, emprestando a esses as propriedades decorrentes dessa nova lógica. Se isso constituiu, de fato, a forma de um novo Estado e de novas articulações políticas em seu interior, também retirou os limites econômicos que defendiam a organicidade dessas para com a economia cafeeira, dando-lhes ao longo do tempo o perfil adequado a nova lógica reprodutiva industrializante¹⁶.

Portanto, não obstante, o desenrolar de todas as suposições contidas no interior desse movimento este não afirmou, nessa sua primeira fase, a dominação acabada por sobre a Comunidade existente, em seu esboço de ser Nação, e tampouco se fez nesse momento, hegemônico à luz dos seus determinantes para o conjunto da sociedade civil aqui existente. Considerado em sua forma específica, a industrialização tardia, no período de 1930 ao começo dos anos de 1960, sob o domínio do capital implicou inicialmente, por certo, na formação de uma matriz produtiva inacabada que articula os setores mercantis da produção agrícola, matérias-primas e alimentos para a cesta de consumo da força de trabalho, bem como sua reprodução, junto com um setor de consumo e produtor de bens de capital, ainda submetido a importações e incapaz de romper internamente o predomínio da atividade mercantil, em seus determinantes agrários.

Porém, ainda nessa fase inicial, dá curso para um quadro histórico existente, qual seja, expande em seu bojo as demandas crescentes daquelas indústrias já existentes, articulada pela lógica reprodutiva afeita às necessidades colocadas ao momento de passagem de uma subordinação econômica onde o comércio mercantil e o exercício do poder de um senhorio, se impõem de maneira dúplice: primeiro satisfazendo a inserção e conjugação para com as demandas, em alimentos e matérias primas, provindas do centro do capitalismo mundial; segundo, operando internamente nos termos da adequação as atividades mercantis, subsidiárias e distantes aquela lógica de reprodução global e as decorrentes do processo de industrialização.

E nesse mesmo movimento promove, ainda, sua articulação para com a circulação do dinheiro existente, instando-o à condição de medida de valor e de meios de pagamentos, ao internalizá-lo através da criação

¹⁶ Para um panorama da industrialização, ver os trabalhos de (SILVA, 1976), (TAVARES, 1983), (MELLO, 1990) e (SUZIGAN, 1986). E para o conceito de industrialização ver (ROSDOLSKY, 1986).

de medidas legais e institucionais as quais permitiam seu estabelecimento territorial interno, bem como em suas relações com as demais moedas internacionais. Na primeira dimensão superou, cíclica e conflituosamente, os limites dados pela limitações, inclusive físicas, de um sistema bancário que opera a base de um multiplicador de valor próximo ao mínimo, assim é que:

[...] Os pequenos negociantes, os taverneiros, por exemplo, no Rio de Janeiro, apenas excepcionalmente depositam nos estabelecimentos[...]O mesmo sucede com as classes que vivem de salário [...], os agricultores e outros habitantes do interior amuam grandes somas, para satisfazer as suas necessidades; e esse dinheiro leva meses, ou anos, para ter ir aos bancos. As receitas das alfândegas, em vez de se depositar em bancos[...]acumula-se em somas importantes, expedidas periodicamente pelos paquetes para a capital (FRANCO, 1990, pag. 17)

Mas centralizou, ainda que de forma incompleta para todo o período, a capacidade de emissão monetária, portando a possibilidade de realizar políticas monetárias e cambiais, a despeito dessas imperfeitas condições institucionais, com impactos positivos ao processo industrializante. Por esse meio, no início, configuraram-se tanto as regras internas de conversibilidade para a moeda nacional, inicialmente a base variada do padrão ouro, bem como as condições pelas quais dar-se-iam os vínculos entre a moeda nacional e internacional. E se, nesse último caso, buscou-se melhoras nas condições de curto e médio prazo para a balança de pagamentos, no qual já se o fazia em função da busca de estabilização macroeconômica e crescimento econômico, visando, dessa forma, a situação conjunta de toda a economia nacional.

Enquanto que, para o primeiro caso, montava-se os elementos necessários a configuração piramidal da estrutura monetária, tendo na moeda bancária sua base e a moeda nacional parâmetro da equivalência geral, que é necessário, trilhava-se os percursos necessários, - ao longo de conflitos que tornavam-se crescentemente agudos desencadeando em crises monetárias constantes contra a soberania estatal sobre a moeda expressa na questão inflacionária, - a construção da moeda nacional como reserva de valor e meio de pagamentos¹⁷.

¹⁷ Para esses conflitos e sua constância, ver os trabalhos de (ABREU, 1990) e (TAVARES, 1978).

Os processos de validação da moeda nacional assim visto acompanha, portanto, as dinâmicas impostas pela necessidade das relações havidas entre capitalistas e trabalhadores se darem à luz de condições monetárias nominais, que induz a busca de uma institucionalidade a qual se tensiona entre seu truncamento histórico e diversos tipos de alteridades, que serão conduzidas por essa dinâmica. Ao longo do percurso histórico, as reformas monetárias explicitavam esses aspectos, os quais condensam-se, já no momento da industrialização intensiva no após anos de 1960, quando se torna endógena, na natureza especulativa que a moeda nacional vai possuindo, até negar-se a si mesma na forma de uma moeda indexada. A maneira pela qual teoriza-se sobre a natureza dessa nossa moeda indexada é, igualmente, relevante para o longo prazo em suas articulações com o processo de industrialização, posto que:

[...] o interessante da tematização é o ângulo que recai sobre a natureza, lógica-histórica, do sistema monetário, por certo, moderno e das funções e formas assumidas pela moeda em uma economia de desenvolvimento capitalista tardio. [...] Um sistema monetário nacional que resolve -através da pressuposição da presença do Estado Nacional formado a despeito de uma construção social que o legitime-; os elementos de tensão próprios a articulação entre o caráter originariamente privado do dinheiro e a transformação deste em fenômeno público pela prática de uma política econômica orientada pelos supostos desenvolvimentistas, socialmente excludente em seus vários aspectos. (FILHO, 1989, pag. 12)

Logo, a luta política assim produzida vai projetar-se como a negação/afirmação dos supostos necessários a plena legitimidade não apenas na definição e no uso da moeda interna, como também na validação decorrente do sistema financeiro nacional como um todo. Novamente, a interpretação revela mais do que diz:

[...]uma moeda nacional de curso forçado, questionada socialmente, desde o momento da constituição das condições próprias a senhoriagem, ambos aspectos frisa-se, é que se encontram na raiz das formulações da(s) Teoria(s) da Indexação e não plenamente assumidas por nossos pensadores, posto que para tanto, deveriam questionar-se sobre a existência de uma economia marcada por duas moedas e, portanto, duas medidas para a riqueza social, algo só presente nas atuais formas assumidas com o desenvolvimento do sistema

Assim, naqueles contextos históricos nos quais o conflito político eleva as contradições mais gerais da reprodução capitalista tardia, os elementos monetários, bem como da política monetária como um todo, revelam, em primeiro lugar, as fraquezas da suposição teórica de que o dinheiro se define através do preço que possui, dado em relação ao nível geral dos preços dos bens de consumo, em $1/P$. E, igualmente, expressam fundamentalmente o quanto desses embates políticos surgem associados ao conflito distributivo via pressões inflacionárias, contribuindo para a manutenção das taxas de lucros da empresa, como um padrão próprio ao compromisso político destes para com o Estado periférico ou não apenas da lógica de produção de valor, que lhe seria inerente¹⁸.

Em síntese, serão as tensões resultantes dessa situação de transição mais geral, que ditam a velocidade da submissão de formas pretéritas de atividades econômicas a uma produção industrial especificamente capitalista, que se faz recortando o caminho de sua autonomia em relação a subordinação desses aspectos aos seus propósitos de dominação social e produtiva. Para além desses intervêm aqueles que são próprios a configuração de sua universalidade. De um lado, as restrições na incorporação das inovações tecnológicas em seus setores mais dinâmicos e, de outro lado, os impactos da escassez derivadas da ausência de um mecanismo endógeno de financiamento de sua auto expansão. E a montante e a jusante, a luta política que se formou em torno da apropriação do valor excedente gestado por essa condição mais global, especializando e dando curso à existência de nossa sociedade civil.

E as permanências observadas, em relação as formas mercantis não subordinadas pelo movimento de transição, por seu turno, emaranhada no novo quadro que vai assim se desdobrando, asseguraria a presença daqueles fatores que alimentam a lógica da exclusão na forma daquilo que se faz como permanências, em relação ao que está por vir, no âmago dessa passagem, que assim vai se tornando logicamente contemporâneo¹⁹. Isto porquê, na resposta aos quesitos de sua imperatividade, tendo por referência as diversas formas de capitalismo central, bem como frente aos processos da concorrência interna pela apropriação do excedente, nessa transição amplia-se o exercício da dominação política, com o novo Estado e através da nova sociedade civil, retendo-se, pela violência legal e suas justificativas,

¹⁸ Para tanto, ver o trabalho de (MUNHOZ, 1997).

¹⁹ Para tanto, ver (FERNANDES, 1976, cap. 7).

aquela Comunidade que se presentificou nesse mesmo processo, aos seus próprios limites²⁰.

As características próprias da Comunidade à luz das peculiaridades decorrentes de sua organização social, basicamente submersa a práticas e valores de cunho coletivos por onde o trabalho, a terra, a religião e as manifestações culturais e artísticas de diversos tipos atuam como um pressuposto geral para a referência da sociedade civil e do Estado, mantêm-se. Suas marcas constitutivas que vão sendo construídas no contexto da exclusão, surgem como manifestações de acomodação e resistência aos determinantes daquela sociabilidade capitalista, que apontariam para as formas mais plenas do individualismo societário, seja para a vivência na sociedade civil, seja para a participação nos negócios do Estado.

É dessa maneira que vão realizar suas lutas políticas de resistência mescladas em, às vezes, fatores religiosos, necessárias à marcação de sua presença social frente aos movimentos políticos, conjunturais e estruturantes, tramados pelas oligarquias locais, as quais nesse diapasão visam fixar privilégios e desigualdades como sendo naturalmente inerentes à forma de ser comunitária. Mas, igualmente, nesse mesmo processo desencadeiam-se fatores de negação dessas condições gerais, fomentando-se alterações que levam a ultrapassarem-se motivadas pelo quadro econômico da reprodução capitalista, tanto no âmbito interno, quanto externo. Uma dialética do positivo imiscui-se, portanto, no interior desse processo de negação. Pelos olhos de um estudioso, através de um registro cultural e religioso, em seu passo a passo:

[...] nenhum país vive impunemente sob o império da união do poder espiritual e temporal, de Igreja e Estado, por quatro séculos, sem que isso deixe na sociedade e na cultura marcas indelévels. Na longa duração da história, uma astúcia opera, que dá continuidade profunda a estruturas de significação onde se inscreve a marca da religião, nas fronteiras entre o público e o privado, para além ou aquém, das vicissitudes das instituições que as moldaram originariamente [...] (NOVAIS ET AL., 1998, p. 109)

Na base dessa experiência, de uma história que é mais geral, o movimento ali incrustado e exposto diz respeito e é dado tanto pela articulação entre trabalho abundante e terra que se faz escassa via expansão latifundiária, bem como através de um sistema agrário produtivo, necessários para a consumação da lógica da produção de subsistência, de

²⁰ Para tanto, ver (FURTADO, 1998).

natureza campesina. Em ambos os casos, opera-se para sua permanência e alternância, as condições urbanas mercantis incompletas, que se colocam via aquele movimento de industrialização tardia.

E será naquilo que se refere a permanência da produção social externa a sociedade civil que vai se organizando, o que define em seu aspecto mais geral a condição para o advento da Comunidade, como um todo. Por onde a organicidade que nos interessa se faz, através dos vínculos entre territorialidade e a formação do povo, naquele embate social e político, entre estar ou não sob a égide dos impulsos daquela sociedade civil que vai se formando. Ali no qual, por *default*, o trabalho, por seu turno, ainda é visto e concebido abstratamente ora como serviço, ora como tarefa, na forma de suas características particulares e comercializável, por onde todas as formas de trabalho devem decair. Assim, nos termos pelos quais afirmam-se as exigências de situações de sobrevivência passadas, estratégicas à manutenção da situação presente dessa mesma Comunidade, por certo, nosso mundo agrário, bloqueia-se, de saída, a suposição necessária para que essa seja referenciada à luz das condições determinadas, ao longo do processo da reprodução capitalista.

Qual seja, a insuficiência do mercado de trabalho especificamente capitalista que congregue nele a reprodução da relação social pelo trabalho assalariado, determina que seus elementos qualitativos se sobreponham, ainda, aos seus aspectos meramente quantitativos, o que invalida sua expressão no interior do processo que toma curso no âmbito da sociedade civil. E, como também, ao mesmo tempo que retém suas progressivas virtudes como elemento referencial para aquela vida social comunitária de onde, historicamente, parte, se faz no interior dessa desacompanhado da redução a condição comum, que legitima sua própria reiteração. A incompletude, dialeticamente, coloca o decaimento das formas do trabalho como oposto aos termos do seu desdobramento na sociedade civil burguesa, naturalizando-o em seus próprios termos.

Há uma indução, portanto, que vaza como uma regra de desenvolvimento a qual paulatinamente, do ponto de vista de sua validação social, aqui vai se traduzir na forma de uma tensão interna entre inclusão e exclusão do povo, expressando-se em um embate pela e na evolução dos direitos, delimitando sua presença física no espaço e no tempo, em relação àquela sociedade civil, que vai se presentificando, ora se deslocando para um desenvolvimento no interior do plano dos direitos, sem avançar nos termos da sociedade civil, ora avançando sobre essa mesma sociedade, como uma conquista que se apresenta na forma de mais direitos²¹.

²¹ Para tanto, ver (MARSHALL, 1967).

Nesses termos, vão se traduzindo o movimento que atravessa, tornando-os coetâneos e excludentes, as fronteiras entre um mundo agrário, dotado plenamente de seus fatores constitutivos, e a sociedade civil que vai se fazendo, alimentando-se inclusive desses fatores que foram e ali são constituídos. Embalando e conservando, essa comunidade que se faz de maneira agrária, tornar-se referência fundante e caminho para que os fundamentos econômicos da sociedade civil, possam se arquitetar.

Explicitamente, ao contrário da reprodução acabada do trabalho na sociedade civil, por onde este viabiliza-se e é concebido como força de trabalho e pode estender seu imperativo moral e valor social ao corpo dessa sociedade, - isto é, tornando-se, para além de sua qualidade social, uma arrumação em valor, produzida pelas necessidades da reprodução do capital e, assim, nessa maneira de se reproduzir, torna-se medida e fonte da preservação produzida por aquele valor -, no ir e vir desse processo histórico, naquela Comunidade o trabalho abstrato terá sua permanência assegurada, como determinante necessário a existência dessa e referência fundante para a sociedade civil, não superando-se a si próprio, na forma de trabalho concreto, socialmente pressuposto.

Contudo, se essa nova lógica de industrialização restringida, dos anos de 1930 a 1960, chancela a permanência de diferentes formas de produção estioladas, inicia-se uma outra forma de subsunção dessas no momento da industrialização pesada, de 1960 em diante²². Essa, caracterizada pela montagem das indústrias de bens de capital e de consumo duráveis e dos efeitos desencadeados pela alta taxa de investimento nesses setores ao longo do período, até meados dos anos de 1970, terá de sustentar-se em seu processo histórico naquelas condições que lhe são externas, mas das quais vai depender para sua reprodução. E, de forma ou de outra, impulsiona a sociedade civil e o Estado para uma condição moderna, de produção industrial e de consumo urbano.

Sinteticamente, observado o setor de bens de capital, em primeiro lugar sobressai-se sua rearticulação com o Estado, à luz da política desenvolvimentista que abrange toda a época, sendo esse essencial para assegurar não apenas os investimentos complementares ao seu. Como também, o de organizar as políticas monetárias e cambiais que o defenda da situação e concorrências externas que disputa mercados e dinheiro. Sua dinâmica reprodutiva interna, em condição tardia, será externamente determinada. Seu mercado realiza-se por fora e a despeito das condições internas.

²² Deste modo em (TAVARES E BELLUZZO, 1979).

Nesse seu mercado externo vão se gestar os processos de inovação e os novos produtos, seus financiamentos e estratégias de valorização e de apropriação da riqueza, bem como as incertezas decorrentes da luta concorrencial que estimula aquela sua dinâmica. Logo, posto assim, os rebatimentos que faz internamente, esgota-se frente as limitações em investimentos que dependam apenas do aumento da capacidade do parque industrial interno. Segundo, o setor de bens de consumo duráveis implementados por essa nova lógica, apoia-se na capacidade de renda gerada naqueles estratos mais altos da pirâmide da renda. Conjugado aos mecanismos de financiamento bancários de curto prazo, sustentando-se a despeito da dinâmica que lhe poderia impor o departamento de bens de capital, bem como da estrutura da renda, nos limites inferiores da pirâmide econômica, expressa em sua capacidade de expansão produtiva e de liderança industrial, as limitações decorrentes do processo geral da industrialização periférica.

Terceiro, a jusante do setor de bens de capital, a indústria de consumo de não-duráveis alavancada pelos níveis de emprego e renda exclusivamente internos, a qual terá uma demanda, em função disso, limitada para os demais departamentos industriais. Seu rebatimento somar-se-á tanto com as insuficiências de uma economia de baixos salários, atravessada pelas oscilações em investimentos e no consumo dos capitalistas no setor de bens de consumo durável, quanto com os efeitos decorrentes da dinâmica da produção agrícola e de sua estrutura agrária, condensadas pela lógica da reprodução capitalista.

Mudanças significativas operariam no interior desse quadro. Ressalte-se, primeiro, aquelas pelas quais a tensão entre uma herança que atravessa do coletivismo societário, incrustado na Comunidade, ao individualismo possessivo, próprio da recente sociedade civil, transformam-se em manifestações políticas de disputas entre as classes sociais internas que foram se constituindo ao longo desse processo, dotando-a da consciência de classe possível²³. Em segundo lugar, a impossibilidade de se avançar nessa disputa interna, nos termos de um conflito clássico entre as classes sociais. Isto porque o processo como um todo deteve-se nas condições históricas pelas quais se dá a totalidade da conglomeração entre aquela Comunidade, o Estado e a sociedade civil, tendencialmente pela dinâmica que se dá via construção de uma narrativa que fora interrompida, inclusive por golpes militares e civis. Ocorre que, essencialmente, sua resolução se daria com a construção de uma Nação de natureza burguesa, por onde seriam

²³ Como em (FURTADO, 1992).

fincados os dutos que se fazem como identidade coletiva, nos termos dessa racionalidade, socialmente de fio a pavio, premissa para que houvesse a detonação dos conflitos clássicos entre as classes sociais aqui constituídas.

Mas, a passividade da burguesia assim instalada, frente as condições externas, como estratégia de existência e de rumo para a industrialização brasileira, transferiu ao Estado e aos interesses externos os ritmos mais fundamentais daquela construção, impossibilitando a construção real da Nação. Uma redução objetiva tornou-se presente, atualizando a sina brasileira a condição de se fazer “ouro”, numa terra de negócios. Como decorrência, tanto o Estado, como a sociabilidade assim instruída organizam e controlam nesses termos utilitarista, a transição para a consumação do individualismo para o caso brasileiro.

Portanto, em primeiro plano, o rumo tomado deve-se a incapacidade histórica de se resolver, sob condições e lógicas internas, a transfiguração fundante da própria sociabilidade burguesa originária. Em outras palavras, a burguesia brasileira - ao invés de conter em sua articulação para com o Estado e as Oligarquias regionais-, não revolucionou as condições herdadas e presentes no interior da Comunidade e da sociedade civil, que antecedem e surgem como pressupostos para a modernidade, no capitalismo tardio.

Em seu exercício de poder, através da estratégia da passividade essa burguesia, se ao mesmo tempo bloqueou uma ascensão em valores retidos no âmbito de um individualismo não-utilitarista, sufragou apenas aquela dimensão da sociabilidade necessária a existência das relações mercadistas. E assim o fez reafirmando os pressupostos inerentes à prática da violência do Estado e da sociedade civil, concretizando-os no golpe civil e militar o qual coloca, a partir de 1964, os determinantes e as normas da política e das relações sociais que devem ser acatadas como condições necessárias ao novo ritmo da modernização brasileira.

Uma tensão inovadora assim fora criada para livre uso daquele exercício de poder, na forma de um descarte da dimensão radical que acompanha a sociabilidade moderna: a ocupação com as coisas e a sensibilidade daí decorrente, a espontaneidade de nossos afetos, no mundo da comunidade; a mediação entre a secularização e os valores fundamentados pela religião; as ideologias e a luta política sindical e partidária, no espaço da sociedade civil; e a natureza pública republicana, como dimensão do Estado; todos devidamente postos, não deram vazão para aqui estabelecer-se nos termos de real igualdade e de uma matriz de liberdades republicanas,

as quais se contrapunham a funcionalidade e instrumentalidade constituídas para viabilizar as premissas do individualismo não-utilitarista.

Na raiz da imposição de natureza ditatorial, a Comunidade minimamente instituída, deixa de ser um dos sujeitos da mudança e tem rompida sua articulação para com os atores para os quais suas alterações levam ao aprofundamento da questão democrática. Assim, dá-se suporte para uma economia do baixo salário que se revela como uma lógica do trabalho, contendo valores em si mesmo, recuado, frente a esse quadro, transformando-se em trabalho sem valor e premido pela constância da baixa remuneração e incompletude. Enquanto que o fenômeno de exclusão e de limitações próprios a dialética acima observada entre Comunidade, Sociedade Civil e reprodução capitalista, em condições tardias, se faz sentir.

As possibilidades abertas por uma sociabilidade que acompanha a totalidade desse processo manifestam-se, portanto, por uma prática política efetuada pela classe dos trabalhadores, a quem cabe na busca por direitos, a condição para se fazer o combate político que afirma não apenas a necessidade da Nação, mas também, o desempenho das conquistas que ponham os direitos no sentido fortemente republicano, como um bem universal. Exatamente porque o direito em sua forma positiva, revela-se como garantindo pelo Estado aqueles atores sociais que dominam a sociedade civil, constituindo-se com esse, coloca-se para aqueles atores sociais uma estratégia de luta, com efeitos distintos, a qual responde pelos avanços que se constituem como sentido de existência da Comunidade, em seu moderno significado. E, igualmente, no interior de um contexto externo que lhe é negador daquelas condições históricas, que se fazem necessárias para atuar plenamente como sendo o sujeito que possa revelar o caminho político pelo qual deve se dar a ruptura com aquela condição interna²⁴.

3 JUSTIFICAÇÃO DO ATIVISMO JURÍDICO NA DOUTRINA BRASILEIRA

O curso de nossas singularidades e universalidades, próprias à dinâmica constitutiva de nosso capitalismo tardio, não opôs barreiras à entrada de uma doutrina jurídica em quaisquer fundamentos e de uma prática, subsumida a qualquer exercício do poder, que se fez para um quadro histórico mais geral, onde não operamos como sujeitos centrais. Evidentemente, não se produziu aqui os fundamentos e os pressupostos

²⁴ Assim pode-se ver em (SCHWARZ, 1988, p. 90).

necessários à definição do *Welfare State*, como vemos em seus diversos formatos nórdico, escandinavo ou europeu, e das consequências progressivas daí derivadas, incluso aquele contexto acima assinalado da crise econômica do capitalismo, após os anos de 1980.

Tampouco, nos situamos por igual no núcleo duro dos eventos históricos, por onde a consequência de ambas Guerras Mundiais, inclusa a Guerra Fria, foi gerando a nova dinâmica por onde se institui o conjunto de eventos que dá vazão política ao arranjo do exercício do poder político do após guerra, encontrado naquelas regiões. E, deve ser frisado, vitais a nova conjuntura histórica, que vai se configurando à luz de uma confluência conflituosa e tensa entre ambos os quadros, o qual formata um novo período histórico.

Para esse mais recente contexto social e político, onde as relações entre Estado e mercado são invertidas, em função da busca do predomínio deste último em relação ao primeiro, torna-se necessário ainda que sinteticamente apresentar um resumo para uma nova leitura. Se a inversão faz emergir o novo constitucionalismo, transferindo-se o exercício do poder político e, com isso, das possibilidades de rupturas ou de reafirmações, do Legislativo para a Magistratura, o faz através da necessidade de os controles de regulação emergentes com o neoliberalismo concentrarem-se nesse novo rearranjo político. A função do novo constitucionalismo nas mãos da Magistratura será, portanto o de administrar as condições da passagem de um período político a outro.

Os efeitos, conscientemente percorridos ou não, significará a redução da questão da soberania, como uma postulação enraizada na prática política decorrente das aspirações democráticas dos povos europeus. Evidentemente, que a história não terminou com essa nova formatação. Pelo contrário, a existência de uma contradição entre o novo direito constitucional ativista, confronta-se com o espectro jurídico da prerrogativa informal que surge no interior da política inerente a construção da União Europeia, nos termos em que:

[...] No estágio II da evolução constitucional europeia do Estado de Direito, o mindset kantiano foi constitucionalizado sob a forma do direito privado[...], ainda que ele tenha sido paralelamente reprimido e desalojado em público. No segundo estágio da evolução constitucional, nós podemos perceber o paradoxo: a constitucionalização avança e é desconstitucionalizada por seus próprios avanços, ao mesmo tempo. (BRUNKHORST, 2014, p. 103)

Mas, já após a luta política que permitiu o fortalecimento do Legislativo no âmbito do Parlamento Europeu, nos termos do Tratado de Lisboa, seguiu-se o movimento que efetiva uma nova síntese. E esta vem no lastro da maior importância dada aos Direitos Humanos e, portanto, para as questões democráticas, as quais se afirmam na linguagem desses novos direitos e do exercício legal necessário à sua tutela. A vontade da maioria, na forma da prática da sua soberania, volta constantemente para a cena histórica, demonstrando a falácia do próprio fim desse movimento político popular, apresentado como fim da história. Não obstante, no interior da própria antítese, desenvolve-se mecanismos de retaliação conservantista, que faz operar a predominância da lógica do mercado sobre as questões públicas, de direitos. É que, a junção entre essa possibilidade em direitos assim abertas naquela conjuntura e a prática política demandadora da reafirmação do espaço público, fora novamente deslocada:

[...]O ato mais crucial do mindset kantiano, a implementação política do governo representativo baseado em um debate público feroz[...], teve o efeito paradoxal de gerar legislação pública democrática sem vida pública democrática. O aumento da constitucionalização da legislação pública foi paga novamente com uma desconstitucionalização do discurso público. (BRUNKHORST, 2014, p. 104)

Consequentemente, o neoliberalismo pode sujeitar aquelas demandas sociais, vazando-as no exercício do poder praticado pela classe dos banqueiros e dos industriais e demais agregados, na forma de um novo Bonapartismo²⁵. As condições internas para a recepção do ativismo jurídico, serão aqui outras, ainda que a mudança doutrinária em torno do neoconstitucionalismo seja concebida de maneiras diferentes, mundialmente. Aqui depara-se e vai se engendrar com o tecido e efeitos decorrentes do movimento de uma construção interrompida, em função da implantação de uma Ditadura Civil e Militar e dos efeitos políticos e sociais daí advindos, o que nos banha com variadas especificidades.

Dentre essas especificidades originárias, ressalte-se a de natureza histórica e crucial, que se traduz no conjunto da institucionalidade jurídica-legal construída após os anos de 1930. Especialmente, a sua dimensão política e social que da forma de litígio ao conflito e à negociação entre Capital e Trabalho que já é apoiada em um restrito processo industrializante. E, bem como, nesse conjunto a possibilidade de ancoragem ao horizonte de cálculo aberto para as decisões de investimentos acopladas na generalização

²⁵ A conceituação segue a exposição de (BRUNKHORST, 2014).

desse mesmo processo, em função da promulgação do direito ao salário mínimo, contido na Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, poderão ser sintetizados os marcos legais do Direito do Trabalho, positivado no âmbito da administração pública, na forma de um direito público.

Essa concretude que advém após a consumação dos marcos do Direitos Civil e Comercial, aponta e se dispõe permeando as formas da participação política ao longo daquele mesmo período, regradas em termos dos novos direitos políticos, os quais afirmam as condições institucionais pelas quais a demanda por legitimação do exercício do poder vai operar a soberania da comunidade política. Impõem-se, assim, ao todo, como pressuposição a ordem legal, as suposições contidas nos termos das Leis Ordinárias daqueles diplomas legais, que vão se caracterizando como fundamento do sistema jurídico, próprios a uma sociabilidade que se faz tardiamente.

Nesse sentido, formalismo e coerção que se expressam em um sistema jurídico articulam-se, nesse momento, como teoria e prática ideológica voltadas para a reprodução desse novo Estado e quadro social, recompondo formalmente os termos nos quais se devem dar as lutas políticas do novo período, que serão reatualizadas nos termos daquele processo de industrialização tardia e de intensa urbanização. Assim, à luz de uma realidade simbólica que se expressa através de uma dinâmica de afirmação e negação de seus próprios fundamentos, o Direito aqui concebido como um sistema global positivado para todo o país, pode se apresentar para aquela conjuntura, satisfazendo seu postulado o mais genérico de ser²⁶. Sem com isso bloquear sua negação, ao mesmo tempo que impõe a normatividade ali assentada feito regra geral, ainda que própria ao mundo da sociedade civil, como passível de medir e de exercer a suposição da coerção para a comunidade nacional, a qual vai se reconfigurando, especialmente voltada para o mundo social do trabalho²⁷.

Não sem motivações conflituosas, portanto, o intenso ritmo de mudanças constitucionais, com essas as de natureza institucional, que traduzem aquelas lutas políticas em reordenamentos legais incessantes, desde meados dos anos de 1930 até o momento presente de regência da Constituição de 1988. Referenciados por rupturas, limitadas às dinâmicas das instituições internas, *la Manus Militaris*, em 1937 e 1967, bem como por promulgações advindas por parte das coalizações políticas, as quais terminam por dominar, de forma ou de outra, o processo Legislativo, como

²⁶ Neste sentido, ver (ALVES, 1987, p. 311)

²⁷ Assim, ver (ALVES, 1987, p. 311). Nesse sentido, também os trabalhos de (VIANNA, 1978) e (FAUSTO et al. 1981).

em 1934, 1946 e 1988. A intensa renovação constitucional trataram ora restringindo, ora incorporando-se ao arcabouço legal aquelas demandas que foram se configurando no plano do Estado e da sociedade civil.

E se a produção jurídica derivada daqueles momentos constitucionais apoiaram-se nos aspectos garantistas, residentes no interior da lei infraconstitucional, a gestação da nova dogmática advinda da difusão do novo constitucionalismo, antecipando-se a própria existência da Constituição de 1988, emaranhou-se naqueles postulados que corroboram o estranhamento das novas “ideias”, importadas para o conjunto da realidade brasileira, no sentido de que seus fundamentos vão diferir daqueles observados no quadro constitutivo do mundo europeu.

Pois, tratava-se, como fundamento objetivo, de superar os marcos legais, sociais e econômicos derivados de um regime político ditatorial, nos termos de uma tensão política que se dá entre opções de natureza conservadora e de movimentos de rupturas estruturais. O fator nada desprezível era o de afiançar tanto os termos da nova exposição da política, a ser sintetizada no interior da Carta Constitucional de 1988, como também o de redimensionar e agir por sobre as condições econômicas necessárias para o redesenho da dinâmica econômica, através da qual se daria a recuperação do nosso desenvolvimento social e político.

O domínio das forças de conservação não apenas se enquadra nessa moldura, como também é uma resposta para que a superação desse quadro se dê no interior de uma matriz doutrinária, responsável por manter os termos da participação política do povo, no âmbito do gerenciamento das questões públicas que atravessam a dimensão do Estado. Como também, no controle de sua inserção para o mundo da sociedade civil, que vai se espalhando nessas novas condições econômicas.

Esse Neoconstitucionalismo, aqui existente não pelas razões acima apresentadas e maturado no âmbito daquele período histórico europeu, quando da promulgação da nova Constituição espelha nossa condição única e ao mesmo tempo universal, no interior mesmo de nossa especificidade. Quer isso dizer que o suposto existente, proveniente e motivador daquela superação no sentido de suportar a Constituição na expressão do Neoconstitucionalismo, não pode tornar identitário democracia com desenvolvimento social, na exata medida em que esse desenvolvimento deparou-se com as limitações da história política do nosso próprio país, bloqueando o avanço para uma democracia de natureza republicana.

E, em função disso, constituíram-se diversas esferas de ausências e contradições as quais deslocam os próprios termos que deveriam ou sustentam nosso Neoconstitucionalismo.²⁸ Obviamente, sua natureza tardia não é apenas reveladora, mas também expressa aquele descompasso e ambiguidades havidas entre premissa e condições objetivas concretas para sua efetivação²⁹. A ilustração mais evidente nesse sentido decorre da própria caracterização utilizada pelos doutrinadores para afirmar sua presença no sistema jurídico brasileiro:

[...] Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio as quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2004, p. 10)

Na síntese do constitucionalista acima, a ausência daquelas condições econômicas que são inerentes a trajetória histórica do Neoconstitucionalismo revela as dificuldades da implementação da própria doutrina e no entendimento jurisprudencial, para o quadro nacional. Se assim for, tal qual é reconhecido por diversos autores, um elemento de restrição invade o processo como um todo. Na ausência daquela base material, histórica, de sustentação do Neoconstitucionalismo, incorrem-se em novos significados cuja justificativas ganham em esclarecimentos quando cotejadas as condições econômicas internas com as da democracia substantiva na atualização daquela interpretação constitucional. E, por essa via muito provavelmente, encontra-se uma possível explicação para, não obstante o ativismo jurídico sempre estar presente na sociedade brasileira, produto que é do exercício de dominação política, se fez acompanhado por alguns dos aspectos que compõe

²⁸ Uma discussão nesse sentido encontra-se, dentre outras, em (AVRITZER E MARONA, 2014).

²⁹ Os óbices apresentados em (BARROSO, 2004), são por si relevantes. Primeiro, a incerteza perante as transformações que vão ocorrendo nesse momento histórico, o que não permite clarezas sobre os rumos da história e suas consequências. Um outro aparece no título do trabalho: “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (*O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*)”, que é justificada pela concepção de que ao fim e ao cabo superamos rapidamente o nosso atraso histórico.

o Neoconstitucionalismo, contidos no controle da constitucionalidade desde o período republicano, nas diversas Constituições.

Contudo, evidente que no *ex-ante* e *ex-post* da superação do regime ditatorial, inscrito inclusive na Constituição de 1988, o conflito político que aí emergiu colocou questões sobre a ordem constitucional, derivadas do ambiente da sociedade civil. Dessa maneira, os avanços sobre o direito de propositura e demais expectativas sobre a Carta Constitucional, registram essa participação, como uma pressão dirigida ao poder judiciário. No seu núcleo central, a grande questão acerca do modelo de democracia, economia e de Estado que se encontrava em disputa.

Logo, o novo Estado de Direito era parte dessa construção democrática e haveria de dizer respeito a esse momento histórico, nos termos de uma economia política, onde o exercício do poder, sem recusar suas características mais fundamentais, migrava para um novo formato. E a tensão interna assumida pela interpretação constitucional diria respeito, igualmente, à natureza daquele conflito político, qual seja, o quanto seria possível recusar a força da tradição legal e/ou avançar com as suposições mais caras de uma democracia republicana.

Como não poderia deixar de ser, a imperatividade e a maior autonomia postulada para a Constituição, incluso aqui a densidade interpretativa, serão tão mais bonapartista quanto maior o distanciamento para a realidade factual, produzida pelo encadeamento entre democracia e situação econômica no interior daquela transição. Na ausência de capacidade institucional para o exercício efetivo do poder político, o efeito constitutivo propriamente dito para a resolução desse *gap*, foi a de ancorar a interpretação das normas e, de outra maneira, a discricionariedade praticada pelas cortes, por sobre um imperativo categórico. A rigor, concebe-se pela suposição de que o exercício da ponderação, da razoabilidade, da indeterminação do instrumento legal, bem como de seus conflitos, os princípios gerais normatizáveis, todos carregam uma postulação de natureza moral. No limite, o intérprete move-se pela urgência de que suas decisões impactam, de forma ou de outra, aquela condição democrática e econômica, impondo-lhe, de fora para dentro, a melhor vontade moral, *vis-à-vis* da insuficiência de sua capacidade constitucional.

E exatamente porque distante de uma pretensão metafísica, a moralidade assim estabelecida, - que possui a tarefa de recompor a prática jurídica à luz de princípios e valores como um ato continuado de criação, caso a caso, através das cortes, - do próprio Direito posto

configurado constitucionalmente, supõe superar nesses termos as pretensas insuficiências gerais, nas ações e políticas públicas tanto proveniente do Executivo, quanto na produção legal do Legislativo. Uma exemplar diferenciação, com os demais casos históricos, fica assim estabelecida, posto que se presume em continuidade, aqui, o distanciamento do Direito da Política, para reafirmar a Política do Direito, agora embasado em nova instância, qual seja, por sobre a postulação de questões de natureza metodológica que darão curso ao desdobramento próprio do Neoconstitucionalismo, em seus termos morais.³⁰

Ora, a permissão do intérprete, dotado pelo método, tem por objetivo, nesse sentido, ultrapassar a universalidade abstrata normativa, ao expandir sua presunção aos variados casos que possam ser arrolados e vistos no interior de uma mesma pressuposição metodológica. Desse modo, também se justifica, agora pela imparcialidade, razão instrumental e proteção dos direitos das minorias, o deslocamento da soberania colocada pela vontade popular, pelo mando da Magistratura. Que se complementa a partir da postulação da Política do Direito, como sendo pautada pela racionalidade argumentativa e persuasibilidade. É importante observar que a justificativa, mais global, dar-se-á por aquele ângulo moral:

[...] o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios - não de política - e de razão pública - não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. (BARROSO, 2012, p. 28)

Examinando-se para além do recorte analítico institucionalista, a dinâmica que se apresenta, complexa certamente, coloca-se no interior do próprio direito positivado. A superação daquele edifício legal, referenciado pela infraestrutura legal, que tem por base as garantias derivadas, em regra, do direito civil tradicional, entra em embate com essa normatividade constitucional. Todavia, nem sempre referenciado pelo debate sobre direitos humanos, assegura-se mudanças pelo acatamento e posterior outorga das demandas em diversidade de gênero, igualdade racial, direito a saúde, etc., bem como para aquelas de natureza particularista e privada, sucessão e as

³⁰ Para tanto, ver a discussão feita por (BARROSO, 2012). Assim como, sobre a separação entre o político e o econômico em (WOOD, 2003, capítulo I).

questões de propriedade, reposicionando o entendimento sobre os limites/superações do direito civil, para os casos semelhantes.

E como é comum ao entendimento, essas manifestações estendem-se tanto as demais disciplinas e recortes epistêmicos do Direito, quanto as inúmeras práticas afirmadoras de direitos. Nesse caso, portanto, o que deve ser conhecido são os limites para a universalização dessa presente e nova constitucionalidade, assim assentada. Posto que, a questão crucial, no caso acima, decorre da posição dessas demandas no interior das relações sociais de propriedade, o tensionamento antevisto é o de solucionar-se a distribuição social dessa, assertivamente a consumação do princípio de dignidade humana, contido no interior dos novos direitos fundamentais. Mas não obstante a isso, mesmo a aceitação do imperativo categórico aliado a minimização daquele aspecto crucial, ainda assim mantém-se a natureza essencial colocada pela invocação do imperativo, a medida em que a premissa de sua eficácia rebate em questões coalhadas de controvérsias.

Para além disso, uma contradição se põe, portanto, pois essas demandas legalizadas, não rompem aquelas limitações decorrentes da insuficiência econômica e material pela qual se intercomunicam comunidade nacional e sociedade civil. Em sua condição mais crítica, um outro lado para a mesma moeda, a liberação dessas demandas combina-se com a interpretação constitucional as quais vetam as mudanças que possam democratizar a sociedade civil, e a partir dessa a lógica da expansão da reprodução do capital. Logo, não se trata, portanto, de uma suposta recepção teórica inadequada à nossa quadra política e histórica, ainda que possa ocorrer erros de “leituras”³¹.

Tampouco, trata-se de afirmar o pluralismo jurídico aos olhos de um segmento social, ali instalado, que possa reverberar a concepção de que o direito se torna um importante instrumento de emancipação social para determinados grupos que lutam para se inserirem na “sociedade civil íntima”. Isto é, certos grupos sociais que estão marginalizados quanto aos direitos civis e políticos tentam por vias judiciais conquistar um lugar na agraciada sociedade civil íntima³². Exemplo disto são as conquistas dos direitos homoafetivos, os quais perduraram longo período fora da esfera legal tendo inicialmente sido reconhecidos em decisões ativistas e, posteriormente, positivados em diplomas jurídicos.

³¹ O trabalho de (STRECK, 2011, p. 10) sobre as recepções teóricas inadequadas.

³² Neste sentido, os trabalhos de (SANTOS, 2003) orientam-se para interpretar a questão jurídica enquanto potencialidade aberta para a disputa da luta política por direitos.

E à luz desse suposto haveria intérpretes que se filiam aos ideais de justiça social, democracia redistributiva e tenham posicionamento contra hegemônico frente ao processo de globalização do direito neoliberal, ainda naquele sentido firmado pelas teses de Boaventura de Sousa Santos. Em primeiro lugar porque a dinâmica nuclear do Neoconstitucionalismo avança sem redefinir aqueles conflitos políticos básicos acima formulados. Em outra dimensão, a dinâmica assim ensejada consiste na elaboração de alternativas teóricas que possibilitem a ação estatal retomar sua competência em resolver os confrontos e reconstruir a legitimidade ética da legislação. Assim, a proposta do Neoconstitucionalismo pode ser compreendida, aqui, como a razão teórica que preenche o vazio de legitimidade de um Estado burguês tardio.

A Constituição, na interpretação neoconstitucional, caracteriza-se como ordenamento rígido e responsável pela legalidade legítima, ou seja, traçando os limites da atuação política pelas normas constitucionais. Os direitos fundamentais compõem o fulcro da sociabilidade mais abrangente, configurando nela a comunidade, a sociedade civil e o Estado. A dimensão ética-política é o fundamento para reconhecer os conflitos na sociedade pluralizada e pretender equilibra-los por meio de seus preceitos. Longe e ao mesmo tempo próxima de ancorar aqui o Direito, em si, como força emancipadora.

E, igualmente, não se torna evidente que as conquistas obtidas na ampliação daqueles direitos sociais e identitários permitam a alavancagem ou mesmo a negação da lógica da reprodução do capital, nos termos do capitalismo tardio. Pois, a dinâmica estabelecida entre a capacidade material de reprodução e distribuição de riqueza no modelo de capitalismo desenvolvido em terras brasileiras, com persistência do poder oligárquico, e o poder político encapsulado nas instituições estatais irá proporcionar um arranjo peculiar destes fatores. O Estado se apresenta aos agentes econômicos do mercado como garantidor das regras e perpetuação do padrão econômico por meio do ordenamento jurídico, sedimentando na legislação os interesses que lhe são precípuos. E a política institucional articula-se de forma representativa e distante do corpo social, dirigindo-se, portanto, o embate para a melhor interpretação constitucional, visto à luz do ritual e da dogmática jurídica.

Enquanto que a violência estatal, suposta como legítima pelo diploma constitucional, cumpre, entre outras, a função de manter e atualizar os pressupostos de produção capitalista por meio das instituições do Poder Judiciário, dos Ministérios governamentais e dos demais entes interventores da ordem jurídica e econômica, segundo o já exposto. E, em

última instância, promovem a expansão das expressões jurídicas deslocando o conflito entre capital e trabalho, porquanto material, para a forma de um litígio judicial, restringindo os mecanismos de exercício do poder direto pela comunidade política. Assim, a condição de legitimidade da violência move-se do elemento político para o jurídico, bloqueando seus próprios fundamentos políticos.

É concebido o ativismo jurídico como fruto desta dinâmica em sua manifestação mais abrangente, em que os conflitos políticos progressivamente se judicializam. O intérprete da lei, especialmente a constitucional, coloca-se, e por elas é colocado, pelas contradições na relação entre Estado, comunidade política e economia capitalista, observadas as singularidades do caso brasileiro, a qual subtrai os esforços para a própria conquista democrática. Porém, a pretexto de notar uma situação diversa, se faz necessário traçar limites distintivos entre a prática ativista da magistratura e aquela realizada pela promotoria, sobretudo quando consideradas as diferenças no campo de atuação.

CONCLUSÃO

Por certo, as conclusões são sempre relativas e senão precárias, até porque a história não encontrou seu fim, conforme postulados por alguns autores. Mas, cabe alinhar aqui algumas considerações finais. A manifestação do ativismo jurídico, na devida particularidade brasileira, contém contradições internas e efeitos externos que o colocam em um quadro complexo, em que se pode sublinhar presença de dados universais e singularidades historicamente deduzidas das condições do desenvolvimento capitalista aqui esboçado. A universalidade observável no fenômeno consiste no tensionamento permanente da efetivação dos direitos, tal qual se verifica na problemática europeia de um rearranjo político em que os direitos, paulatinamente, são debilitados em seu espaço público, portanto político, e cada vez mais têm sua efetivação dada pela dinâmica do mercado. Isto ocorre, por fatores diferentes, em nossas terras, tornando o discurso neoconstitucional aceito pela doutrina nacional em termos de uma busca por maior efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos.

A qualidade particular do ativismo brasileiro reside no fundamento para a carência material dos direitos constitucionais, diferentemente do que ocorreu na Europa, o processo de reprodução capitalista, inclusas suas formas de sociabilidade, em nosso contexto se dá de maneira tardia

e incompleta na tarefa de presentificar os pressupostos da sociabilidade burguesa, gerando as condições críticas constatáveis na vida social brasileira. Por esta vereda, põe-se às claras a manifestação bruta da oposição capital e trabalho, assim como as formas de exercício do poder em nosso solo. Insatisfatória é a distribuição da riqueza, por consequência, elevam-se os níveis de desigualdade socioeconômica e política entre os cidadãos, frisa-se que estão todos sob o broquel do mesmo ordenamento jurídico formal. O Judiciário, imbuído em teorias e metodologias neoconstitucionais, exerce em termos de poder político a interpretação legal como correção/reafirmação das iniquidades da lei, aqui entendida como parcial pela própria dinâmica de produção social capitalista.

Consolidar um texto jurídico significa presentificar as relações conflituosas compreendidas na realidade moral e material de dada sociedade, em última análise, concebe-se, a lei, como a síntese das contradições econômicas e políticas no contexto abrangente do capitalismo, historicamente determinado. Quando se propõe metodologicamente a conceituação dos direitos, colide com um tópico estrutural, qual seja, à medida em que as definições dos direitos são dados por instituições jurídicas apartadas do processo político popular desdobra-se, reflexamente, no enfraquecimento da noção política dos direitos. Concedendo direitos aos indivíduos por meio do ativismo judicial, sustentado na premissa que todos são sujeitos de direito, paradoxalmente, cria-se um direito a cada caso concreto, por ser a prática ativista difícil de ser universalizada e inconstante pela dependência de fatores contingenciais, como a consciência de cada julgador, que impossibilitam sua ampla efetivação.

Anota-se por fim, e esse é um segundo passo, pode-se pensar em alternativas político-jurídicas, contidas no entendimento constitucional, que viabilizem a convivência de uma economia capitalista tardia e as características mais críticas de sua consequente forma de sociabilidade, vale dizer, a conformação de uma vida social distorcida em direitos e desigual materialmente para o exercício político popular. Obviamente, não será esta uma via revolucionária, mas as possibilidades abertas do processo político traduzem-se na impossibilidade de prever a situação histórica ulterior, as melhoras mesmo que parciais das condições materiais podem ser o pavio de um movimento teórico e material historicamente produzido de repensar o sistema capitalista e sua possível superação.

REFERÊNCIAS

ABREU, M. P. **A ordem do progresso. Cem anos de política econômica republicana.** 1889-1989. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1990.

ALENCASTRO, L. F. **O pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira.** Novos Estudos, 87. p. 5-11, 2010.

ALVES, A. C. **Estado e Ideologia. Aparência e realidade.** Editora Brasiliense, 1987.

AVRITZER, L.; MARONA, M. C. **Judicialização da política no brasil:** ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. Revista Brasileira de Ciencia Política. nº 15, p. 69-94, 2014.

BARROS, R. P. et al. **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no brasil.** Texto para Discussão. IPEA. Instituto de Pesquisa Aplicada. p. 24, 2001.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito:** o triunfo tardio do direito constitucional no brasil. Quaestio Iuris. p. 1-48, 2006. vol.2, nº1.

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática** [Syn]Thesis. vol. 5, nº 1, p. 23-32, 2012.

BONAVIDES, P. et al. **História constitucional do Brasil.:** OAB Editora. 2004.

BORON, A.; AMADEO, J.; GONZALEZ, S. O. **A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas.** São Paulo: Ed. Expressão Popular. Coleção Campus Virtual do Conselho Latino Americano de Ciências Sociais, 2007.

BRENNER, R. **El desarrollo desigual y la larga fase descendente:** las economías capitalistas avanzadas desde el boom al estancamiento, 1950-1998. Chile: Revista Encuentro XXI, 1999.

BRUNKHORST, H. **A decapitação do legislador:** a crise europeia - paradoxos da constitucionalização do capitalismo democrático. Revista de Direito da Universidade de Brasília. v.1, p. 93-118, 2014.

CAMARGO, M. O. **O Estado e o indivíduo:** o conflito entre punir e libertar - História da presunção de inocência no Brasil. 1948-2000. 292 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Pós Graduação em Direito. 2001.

CANFORA, L. **A Democracia. História de uma Ideologia.** Portugal: ed. 70, 2004.

CANFORA, L. **La nature du pouvoir.**: Les Belles Lettres, 2010.

CARNEIRO, R. M. **Dinâmica de crescimento da economia brasileira:** uma visão de longo prazo. Texto para Discussão. IE-UNICAMP. n.130. p. 1-69. 2007.

COLLIOT-THÉLÈNE, C. **Habermas, leitor de Marx e de Max Weber.** Crítica Marxista, n.12, p. 41-58, 2001.

COLLIOT-THÉLÈNE, C. **Ser uma pessoa, ser alguém:** os limites do institucional hegeliano. Cadernos de Filosofia Alemã. Crítica e Modernidade. Vol.19; nº01. p. 35-62, 2014.

DOW, S.; HILLARD, J. **Keynes, Knowledge and Uncertainty.** England: Edward Elgar Publishing Limited, 1995.

DUMÈNIL, G.; LÈVY, D. **La grande bifurcation.** En finir avec le neoliberalisme: Editions La D'écouverte, 2014.

FAUSTO, R. Marx: lógica e política. Investigações para uma reconstituição do sentido da dialética. Tomo I. Brasil: Editora Brasiliense. 1987.

FAUSTO, B. et al. **História geral da civilização brasileira.** Tomo III O Brasil Republicano. 3º v. Sociedade e Política. 1930-1964. Difusão Editorial. 1981.

FERNANDES, F. **A Revolução Burguesa no Brasil.** Ensaio de Interpretação Sociológica. São Paulo: Zahar Editores. Biblioteca de Ciências Sociais. 1976.

FRANCO, G. H. B. **A primeira década republicana.** In: A Ordem do Progresso. Cem anos de política econômica republicana. 1889-1989. Editora Campus. 1990. cap. 1, p. 11-29.

FURTADO, C. **Brasil: a construção interrompida.** Editora Paz e Terra. 1992.

FURTADO, C. **O Capitalismo Global.**: Paz e Terra, 1998.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto.** Malheiros Editores. 2008.

HIRSCHL, R. **The nordic counternarrative: democracy, human development, and judicial review.** I*CON. Vol.9 nº2. p. 449-69, 2011.

HOLLOWAY, J.; PICCIOTTO, S. **State and capital. A marxist debate.** Edward Arnold. 1978

JUNIOR, T. S. F. **Constituição brasileira e modelo de estado:** hibridismo ideológico e condicionantes históricas. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998.

KALECKI, M. **Teoría de la dinamica economica.** Ensayo sobre los movimientos cíclicos y a largo plazo de la economía capitalista. Fondo de Cultura Economica. 1995.

KERVÉGAN, J. F. **Hegel e o hegelianismo.** Edições Loyola. 2008.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classes Sociais e Status.** Zahar Editores. 1967.

MARTINS, C. E. **Liberalismo: O direito e o avesso.** DADOS: Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v. 46. N.004, p. 619-660, 2003.

MARTINS, C. E. **Vinte anos de democracia?** Lua Nova, v. 64, p. 13-38, 2005.

MELLO, J. M. C. **O capitalismo tardio.** Contribuição a revisão crítica da formação do desenvolvimento da economia brasileira. Brasil: Editora Brasiliense, 1990.

MUNHOZ, D. G. **Inflação brasileira:** os ensinamentos desde a crise dos anos 30. Economia Contemporânea. N.1, p. 59-87, 1997.

NEVES FILHO, A. **A Liberação do trabalho no campo.** Uma contribuição ao debate sobre o progresso técnico na industrialização da agricultura brasileira. 161 p. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade de São Paulo. Programa de Estudos Pós-graduados em Economia. Brasil, 1989.

NOVAES, A. **Privatização do setor de telecomunicações no brasil.** In: A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública (OCDE-BNDES, FÍNAME, BNDESPAR.), 2000. cap. 5., p. 145-178.

NOVAIS, F. A. et al. **Nova história em perspectiva.** Vol 1. Cosc Naify. 2011.

OLIVEIRA, J. C. et al. **Investimentos e reformas no Brasil.** Indústria e infra-estrutura nos anos 1990: IPEA. Instituto de pesquisa econômica aplicada, CEPAL, 2002.

PASUKANIS, E. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Brasil: Livraria e Editora Renovar, 1989.

ROSDOLSKY, R. **Genesis y estructura de El capita Marx I de (estudios sobre los Grudrisse)**. Mexico: Siglo Veintiuno Editores, 1986.

SANTOS, B. S. **Pode o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 65, p. 3-76, 2003.

SCHWARCZ, L. M.; NOVAIS, F. A. et al. **História da vida privada no Brasil**. Contrastes da intimidade contemporânea.: Companhia das Letras. 1998.

SCHWARZ, R. **Brazilian culture: nationalism by elimination**. New Left Review. 167, p. 77-90, 1988.

SILVA, S. **Expansão cafeeira e origens da indústria no Brasil**. Brasil: Editora Alfa-Ômega. 1976.

SILVEIRA, J. N. **Aspectos jurídicos econômicos e sociais da privatização**. In Escola Nacional da Magistratura. 1998. Não há desenvolvimento sem Justiça Social. p. 148-151.

STRECK, L. L. **As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. v. 10 n. 10, p. 2-37, 2011.

SUZIGAN, W. **Industria Brasileira. Origem e desenvolvimento**. Editora Brasiliense. 1986.

TAFNER, P. **Brasil: o estado de uma nação**. In: IPEA. Instituto de pesquisa econômica aplicada. 2006. cap. 7. Políticas Públicas de emprego, trabalho e renda no Brasil. p. 397-446.

TAVARES, M. C. **Ciclo e Crise: o movimento recente da industrialização brasileira**. Rio de Janeiro: Tese Professor Titular. Faculdade de Economia e Administração da UFRJ, 1978.

TAVARES, M. C.; BELLUZZO, L. G. **Notas sobre o processo de industrialização recente no brasil**. Revista Administração de Empresas, RJ. p. 7-16, 1979.

TAVARES, M. C. **Da substituição de importações ao capitalismo financeiro**. Zahar Editores, 1983.

TONELLI, M. L. Q. **A judicialização da Política e a Soberania Popular.** 2013. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIANNA, L. W. **Liberalismo e sindicato no Brasil.** Paz e Terra, 1978.

VIANNA, L. W. et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil.**: Editora Renovam, 1999.

WILLIAMSON, J. **Latin american adjustment:** How much has happened? In: Institute for International Economics. 1990. cap. 2., p. 5-38.

WOOD, E. M. **Democracy against capitalism: Renewing historical materialism.**: Cambridge, 2003.

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

A DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO FEMININO A PARTIR DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

THE DISCRIMINATION OF FEMALE LABOR FROM THE SEXUAL DIVISION OF LABOR

Vanessa de Castro Rosa*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Divisão social e sexual do trabalho. 2 Discriminação do trabalho feminino a partir da divisão sexual do trabalho. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a discriminação do trabalho feminino a partir da divisão social e sexual do trabalho. A primeira trabalhada por Karl Marx indica a divisão do trabalho na sociedade diante da necessidade de se desenhar papéis definidos para a organização e funcionamento do capitalismo, a segunda, definida pela filósofa e historiadora Silvia Federici, avalia a divisão do trabalho segundo critérios de gênero, também necessária a estrutura capitalista. Nesta visão, a discriminação do trabalho feminino não é algo ocasional, nem típico da contemporaneidade, mas inerente ao funcionamento da estrutura capitalista, que relega o trabalho feminino a papéis sociais socialmente e historicamente definidos, porém, justificados biologicamente e moralmente, a fim de acumular sobre a exploração proletária feminina. Neste quadro, às mulheres foram destinados trabalhos domésticos e trabalhos não remunerados, presentes na esfera do trabalho reprodutivo, ao passo que aos homens foram destinados trabalhos para produção de bens destinados ao mercado - trabalho produtivo. Contudo, o trabalho reprodutivo não remunerado das mulheres é indiretamente custeado pelo salário masculino, o que aumenta a exploração do homem trabalhador. A pesquisa é feita através de revisão de literatura, com referencial teórico em Karl Marx e Silvia Federici. E busca conhecer as raízes históricas e conceituais da exploração e discriminação do trabalho feminino a fim de se buscar no futuro possíveis soluções que encarem a real fonte de discriminação do trabalho das mulheres.

Palavras-chave: Discriminação. Trabalho feminino. Divisão sexual do trabalho. Silvia Federici.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the discrimination of female labor from the social and sexual division of labor. The first work by Karl Marx indicates the division of labor in society in the face of the need to design defined roles for the organization and functioning of capitalism, the second, defined by the philosopher and historian Silvia Federici, evaluates the division of labor according to gender, capitalist structure is also needed. In this view, the discrimination of women's work is not something occasional or typical of contemporaneity, but inherent in the functioning of the capitalist structure, which relegates female labor to socially and historically defined social roles, but biologically and morally justified in order to accumulate on female proletarian exploitation. In this context, women were assigned to domestic work and unpaid work, present in the sphere of reproductive work, while men were assigned jobs for the production of goods destined for the market - productive labor. However, the unpaid reproductive work of women is indirectly borne by the male wage, which increases the exploitation of the working man. The research is done through literature review, with theoretical reference in Karl Marx and Silvia Federici. It seeks to know the historical and conceptual roots of the exploitation and discrimination of women's work in order to seek in the future possible solutions that face the real source of discrimination of women's work.*

Keywords: *Discrimination. Female work. Sexual division of labor. Silvia Federici.*

* Doutoranda em Direito Político e Econômico no Mackenzie, Mestra em Direitos Humanos Fundamentais na Unifeo, Especialista em Direito Ambiental, Especialista em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Processual Penal. Bacharela em Filosofia, Bacharela em Direito (UNESP).

Artigo recebido em 29/04/2019 e aceito em 25/09/2019.

Como citar: ROSA, Vanessa de Castro. A discriminação do trabalho feminino a partir da divisão sexual do trabalho. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 139-153. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

A divisão social do trabalho busca analisar as formas pelas quais o trabalho foi dividido, organizado e disciplinado nas sociedades, de forma que seu conteúdo e análise variam conforme a metodologia de abordagem e o referencial teórico adotado, o que tem implicação direta e imediata sobre o entendimento da divisão sexual do trabalho.

No presente trabalho adota-se o método do materialismo histórico, com referencial teórico fundado em Karl Marx (1818-1883) e na filósofa, historiadora e professora da *Hofstra University*, nos Estados Unidos, Silvia Federici, especialmente em sua obra “O Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva”, publicado, originalmente, em 2004, e traduzido para o português pelo Coletivo Sycorax, em 2017.

A pesquisa é qualitativa, através de revisão de literatura integrativa, que combina estudos de diferentes metodologias, a saber, dados quantitativos e qualitativos, a fim de obter um resultado integrado de análise do objeto de estudo.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a origem da discriminação do trabalho feminino a partir da divisão social do trabalho, ou seja, investigando sua gênese a partir da divisão sexual do trabalho, dentro da forma de estruturação do trabalho no modo de produção capitalista, afastando as justificativas biológicas, através da análise histórico-comparativa e materialista.

A pensadora Silvia Federici busca mostrar a artificialidade das construções biologistas das diferenças sociais quanto ao trabalho capitalista, que aniquilou a liberdade feminina, atrelando-a ao trabalho reprodutivo não remunerado, e disciplinou os corpos femininos.

O objeto de estudo se foca nas implicações da exploração do trabalho feminino na estruturação do capitalismo, na tentativa de mostrar que a discriminação do trabalho feminino é inerente ao capitalismo e não um produto ocasional da contemporaneidade.

1 DIVISÃO SOCIAL E SEXUAL DO TRABALHO

A divisão social do trabalho tem sua razão de ser no processo de produção de mercadorias, em que o trabalho, de acordo com Karl Marx, é “dividido segundo o gênero, a espécie, a família e a subespécie, de diferentes trabalhos úteis - uma divisão social do trabalho. Tal divisão é

condição de existência da produção de mercadorias, embora esta última não seja, inversamente, a condição de existência da divisão social do trabalho” (MARX, 2013, p. 166).

Nas palavras de Silvia Federici (2014, p. 213), “a divisão sexual foi, sobretudo, uma relação de poder, uma divisão dentro da força de trabalho, ao mesmo tempo que um imenso impulso à acumulação capitalista”.

A construção do capitalismo com a acumulação primitiva e o processo de cercamento também ocorreu com a exploração do trabalho feminino e a separação do trabalho reprodutivo do trabalho produtivo seguido do não pagamento do primeiro, por estar supostamente atrelado ao mero exercício de um papel natural-biológico.

Com a passagem da economia de subsistência para a economia monetária, na origem do capitalismo, as tarefas de reprodução e produção, que antes estavam unidas, começam a se separar e apenas as atividades de produção para o mercado receberam significação valorativa, as atividades não reprodutivas, ou seja, as reprodutivas deixaram de ser consideradas como trabalho (FEDERICI, 2004, p. 145).

Este processo fragmentou o trabalho e atrelou às mulheres o trabalho reprodutivo de forma não remunerada, essa mudança propiciou, no auge do século XIX, o surgimento da “dona de casa em tempo integral”, o que também aumentou a dependência das mulheres ao salário masculino, impondo a elas uma condição ainda mais grave que os homens proletários, pois sem salários estavam renegadas à miséria (FEDERICI, 2004, p. 146).

Importante registrar que a desvalorização do trabalho feminino também impacta negativamente os homens. Nas palavras de Silvia Federici (2004, p. 146),

[...] a desvalorização e a feminização do trabalho reprodutivo foi um desastre também para os homens trabalhadores, pois a desvalorização do trabalho reprodutivo inevitavelmente desvalorizou o seu produto: a força de trabalho. Entretanto, não há dúvida de que, na “transição do feudalismo para o capitalismo”, as mulheres sofreram um processo excepcional de degradação social que foi fundamental para a acumulação de capital e que permaneceu assim desde então.

A discriminação do trabalho feminino ainda tem o papel de dissimular a exploração sobre o proletariado, pois “por trás do disfarce da inferioridade natural permitiu ao capitalismo ampliar imensamente ‘a parte não remunerada do dia de trabalho’ e usar o salário (masculino) para acumular trabalho feminino. Em muitos casos, serviram também para

desviar o antagonismo de classe para um antagonismo entre homens e mulheres” (FEDERICI, 2004, p. 213-214).

Destarte, a análise de Silvia Federici, a partir do conceito marxiano de acumulação primitiva, revela que a existência de uma divisão sexual do trabalho, a construção de uma ordem patriarcal baseada na exclusão das mulheres do trabalho assalariado e subordinado aos homens e a mecanização do corpo feminino proletário que se transforma numa máquina de produção de novos proletários (FEDERICI, 2004, p. 16), o que desnuda a discriminação contemporânea do trabalho feminino, e coloca a questão no seu local correto de discussão: o modo de produção capitalista.

Nas sociedades comunais, o trabalho tinha uma divisão espontânea, pautado em características fisiológicas e o produto do trabalho era trocado para satisfazer as necessidades dos diferentes grupos, já no modo de produção capitalista, o produto trocado passa a ser mercadoria e circula a partir da divisão entre campo e cidade, para que os diferentes grupos sociais se tornem dependentes um dos outros, a fim de possibilitar a circulação das mercadorias (MARX, 2013, p. 529-531).

Este quadro de dependência também é aplicado ao nível internacional, com a divisão social do trabalho entre os países através do sistema colonial, “que integram as condições gerais de existência do período da manufatura, fornecem a este último um rico material para o desenvolvimento da divisão do trabalho na sociedade” (MARX, 2013, p. 532).

A maquinaria também teve um papel preponderante para a exploração do trabalho feminino e conseqüente implantação da divisão sexual do trabalho, pois “antes, o trabalhador vendia sua própria força de trabalho, da qual dispunha como pessoa formalmente livre. Agora, ele vende mulher e filho” (MARX, 2013, p. 576).

Ademais, com a maquinaria foi possível a exploração do trabalho feminino e infantil, inclusive substituindo o salário familiar pelo salário individual (HARVEY, 2013, p. 204), mostrando claramente a inclusão da mulher no trabalho produtivo, quando este favorece o sistema de acumulação.

A “dissolução dos sistemas domésticos também mobilizou - e continua a mobilizar - mulheres e crianças para a força de trabalho assalariado (transformando as mulheres na espinha dorsal do trabalho assalariado em muitas partes do mundo em desenvolvimento) (HARVEY, 2013, p. 267).

Assim, a divisão sexual do trabalho atua a partir da divisão do trabalho, e não apenas organiza o trabalho social, mas instaura a desigualdade entre o trabalho feminino e masculino, e assumindo formas

historicamente e socialmente determinadas pelo funcionamento do modo de produção capitalista.

Entende-se por divisão sexual do trabalho

[...] a divisão de atribuições, tarefas e lugares sociais para mulheres e homens, decorrentes das relações sociais de sexo. Essa forma é historicamente adaptada a cada sociedade e tem por característica a destinação prioritária dos homens a atividades produtivas (ocupações de forte valor social agregado, como comércio, indústria, empreendimentos, e na política) e a mulheres à esfera reprodutiva (atividades relacionadas a cuidados e afazeres domésticos). Essa divisão repercute fortemente nos cargos e funções ocupados pelas mulheres e em seus rendimentos, já que são destinadas às mulheres principalmente tarefas e ocupações que remetem a cuidado e serviços que são menos valorizados socialmente. (SECRETARIA NACIONAL, 2016).

Esta desigualdade imposta entre o trabalho feminino e masculino “manifesta-se não apenas na divisão de tarefas, mas nos critérios que definem a qualificação das tarefas, nos salários, na disciplina do trabalho” (CARLOTO, 2002, não paginado).

Desta forma, os estereótipos socialmente atribuídos às mulheres, como a crença de que as mulheres são mais capazes de realizar múltiplas tarefas simultaneamente e que se submetem mais facilmente a um forte controle contribui para que sejam vistas como mais aptas ou preferidas para ocupar determinados tipos de serviço (FREITAS, 2016, p. 81), reforçando a divisão sexual do trabalho e a emergência do patriarcado à custa da discriminação do trabalho feminino.

Neste sentido,

[...] a diferença de poder entre mulheres e homens e o ocultamento do trabalho não remunerado das mulheres por trás do disfarce da inferioridade natural permitiram ao capitalismo ampliar imensamente “a parte não remunerada do dia de trabalho” e usar o salário (masculino) para acumular trabalho feminino. Em muitos casos, serviram também para desviar o antagonismo de classe para um antagonismo entre homens e mulheres. Dessa forma, a acumulação primitiva foi, sobretudo, uma acumulação de diferenças, desigualdades, hierarquias e divisões que separaram os trabalhadores entre si e, inclusive, alienaram a eles mesmos. Como vimos, os trabalhadores homens foram frequentemente cúmplices deste processo, tendo em vista que tentaram manter seu poder com

relação ao capital por meio da desvalorização e da disciplina das mulheres, das crianças e das populações colonizadas pela classe capitalista. No entanto, o poder que os homens impuseram sobre as mulheres, em virtude de seu acesso ao trabalho assalariado e de sua contribuição reconhecida na acumulação capitalista, foi pago pelo preço da autoalienação e da “desacumulação primitiva” de seus poderes individuais e coletivos. (FEDERICI, 2004, p. 232-233).

O tratamento inferiorizado do trabalho feminino esconde a diferença de classes por trás da suposta inferioridade do trabalho das mulheres, permitiu ao capitalismo acumular por meio do salário masculino o trabalho feminino, ou seja, serviços de cuidado da casa, alimentação, higiene pessoal colaboram para o trabalho masculino, e não são remunerados.

Esta apropriação do trabalho feminino não remunerado dá base à acumulação do capitalista, tendo em vista que o trabalhador masculino usa de seu próprio fundo de consumo para se manter em seu trabalho, ou seja, o capitalismo usa das condições particulares do trabalhador para que este tenha condições de trabalhar, o que Marx denomina de roubo direto feito no trabalho domiciliar do trabalhador, no qual se insere o trabalho feminino não remunerado.

Vale conferir,

O chamado trabalho domiciliar (ver capítulo 13, 8d [p. 537-41]), por exemplo, demonstrou qual é o papel que hoje desempenha, na formação do mais-valor e, portanto, do fundo de acumulação do capital, o roubo direto perpetrado contra o fundo de consumo necessário do trabalhador. (MARX, 2013, p. 678).

Destarte, percebe-se o caráter estrutural da discriminação do trabalho feminino e o porquê da não remuneração do trabalho reprodutivo, embora tão necessário a existência e continuidade do trabalho produtivo.

Contudo, importante ter em mente o funcionamento da divisão sexual do trabalho, para que os rumos da luta feminista por emancipação não se confunda com o direito de ter sua força de trabalho igualmente explorada, ou seja, a luta não é apenas contra o machismo e o patriarcado, mas deve ser sobre a forma exploratória de trabalho.

Neste sentido,

[...] a crítica da sociedade capitalista não pode limitar-se à análise da exploração e da precarização existentes no espaço produtivo, por mais importante que ela seja. A crítica deve abranger também todos os profundos e multifacetados

aspectos negativos dessa lógica, entre eles, a compreensão da opressão que se encontra presente no espaço reprodutivo, aqui representado pela estrutura da família patriarcal que impõe uma desigual divisão do trabalho para a mulher. Em suma, uma nova divisão sócio-sexual do trabalho é profundamente necessária. Mas, não é do interesse do capital uma metamorfose nesta divisão, principalmente se esta transformação for direcionada a uma igualdade substantiva (NOGUEIRA, 2010, p. 62).

Assim, medidas que busquem combater a exploração do trabalho feminino precisam ter consciência da origem desta discriminação, para que o problema possa ser combatido em sua raiz e não apenas em seus sintomas, nem para que apenas se opere uma transformação das formas sociais de exploração do trabalho feminino.

2 DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO FEMININO A PARTIR DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

A discriminação do trabalho feminino tem sua gênese no produto da divisão social estabelecida nas relações sociais entre os sexos, divisão essa modulada histórica e socialmente e instrumento da sobrevivência da relação social entre os sexos que se configura como divisão sexual do trabalho.

Nesta divisão a mulher assume papel na esfera reprodutiva de trabalho, ao passo que os homens na esfera produtiva, o que elucida o estreito vínculo entre trabalho remunerado e não remunerado, para garantir a acumulação capitalista necessária ao funcionamento do sistema.

Esta divisão se organiza sobre dois princípios o da separação, que divide os trabalhos entre homens e mulheres rotulando-os para cada sexo, e o princípio da hierarquização, que atribui valor social e prestígio ao trabalho masculino em detrimento do feminino. Estes princípios organizativos não são imutáveis, nem constantes em todas as sociedades, pois “Os aportes da história e da antropologia o demonstraram amplamente: uma mesma tarefa, especificamente feminina em uma sociedade ou em um ramo industrial, pode ser considerada tipicamente masculina em outros” (KERGOAT, 2003, p. 56).

E esta mesma divisão sexual do trabalho, que embora atinja os homens, atua sobre as mulheres com mais força, impulsionando-as à

miséria, tendo em vista que seu trabalho doméstico e reprodutivo não é remunerado e é dependente do salário masculino.

A divisão sexual do trabalho comprime os salários dos trabalhadores, atuando como fator de exclusão das mulheres do trabalho assalariado, colocando a responsabilidade do sustento da família sobre a responsabilidade do trabalho masculino assalariado, enquanto as mulheres relegadas ao trabalho reprodutivo, trabalham sem remuneração.

Neste sentido, David Harvey (2016, p. 113) destaca:

[...] durante muito tempo o trabalho qualificado foi definido em termos de gênero, de modo que todas as tarefas que as mulheres podiam executar - mesmo que fossem difíceis ou complexas - eram classificadas como não qualificadas, simplesmente porque mulheres podiam cumpri-las. [...] Por isso, sob o Segundo Império, os trabalhadores parisienses se opunham à contratação de mulheres, porque sabiam que isso levaria à reclassificação de seu trabalho como não qualificado e sujeito a uma remuneração menor.

Atualmente, o estudo da divisão sexual do trabalho assume novas vertentes, algumas tentam analisar a ideia de complementaridade ou de conciliação entre os gêneros. Assim,

A divisão sexual do trabalho pode ser investigada com base na ideia de complementaridade entre os sexos, ou na ideia de uma conciliação dos papéis. Para Hirata a divisão sexual do trabalho pode tomar quatro formas: i) a forma de um modelo tradicional (mulheres cuidadoras e homens provedores); ii) a forma de um modelo de conciliação (as mulheres conciliam a vida profissional com a vida familiar); iii) modelo de parceria (mulheres e homens compartilham tarefas domésticas e cuidados da família); e iv) a forma de um modelo da delegação (mulheres delegam a outras mulheres suas atividades domésticas, o que ameniza a contradição e a tensão na vida do casal). (SOUSA; GUEDES, 2016).

Pode-se dizer que, no Brasil, é possível se encontrar os quatro tipos de modelos, porém, atualmente, ocorre, de forma genérica, a passagem do modelo tradicional para o modelo de conciliação (SOUSA; GUEDES, 2016), em que as mulheres tentam conciliar a vida profissional com a familiar.

Entretanto, esta “conciliação” se dá com o sacrifício de horas de convívio familiar ou de bem-estar e ainda enfrenta grandes tensões na escolha do tipo de atividade e no seu exercício, além de prestar contas socialmente

pelo fato de não desempenharem o trabalho doméstico, conforme a visão tradicional do patriarcado.

Neste sentido,

Para as mulheres, seus efeitos são ainda mais intensos, já que elas seguem sendo as principais responsáveis pelo trabalho doméstico e de cuidados nas famílias. Entre elas, como mencionamos, a articulação entre as esferas produtiva e reprodutiva não é vivida de forma harmoniosa. Ao contrário, ela é marcada por fortes tensões e por conflitos. A maior participação feminina no mercado de trabalho não é acompanhada de melhor repartição do trabalho doméstico e de cuidados no interior das famílias, e o Estado se mantém, em grande medida, omissivo, recaindo sobre as mulheres a necessidade de compatibilizar ambas as atividades. Diante da flexibilização, novos desafios se colocam a elas. (FREITAS, 2016, p. 295).

Embora a mulher tente conciliar o trabalho doméstico (reprodutivo) com o trabalho produtivo, em muitos casos, na verdade é uma acumulação de ambos trabalhos, pois dificilmente a mulher encontra um modelo de parceria e de divisão equânime do trabalho doméstico com o parceiro masculino.

A mulher também não encontra apoio do Estado, através de políticas públicas e de Estado definidas em prol da valorização da mulher, para que o trabalho feminino possa se desenvolver de forma livre e isonômica.

Isto porque

No Brasil não existem instituições públicas para atender todas as crianças desde a tenra idade, nem educação em tempo integral para todas as faixas etárias. Há ainda menos serviços públicos que atendam a demanda de cuidados e atenção exigida pela população idosa e deficiente, o que penaliza as mulheres que decidem pela inserção no mercado de trabalho com jornadas remuneradas menores, empregos mal remunerados, e com excessiva carga de trabalho quando somado o trabalho reprodutivo ao trabalho produtivo. (SOUSA; GUEDES, 2016).

O chamado Estado de Bem-estar social, no Brasil, desenhado pela Constituição de 1988, ao almejar a construção de uma sociedade justa e igualitária, sem qualquer discriminação de gênero, assume a função de moldar uma política igualitária, pautada na valorização do trabalho feminino, ou seja, necessita de políticas públicas que busquem compartilhar

o trabalho reprodutivo exercido exclusivamente pela mulher em detrimento de seu trabalho social produtivo.

Contudo,

O Estado de bem-estar social se organizou com base num arranjo familiar que conta com o trabalho feminino para suprir as lacunas dos serviços públicos e as políticas sociais, que, neste cenário, acabam sendo calcadas em grande medida num modelo tradicional de família e, com isso, em tradicionais convenções de gênero. (FONTOURA et al, 2010, p. 12).

O fim da discriminação do trabalho feminino por ter causa estrutural no capitalismo, passa, necessariamente, pelo enfrentamento das condições estruturais de produção e reprodução do capital e suas correlações inerentes como o trabalho de procriar e criar filhos.

A luta por melhores condições de trabalho ou inclusão no mercado de trabalho, apesar de importante, se desacompanhada da compreensão exploratória do trabalho assalariado no capitalismo, apenas representará formas aparentes de inclusão, como, por exemplo, a adoção do uso da tecnologia - por exemplo, eletrodomésticos - para diminuir o desgaste do trabalho doméstico, o qual continua circunscrito às mulheres (HIRATA, 2003, p. 16).

De acordo com Juliet Mitchell

[...] a libertação das mulheres só pode ser conseguida se todas as quatro estruturas [produção, reprodução, sexualidade e infância] em que elas estão integradas forem transformadas. Uma modificação de qualquer uma delas pode ser anulada pelo reforçamento de outra, de tal forma que apenas uma mera permutação da forma venha a ser conseguida. (MITCHELL, 2006, p. 30).

Desta forma, impossível combater a discriminação do trabalho feminino sem alterar a estrutura capitalista de exploração e acumulação e sem remodelar as relações sociais decorrentes desta matriz capitalista individualista e machista.

No atual quadro, as obrigações domésticas limitam o desenvolvimento profissional das mulheres, implicando carreiras descontínuas, salários mais baixos e empregos de menor qualidade, pautados em justificativas ideológicas e falsamente biológica para a divisão sexual do trabalho, que buscam a naturalização da desigualdade, empurrando para a esfera biológica as construções sociais e históricas determinadas por interesses egoísticos de pequenos e poderosos grupos.

Conforme visto, a divisão sexual do trabalho no capitalismo relega um rol de tarefas rotulados como “trabalho de mulheres” que se inserem na esfera do trabalho doméstico e reprodutivo não remunerado e dependente do salário masculino, o que além de aumentar a exploração do trabalho do homem, coloca a mulher duplamente numa condição de exploração.

Para ilustrar a gravidade e a violência da precarização do trabalho feminino,

As consequências da precarização também são muito contrastadas entre mulheres e homens. Para dar um exemplo de tipo anedótico, mas que revela a especificidade da precarização, segundo se trata de mulher ou homem: as japonesas “sem teto” (*homeless*, em inglês) que apresentaram sua situação em 8 de março de 2009, em um colóquio em Tóquio, disseram que eram chutadas pelos homens que as viam deitadas sob caixas de papelão no parque de Ueno, e muitos paravam para perguntar por que elas não se prostituíam, em vez de dormirem no parque. Os homens “sem teto” não são chutados, nem exortados a irem se prostituir. Não se trata aqui apenas de um “handicap” econômico, mas também de vulnerabilidade social e mesmo sexual, no caso das mulheres “sem teto”. (HIRATA, 2010, p. 3-4).

As tarefas femininas de “servir” ao homem reforçam a ideia de dominação do patriarcado e colocam as mulheres no papel de servilismo, o que aliado a sua situação de miséria, as empurram para situação de total invisibilidade e vulnerabilidade.

Ou seja, as mulheres sofrem uma dupla exploração: econômica e sociocultural. Neste sentido,

A opressão da mulher constitui, portanto, inegavelmente, um dos pilares de sustentação da sociedade burguesa, o que, todavia, não significa que sua condição de opressão possa ser efetivamente compreendida fora do marco de classe. Embora mulheres oriundas de diferentes classes possam sofrer os efeitos do *status* inferior atribuído ao sexo feminino, sua própria posição subalterna está associada à divisão sexual do trabalho estruturada na sociedade (ANDRADE, 2015, p. 291).

No capitalismo apenas o trabalho produtivo é valorizado porque ele produz mais valia, por isto o tempo aplicado no trabalho reprodutivo não é valorizado (BARBOSA, 2003, p. 06). Destarte, o enfrentamento da discriminação do trabalho feminino exige uma completa alteração nas condições capitalistas de produção e reprodução do trabalho social, bem

como uma atuação direta do Estado através de políticas que busquem a igualdade de gênero e uma readequação das relações sociais.

Neste sentido,

A ruptura com as desigualdades de gênero passa pela necessidade de repensar e reorganizar a divisão do trabalho doméstico e de cuidados. Ao ser assumido e partilhado por homens e mulheres, e o Estado, uma nova reorganização dessas atividades dar-se-ia no interior das famílias e na sociedade, caminhando para a adoção de práticas mais igualitárias. (FREITAS, 2016, p. 299).

O Estado assume importante papel na redistribuição do trabalho reprodutivo e na resignificação das relações sociais construídas sobre um modelo rígido de divisão sexual do trabalho, construído na origem do capitalismo e até então reproduzido para garantir a acumulação e a exploração do trabalho às custas da invisibilidade do trabalho das mulheres.

CONCLUSÃO

De acordo com Karl Marx, a origem da divisão social do trabalho remonta ao processo de produção de mercadorias, em que o trabalho é dividido socialmente, segundo critérios de gênero, espécie etc., para a organização e funcionamento do capitalismo.

Ao lado desta divisão social do trabalho, Silvia Federici estuda a divisão do trabalho feminino, conceituando a divisão sexual do trabalho como uma relação de poder e uma divisão na força de trabalho com a finalidade de impulsionar a acumulação capitalista.

De igual modo, encontram-se na base do capitalismo a divisão social e sexual do trabalho, que no processo histórico de acumulação primitiva exerceram importante papel para o desenvolvimento do capitalismo ao mesmo tempo em que as mulheres foram circunscritas a papéis fora da esfera produtiva de mercadorias.

Assim, com a passagem da economia de subsistência para a economia monetária, na gênese do capitalismo, as mulheres passaram a exercer trabalho doméstico, não valorizado, por não oferecer diretamente mercadorias para a circulação e geração de dinheiro e valor.

Mas também foram exploradas com o advento da maquinaria, permitindo a substituição do salário familiar pelo salário individual e a ampliação da jornada de trabalho, além da inclusão das crianças na exploração do trabalho. Posteriormente, o trabalho feminino passa a ser

ressignificado, a partir de características, supostamente, biológicas e restrito ao âmbito doméstico ou a tarefas de menor complexidade.

Esta variação demonstra o caráter artificial e extremamente plástico da divisão sexual do trabalho, que é determinada por fatores econômicos, históricos e sociais, podendo assumir diferentes formas a partir do contexto e da região.

O trabalho feminino passou a ser visto como o trabalho reprodutivo, exercido no âmbito doméstico, e não remunerado. Assim, as mulheres passaram a depender do salário dos homens e estes, por sua vez, são explorados pela diminuição do seu fundo de consumo, ou seja, o próprio proletário arca com os gastos necessários para o exercício de seu trabalho e de sua sobrevivência e de sua esposa e filhos.

Assim, medidas para combater a discriminação do trabalho feminino devem conhecer a origem do problema para que não sejam adotadas apenas medidas paliativas sobre os sintomas, enquanto a causa permanece viva e forte. A causa da discriminação está no sistema econômico capitalista que relega a mulher um papel na esfera reprodutiva, sem remuneração, colocando na conta do trabalhador gastos que deveriam ser arcados por toda sociedade e não apenas pelas mulheres.

Por esta razão, mister se faz a adoção de políticas públicas de Estado e de governo que busquem a valorização do trabalho feminino e a redefinição dos papéis e das relações sociais de reprodução, criação e educação de filhos e maternidade.

O Estado de Bem-estar social, até então, tem se aproveitado da naturalização das diferenças de gênero e da exploração do trabalho feminino, como forma de não cumprir seu papel constitucional de construir uma sociedade livre, justa e igualitária sem discriminação de gênero.

Assim, o Estado de Bem-estar social não oferece creches e escolas suficientes, impõe jornada exaustiva aos trabalhadores, inviabilizando a conciliação de trabalho reprodutivo e produtivo por parte das mulheres, o que prejudica o estabelecimento de parcerias com os homens na divisão do trabalho doméstico.

Também não há leis e políticas educacionais para formação de novos valores e cultura de respeito às mulheres e ao exercício de seus direitos constitucionalmente assegurados e ratificados pelo Brasil em tratados internacionais de direitos humanos.

O combate à discriminação do trabalho feminino exige, necessariamente, uma reestruturação da esfera capitalista de produção,

acompanhado de políticas públicas destinadas à implantação de um sistema que permita homens e mulheres compartilharem seus afazeres domésticos, participarem ativamente da criação dos filhos e viverem em condições humanamente dignas, sem perder de horizonte que a raiz da exploração do trabalho feminino e masculino está na estrutura capitalista.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. E. O feminismo marxista e a demanda pela socialização do trabalho doméstico e do cuidado com as crianças. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 18, p. 265-300, set./dez. 2015.

BARBOSA, L. C. Desvalorização e invisibilidade do trabalho doméstico: reflexões iniciais. **III Seminário Nacional Gênero e Práticas Culturais: olhares diversos sobre as diferenças**. João Pessoa. Universidade Federal da Paraíba, out. 2011. Disponível em: <http://www.itaporanga.net/genero/3/05/06.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2017.

CARLOTO, C. M. Gênero, Reestruturação Produtiva e Trabalho Feminino. **Serviço Social em Revista**, Londrina, v. 4, n. 2, jan./jun. 2002. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v4n2_carlotto.htm. Acesso em: 19 jan. 2017.

FEDERICI, S. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. [S.l.]: [s.n.], 2014.

FONTOURA, N. et al. Pesquisas de uso do tempo no Brasil: contribuições para a formulação de políticas de conciliação entre trabalho, família e vida pessoal. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 11-46, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistaeconomica.uff.br/index.php/revistaeconomica/article/view/10/0>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FREITAS, T. V. **A quem serve a disponibilidade das mulheres?** Relações entre gênero, trabalho e família. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas) - UNICAMP, Campinas, 2016. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/305076/1/Freitas_TaisViudesde_D.pdf. Acesso em: 19 jan. 2017.

HARVEY, D. **Para entender O Capital**: livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

HARVEY, D. **17 contradições e o fim do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2016.

HIRATA, H. S. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Revista Tecnologia e Sociedade**, Curitiba, v. 6, n. 11, 2010. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/2557>. Acesso em: 19 jan. 2017.

HIRATA, H. S. Por quem os sinos dobram? Globalização e divisão sexual do trabalho. In: EMÍLIO, M.; TEIXEIRA, M.; NOBRE, M.; GODINHO, T. G. (org.). **Trabalho e Cidadania Ativa para as Mulheres: Desafios para as Políticas Públicas**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2003.

KERGOAT, D. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: EMÍLIO, M.; TEIXEIRA, M.; NOBRE, M.; GODINHO, T. G. (org.). **Trabalho e Cidadania Ativa para as Mulheres: Desafios para as Políticas Públicas**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2003.

MARX, K. **O Capital: crítica da economia política**. v. 1. São Paulo: Boitempo, 2013.

MITCHELL, J. Mulheres: a revolução mais longa. **Revista Gênero**, Niterói, v. 7, n. 1, p. 203-232, 2006. Disponível em: <http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/352>. Acesso em: 19 jan. 2017.

NOGUEIRA, C. M. As relações sociais de gênero no trabalho e na reprodução. **Revista Aurora**, Marília, v. 3, n. 2, p. 59-62, ago. 2010.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS MULHERES. **O que é Divisão Sexual do Trabalho e como ela incide nas relações de trabalho?** Brasília, 24 fev. 2016. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/arquivos-diversos/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-frequentes-sae/o-que-e-divisao-sexual-do-trabalho-e-como-ela-incide-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 2 jan. 2017.

SOUSA, L. P.; GUEDES, D. R. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 30, n. 87, maio/ago. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200123. Acesso em: 19 jan. 2017.

A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E SUA EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PROFESSIONAL REHABILITATION AND ITS EFFECTIVENESS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Ney Maranhão*

Vanessa Rocha Ferreira**

Frederico Silva Jackson Costa***

SUMÁRIO: Introdução. 1 O direito fundamental à previdência social. 2 A incapacidade laborativa. 3 Relevância e efetividade da reabilitação profissional. Conclusão. Referências.

RESUMO: A reabilitação profissional, enquanto política pública, visa a assegurar ao trabalhador incapacitado condições dignas de reinserção ao trabalho. Constitui-se em tema complexo sob diversos ângulos, entre os quais o jurídico, adotado no presente estudo, na busca da sua jusfundamentalidade e questionamento de sua efetividade. Pretende-se demonstrar que a reabilitação é um direito fundamental do trabalhador, que a avaliação de sua incapacidade laborativa deveria ser biopsicossocial para contemplar todas as suas variáveis, além de questionar sua efetividade por falta de articulação com outros serviços públicos. O estudo é de natureza exploratória com uso do método dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e com interpretação dos últimos dados estatísticos oficiais. Observou-se a inadequação do modelo atual do serviço previdenciário para a garantia de uma reabilitação integral e efetiva do trabalhador ao mercado de trabalho, fundamentada tanto na revisão da literatura quanto nos dados estatísticos analisados. A não efetividade da reabilitação profissional é atribuída a vários fatores, tais como o viés economicista adotado pela previdência, a incompletude do modelo de incapacidade, o desmonte das equipes multiprofissionais, falta de articulações entre as políticas públicas e ausência de pesquisa de fixação. Concluiu-se pela percepção de que a reabilitação profissional é parte do direito fundamental à previdência social, de

* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo, com estágio de Doutorado-Sanduiche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma/La Sapienza (Itália). Professor Coordenador do Grupo de Pesquisa Contemporaneidade e Trabalho - GPCONTRAB (UFPA/CNPQ). Professor convidado em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (Cadeira nº 30). Juiz do Trabalho (TRT da 8ª Região/PA-AP).

** Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Líder do Grupo de Pesquisa: Trabalho Decente do CESUPA, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA).

*** Analista do Seguro Social (INSS). Psicólogo, graduado pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Pós-graduado em Psicologia Hospitalar (HC/USP). Graduando em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA).

Artigo recebido em 30/10/2019 e aceito em 17/11/2019.

Como citar: MARANHÃO, Ney; FERREIRA, Vanessa Rocha; COSTA, Frederico Silva Jackson. A reabilitação profissional e sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 155-186. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

extrema relevância para o trabalhador incapacitado, cuja efetividade será possível pela convergência de políticas públicas, respeitados os princípios constitucionais e previdenciários.

Palavras-chave: Previdência Social. Incapacidade Laborativa. Reabilitação Profissional. Trabalho Digno.

ABSTRACT: *The theme of professional rehabilitation is complex and can be approached from several angles, in this study the focus will be legal in the pursuit of its fundamental importance and in the analysis of its effectiveness as public policy in charge of assuring the disabled worker conditions worthy of work. The study intends to demonstrate that rehabilitation is a worker fundamental right, that the evaluation of the incapacity labor must be biopsychosocial to cover all its variables and that its effectiveness is compromised by the lack of articulation with other public services. This is an exploratory study, using the deductive method with the application of bibliographical research, documentary and analysis of the latest official statistical data. Both in the literature and in the statistical data the inadequacy of the current model of social security service was evidenced in order to guarantee an integral and effective rehabilitation that assures the insured a decent return to the labor market. Several factors were identified as negatives for their effectiveness, the economic bias adopted by social security, the incompleteness of the disability model, the dismantling of multiprofessional teams, the lack of articulation between public policies and the absence of fixation research. The study demonstrates that professional rehabilitation is part of the fundamental right to Social Security, which is extremely relevant to the disabled worker, who is effectively compromised by disrespect to constitutional and social security principles, and that its full effectiveness will only be achieved with convergence of public policies.*

Keywords: Social Security. Work Incapacity. Professional Rehabilitation. Decent Work.

INTRODUÇÃO

A Reabilitação Profissional (RP) é um serviço previdenciário oferecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com implicações sociais de grande relevância jurídica, notadamente na seara previdenciária e trabalhista. É parte do direito fundamental à Previdência Social e um direito constitucional indispensável para solucionar a questão da incapacidade laborativa no Brasil.

Além do frio cumprimento dos normativos, devem ser respeitados princípios constitucionais e previdenciários para garantir ao segurado condições efetivas de acesso a um trabalho digno. O desrespeito a alguns desses princípios com o comprometimento da efetividade da RP foi o motivo que levou ao problema deste estudo.

São vários os entraves enfrentados por aqueles que se encontram incapacitados para o retorno ao trabalho, desde o não reconhecimento de todas as suas limitações pelo órgão previdenciário, passando pela falta de integração entre políticas públicas voltadas à saúde do trabalhador, até a não aceitação dos empregadores de que o trabalhador reabilitado tem condições de ser produtivo.

Apesar da RP já ter passado por momentos de grande reconhecimento institucional e social, na atualidade vem sofrendo com a desconstrução e com a desvalorização, que se reflete na insuficiência de servidores, na piora das suas condições de trabalho, na falta de reconhecimento e na ausência de capacitação para as equipes, prejudicando a sua efetividade enquanto política pública.

Objetiva-se comprovar que a RP é um desdobramento do direito fundamental à previdência social, devendo garantir o sustento do trabalhador incapacitado - enquanto não readquire sua capacidade laborativa - e os meios para sua reabilitação profissional efetiva, dotando-o de condições de retorno a um trabalho digno no qual possa sentir-se novamente produtivo e valorizado.

A análise do problema posto neste trabalho permite dimensionar tanto a relevância social quanto jurídica da RP, visto que engendrará para o campo do direito constitucional ao defender a concepção do direito fundamental à previdência social, para o campo do direito previdenciário ao analisar o direito à percepção da prestação pecuniária e da disponibilização do serviço de RP, e, transversalmente, alcançará uma análise dos métodos de avaliação da incapacidade laboral adotados pelo INSS e discutirá os últimos dados estatísticos relativos à RP no Brasil e na Gerência de Belém.

O estudo tem natureza exploratória, utiliza o método dedutivo, ao aplicar conceitos gerais da ciência jurídica para explicar fatos singulares de uma política pública previdenciária, por meio de análise da legislação, da doutrina e de pesquisas científicas mais recentes, com aplicação de técnica de pesquisa bibliográfica, necessária para discussão da temática, e documental, para obtenção dos últimos dados estatísticos disponíveis relativos à Reabilitação Profissional do INSS.

Na primeira parte do texto, denominada “do direito fundamental à previdência social”, relata-se brevemente a construção jurídica que embasa a importância da RP ao discorrer sobre a concepção dos direitos sociais, a abrangência da seguridade social, com destaque para a o direito à previdência social, apresentado os princípios que o sustentam. Ao final apresenta-se a RP como parte do direito social fundamental à previdência social e questiona-se o lócus da sua atuação, de maneira a melhor assegurar os princípios constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana.

A segunda parte, intitulada de “a incapacidade laborativa” apresenta o conceito de incapacidade trabalhado pela doutrina e o adotado pela perícia médica. Relata-se brevemente as idas e vindas do conceito de incapacidade adotado pelo INSS na concessão dos benefícios

por incapacidade e seus reflexos no encaminhamento à RP. Por fim, apresentam-se repercussões jurídicas do conceito de incapacidade e discute-se a melhor conceituação para a RP.

Na terceira parte, que versa sobre a “relevância e efetividade da reabilitação profissional”, é apresentada de forma mais detalhada a RP de acordo com a previsão normativa. São analisados os últimos dados estatísticos oficiais disponíveis do serviço no âmbito nacional, relativos ao ano de 2017, e são apresentados, de forma mais pormenorizada, os dados relativos ao ano de 2018 obtidos junto à Gerência Executiva de Belém. A análise dos dados estatísticos subsidiou a discussão concernente à efetividade da RP.

Desta forma, torna-se possível a apresentação, à comunidade acadêmica e aos profissionais que atuam na área, de um estudo inédito no âmbito local sobre a RP enquanto política pública da maior relevância para o trabalhador com incapacidade, de maneira a estimular novas e mais aprofundadas pesquisas sobre o tema, considerando os princípios constitucionais que a sustentam enquanto direito fundamental que representa.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

O tema da previdência social é instigante e encontra-se hoje em voga na mídia, principalmente relacionado a questões econômicas, seu suposto déficit e a necessidade de reforma urgente. Porém, já vem sendo debatido no meio acadêmico há várias décadas em decorrência da sua relevância e dos impactos das alterações, seja no sentido de ampliação do acesso a direitos, seja no sentido oposto, de maior rigor e restrições na concessão dos benefícios sob o argumento de redução dos gastos previdenciários.

Apesar de vários aspectos da previdência social terem relevância jurídica, o presente estudo se volta para a análise de sua importância enquanto direito fundamental, construído historicamente na sociedade ocidental e assegurada pela Constituição Federal de 1988, com o recorte da relevância e efetividade da Reabilitação Profissional.

Conforme leciona Nogueira (2009), a classificação dos direitos fundamentais abrange dois grandes grupos: aqueles oriundos do Estado Liberal, conhecidos como direitos de defesa, em que se buscava um freio para o Estado e a defesa frente à sua interferência, e a de outros particulares; e os direitos prestacionais, advindos com o Estado Social, na busca da justiça social e redução das desigualdades.

Os direitos sociais pertencem ao segundo grupo. São direitos humanos de segunda dimensão, caracterizados como “liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real” (BULOS, 2015, p. 809). Dentre eles, de relevância para este estudo, está a previdência social, que tem a finalidade de mitigar as desigualdades sociais agravadas pelo regime de produção capitalista. Sua eficácia tem guarida constitucional no art. 5º, § 1º, da CRFB/88, que garante a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, dos quais faz parte a previdência social.

Segundo Morais (2013, p. 74) o “Constitucionalismo de 1988 é um misto de conflito entre o constitucionalismo neoliberal e os direitos sociais fundamentais”, pois estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil, ao mesmo tempo, tanto a livre iniciativa como os valores sociais do trabalho.

Esse aparente paradoxo existente na Constituição Federal, a opor valores do liberalismo com direitos sociais, deveria se resolver com a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, submetendo a ordem econômica aos ditames da justiça e do bem-estar sociais. Em realidade, por conta da globalização capitalista hegemônica há uma desconstrução do princípio do solidarismo social, ensejando perda da proteção social previdenciária (MORAIS, 2013).

No entanto, os direitos sociais são direitos humanos e tornam-se jusfundamentais ao serem consagrados na Carta Magna e no momento que a dignidade da pessoa humana alcança o centro do ordenamento jurídico, passando o Estado à condição de sujeito passivo e devedor de prestações positivas. Não há como garantir um mínimo existencial, do qual depende a dignidade humana, sem a atuação concreta do Estado na seara protetiva (IBRAHIM, 2010).

O Estado não pode se omitir frente aos problemas sociais, notadamente as desigualdades sociais acentuadas pela redução na capacidade laborativa, oriundas das conjunturas econômica e social características do capitalismo. Ao Estado incumbe assegurar condições materiais mínimas ao cidadão e buscar continuamente a redução das desigualdades sociais, tutelando a dignidade da pessoa humana (PAULA, 2018).

Topograficamente, os direitos prestacionais, dentre eles o direito à previdência social, estão situados no Título II da Constituição Federal/88, o que segundo Nogueira (2009) acarreta duas importantes consequências: em primeiro, sua auto aplicabilidade, conforme já exposto; em segundo, a

sua caracterização como cláusula pétrea, o que veda qualquer apreciação ou deliberação no sentido de abolir a proteção previdenciária.

Nasce a ideia de solidariedade social entre gerações, no contexto do Estado providência, no século XIX, princípio adotado pela seguridade social a partir do modelos beveringiano (na Inglaterra) e bismarckiano (na Alemanha), visando a enfrentar as desigualdades inerentes à sociedade, provendo os meios necessários aos que passem por situações de necessidade (MORAIS, 2013).

Dentre as privações e adversidades que a seguridade social objetiva amparar, estão aquelas decorrentes da perda ou redução, mesmo que temporária, das condições de prover sua subsistência. Para os infortúnios que podem atingir o trabalhador, sua proteção é assegurada pelo braço do Estado chamado de Previdência Social. “Eis a razão pela qual se dá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal”. (CASTRO e LAZZARI, 2018, p. 58). Leite (2002) é outro que ressalta a caracterização da previdência enquanto seguro social, devido ao seu caráter contributivo expressamente previsto na Constituição Federal.

De acordo com Ibrahim (2010), foram as lutas sociais por melhores condições de trabalho que deram origem à previdência social, sendo que cada país adota um determinado modelo de sistema protetivo, indo da garantia da sobrevivência, mínimo existencial em respeito à dignidade humana, até a substituição plena da remuneração do trabalhador desafortunado.

Para Bulos (2015, p. 576), a “previdência social é a instituição encarregada de prover as vicissitudes do trabalhador e de sua família, em casos de doença, invalidez, morte, idade avançada, gravidez e desemprego involuntário”. Desta forma, a previdência social é a parte da seguridade social a quem cabe o oferecimento de programas, benefícios e serviços voltados a amparar o trabalhador e sua família. Considerando as vicissitudes que ampara, o bem jurídico tutelado por ela é a capacidade laborativa (PAULA, 2018). Visa à proteção social ante os riscos laborais que podem levar à “indigência social do trabalhador” (MORAIS, 2013, p. 118).

Na seara previdenciária, de característica contributiva, são os “riscos sociais clássicos” (morte, invalidez, doença, idade avançada, desemprego involuntário) que, ao interferirem na capacidade produtiva, darão direito à substituição do salário ou da remuneração (SERAU JÚNIOR, 2011). Nesse sentido, devem ser consideradas as prestações devidas pela Previdência Social ao segurado incapacitado para o trabalho, seja ao lhe garantir a renda enquanto incapacitado (*prestação-benefício*), seja dotando-o dos

meios necessários para o retorno com dignidade ao mercado de trabalho (*prestação-serviço*).

A finalidade última da Previdência Social é a proteção da dignidade da pessoa humana, assegurando condições mínimas de vida digna. Para o alcance desse desiderato, é necessário que a sociedade (representada pelos trabalhadores, empregadores e outras fontes de custeio) contribua para um fundo comum, daí o princípio previdenciário da solidariedade social, que dá sustentação ao sistema, por meio da cotização coletiva, de maneira a garantir os recursos necessários para sua sustentabilidade.

Como se vê, o resguardo do princípio da dignidade humana pressupõe a aceitação dos encargos dele decorrentes. Não há como se falar em garantia de vida digna sem os meios assegurados pela solidariedade social. O amparo aos infortunados depende da colaboração de todo o corpo social para garantir um padrão mínimo de vida àqueles que necessitem, independente do grau de sua colaboração prévia ao sistema.

A propósito, convalidando o que aqui se expõe, dentre os princípios gerais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, relevante ressaltar os seguintes: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não-discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade. Constam dela ainda dois artigos relevantes para a nossa temática: versam sobre habilitação e reabilitação (art. 26) e sobre trabalho e emprego (art. 27). O Brasil ratificou tal Convenção, conforme art. 5º § 3º da CF, equivalendo à emenda constitucional.

Doutrinariamente, são destacados três princípios gerais de Direito Previdenciário que, como tal, fazem interface direta com o tema deste estudo. São eles o da solidariedade (inter e intrageracional), o da proteção ao hipossuficiente e o da vedação ao retrocesso.

Conforme já assinalado anteriormente, o principal deles, do qual todo o sistema de Previdência Social depende, é o da solidariedade, sem o qual não haveria obrigações contributivas dos atores que orbitam o sistema e nem seriam assegurados os meios necessários para o atendimento ao próximo princípio, atinente ao amparo dos necessitados nos casos dos riscos sociais previstos. Fundamenta-se no sentimento natural do homem em prestar auxílio ao necessitado (ROCHA, 2004).

No que tange ao princípio da proteção ao hipossuficiente, este é, sem dúvida, o principal objetivo direto da Previdência Social, pois sem a

necessidade de superar os infortúnios sociais e mitigar as desigualdades sociais inerentes ao modelo econômico hegemônico, não há que se falar em proteção social. “Cabe à Previdência Social também a incumbência da redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante uma política de redistribuição de renda” (CASTRO e LAZZARI, 2018, p. 56).

Já o princípio da vedação ao retrocesso social deve garantir a segurança jurídica do sistema e assegurar os direitos sociais e, por consequência, os previdenciários, contra investidas do Estado e do neoliberalismo na busca desenfreada de redução dos gastos sociais em prol dos investimentos privados. A análise desse princípio permite refletir criticamente sobre as alterações mais radicais levadas a cabo na RP nos últimos anos.

Ambos os princípios trazidos à lume são importantes para qualquer reflexão jurídica atinente ao tema da RP, uma vez que devem nortear o ordenamento jurídico e fundamentar a própria existência do serviço. Afinal, como garantir o suporte necessário à pessoa incapacitada sem o princípio da solidariedade? Para que serviria um serviço de RP se não houvessem desigualdades sociais que levam à hipossuficiência? Como resguardar a continuidade de políticas públicas voltadas para a busca da igualdade material se a qualquer momento os direitos até então conquistados pudessem ser suprimidos sob o argumento de redução de gastos públicos?

Entende-se que a finalidade de elevação dos direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais é justamente o de exigir do Estado uma atuação na busca de maior igualdade material, de forma a assegurar condições dignas de sobrevivência humana - e não o contrário.

Importante referir que há outro princípio, mais relevante e subjacente aos previdenciários elencados acima, que é o princípio constitucional da igualdade. Nesse tema, Rui Barbosa nos oferece lição valiosa, em texto intitulado “Oração aos moços”:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (...) Mas se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua

energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho. (BARBOSA, 1997, p. 26).

A busca da igualdade material, no sentido ora apresentado, constitui o propósito primário da RP. “Como desdobramento do princípio constitucional da igualdade, configura-se o direito à reabilitação profissional como direito à uma integração não-discriminada no mercado laboral”, conforme leciona Vargas (2016, p. 124). Para tanto, necessário se faz que o Estado assuma seu papel de condutor de políticas públicas integradas que visem à redução dos obstáculos enfrentados pelos trabalhadores incapacitados, compensando as desvantagens enfrentadas na busca da reinserção laboral.

Para este fim, como se proclama em texto de Norberto Bobbio (1996, p. 3 *apud* CASTRO e LAZZARI, 2018, p. 56) “uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”. Resulta imperativo, pois, que o próprio Estado faça discriminações, no sentido de privilegiar os menos favorecidos.

Bulos (2015) ressalta que cabe a todos os segmentos da sociedade a cobrança pelo respeito dos preceitos constitucionais, sendo essa a postura esperada dos profissionais atuantes no campo previdenciário frente ao enfraquecimento na prática das políticas públicas voltadas para a previdência social, notadamente a RP.

A RP é um direito subjetivo, cuja titularidade recai sobre o segurado incapacitado parcial e definitivamente para o trabalho de origem, mas que apresente potencial laborativo para um novo ofício. Tal direito, assegurado a beneficiários (segurados e dependentes) do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), está previsto como um serviço, nos termos do art. 18, III, “c”, da Lei nº 8.213/91, e regulamentado nos arts. 136 e seguintes do Decreto nº 3.048/99.

Interessante ressaltar que, no caso da reabilitação profissional, notadamente na busca da sua efetividade, a dimensão dúplici da dignidade humana, descrita por Sarlet (2011), tem que se fazer presente, pois é necessário não só que o segurado possa se autodeterminar no que tange à escolha do seu futuro profissional, como é imperativo que o Estado e a comunidade (principalmente os empregadores) garantam a assistência e a proteção aos direitos desse cidadão fragilizado pela incapacidade laborativa.

Ao mesmo tempo que é importante que a RP esteja vinculada à previdência social, na medida em que capaz de garantir condições financeiras mínimas por meio do benefício pecuniário, surgem também dúvidas se este seria o melhor local para inserção desta política. Um dos questionamentos seria exatamente se o lócus adequado para RP seria vinculado a uma “seguradora” (INSS), o que poderia soar contraditório, haja vista que o papel de uma seguradora “vai na contramão das necessidades dos trabalhadores em situação de agravo à sua saúde” (PEREIRA, 2013). Mantê-la nessa condição restringe sua relevância ao interesse do Erário Público, desprezando o papel de redutor de desigualdades sociais.

Nesse sentido, a reabilitação profissional deveria ser considerada no âmbito da seguridade social como um todo e não apenas de parte dela (Previdência Social), pois em verdade depende do tripé da saúde, previdência social e assistência social, visto que políticas e programas de inclusão de pessoas com incapacidade no mercado de trabalho devem ser elaborados conjuntamente por estas áreas e não apenas pelo viés economicista da Previdência Social.

Com efeito, segundo Vargas (2016, p. 19), em tese, “a melhor política pública indicaria a necessidade de uma articulação de várias instituições públicas, encarregadas da saúde, da assistência social, do seguro social e do trabalho”.

Há também críticas à preocupação contábil do INSS ao considerar apenas os números de reabilitados, “sem qualquer consideração sobre a qualidade desses programas e sobre as necessidades dos trabalhadores” (MAENO e VILELA, 2010, p. 90).

Ao fim e ao cabo, pode-se considerar um direito fundamental à Reabilitação Profissional, como desdobramento dos direitos sociais fundamentais à previdência social e ao trabalho. A RP, ao não assegurar condições dignas de reinserção laboral e social ao reabilitado, estaria descumprindo, assim, a ambos os preceitos constitucionais.

2 A INCAPACIDADE LABORATIVA

A legislação brasileira estabelece que cabe à Previdência Social assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis para sua manutenção, também define que cabe à perícia médica a avaliação do segurado para comprovar sua incapacidade para o trabalho a fim de lhe conceder o benefício devido. No entanto, os critérios para determinação

da incapacidade laborativa são distintos na legislação, nos manuais de procedimento do INSS e na doutrina, quando, em realidade, deveriam ser os mais objetivos possível para salvaguardar os direitos dos segurados e subsidiar as avaliações nas esferas administrativa e judicial.

Apesar de, como já mencionado alhures, a legislação previdenciária não apresentar uma definição do que seria incapacidade laborativa para efeitos de encaminhamento à RP, na opinião de Oliveira (2013) tal opção do legislador seria positiva, pois não deveria extrapolar sua competência e, sim, deixar a cargo da área de saúde do trabalhador tratar de matéria eminentemente técnica, definindo os critérios para conceituação da incapacidade laborativa. Afinal, como tem destacado a doutrina:

A questão da incapacidade laborativa é das mais importantes no âmbito do Direito Previdenciário, já que a prestação a ser concedida pelo órgão ancilar é de extrema necessidade para o indivíduo. Trata-se de medida de salvaguarda da subsistência humana, pois, sem capacidade para trabalhar, o ser humano perde a possibilidade de auferir renda, para prover a si e a seus dependentes (CASTRO, 2011, p. 57).

No entanto, a área competente decidiu revogar o manual em que havia fundamentação teórica para tal, optando por publicar um roteiro de procedimentos no qual o critério de análise voltou a ser apenas médico.

O fato é que somente por meio da avaliação da incapacidade para o trabalho e sua adequada classificação que a Previdência Social se tem condições de identificar a necessidade ou não da concessão de benefício e qual o tipo adequado, se auxílio-doença previdenciário, auxílio-doença acidentário, auxílio-acidente ou mesmo aposentadoria por invalidez.

O trabalhador que é acometido de algum agravo à sua saúde deve buscar a Previdência Social em busca da proteção previdenciária devida pelo infortúnio laboral. Os benefícios previdenciários por incapacidade têm caráter alimentar e visam a suprir a perda remuneratória do trabalhador enquanto permanece a incapacitado.

Quando a avaliação comprova a existência da incapacidade, limitação ou restrição para atividades de trabalho, deixando o trabalhador sem condições de garantir seu sustento, e estão presentes os requisitos de filiação e carência, deve ser concedido um dos benefícios por incapacidade citados anteriormente.

Porém, o próprio conceito de incapacidade ainda é muito discutido e não parece haver consenso entre a definição de juristas,

organismos internacionais, pesquisadores da área de saúde e o utilizado por peritos médicos no momento da avaliação para concessão dos benefícios previdenciários, uma vez que a mera avaliação da doença e suas consequências no corpo não atende ao conceito ampliado de incapacidade que, nos termos da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial de Saúde, deve considerar o quadro geral que envolve a pessoa do avaliando, aí incluídos aspectos sociais, psíquicos, econômicos e características do território onde reside e trabalha.-

Com a leitura do Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária é possível perceber que a opção atualmente adotada pela Previdência Social é a do critério eminentemente biológico, visto que considera incapacidade laborativa como:

[...] a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, função ou ocupação habitualmente exercida pelo segurado, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente (BRASIL, 2018b, p. 26).

No referido manual, são ainda apresentadas classificações que também devem ser consideradas para a incapacidade, são eles: quanto ao grau, parcial (limita o desempenho profissional) e total (impossibilita o desempenho profissional); quanto à duração, temporária (possibilidade de recuperação) e indefinida (insuscetível de recuperação com recursos terapêuticos e reabilitatórios disponíveis); e, quanto à profissão, uniprofissional (apenas uma atividade profissional), multiprofissional (várias atividades) e ominiprofissional (impossibilita toda e qualquer atividade profissional).

Vargas (2016) usa classificação semelhante, porém com quatro formas de incapacidade (uniprofissional, pauciprofissional, pluriprofissional e ominiprofissional), de acordo com as quais deverá ser definido o tipo do benefício a que faz jus o segurado. Apenas a ominiprofissional caracteriza a incapacidade total e assegura a aposentadoria por invalidez. Nas demais, a incapacidade é parcial e pode haver a indicação de RP.

Em regra, as perícias médicas realizadas pelo INSS não satisfazem seu objetivo jurídico, porquanto deveriam operacionalizar a concessão dos benefícios previdenciários e assistenciais, porém permanecem adstritas ao modelo biomédico (FLORES, 2018; PAULA, 2018; VARGAS, 2016), tornando superficial a definição do grau da incapacidade do segurado.

A utilização de um conceito de incapacidade laborativa incompleto, a considerar apenas alterações morfofisiológicas, é expediente nefasto, principalmente no âmbito previdenciário, quando deveria reconhecer direitos sociais.

Uma adequada avaliação da incapacidade laborativa realizada pelo órgão previdenciário é fundamental para garantia de direitos, tendo em vista que somente a partir da caracterização da incapacidade permanente, total ou parcial, para a atividade laboral habitual, é possível optar pelo encaminhamento à RP (BRASIL, 2018a).

Apesar de mudanças importantes para uma prática mais humanizada, trazidas pelo Manual Técnico do Serviço de Reabilitação Profissional anterior (BRASIL, 2016), como o reconhecimento da necessidade de um referencial teórico para a RP, de um efetivo trabalho multidisciplinar e da adoção de conceitos e técnicas mais modernas de avaliação de incapacidade, elas acabaram sendo descontinuadas em decorrência ainda da “supremacia” da perícia médica que impera na avaliação da incapacidade.

Deveras, o processo de RP desenvolvido atualmente pelo INSS inicia, em regra, com a avaliação médico-pericial que deve constatar a incapacidade de trabalho parcial ou total para a atividade habitual, verificar se o segurado apresenta condições mínimas para o cumprimento da RP e o encaminha para realização de matrícula no serviço de RP. Nesse contexto, a incapacidade parcial é considerada aquela que permite a reabilitação para outra atividade ou função (Brasil, 2018a).

A presença de doença ou sequela de acidente, por si só, não garante o direito subjetivo à Reabilitação Profissional, uma vez que, em tese, nem asseguraria o direito sequer aos benefícios por incapacidade. Há que se ter em conta que os agravos à saúde do beneficiário indicado para RP devem ser incapacitantes para o trabalho de origem, mas devem permitir o desempenho de outras atividades ou funções. Com a junção das duas condições, passa a surgir, então, a obrigação do INSS de prestar, ao segurado incapacitado para a função de origem, o serviço de Reabilitação Profissional.

Uma das propostas de avaliação, mais abrangente do que a atualmente adotada pelo INSS e que vinha sendo sugerida nos referenciais técnicos da área de reabilitação profissional que foram abandonados no Manual da RP em vigor, é a defendida pela Organização Mundial da Saúde: a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, que “constitui uma abordagem com múltiplas perspectivas

da classificação de funcionalidade e da incapacidade como um processo interativo e evolutivo” (OMS, 2008, p. 30).

Entende-se que alguns requisitos são obrigatórios ao se considerar a incapacidade laborativa passível de encaminhamento para reabilitação profissional: (1) o segurado ou seu dependente (no caso de pensionista inválido) deve ter sido acometido de uma doença ou sofrido acidente de qualquer natureza; (2) a doença ou o acidente tem que impedir o segurado de desempenhar sua atividade de trabalho; (3) após a consolidação das lesões e realização dos tratamentos prescritos, tem que persistir a incapacidade para a atividade profissional habitual (parcial ou total); (4) a pessoa deve ter condições psíquico-sociais mínimas de iniciar processo de reabilitação.

A importância de uma equipe multiprofissional reside principalmente na análise do último requisito supramencionado, pois ao defini-lo serão considerados fatores como o grau da incapacidade, a escolaridade, a idade, as experiências profissionais prévias, as características da função de origem, o tipo de vínculo empregatício, a motivação para aprender uma nova profissão, a localidade de residência e as perspectivas de aproveitamento pelo mercado de trabalho local. É com o olhar ampliado sobre o trabalhador que se asseguram meios para sua proteção social (FLORES, 2018).

Há que se apropriar dos conhecimentos mais avançados das ciências da saúde como um todo - e não só de um dos seus ramos - para se poder entender e trabalhar com a situação de incapacidade laboral, tanto na busca de um atendimento mais humanizado, quanto na busca da efetividade nas medidas adotadas para a mitigação das restrições impostas por uma condição de saúde duradoura, quando não definitiva.

Nesse sentido, Flores (2018, p. 57) ressalta que “a Reabilitação Profissional deve estar fundamentada em uma concepção que compreenda o trabalhador integrado ao seu meio ambiente físico, social, cultural e familiar, visando à garantia de direitos básicos”. Sem considerar estes dados não há como se construir um programa de RP adequado às necessidades reais do segurado.

Já Fonseca (2011) traz a necessidade de revisão da concepção de incapacidade para abarcar tanto o modelo médico quanto o social, permitindo a visão coerente por meio das perspectivas biológica, individual e social, com o intuito de ampliar a consciência sobre a incapacidade e sobre a necessidade de articulação de várias políticas para sua superação, dentre as quais se inclui a reabilitação profissional.

Um complicador da avaliação da incapacidade laborativa realizada apenas pela perícia médica, principalmente no que tange ao encaminhamento da reabilitação, é que a relação médico-paciente, na qual a confiança mútua é fundamental, é bem diferente da relação perito-segurado, onde manifestações de desconfiança, distanciamento e autoritarismo estão potencializadas (PAULA, 2018).

Outro aspecto a ser considerado na avaliação do potencial laborativo, principalmente na RP, é a possibilidade da incapacidade dar margem a casos de discriminação no ambiente de trabalho, pois o preconceito em relação ao reabilitado se manifesta por meio da concepção de um trabalhador incompleto, “bichado”, que não será mais produtivo (VARGAS, 2016).

O INSS deve adotar critérios científicos para avaliação da incapacidade laborativa, que sejam técnicos, mas não rígidos, pois devem considerar a realidade social do momento da avaliação, adaptando-se ao contexto em que está inserido em cada caso em análise (PAULA, 2018, p. 117).

A Lei Nº 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu art. 2º, § 1º, fornece um modelo de avaliação de incapacidade biopsicossocial que deve ser realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, que por mais que se refira à avaliação da deficiência, poderia ser adaptada à RP. Ele se afasta do modelo biomédico e se aproxima do modelo social, na esteira da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que tem significativa relevância para a construção de um modelo mais adequado à RP (VARGAS, 2016)

É incompreensível que o INSS seja responsável tanto pela avaliação de deficiência para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) quanto pela avaliação do potencial laborativo para RP, que na avaliação do BPC adote o modelo de avaliação biopsicossocial, mas que não o faça em relação à RP (PAULA, 2018).

Para a jurisprudência, já há necessidade de uma avaliação mais completa do potencial laborativo do segurado, onde inevitavelmente devem ser considerados fatores como escolaridade, formação profissional, idade e dificuldades que serão encontradas no mercado de trabalho (MARTINS, 2011).

Conforme ressalta Fonseca (2011, p. 18), “a reabilitação profissional e a incapacidade estão intimamente relacionadas, fazendo parte de um mesmo contexto histórico de lutas sociais em busca dos direitos humanos”. Nesse sentido, temos que nos servir do princípio da vedação

ao retrocesso, no que tange aos direitos humanos, para que os avanços conquistados na seara da valorização e suporte da pessoa com incapacidade não venham a ser desconsiderados diante de conjunturas políticas.

A efetividade do Programa de Reabilitação Profissional depende, em conjunto com outros fatores, de uma avaliação adequada do potencial laborativo, de um atendimento célere e apropriado às necessidades do segurado, culminando com a garantia de acesso do reabilitado a um trabalho decente, de sua livre escolha, compatível com sua situação pessoal e suficientemente remunerado.

Outro aspecto a ser considerado na avaliação da incapacidade é o fato de que muitos segurados recebem o benefício em valor igual, ou até superior, aos valores remuneratórios da função escolhida para sua RP, gerando um paradoxo até mesmo inconsciente: se é possível não trabalhar recebendo um valor X, para que me dispore a reabilitar e retornar ao mercado de trabalho com limitações recebendo o mesmo valor? Tal situação é apontada por Leite (2002, p. 33), como segue:

Quem pode ganhar sem trabalhar o mesmo que ganharia trabalhando, como é o caso dos numerosos trabalhadores que não conseguem salário superior ao mínimo, normalmente tenderá a preferir o benefício ao salário, ou então procurará acumular um com o outro.

Também nos casos de resistência em participar da RP resta evidente a necessidade de uma equipe multiprofissional bem capacitada para superar os entraves e mostrar ao segurado a importância da RP para o seu futuro profissional. Não se pode olvidar que o segurado, caso não seja apoiado pela equipe e não mude a forma negativa de encarar a incapacidade, terá seu benefício encerrado independente da sua vontade, visto que as resistências injustificadas caracterizam recusa e levam à perda do benefício.

3 RELEVÂNCIA E EFETIVIDADE DA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

A Reabilitação Profissional (RP) é o processo que permite que a pessoa incapacitada para o trabalho adquira um nível de desenvolvimento profissional que permita seu retorno ao mercado de trabalho e a participação na vida comunitária (BRASIL, 1999). Ela abrange prestações fáticas da Previdência Social e inclui uma dimensão protetiva dependente

de atividades políticas e legislativas para criar condições para a inserção laboral adequada (VARGAS, 2016).

ARP executada pelo INSS consiste em uma prestação previdenciária, expressa em serviço, que pode ser oferecida tanto ao segurado quanto ao seu dependente. Aposentados e pensionistas inválidos também realizam RP quando demonstram potencial de ingresso/retorno ao mercado de trabalho. Independe de carência e tem caráter obrigatório, que vincula tanto o INSS quanto os segurados, ocorrendo a suspensão da prestação nos casos de recusa injustificada (BRASIL, 1991; BRASIL, 1999).

A reabilitação profissional assegura a manutenção do benefício por incapacidade, quando cabível, até que o segurado seja considerado apto para o desempenho de uma nova atividade capaz de garantir a sua subsistência, o que ocorre com a emissão do respectivo Certificado de Reabilitação Profissional.

Segundo a legislação, o serviço de habilitação e reabilitação profissional, ou simplesmente RP, nos termos do art. 136 do Decreto nº 3.048/99, visa a proporcionar ao segurado considerado incapacitado para sua atividade habitual os meios necessários para proporcionar condições de reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vive. Abrange também o fornecimento de aparelho de prótese, órtese, instrumento de auxílio para locomoção, auxílio transporte, auxílio-alimentação, diárias, implemento profissional e instrumentos de trabalho, sempre que verificada a necessidade e prescrição dos profissionais responsáveis.

O art. 137, do Decreto nº 3.048/99, estabelece que a RP compreende quatro funções básicas. A primeira delas é a de avaliação do potencial laborativo, na qual o conceito de incapacidade e a sua avaliação integral se mostram fundamentais, passando por algumas etapas, como: perícia médica de elegibilidade, identificação da incapacidade para a atividade de trabalho habitual e verificação das condições de exercer outra atividade profissional.

Após estas etapas, será feita uma avaliação socioprofissional onde um servidor de nível superior de áreas afins à RP fará análise dos dados socioprofissionais do segurado, necessários ao prognóstico quanto à capacidade de ele retornar ao mercado de trabalho após RP. Posteriormente, por meio de perícia médica, e considerando os dados da avaliação socioprofissional, definir-se-á a necessidade ou não de continuação do segurado em RP.

Com a confirmação da indicação da RP, surge a segunda função básica, de orientação e acompanhamento da programação profissional, que consiste no cumprimento propriamente da RP, momento em que se fará contato com empresa de vínculo para definição de alternativas para

readaptação do empregado, encaminhamento para cursos profissionalizantes e elevação de escolaridade, quando necessários, podendo ocorrer a concessão de prótese e órteses. Também se subdivide em outras quatro etapas internas ao INSS: **i)** reunião de planejamento onde perito médico e profissional de referência definem as diretrizes que serão adotadas em cada caso concreto; **ii)** avaliação subsequente com profissional de referência, para acompanhar o andamento da RP, adotando as medidas necessárias para sua viabilidade em cada caso; **iii)** avaliação subsequente do perito médico, para prorrogação dos benefícios, avaliação de intercorrência médica e evolução do potencial laborativo; **iv)** reunião de acompanhamento, quando o caso exigir nova discussão conjunta entre o profissional de referência.

A terceira função básica da RP, de articulação com a comunidade, não envolve necessariamente a presença do segurado. Propõe-se a realizar reuniões e visitas a empresas, instituições de ensino, cursos profissionalizantes e órgãos públicos, com o objetivo de viabilizar a RP principalmente do segurado sem vínculo empregatício, para melhorar suas condições de reingresso no mercado de trabalho. Ocorre normalmente em paralelo à fase de orientação e acompanhamento.

Após a conclusão da RP, o segurado recebe certificado individual indicando a atividade para a qual foi reabilitado, porém, conforme previsão do art. 92 da Lei 8.213/91, não estará impedido de exercer outras atividades para as quais se julgue capacitado. Com a emissão do certificado, o segurado reabilitado passa a contar com a possibilidade de enquadramento em cotas que as empresas acima de 100 empregados são obrigadas a preencher com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência (BRASIL, 1991).

A última função básica da RP é a de acompanhamento e pesquisa de fixação no mercado de trabalho, meio prescrito pelo ordenamento jurídico para comprovação da efetividade do processo de reabilitação profissional do INSS. Destina-se exclusivamente para os casos de reabilitados. Deve ocorrer 18 meses após a reabilitação e fornece dados relevantes para o gerenciamento do trabalho do INSS. Porém, a pesquisa de fixação não tem sido realizada regularmente pelo INSS e não foi realizada no ano de 2018 em Belém, devido principalmente à falta de pessoal, reflexo do desmonte da RP, o que impede a obtenção de dados relevantes para avaliação da efetividade do serviço.

Vários são os fatores que justificam a ineficiência do atual modelo de reabilitação profissional: a deficiência material, de pessoal e técnica do serviço; o baixo número de trabalhadores atendidos ante a demanda

potencial; a visão biomédica da incapacidade, que despreza obstáculos de cunho psicológico, social e econômico; a ausência de segurança jurídica para o trabalhador no seu retorno ao trabalho; a ausência de acompanhamento e apoio do serviço no momento da reinserção laboral do trabalhador; a suposição de que a emissão de certificado de RP encerra o processo reabilitatório; o abandono do trabalhador reabilitado, mesmo quando não consegue colocação efetiva no mercado de trabalho (VARGAS, 2016).

Apesar toda a relevância da reabilitação profissional indicada e custeada pela Previdência Social, é o amparo legal que permite ao INSS eximir-se da responsabilidade do que acontece com o segurado finda a RP. O Decreto 3.048/99, em seu art. 140, § 1º, deixa claro que “não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado, cessando o processo de reabilitação profissional com a emissão do certificado”.

Com intuito de obter informações outras que não aquelas que deveriam ser fornecidas pela pesquisa de fixação, a cargo do INSS, buscou-se nos dados estatísticos da Previdência Social, mais especificamente no que se refere ao programa de reabilitação profissional, os meios para saber de que forma o INSS tem realizado a sua parte nesse processo complexo que é a reinserção profissional do segurado reabilitado.

Foram analisados os dados disponíveis no Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017 (BRASIL, 2017), de onde se extraíram informações relevantes pertinentes ao Programa de Reabilitação Profissional no Brasil. Para que se pudesse também fazer uma análise dos dados locais e confrontá-los com os nacionais, foram solicitados os últimos Boletins Estatísticos da Reabilitação Profissional disponíveis da Gerência Executiva do INSS em Belém, correspondentes ao ano de 2018.

A Região Norte é a que apresentou em 2017 os melhores dados relativos à quantidade de segurados que tem confirmada sua indicação RP ao final da fase de avaliação, com 70,9% dos segurados sendo considerados elegíveis, muito acima da média nacional de 54,9%, conforme se verifica nos dados estatísticos apresentado na Tabela 1. Os dados refletem uma das seguintes possibilidades: (1) um critério mais adequado utilizado pela perícia médica da região ao encaminhar os segurados ao programa, visto que após a avaliação socioprofissional e a avaliação conjunta grande parte deles tem sua indicação de RP confirmadas pela equipe e seguem para as demais fases; (2) uma maior agilidade das conclusões das avaliações de

segurados encaminhados ao programa, com um número expressivo de avaliações concluídas no ano, em comparação ao número de segurados registrados.

Tabela 1 - Resultados da Reabilitação Profissional no Brasil

RECORTE TERRITORIAL / ANOS*	Clientes Registrados	Retorno ao trabalho		Conclusão da avaliação inicial				Clientes em Programa +240 dias		Clientes Reabilitados			
		n°	%	n°	%	n°	%	Total	n°	%	n°	%	
BRASIL	2017	57,360	4,897	8,5	8,474	14,8	31,518	54,9	50,962	31,316	61,4	17,092	29,8
NORTE	2017	2,784	220	7,9	516	18,5	1,974	70,9	2,615	1,214	46,4	1,149	41,3
NORDESTE	2017	12,752	1,216	9,5	2,019	15,8	6,616	51,9	12,144	7,863	64,7	4,346	34,1
SUDESTE	2017	27,181	2,111	7,8	3,659	13,5	14,598	53,7	25,117	15,520	61,8	7,740	28,5
SUL	2017	10,844	1,045	9,6	1,292	11,9	6,409	59,1	8,920	5,717	64,1	2,940	27,1
CENTRO-OESTE	2017	3,799	305	8,0	988	26,0	1,921	50,6	2,166	1,002	46,3	917	24,1
Pará	2017	1,035	142	13,7	178	17,2	778	75,2	1,344	693	51,6	512	49,5
Gex Belém	2018	665	51	7,7	54	8,1	418	62,9	616	301	48,9	366	55,0

Fonte: Construído com base no Anuário Estatístico da Previdência Social 2017 e os últimos dados estatísticos da Reabilitação Profissional na GEXBEL (BEPF consolidado de 2018) * relativo aos últimos dados estatísticos disponíveis

No que tange ao percentual de segurados no programa há mais de 240 dias, a região Norte e o estado do Pará também se destacam positivamente, com 46,4% e 51,6% respectivamente, abaixo da média nacional de 61,4%, tendo à frente apenas a região Centro-Oeste, com 46,3%, considerando que nesse quesito, quanto menor o percentual de segurados, mais ágil está ocorrendo o processo reabilitatório. Apesar um percentual próximo ou superior a 50%, neste quesito já se pode visualizar um número elevado de processo de longa duração.

Quanto ao percentual de segurados reabilitados, ao final de todo o processo, novamente a região Norte e o estado do Pará se destaca quando comparados à média nacional (29,8%), ao conseguirem reabilitar 41,3% e 49,5% respectivamente de segurados em relação ao número de clientes registrados no ano. Porém, neste quesito os números são alarmantes ao demonstrarem a ineficiência do programa, visto que o número de reabilitados é inferior à metade dos encaminhados no ano.

De acordo com os dados levantados na Gerência Executiva do INSS em Belém (GEXBEL), concernentes ao ano de 2018, conforme Tabela 2, foram registrados em todas as APS sob sua jurisdição¹ um total

¹ A Gerência Executiva em Belém, no ano de 2018, era responsável pelos processos de reabilitação profissional das Agências da Previdência Social onde haviam equipes de RP (peritos médicos e profissionais de referência) na capital (APS Nazaré, APS Marco, APS São Braz, APS Jurunas, APS Pedreira e APS Icoaraci), na região metropolitana de Belém (APS Ananindeua) e também das APS onde não havia equipes de RP, na capital (APS Mosqueiro, APS Telégrafo) e no interior do estado de sua abrangência (APS Abaetetuba, APS Bragança, APS Cameté, APS Capanema, APS Castanhal, APS Santa Izabel, APS Moju, APS Paragominas e APS Vigia). As APS que não contavam com equipes de RP tinham seus segurados atendidos no prédio na Gerência Executiva em Belém, por equipe

de 665 novos segurados encaminhados à Reabilitação Profissional, houve um total de 553 avaliações concluídas no ano, representando 83,2% do número de registrados. A média mensal de segurados em programa de reabilitação profissional foi de 620 segurados, correspondendo a 93,2% dos segurados registrados. Destes, 45,3% ou 301 segurados mensalmente já se encontravam no programa há mais de 240 dias. No ano foram desligados do programa 501 segurados, sendo que foram reabilitados (desligados com retorno ao trabalho, após cumprimento do programa de RP) 366, que corresponde a 55% do número de segurados registrados no ano.

Tabela 2 - Resultados da RP na GEXBEL em 2018 por fase

FASES DO PROCESSO	nº	%
REGISTRADOS (TODOS OS MATRICULADOS)	665	100,0
AVALIAÇÕES CONCLUÍDAS	553	83,2
PERMANECERAM EM PROGRAMA (média mensal)	620	93,2
COM MAIS DE 240 DIAS	301	45,3
DESLIGADOS (TODOS OS MOTIVOS)	501	75,3
DESLIGADOS RETORNO AO TRABALHO	366	55,0

Fonte: Construído com base nos últimos dados estatísticos da Reabilitação Profissional na GEXBEL (BERP consolidado de 2018)

Importante ressaltar que dos 620 segurados que permaneceram em média na RP, nos meses de 2018, quase a metade (48,5%) estava com duração do programa superior a 8 meses (240 dias). Número relativamente baixo se comparado com a média do Brasil em 2017 (61,4%), mas que ainda é expressivo ante a expectativa de que a RP possa permitir um retorno mais ágil do segurado ao mercado de trabalho.

Foram concluídas na GEXBEL 553 avaliações do potencial laborativo, que corresponde a 83,2% do total de segurados registrados no ano. Sendo que 62,9% tiveram a indicação de RP confirmada. Os motivos de desligamento do programa ainda na fase de avaliação foram: retorno imediato ao trabalho, correspondendo a 7,7% do total de registrados; devido a intercorrência médica, 3%; considerados sem condições de cumprir PRP, sendo sugerida a aposentadoria por invalidez, 5,1%; recusaram ou abandonaram o PRP sem justificativa, 0,6% e 0,3% respectivamente; óbito, apenas 1 segurado; composta por duas profissionais de referência e duas peritas médicas.

por motivo de transferência do benefício para outras APS, acarretando o desligamento, 2%; e que não demonstram necessidade de PRP por já possuir qualificação, corresponderam a 1,1%, conforme expressa a Tabela 3.

Tabela 3 - Resultados da Avaliação do Potencial Laborativo na GEXBEL em 2018

AVALIAÇÃO DO POTENCIAL LABORATIVO	Nº	%
REGISTRADOS (TODOS OS MATRICULADOS)	665	100,0
TOTAL DE AVALIAÇÕES CONCLUÍDAS	553,0	83,2
TIVERAM A INDICAÇÃO DE RP CONFIRMADA	418	62,9
RETORNO IMEDIATO AO TRABALHO	51	7,7
INTERCORRÊNCIA MÉDICA (NA AVALIAÇÃO)	20	3,0
INDICAÇÃO DE APOSENTADORA (INVALIDEZ)	34	5,1
RECUSARAM O PRP DURANTE AVALIAÇÃO	4	0,6
ABANDONARAM O PRP DURANTE AVALIAÇÃO	2	0,3
ÓBITO NO PERÍODO DE AVALIAÇÃO	1	0,2
APENAS CONCESSÃO DE PRÓTESE E ÓRTESE	3	0,5
PEDIRAM TRANSFERÊNCIA DO BENEFÍCIO	13	2,0
NÃO NECESSITAVAM DE REABILITAÇÃO	7	1,1

Fonte: Construído com base nos últimos dados estatísticos da Reabilitação Profissional na GEXBEL (BERP consolidado de 2018)

Nos dados relativos à segunda fase da RP (Tabela 4), que se refere ao processo de reabilitação profissional propriamente dito, o baixo número de segurados em curso ou treinamento chama a atenção. Apenas 5,2% estavam em treinamento e 7,4% em curso, sendo que estes são os indicadores que deveriam ser os mais elevados. São eles que correspondem à finalidade do programa, pois é mediante a realização de cursos profissionalizantes ou treinamentos em empresas que se dá a reabilitação profissional. Ou seja, 86,6% dos segurados estavam aguardando o desenvolvimento do seu processo, seja no aguardo de resposta das empresas de vínculo, seja em elevação da escolaridade para o mínimo exigido pelo mercado de trabalho, seja no aguardo de vagas para realização de cursos e/ou treinamentos profissionalizantes.

Tabela 4 - Fase 2 - Orientação e Acompanhamento do Programa de RP

FASES DO PROCESSO MÉDIA MENSAL (MIN-MAX)	Nº	%
PERMANECERAM EM PROGRAMA (430-716)	620	100,0
EM ORIENTAÇÃO APENAS (390-636)	537	86,6
EM TREINAMENTO (15-42)	32	5,2
EM CURSO (13-118)	46	7,4
TREINAMENTO E CURSO (2-8)	5	0,8

Fonte: Construído com base nos últimos dados estatísticos da Reabilitação Profissional na GEXBEL (BERP consolidado de 2018)

Foram desligados do PRP, na GEXBEL em 2018, 501 segurados, que correspondem a 75,3% dos segurados registrados no mesmo ano, sendo que 366 destes foram reabilitados, 26 foram considerados insuscetíveis de RP (sendo sugerida sua aposentadoria por invalidez) e 109 foram desligados por outros motivos (como intercorrência médica, recusa, abandono, transferência, óbito, por exemplo), que correspondeu a 55%, 3,9% e 16,4% respectivamente, conforme é possível visualizar na Tabela 5. Aqui do número de reabilitados da GEXBEL em 2018 (55% em relação aos registrados no mesmo ano) ser melhor do que a média nacional em 2017, que correspondeu a apenas 29,8%, ainda reflete a pouca efetividade do Programa.

Tabela 5 - Conclusão da Reabilitação Profissional, motivos de desligamento

CONCLUSÃO DO PROGRAMA DE RP	Nº	%
REGISTRADOS (TODOS OS MATRICULADOS)	665	100,0
DESLIGADOS (EM PROGRAMA, 2018)	501	75,3
RETORNO AO TRABALHO	366	55,0
INSUSCETÍVEL DE RP (INVALIDEZ)	26	3,9
OUTROS MOTIVOS	109	16,4

Fonte: Construído com base nos últimos dados estatísticos da Reabilitação Profissional na GEXBEL (BERP consolidado de 2018)

Mais alarmante é o prazo necessário para conclusão do Programa de Reabilitação Profissional, conforme informado na Tabela 6. Dos 366 segurados reabilitados pela GEXBEL em 2018, quase 74% tiveram que permanecer no programa por prazo superior a 240 dias e um número reduzidíssimo foi reabilitado em prazo inferior a 4 meses de PRP (120 dias),

correspondente a 10,9%. O restante, 15,3% foram reabilitados entre 121 e 240 dias, prazo razoável para cumprimento de um programa de qualidade, no qual deveria estar a maioria dos segurados reabilitados.

Tabela 6 - Tempo de Permanência em RP até a sua conclusão como reabilitado

TEMPO ATÉ A CONCLUSÃO DO PROGRAMA DE RP	Nº	%
ATÉ 60 DIAS	11	3,0
DE 61 A 120 DIAS	29	7,9
DE 121 A 240 DIAS	56	15,3
MAIS DE 240 DIAS	270	73,8
DESLIGADOS RETORNO AO TRABALHO	366	100,0

Fonte: Construído com base nos últimos dados estatísticos da Reabilitação Profissional na GEXBEL (BERP consolidado de 2018)

Os dados aqui apresentados são preocupantes e sinalizam para uma política pública que não atinge mais seus objetivos, não considera princípios básicos da ordem constitucional e suprime direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade, que correm o risco de serem reencaminhadas ao mercado de trabalho sem efetivas condições de reinserção laboral.

Assim, considerando as particularidades do mercado de trabalho brasileiro e o avanço tecnológico, o que aumenta sobremaneira a competitividade pelas vagas de trabalho disponíveis, faz-se necessário encontrar meios de garantir ao reabilitado a possibilidade de concorrer em igualdade de condições com os demais trabalhadores, de forma que lhe seja princípio, acima de tudo, o respeito aos seus direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.

CONCLUSÃO

A Reabilitação Profissional, conforme se demonstrou com este estudo, além de uma política pública de singular importância no campo previdenciário, é certamente um direito fundamental de todo trabalhador que sofra o infortúnio de ter sua capacidade de trabalho reduzida em razão de doença ou acidente, pois se origina do direito fundamental à Previdência Social. Como tal, cabe à entidade Previdência Social suportar o encargo de assegurar ao seu beneficiário condições dignas de reinserção laboral.

No entanto, a atual regulamentação do serviço permite que alguns dos direitos que são devidos ao beneficiário da reabilitação profissional não lhe sejam efetivamente assegurados, como o fato da responsabilidade da Previdência Social se encerrar com a emissão do Certificado de Reabilitação Profissional sem qualquer preocupação com sua inserção efetiva no mercado de trabalho. Outro motivo de desrespeito a princípios de igualdade e dignidade humana é o critério exclusivamente médico de avaliação do potencial laborativo adotado para definir se o segurado é ou não elegível, desprezando sua situação psicossocial e o território onde reside, de enorme relevância nos casos da região amazônica. Há de se considerar também o caso da PcD que não tenha a condição de segurado e não é atendida na GEXBEL, por ausência da celebração de convênio do INSS com instituições e associações de assistência às PcDs.

Outra questão que inviabiliza o cumprimento do direito fundamental à Previdência Social e que tem reflexos nítidos na RP é a atual lógica previdenciária adotada pelos últimos governos, de redução de gastos previdenciários a qualquer custo, pelo qual a reabilitação não é vista como um direito fundamental do segurado, mas apenas como o meio legal de desligamento dos benefícios e redução de gastos. Utilizando-se dessa lente, qualquer curso ou treinamento oferecido ao segurado serve para considerá-lo reabilitado e cessar seu benefício, independente do interesse da pessoa do segurado ou das demandas do mercado de trabalho local, que nada corresponde a uma reinserção laboral efetiva com dignidade e respeito ao princípio da igualdade.

A Reabilitação Profissional é, sim, parte do direito fundamental à previdência social, assegurado não só por normas infraconstitucionais, mas por normas internacionais das quais o Brasil é signatário e pela própria Constituição Federal. O segurado incapacitado parcial e definitivamente para o trabalho de origem é titular de um direito subjetivo que o vincula ao INSS, que por sua vez é incumbido de satisfazer tanto a prestação pecuniária quanto o serviço previdenciário de RP, que deve ser realizado de maneira integral e efetiva; do contrário, a cessação do benefício é indevida.

Neste sentido, o direito fundamental à previdência social não pode ser considerado respeitado quando o segurado, apesar de “reabilitado”, não obtém uma colocação efetiva em um posto de trabalho digno, o que atinge fatalmente também o seu direito fundamental ao trabalho.

A situação fática que enseja o direito ao serviço de reabilitação profissional é a caracterização da incapacidade laborativa definitiva relativa

à função de origem e a possibilidade efetiva de reinserção no mercado de trabalho de acordo com o potencial laborativo residual. Portanto, o meio atualmente adotado pela perícia médica do INSS, no que tange às avaliações de reabilitação considera, em regra, apenas os aspectos médicos, demonstrando não ser este procedimento o adequado ante a complexidade que envolve todo processo de reabilitação profissional e reinserção laboral.

Desta forma, entende-se que é cogente o respeito aos princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana na avaliação da incapacidade laborativa, notadamente no encaminhamento do segurado à RP. Devendo ser adotado um modelo mais abrangente de avaliação, envolvendo a participação de uma equipe multiprofissional, haja vista a necessidade de obtenção de muitas outras informações além da patologia e o grau de limitação. É preciso saber quais as reais condições do segurado para o cumprimento do programa, devendo ser considerado, além do quadro médico: a extensão da incapacidade para atividades profissionais, a escolaridade, a idade, as experiências profissionais prévias, as características da atividade profissional de origem e do vínculo empregatício, o local de residência, os meios de deslocamento até o local de trabalho, os interesses profissionais e os serviços públicos necessários ao programa na comunidade onde vive (como educação, saúde e intermediação de mão de obra).

Conforme demonstrado pelos números relativos à RP em Belém, no ano de 2018, o atendimento da demanda da população está muito aquém do que potencialmente poderia ser obtido por um serviço de tamanha relevância para o segurado (dotá-lo de condições de obtenção de um trabalho digno), para as empresas (orientação técnica para retorno dos funcionários e preenchimento de vagas de reabilitados e PcD) e para o sistema da Previdência Social (redução do número de benefícios por incapacidade e aumento do número de contribuintes). Apesar dos dados já serem incômodos na GEXBEL, são ainda mais preocupantes quando se analisa os dados relativos ao Brasil e suas regiões. Urge a necessidade de valorização do serviço, sua reestruturação e adoção de medidas efetivas para superação das dificuldades.

Não se pode aceitar que um serviço que tem fundamento em direitos constitucionais, à previdência social e ao trabalho, e de tamanha relevância para o trabalhador seja desprestigiado a ponto de apresentar resultados tão insuficientes ante o seu potencial de transformação no mercado de trabalho. São vários os indicadores preocupantes, dentre eles o baixíssimo percentual de segurados encaminhados à RP, ante total de benefícios por incapacidade

concedidos, com provável subnotificação dos casos passíveis de RP; o não atendimento da população PcD que depende de convênio, desprezando um quantitativo relevante de pessoas que poderiam ingressar no mercado de trabalho e contribuir com o sistema; encaminhamentos indevidos realizados pela perícia médica, resultando em quase 30% de segurados que após a avaliação da equipe não seguem no processo de RP; e, a duração excessiva dos processos de RP, com quase $\frac{3}{4}$ dos reabilitados tendo permanecido no programa por tempo superior a 240 dias.

Não obstante a culpa da Previdência Social quanto à ineficiência atual do serviço de RP, também não se justifica que a ela se transfira o ônus que o indivíduo, a família e o restante da sociedade (aí incluído o próprio Estado) tenham o dever de assumir. É inadmissível que a Previdência Social tenha que arcar com benefícios de longa duração por ausência de atendimento de saúde adequado. Assim como é inaceitável que segurados tenham que permanecer por longo tempo em benefício por não lhe ter sido assegurado o mínimo de escolaridade. Mostra-se imperativa a adoção de políticas de estímulo e valorização da reinserção laboral de trabalhadores reabilitados, considerando que não cabe à Previdência Social a garantia de emprego, tão somente condições mínimas para obtenção de trabalho digno.

Ressalta-se que as políticas de saúde, educação e emprego, apesar de forte interface com a Previdência Social, não são de sua responsabilidade e, por isso, sua ausência deve também ser considerada ante a falta de efetividade da RP. Afinal, trata-se de reabilitação profissional e não de reabilitação física, bolsa educação ou seguro desemprego. A RP não visa a suprir a carência de outras áreas, apesar de ter que fazê-lo com frequência para atingir sua finalidade, aumentando a duração dos benefícios e retardando o retorno ao mercado de trabalho.

Por outro lado, parece lícito admitir que uma pessoa, mesmo com limitações, que já tenha condições de retornar ao mercado de trabalho, independente da sua função de origem, deve fazê-lo o quanto antes para não onerar excessivamente o sistema. Desta forma, segurados que já se encontram habilitados para outras profissões ou que já tenham efetivamente retornado ao mercado de trabalho, sem comunicar à Previdência Social, não deveriam pressionar o sistema de forma administrativa e até judicial, com intenção de prolongar a duração de benefícios sabidamente indevidos. A manutenção de benefícios quando, em verdade, já seria possível o retorno ao mercado de trabalho, é, no mínimo, inaceitável, tanto do ponto de vista econômico quanto da inclusão laboral.

A complexidade do processo é tanta que há também o outro lado da moeda. São aqueles casos em que o segurado, com esforço do seu trabalho e após RP regulamentar, consegue retornar ao mercado de trabalho, porém exercendo atividades esporádicas informais ou de baixíssima remuneração, perpetrando um estado de vulnerabilidade social. Nestes casos, não há que se falar em reabilitação digna e efetiva, pois esta deve ser considerada à luz do princípio da dignidade humana e deve garantir um trabalho digno (com condições mínimas de existência).

A reabilitação integral só será alcançada quando as políticas públicas atinentes à temática convergirem e puderem oferecer ao usuário a reabilitação física (com atendimento médico, medicação, cirurgia, fisioterapia, terapia ocupacional, psicoterapia de apoio e os dispositivos auxiliares como órteses, próteses e tecnologias assistivas), a reabilitação profissional e inclusão no mercado de trabalho (com educação básica, educação profissional, subsídio para quem quer trabalhar como autônomo, recursos materiais e intermediação de mão de obra, com valorização das empresas que contratem reabilitados) e o serviço de auxílio pecuniário transitório (benefícios por incapacidade previdenciários, amparos sociais a quem não tem contribuição, bolsas para estágios profissionalizantes e seguro para empregabilidade).

Relevante destacar a necessidade premente de mudança de perspectiva da RP enquanto política voltada para redução de custos da Previdência Social, fomentando-a como política de garantia de direitos fundamentais e investimento na qualidade de vida dos segurados. Quanto melhor for o serviço oferecido pela Reabilitação Profissional, mais bem inserido estará o reabilitado no mercado de trabalho, voltando a contribuir para o sistema e deixando de demandar benefícios, o que, em regra, ainda ocorre quando o segurado não tem uma reabilitação efetiva, pois ou irá retornar em virtude do agravo da saúde ao não ter suas limitações efetivamente respeitadas pelos empregadores ou por nova demanda administrativa ou judicial, ao não encontrar um trabalho adequado às suas necessidades.

As políticas públicas, notadamente aquelas voltadas à Previdência Social, devem assegurar a utilização adequada dos recursos disponíveis, com melhor interação entre os atores envolvidos, visando a uma reabilitação profissional efetiva que traga as vantagens esperadas na perspectiva da sociedade (redução do tempo de benefício, redução do número de aposentadorias, preenchimento das cotas, valorização da pessoa com incapacidade) e principalmente na esfera individual (participação ativa no processo, mitigação da incapacidade, melhoria na autoestima, garantia de trabalho digno).

A Reabilitação Profissional, além do dever de respeitar os princípios constitucionais e previdenciários, é o meio mais adequado para efetivar, nas searas trabalhista e previdenciária, o princípio da igualdade, ao fornecer os meios necessários para tratar os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, dotando os trabalhadores reabilitados de condições efetivas de gozar de uma igualdade real no mercado de trabalho.

Esta temática deverá demandar maior aprofundamento em novos estudos ante sua relevância social, tendo sido o objetivo deste estudo demonstrar que a reabilitação profissional é parte do direito fundamental à previdência social, que exige um modelo de avaliação de incapacidade mais adequado à complexidade do ser humano, sendo que a forma de funcionamento adotada no Brasil é insuficiente para alcançar seus objetivos e que sua efetividade máxima, jurídica e social, só será alcançada quando também forem garantidas outras políticas da qual depende diretamente (saúde, educação e emprego, por exemplo).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, R. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. - 5. ed. - Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. 52 p

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/09/2018.

BRASIL. **Decreto No 3.048**, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 05/09/2018

BRASIL. **Lei Nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213compilado.htm. Acesso em: 05/09/2018.

BRASIL. **Lei Nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 10/04/2019.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional, Volume I.** (Atualizado pelos Despachos Decisórios nº 2/DIRSAT/INSS, de 24/11/2011, nº 1/DIRSAT/INSS, de 19/04/2016 e nº 2, DIRSAT/INSS, de 12/05/2016.). Brasília: INSS, 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda, Secretaria de Previdência, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência. **Anuário Estatístico da Previdência Social.** v. 24. Brasília: MF/DATAPREV. 2017.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional, Volume I.** (Aprovado pela Resolução nº 626/PRES/INSS, de 9 de fevereiro de 2018, publicada no DOU nº 31, de 15/02/2018, Seção I, pág. 32). Brasília: INSS, 2018a.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária.** (Aprovado pela Resolução nº 637/PRES/INSS, de 19 de março de 2018, publicada no DOU nº 54, de 19/03/2018, Seção I, pág. 38). Brasília: INSS, 2018b.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário.** 21. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4ª Ed., rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2011. 100p.

FLORES, S. **O trabalho do(a) assistente social no Instituto Nacional do Seguro social e sua legitimação na área da saúde do trabalhador:** contribuições e desafios a partir da reabilitação profissional. Dissertação (Mestrado em Política Social e Serviço Social) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, 151p.

FONSECA, F. **Modelo de Reabilitação Profissional:** uma proposta de avaliação da eficácia. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva). Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Florianópolis, 2011, 156 p.

IBRAHIM, F. Z. **A Previdência Social como Direito Fundamental**, 2010. Disponível em: <https://www.impetus.com.br/artigo/download/21/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>. Acesso em: 01/05/2019.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

LEITE, C. B. **Conceito de Seguridade Social**. In: BALERA, Wagner (coord.). Curso de direito previdenciário. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002. pp 13-35.

MAENO, M.; VILELA, R. A. G. **Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública**. [ensaio] Rev. bras. saúde ocup. São Paulo, v. 35, n. 121, p. 87-99, Jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10/04/2019.

MARTINS, L. **Aposentadoria por invalidez: entre a doença médica e a incapacidade social - posição jurisprudencial**. In: FOLMANN, Melissa(coord.). Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 173-196.

MORAIS, O. J. C. **Competência da Justiça do Trabalho e a Efetividade do Direito Fundamental à Previdência**. [Tese] São Paulo (SP): Doutorado em Direito das Relações Sociais (Direito Previdenciário), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013 259f.

NOGUEIRA, N. G. **A constituição e o direito à previdência social**. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, R. M. **Incapacidade biopsicossocial no Direito Previdenciário**. Revista Jus Navigandi, Teresina, a. 18, n. 3588, 28 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24284>. Acesso em: 04/12/2018.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. [Centro Colaborador da Organização Mundial da Saúde para a Família de Classificações Internacionais em Português, org.: coordenação da tradução Cássia Maria Buchalla]. 1 ed. 1 reimpre. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

PAULA, A. C. A. **Análise biopsicossocial da incapacidade laboral na concessão de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença.** [Dissertação] Franca (SP): Mestrado em Direito, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2018. 179f.

PEREIRA, M. C. C. **Reabilitação Profissional Previdenciária: questões candentes na atualidade.** In: Congresso Catarinense de Assistentes Sociais, 2013, Florianópolis. Anais. Florianópolis: CRESS SC, UFSC, ABEPSS, 2013. v. 1. p. 1-9.

ROCHA, D. M.. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, I. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed .rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 192p.

SERAU JÚNIOR, M. A. **A Seguridade Social como Direito Fundamental Material (ou a Seguridade Social como parte inerente à Constituição).** In: FOLMANN, Melissa(coord.). *Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI.* 1. ed. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 291-307.

VARGAS, L. A. **Direito à reabilitação profissional: fundamentalidade e conteúdo jurídico.** 2016. 166f. (Dissertação - Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, 2016.

O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O TRABALHO DECENTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA “CONDIÇÃO DE AGENTE” DO INDIVÍDUO E DA REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND DECENT WORK: AN ANALYSIS OF “AGENT’S CONDITION” AND OF CONTEMPORARY SLAVERY

Catharina Lopes Scodro*

Juliane Caravieri Martins**

SUMÁRIO: Introdução. 1 O desenvolvimento, a sustentabilidade e os caminhos para a liberdade 2 Trajetória para o desenvolvimento sustentável: aportes no trabalho decente e nos Empregos Verdes. 3 O trabalho análogo ao de escravo como óbice ao trabalho decente. Conclusão. Referências.

RESUMO: Na atual conjuntura global, a preservação do meio ambiente e a promoção do trabalho decente constituem desafios que vão ao encontro da noção de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, a fim de confluir esses desafios, garantir qualidade de vida e suprimento das demandas intergeracionais, a Organização Internacional do Trabalho criou o “Programa Empregos Verdes” que se propõe a associar a proteção ambiental ao trabalho realizado em condições de liberdade, equidade e segurança, afastando, portanto, suas piores formas, como o trabalho forçado. Esse estudo se propôs a analisar a noção de desenvolvimento sustentável e de trabalho decente, bem como esmiuçar o supracitado Programa e o fenômeno do trabalho em condições análogas à de escravo, analisado como óbice à concretização do trabalho decente e do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Trabalho decente. Empregos verdes. Trabalho análogo ao de escravo. Liberdade.

ABSTRACT: *In the actual global context, the environmental preservation and the decent work promotion are challenges aligned with sustainable development. In this sense, to integrate these challenges, to guarantee life quality and to supply the needs of different generations, the International Labour Organization created the “Green Jobs Program” with the purpose to associate environmental protection to the labour exercised with freedom, equality and safety, escaping from the worst forms, like forced labour. This study aims to analyze the conception of sustainable development and of decent work, as well as to detail the Program and the phenomenon of the work in conditions analogous to the slavery, seen as an obstacle to the concretization of decent work and sustainable development.*

Keywords: *Sustainable development. Decent work. Green jobs. Contemporary slavery. Freedom.*

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Realizou iniciação científica nas áreas de Direito Penal do Trabalho, com bolsa pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG 2017-2018), e de Direito do Trabalho (PROPP-UFU 2018-2019).

** Professora Adjunta (graduação e mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Ciências da Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo. Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Braz Cubas e Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina.

Artigo recebido em 08/10/2019 e aceito em 09/10/2019.

Como citar: SCODRO, Catharina Lopes; MARTINS, Juliana Caravieri. O desenvolvimento sustentável e o trabalho decente: uma análise a partir da “condição de agente” do indivíduo e da redução a condição análoga à de escravo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 187-215. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura, grandes discussões direcionam-se à definição de diretrizes, pelos Estados, para a consecução do desenvolvimento sustentável, em razão dos desafios que representa com seu significado plúrimo e abrangente. Essa ideia, ao abranger questões de ordem econômica, social e ambiental, se propõe a congregar a solidariedade intergeracional, a preocupação com o suprimento de diferentes gerações e a efetivação dos direitos humanos, imprimindo, por conseguinte, aos indivíduos uma “condição de agente”, consoante Amartya Sen, e garantindo-lhes qualidade de vida e bem estar.

Em face dessas questões, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou, desde a década de 1990, o trabalho decente como “marco programático” de seus projetos, programas e normas internacionais. Esse marco pode ser notado na criação, em 2009, do “Programa Empregos Verdes”, para incentivar que a promoção pelos Estados de postos de trabalho que reunissem a preocupação ambiental com a laboral, a partir do fomento ao trabalho decente. Desde o seu surgimento, o termo “empregos verdes” espalhou e tornou a abranger atividades variadas, no meio rural e urbano, das ocupações manuais às extremamente qualificadas.

No Brasil, no entanto, a concretização desses empregos e, sobretudo, do trabalho decente, isto é, em condições de liberdade, equidade e segurança ainda é questionável. Como antítese a esse trabalho, a própria OIT estabeleceu o trabalho forçado, tipificado no Código Penal brasileiro como redução a condição análoga à de escravo.

Esse estudo propôs, como objetivo geral, examinar e relacionar as noções de desenvolvimento sustentável e de trabalho decente, com fulcro na “condição de agente” do indivíduo, conceito cunhado na obra “Desenvolvimento como liberdade” de Amartya Sen e profundamente relacionado com a concretização da liberdade. Como objetivos específicos, a pesquisa pretendeu conceituar as concepções de desenvolvimento, sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, bem como analisar o trabalho decente, enquanto “marco programático” da Organização Internacional do Trabalho, o Programa “Empregos Verdes” dessa Organização e, por fim, a redução a condição análoga à de escravo enquanto obstáculo à concretização do trabalho decente. Para tanto, como metodologia científica, foi utilizado o método dedutivo e, quanto à técnica de pesquisa, a bibliográfica.

1 O DESENVOLVIMENTO, A SUSTENTABILIDADE E OS CAMINHOS PARA A LIBERDADE

Na atualidade, a observância geral da situação global aponta a existência de múltiplas crises (OXFAM, 2014), relacionadas à desigualdade de distribuição de renda, de acesso à saúde e à educação, de ausência de diversificação de oportunidades entre outras, que repercutem nos cenários sociais, políticos e econômicos. Apesar de distintas, estas crises encontram, como denominador comum de suas causas (PASQUALETO, 2016, p. 01-02), a ausência de regulamentação do modelo econômico capitalista, guiado ao consumo extremo, à carência de preocupações socioambientais e, por conseguinte, acomodado ao aumento de injustiças.

Nesse modelo, a prioridade direciona-se tão somente à persecução dos lucros, a fim de satisfazer indicadores numéricos que pouco dizem sobre as questões externas às matérias de finanças e economia dos países. Essa análise essencialmente quantitativa associa cegamente o conceito de crescimento econômico ao de desenvolvimento.

Diversas críticas direcionam-se à essa percepção reducionista. Para Sachs (2015, p. 13), a concepção de desenvolvimento contempla não só os aspectos quantitativos, mas também os qualitativos. Segundo o autor, para além da reprodução de riquezas materiais, essa noção contempla a preocupação em alcançar uma vida melhor. Nesse sentido, defende Sen (2010, p. 10) que o desenvolvimento está profundamente relacionado à expansão da liberdade, a partir da eliminação das privações que limitam as escolhas, as oportunidades e, desse modo, a condição de agente dos indivíduos.

Frente a essa conjuntura, a partir da década de 1970, na agenda internacional, a ideia de “desenvolvimento” foi associada à de “sustentabilidade” e, desde então, a noção de “desenvolvimento sustentável” se fortaleceu e se lapidou nos cenários local e global, contemplando as matérias sociais, ambientais e econômicas.

Inicialmente, para a ampla compreensão da carga semântica que acompanha a noção de “desenvolvimento sustentável” e de suas implicações, faz-se necessário examinar a sua composição terminológica. Nesse sentido, a análise do termo “desenvolvimento” revela a presença de, principalmente, três concepções.

Segundo Veiga (2005, p. 18-33), na percepção econômica, o desenvolvimento pode urgir como sinônimo de crescimento econômico, de ilusão ou como um “caminho do meio”. Para aqueles que defendem

o primeiro posicionamento, essa identificação procura fundamentar-se no exame de critérios quantitativos, como a renda *per capita* por trabalhador ou, em uma perspectiva ampliada, do Produto Interno Bruto (PIB) e do Produto Nacional Bruto (PNB). Em conformidade com o autor (VEIGA, 2005, p. 18-20), essa definição apresenta profundo descompasso com as tendências contemporâneas de critérios de aferição, já que, com a criação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e, por conseguinte, do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), a análise restou ampliada a outras questões não relacionadas somente à renda

Na segunda concepção (DESENVOLVIMENTO, 2017), que relaciona o desenvolvimento a uma ilusão e, até mesmo, a um mito, há grande descrença em relação às reais possibilidades de ser alcançado. Nessa perspectiva, a ilusão reside no fato de que, para os seus defensores, pouquíssimos países conseguiram efetivamente promover o desenvolvimento e outros jamais o fizeram, com base em uma modernidade capitalista que não existe e que se ampara em uma visão essencialmente quantitativa de mundo (VEIGA, 2005, p. 22-23).

A última abordagem propõe um “caminho do meio” que, para o autor, se encontra “entre a miopia que reduz o desenvolvimento ao crescimento, e o derrotismo que o descarta como inexecutável” (VEIGA, 2005, p. 33). Nessa, o crescimento econômico urge como um dos fatores responsáveis pelo desenvolvimento - e não o seu único - convivendo com outros elementos relacionados, por exemplo, ao aumento da população e ao fornecimento de recursos essenciais como alimentos e energia (VEIGA, 2005, p. 23-25).

Nessa perspectiva, o crescimento econômico não é sustentado como um fim em si mesmo, de sorte que o desenvolvimento, diante de sua amplitude e do conjunto de elementos que contempla, está relacionado, sobretudo, à melhoria generalizada da vida dos indivíduos e das liberdades por eles aproveitadas (SEN, 2010, p. 18). Ressalte-se que essa melhoria defendida traduz a emergência de um projeto social próprio do desenvolvimento que, ao priorizar aspectos da vida da população - relacionados, por exemplo, à não depreciação do trabalho e dos recursos naturais - e não somente a acumulação e a majoração da produtividade, é capaz de promover a “metamorfose” do crescimento econômico (FURTADO, 2004, p. 483-486).

Ainda de acordo com Veiga (2005, p. 165), para a compreensão da sustentabilidade, é importante perceber que essa noção não foi concebida hermeticamente, de forma imediatamente definida. Esse conceito, fruto dos debates ambientalistas e internacionalizado a partir da década de 1970,

ao ser agregado à ideia de desenvolvimento, encontra suas definições nos campos teórico e político.

Para evidenciar a amplitude dessa noção, faz-se importante demonstrar o diálogo entre diferentes áreas das ciências sociais, como a Economia e o Direito. Para tanto, serão abordados os critérios utilizados por Ignacy Sachs, economista, e por Juarez Freitas, jurista.

Em conformidade com Sachs (2002, p. 85-88), a sustentabilidade apresenta oito critérios distintos e diferentes formas para, conjuntamente, ser promovida. Dentre os critérios e algumas dessas formas, encontra-se o social, realizado a partir do alcance de um parâmetro razoável de homogeneidade social, da distribuição justa de renda e do emprego pleno; o cultural, com as mudanças e o equilíbrio entre inovação e tradição; e o ecológico, em relação à preservação da natureza ao limitar o uso de recursos não renováveis e incentivar a produção de recursos renováveis.

Ainda dentre os critérios do autor (SACHS, 2002, p. 85-88), há o ambiental, com o respeito e o fomento à autodepuração dos ecossistemas; o territorial, ao balancear as configurações rurais e urbanas; e o econômico, a partir do desenvolvimento intersetorial equilibrado e, por fim, o critério político, dividido em nacional e internacional. Por um lado, no político nacional, propõe-se que as formas de promoção sejam baseadas na coesão social e em uma democracia fundada nos direitos humanos; por outro lado, no político internacional, há suporte na cooperação internacional.

Já para Freitas (2011, p. 39-40), a sustentabilidade constitui um dever fundamental, que, como tal, não pode ser visto como um princípio abstrato ou passível de adiamento. Nesse sentido, deve ser aplicado desde já a fim de promover o bem-estar físico, psíquico e espiritual dos indivíduos, a partir da promoção de um desenvolvimento limpo e sadio pelo equilíbrio e pela dialeticidade entre as dimensões social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política.

Sob essa perspectiva, a dimensão social (FREITAS, 2011, p. 55) diz respeito à incompatibilidade com a existência de um modelo excludente, que potencializa a desigualdade social e que confere privilégios a poucos, negando a semelhança e a conexão entre os indivíduos.

A ética (FREITAS, 2011, p. 57-59) refere-se às relações entabuladas entre o sujeito e a natureza, que, para além de qualquer distanciamento rígido, devem ser compreendidas com base no equilíbrio, na manutenção e na continuidade da vida, a partir do estabelecimento de condições que assegurem sua qualidade.

A dimensão ambiental (FREITAS, 2011, p. 61-62), por sua vez, concerne à preocupação com o suprimento das demandas e da qualidade de vida das gerações vindouras, com fulcro na preservação ambiental. Desse modo, a partir da solidariedade intergeracional e da preocupação com a “dignidade do ambiente”, a degradação ambiental deve ser obstada, já que pode promover a ampla redução da qualidade da vida humana e das demais espécies.

A econômica (FREITAS, 2011, p. 62) corresponde à ponderação necessária para a adequação entre os critérios da eficiência e da equidade, a fim de promover a aplicação de políticas econômicas efetivamente sustentáveis. Segundo essa dimensão, o consumo e a produção, da forma como são realizados, geridos e incentivados, requerem uma reestruturação.

Como última diretriz, a jurídico-política remete à forma como a sustentabilidade é auferida no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, segundo Freitas (2011, p. 117), configura, concomitante, um princípio ético-jurídico, um valor constitucional e um objetivo fundamental da República. Nesse sentido, esse conceito guarda em si a concepção de direito e dever constitucional, o que reconhece aos cidadãos liberdade para congregá-la ao conteúdo das normas jurídicas sempre que possível (FREITAS, 2011, p. 63-64).

Desse modo, Freitas (2011, p. 40-41) propõe, como definição, que a sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, 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 físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

O autor reconhece, portanto, a mutualidade e a coexistência de diferentes dimensões do conceito, conferindo-lhe proteção constitucional. A sustentabilidade urge, portanto, como uma noção plúrima, apta a integrar diferentes searas da vida dos indivíduos a fim de promover, na maior medida possível, o bem estar geral - físico, psíquico e espiritual -, sem comprometer e/ou agredir o meio ambiente.

À luz dessas duas concepções - desenvolvimento e sustentabilidade - emergiu a noção de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, a partir da década de 1970, com o crescimento econômico generalizado notado

entre 1950 e 1960, o movimento ambientalista ganhou força, elevando a preocupação decorrente da problemática ambiental - uso, necessidade, preservação e finitude - a níveis globais (DESENVOLVIMENTO, 2017). Conjuntamente, inquietações relacionadas à utilização de recursos naturais como forma de satisfazer unicamente interesses restritos - frutos de uma concepção essencialmente liberal - convergiram para a noção de que essa prática não conduziria ao aumento exponencial da riqueza e, por conseguinte, ao crescimento, mas à devastação generalizada e irreparável do meio ambiente (NOBRE; AMAZONAS, 2002, p. 27).

Nesse contexto, a questão ambiental foi inserida na agenda internacional a fim de buscar soluções para os impasses entre as ideias de crescimento e preservação, até então vistas como contraditórias. Nesse estudo, a visibilidade e relevância do tema será abordada a partir da análise de documentos internacionais como a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), o Relatório “Nosso futuro comum” (1987), a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e, recentemente, com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (2015).

Em 1972, como grande marco à proteção do meio ambiente, foi convocada em Estocolmo, na Suécia, pelo Programa Ambiental da ONU (Unep), a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que reuniu mais de cem países e de quatrocentas instituições governamentais e não governamentais. A ocasião resultou na elaboração do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), na criação da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e no estabelecimento da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano - popularmente conhecida como “Declaração sobre o Meio Ambiente” e “Declaração de Estocolmo”.

Essa Declaração, ao reconhecer a finitude e a importância do meio ambiente para subverter a lógica até então empregada no seu aproveitamento, proclamou que “o homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca (...)” e, por isso, “deve fazer constante avaliação de sua experiência e continuar descobrindo, inventando, criando e progredindo” (ONU, 1972). Para tanto, foi reconhecido que os indivíduos deveriam se atentar para as consequências de suas atitudes, sobretudo em relação ao meio ambiente no que tange à gestão dos recursos naturais e à relação entre o ambiente e o desenvolvimento.

Para elucidar essa atenção, a partir da promoção da preservação do meio ambiente, esse documento estabeleceu diversos princípios, dentre os quais o direito do homem de desfrutar de “condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar”, acrescentando, como obrigação, “proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras” (Princípio 1), a preservação dos recursos naturais como garantia para as gerações presentes e vindouras (Princípio 2) e que o desenvolvimento socioeconômico é condição indispensável “para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida (Princípio 8).

Dez anos após a realização da Conferência sobre Meio Ambiente Humano, o Unep instituiu uma Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Comissão Brundtland (NOBRE; AMAZONAS, 2002, p. 31). Essa Comissão, chefiada por Gro Harlem Brundtland, elaborou, em 1987, o Relatório “Nosso futuro comum” - usualmente conhecido como Relatório Brundtland - que foi responsável por cunhar e difundir o conceito de “desenvolvimento sustentável”, em detrimento do termo “ecodesenvolvimento”, lavrado pelo ex-Secretário Geral da ONU e Diretor Executivo Fundador do PNUMA Maurice Strong, e usado até então. Segundo alguns autores como Ignacy Sachs, as duas expressões retratam a mesma ideia que se fundamenta em uma abordagem harmônica de objetivos de ordem econômica, ambiental e social (VEIGA, 2005, p. 171).

Segundo o “Nosso futuro comum”, o desenvolvimento sustentável pode ser definido como a satisfação das necessidades atuais sem, entretanto, prejudicar a capacidade de suprimento e de satisfação de demandas das próximas gerações. Essa definição proposta foi caracterizada por Gro Harlem Brundtland como um conceito “político” amplo para atingir o “progresso econômico e social” (VEIGA, 2005, p. 113; NOBRE; AMAZONAS, 2002, p. 40).

A fim de cristalizar esse teor político, segundo Nobre (NOBRE; AMAZONAS, 2002, p. 29-42), a força do Relatório Brundtland reside no aspecto vago do conceito de desenvolvimento sustentável proposto. Assim, ao trazer uma resposta aos embates da questão ambiental, o documento propõe que o desenvolvimento e a preservação ambiental não sejam tratados como opostos e, portanto, inconciliáveis.

Além disso, a estratégia do Relatório encontra-se na consolidação da ideia de que o desenvolvimento sustentável não se reduz à problemática ambiental. Com fulcro na solidariedade intergeracional, esse conceito se ampara em três condições, quais sejam o equilíbrio ecológico, o crescimento econômico e a equidade social (GRECO; PAULI; SCHULZ, 2017, p. 38), que evidenciam sua dimensão plúrima. Assim, para além dos fatores ambientais, os sociais e os econômicos mostram-se de grande importância na promoção do desenvolvimento e da qualidade de vida da população.

Posteriormente a esse Relatório, em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - conhecida como Rio 92 - foi ajustada a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nesse instrumento, foram estabelecidos, como princípios, que os indivíduos constituem elementos centrais na preocupação com o desenvolvimento sustentável, de sorte que têm “direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (Princípio 1) e “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras” (Princípio 3).

Nessa Conferência, conjuntamente foi instituída a “Agenda 21 Global”, que compilou as orientações para os avanços sociais, econômicos e ambientais do século XXI. Esse programa, organizado em um documento com quarenta capítulos, constituiu uma tentativa de estabelecer um planejamento global para persecução e concretização do desenvolvimento sustentável, a partir de um novo padrão de gestão do meio ambiente, da população e da economia.

Dentre as matérias contempladas nesse instrumento, destacam-se o “combate à pobreza” (Capítulo 3); a “mudança dos padrões de consumo” (Capítulo 4); a “promoção do desenvolvimento rural e agrícola sustentável” (Capítulo 14); a “conservação da diversidade biológica” (Capítulo 15); o “fortalecimento do papel dos trabalhadores e de seus sindicatos” (Capítulo 29); e a “transferência ambientalmente saudável, cooperação e fortalecimento institucional” (Capítulo 34). A pluralidade das premissas da Agenda 21 e a Declaração do Rio, segundo Feliciano (2002, p. 160-162), limitaram o caráter economicista do modo de produção capitalista por um primado de ordem ética, qual seja o dever de assegurar a qualidade de vida e a satisfação das demandas de diferentes gerações

Na atualidade, a persecução pela concretização do desenvolvimento sustentável, com base na proteção ao meio ambiente e aos recursos naturais,

no combate à pobreza e à miséria e na garantia de paz e prosperidade à população, amparou a elaboração pela Organização das Nações Unidas, em 2015, da Agenda 2030 para Desenvolvimento Sustentável, que abrange dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e cento e sessenta e nove metas.

Estes dezessete Objetivos urgem como um meio integrado de atuação dos Estados e das partes interessadas para transformar a realidade global até 2030, a partir da atuação direcionada às três dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam a econômica, a social e a ambiental, e à solidariedade intergeracional. Dentre os ODS, estão o fim da pobreza e de todas as suas formas, em todos os locais (Objetivo 1); a garantia de uma vida saudável e a promoção do bem estar para todos, independentemente da idade (Objetivo 3); a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, garantindo o emprego pleno e produtivo, bem como o trabalho decente, para todos (Objetivo 8); a redução da desigualdade, seja dentro dos países ou entre eles (Objetivo 10); e a garantia de padrões de produção e de consumo sustentáveis (Objetivo 12).

A trajetória da construção do desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, a sua consolidação como meio de promover melhores condições de vida à população, mostra-se como um grande desafio, já que “desarruma a caixa de ferramentas do economista tradicional” (SACHS, 2015, p. 15-16). Essa percepção fundamenta-se na necessidade de que, para alcançar soluções efetivas para as grandes problemáticas que assolam a agenda internacional - como, por exemplo, a preservação ambiental e as situações de miséria que assolam diferentes partes do globo -, diferentes fatores, como os econômicos, sociais e ambientais, devem ser considerados.

A concepção de desenvolvimento sustentável, no entanto, ao relacionar a solidariedade intergeracional e o suprimento das gerações atuais e futuras, recebeu diversas críticas. Dentre elas, há grande destaque para Amartya Sen cujo posicionamento foi de encontro à ênfase demasiada do Relatório Brundtland - documento responsável por cunhar, institucionalizar e difundir a ideia - às necessidades das gerações, já que as pessoas possuem valores que, se não forem considerados, consolidarão “uma ideia muito insuficiente da humanidade” (Sen, 2004, p. 16-18 *Apud* VEIGA, 2005, p. 166). Nesse sentido,

As pessoas não são apenas pacientes, cujas demandas requerem atenção, mas também são agentes, cuja liberdade de decidir qual valor atribuir às coisas e de que maneira preservar

esses valores pode se estender muito além do atendimento de suas necessidades (VEIGA, 2005, p. 166).

Para Sen (2010, p. 34), a “condição de agente” dos indivíduos está profundamente relacionada à aceção de quem age e gera mudanças, de modo que as suas realizações cristalizam seus valores e propósitos. Assim, esse atributo pessoal não está relacionado à concretização dos objetivos de outras pessoas - como de mandantes, por exemplo - mas seus próprios, podendo promover a ajuda mútua.

Essa condição (SEN, 2010, p. 10), portanto, alia-se à concepção de que a liberdade econômica, social e política deve constituir um comprometimento social, por se relacionar a uma série de direitos e oportunidades que, quando promovidos, auxiliam na garantia da capacidade geral de um indivíduo. Para sua expansão, além do crescimento econômico, Sen (2010 *Apud* VEIGA, 2005, p. 34-35) considera como importantes outras determinantes, como, a título exemplificativo, o acesso à educação e à saúde, o exercício dos direitos e a possibilidade de ingresso no mercado de trabalho.

Nessa perspectiva, a expansão da liberdade deve constituir o principal meio e o principal fim do desenvolvimento (SEN, 2010, p. 55). Esse, para ser promovido, requer a eliminação das principais formas de privação de liberdade, como a pobreza, a tirania, a carência de oportunidades econômicas e a intensa interferência de Estados repressivos (SEN, 2010, p. 16-17).

Esses óbices consolidam a ideia de que a liberdade possui um espectro amplo, abrangendo os processos que viabilizam a aptidão para a realização de ações e a tomada de decisões, bem como as oportunidades dos indivíduos em face de suas situações individuais e sociais que fomentam a capacidade geral pessoal (SEN, 2010, p. 10).

Essa capacidade relaciona-se, sobretudo, à possibilidade de que os indivíduos - enquanto agentes - escolham o tipo de vida que desejam levar (SEN, 2010, p. 32-33), como, por exemplo, a partir da opção pelo emprego que anseiam ocupar. Saliente-se que, para Sen (1999 *Apud* SACHS, 2015, p. 37), o direito ao trabalho, no rol dos direitos humanos, que são indivisíveis e devem ser exercidos efetivamente, encontra-se em um nível especial pelo valor que carrega já que, ao ser realizado de forma decente, torna possível o exercício de outros direitos.

Desse modo, o autor, ao acrescentar à concepção de desenvolvimento a efetivação dos direitos humanos, torna o indivíduo seu elemento central, a fim de garantir o exercício de sua capacidade geral e a expansão das liberdades. Essa concepção reverbera na análise do desenvolvimento sustentável, que,

para além das preocupações relacionadas ao suprimento e à satisfação das necessidades de diferentes gerações, deve considerar a condição de agente e as liberdades como fatores igualmente basilares da discussão.

2 TRAJETÓRIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: APORTES NO TRABALHO DECENTE E NOS EMPREGOS VERDES

A trajetória para a persecução do desenvolvimento sustentável - conceito amplo que abarca a preocupação com as dimensões social, econômica e ambiental, bem como com aspectos próprios do indivíduo, como sua condição de agente e a expansão de suas liberdades - vai ao encontro da elaboração e do fomento de estratégias que confirmam importância a essa pretensão a partir da criação de políticas públicas e instrumentos normativos. Nesse contexto, grande destaque deve ser conferido às organizações internacionais que buscam integrar e/ou combinar a promoção desse ideal aos seus propósitos.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresenta grande relevância já que a sua política normativa está centrada, desde o final da década de 1990 até a atualidade, na promoção do trabalho decente. O surgimento da Organização remonta ao cenário político da primeira metade do século XX em que alguns Estados divergiam acerca da maior ou menor intervenção nas relações sociais, políticas e econômicas (ALVARENGA, 2007, p. 56). Esse organismo internacional urgiu, portanto, a fim de internacionalizar e uniformizar a legislação social e trabalhista para a evolução harmônica dessas normas com vistas à promoção da justiça social e do trabalho em condições de dignidade em uma escala global (OLIVEIRA, 2010, p. 71).

Para Crivelli (2010, p. 59-70), a trajetória da Organização pode ser dividida em três momentos: de 1919 até meados da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a OIT direcionou-se à regulamentação das condições laborais e de emprego, realizando intensa atividade normativa. Posteriormente, de 1944 até o final da década de 1980, a Organização inclinou o seu projeto normativo à atuação e promoção dos direitos humanos fundamentais a partir da regulação protetiva e da elaboração de políticas públicas. Por fim, dos anos 90 até o presente momento, a OIT estabeleceu como novo “marco programático” o trabalho decente, atuando, desde então, para garanti-lo e promovê-lo em patamares globais.

A alteração da orientação da Organização, a partir do estabelecimento do trabalho decente como marco e orientação de suas políticas e projetos, assenta-se, sobretudo, na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998. Esse instrumento estabeleceu, como direitos fundamentais, a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Segundo a OIT, o trabalho decente traduz a orientação de seus programas, convenções e recomendações. Segundo o próprio organismo (OIT, 2008, p. 02), esse trabalho refere-se àquele promovido em patamar de igualdade entre homens e mulheres com condições de liberdade, equidade e segurança. Assim, contempla as expectativas do trabalhador, ao reunir salários satisfatórios, direitos trabalhistas e condições de trabalho adequadas, proporcionando o desenvolvimento pessoal a partir da justiça e da igualdade de gênero.

Desse modo, ao estatui-lo como marco, a OIT centraliza a preocupação com a sua promoção, direcionando, por conseguinte, a sua ação à elaboração e execução de políticas sociais (CRIVELLI, 2010, p. 175). Há, por conseguinte, a confirmação do compromisso da Organização com os trabalhadores, tanto formais quanto informais, sem discriminação, e reitera, por conseguinte, que todos obreiros possuem direitos, independentemente de sua prestação de serviço ser considerada “à margem do mercado de trabalho estruturado” (REIS; MELLO; COURA, 2013, p. 367-368), devendo ser respeitados.

Acerca da aproximação entre trabalho decente e garantia de direitos, alguns autores como Azevedo Neto (2015, p. 60-61), defendem-no como direito humano, uma vez que possui pressupostos negativos e positivos, nos planos individuais e coletivos com elementos endógenos e exógenos.

Em relação aos pressupostos negativos, Azevedo Neto (2015, p. 60-65) afirma que se referem às “políticas globais indispensáveis às atuações locais para a consecução de uma realidade de trabalho decente (...)”. Nesse sentido, esse trabalho apenas pode ser alcançado se, primeiramente, no âmbito individual, houver a erradicação do trabalho escravo e infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação e, no plano coletivo, for assegurada a liberdade sindical e a admissão da negociação coletiva a partir do reconhecimento da celebração de instrumentos como, por exemplo, o acordo coletivo e a convenção coletiva.

Já os pressupostos positivos compreendem os elementos que configuram a relação de trabalho decente, sendo divididos entre endógenos e exógenos (AZEVEDO NETO, 2015, p. 60-65). Entre os primeiros, constituem elementos essenciais a dignidade, liberdade, igualdade, a saúde e segurança e complementares a remuneração justa e a atividade lícita. No que tange aos exógenos, a equidade é essencial e o lazer e a aposentadoria, complementares.

Nesse sentido, para Azevedo Neto (2015, p. 119), a dignidade no trabalho pode ser auferida a partir da somatória entre a liberdade, a igualdade, a saúde e segurança, a remuneração justa, a atividade lícita, a equidade, o lazer e a aposentadoria digna. Desse modo, o autor propõe, como “fórmula simplificada” do trabalho decente, o resultado da associação entre dignidade no trabalho e liberdade sindical, sem trabalho infantil (AZEVEDO NETO, 2015, p. 119).

À luz do exposto, o trabalho decente caminha ao lado da dignidade do trabalho e da liberdade sindical com a supressão de suas piores formas. No entanto, para além da liberdade de associação à entidade de classe, outras liberdades precisam ser apreciadas para uma avaliação ampla.

Inicialmente, ao trabalho - considerado como condição essencial do indivíduo - atribui-se um caráter “libertador” (NASCIMENTO; FERRARI; FILHO, 2011, p. 179) nas dimensões individual e social. No âmbito individual, o seu exercício possibilita a emancipação e a consolidação da identidade do trabalhador, para além da atividade laboral exercida. Com isso, o indivíduo edifica seus ideais e o seus sentimentos de autodeterminação e de pertencimento. Já na perspectiva comunitária, a atividade laboral, para além de prover meios e garantir a subsistência de um núcleo - como o familiar, por exemplo -, promove o estabelecimento de vínculos entre um grupo (ORLANDINI; PALUMA; SOUZA, 2019, p. 68).

Dessa maneira, pelos reflexos do labor na vida do indivíduo, sobretudo na construção de sua identidade e nos seus relacionamentos interpessoais, a eleição da profissão a ser exercida deve ser permeada pela liberdade de trabalho. Essa se relaciona à “atividade legítima e livremente escolhida” (A.A.V. V., p. 161 *Apud* FONSECA, 2009, p. 108) de sorte que, segundo Maria Hemília Fonseca, cada trabalhador possa escolher a sua ocupação, adequadamente regulamentada pelos entes públicos, em consonância com as suas “aptidões e vocações pessoais” (FONSECA, 2009, p. 108).

Já o exercício propriamente dito da atividade de trabalho impacta na consolidação de outras liberdades relacionadas a diferentes aspectos da vida do indivíduo e capazes de conferir dignidade à sua existência. Nesse sentido, sob uma perspectiva desenvolvimentista, a liberdade pode apresentar duas atribuições principais: a constitutiva e a instrumental (SEN, 2010, p. 55).

Para Sen (2010, p. 55), o “papel constitutivo” está relacionado ao “enriquecimento da vida humana” e, por conseguinte, da expansão das liberdades dos indivíduos que é a finalidade precípua do desenvolvimento. Desse modo, essa atribuição integra as capacidades consideradas elementares que abrangem a ausência de situações de fome e subnutrição, bem como a possibilidade de participação política por exemplo.

Assim, ao indivíduo trabalhador, a percepção de um salário adequado e suficiente para o suprimento das demandas relacionadas à alimentação própria e do núcleo por ele mantido, por exemplo, concretizam a referida liberdade. Além disso, a partir da dimensão individual e social do trabalho, pela consolidação de ideias e da inserção em uma comunidade de semelhantes, com reivindicações comuns, fortalecem a mobilização e a consciência política que ecoam, por conseguinte, na participação.

Já o “papel instrumental” da liberdade refere-se ao principal meio do desenvolvimento, que, a partir da interação entre direitos e oportunidades, promovem diferentes liberdades aptas a contribuir para que os indivíduos vivam como desejarem (SEN, 2010, p. 56-58). Segundo Sen (2010, p. 58-60), podem ser consideradas liberdades instrumentais as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora.

Para Sen (2010, p. 58-60), as liberdades políticas incluem direitos civis e políticos relacionados ao exercício democrático. Já as facilidades econômicas referem-se à percepção de recursos econômicos capazes de inserir o indivíduo, por exemplo, no mercado de consumo. As oportunidades sociais possuem relação com as disposições sociais em áreas como educação e saúde. As garantias de transparência dizem respeito às necessidades de sinceridade como as garantias de clareza. Por fim, a segurança protetora toca às questões de segurança social a fim de que a população não seja acometida por miserabilidade e, até mesmo, morte.

O exercício da atividade laborativa, ao reunir a percepção de um salário satisfatório, sem quaisquer formas de discriminações - entre diferentes gêneros, etnias etc. -, possibilita a inserção do indivíduo no mercado de

consumo. Além disso, dentre outros, a tutela conferida pelos direitos sociais trabalhistas e a realização da atividade em condições adequadas, regulamentadas pelos órgãos de proteção, possibilitam segurança ao indivíduo, de modo que, diante de disposições relacionadas ao limite de jornada, ao descanso, ao meio ambiente do trabalho e às situações do risco, aquele não labore exaustivamente até situações extremas que o levem à morte.

Nesse sentido, a expansão das liberdades do indivíduo (SEN, 2010, p. 32-34), como elemento do desenvolvimento, está intrinsecamente relacionado ao exercício do trabalho decente. A melhoria da vida dos indivíduos, a aptidão das pessoas para escolherem suas atividades, da forma que melhor lhes aprouver, e a possibilidade de usufruir das liberdades sociais, econômicas e políticas reiteram a condição de agente do trabalhador.

Diante disso, em consonância com Crivelli (2010, p. 175), o trabalho decente pode ser auferido como

(...) uma ideia-chave que articula, ao mesmo tempo, a noção do direito ao trabalho, a proteção de direitos básicos, a equidade no trabalho, segurança social, uma representação dos interesses dos trabalhadores e, ainda, que o trabalho esteja envolto num meio ambiente social e político associado à noção de liberdade e dignidade humana.

A decência do trabalho está atrelada, portanto, à preocupação com a garantia e a expansão da liberdade para conferir bem estar aos indivíduos, proporcionando a dignidade à pessoa humana trabalhadora e, conjuntamente, ao trabalho realizado.

As dificuldades que permeiam a promoção do trabalho decente constituem desafios a serem enfrentados pelos organismos internacionais e pelos governos, na atualidade. Associada à concepção de desenvolvimento sustentável e, por conseguinte, da pluridimensionalidade do desenvolvimento, a garantia do aspecto “decente” nas relações laborais constitui um desafio já que, para sua promoção, a preocupação com outras questões, tal qual a ambiental, mostra-se equitativamente importante.

Nesse contexto, como estratégia, a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2008, p. 1) propôs a conjugação entre dois grandes desafios da atualidade que são a proteção ao meio ambiente e a concretização do trabalho decente. Para tanto, essa Organização lançou, em 2009, o “Programa Empregos Verdes” a fim de proporcionar mudanças nas empresas, nos ambientes laborais, nos processos produtivos e nos mercados de trabalho a partir da alteração estrutural e sustentável de seus padrões,

reduzindo os impactos negativos à natureza e possibilitando maior bem estar aos trabalhadores pelo exercício da atividade laboral com liberdade, equidade e segurança (OIT, 2009).

Esse padrão diferenciado assenta-se na concepção de “economia verde” que, para o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), refere-se à “melhoria do bem-estar da humanidade e igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente riscos ambientais e escassez ecológica” (PNUMA, 2011). Nesse sentido, esse modelo econômico baseia-se no diálogo entre a preocupação ambiental, a eficiência dos recursos empregados e a inclusão social, a partir do aumento da renda e do crescimento das oportunidades de empregos proporcionados por investimentos - públicos e/ou privados - que diminuam os índices de poluição, emissão de carbono e atentados à biodiversidade (PNUMA, 2011).

Desse modo, o conceito de “economia verde” imprime à economia preocupações relacionadas à alteração dos parâmetros do modelo econômico vigente e à forma de se alcançar satisfatoriamente o crescimento, a partir do paradigma amplo da sustentabilidade. Assim, segundo Pasqualetto (2016, p. 43), essa forma de economia surge como uma “alternativa (desejável) ao uso inadequado do capital”, referindo-se “a um novo modelo de extração, de produção, de distribuição, de consumo, de descarte (...)”.

Esse conceito está alinhado ao proposto pelo desenvolvimento sustentável o qual, com sua pluridimensionalidade, conferiu centralidade ao indivíduo e à preocupação com a qualidade de vida e o suprimento satisfatório das presentes e futuras gerações. Nesse sentido, como meio para promover esse desenvolvimento, o crescimento econômico “limpo” e a redução da pobreza, os empregos verdes confirmam-se como alternativa (OIT, 2008, p. 2-14).

Segundo a Organização, o Programa convergiu seus propósitos em cinco prioridades (OIT, 2009), a saber: 1) Ferramentas para diagnosticar os impactos do mercado de trabalho e para informar a formulação de políticas; 2) Enfoques práticos para o desenvolvimento sustentável de empresas; 3) Promoção de “empregos verdes” no manejo e reciclagem de resíduos; 4) “Empregos verdes” baseados na energia renovável e na eficiência energética e, por último, 5) Criação de empregos e empresas adaptadas à mudança climática.

Para garantir a sua concretização, esses empregos podem estar presentes no meio urbano e/ou rural, abarcando diversas ocupações, independentemente da vinculação jurídica e contemplando desde a atividade manual até a extremamente qualificada. Como um conceito

amplo, esses empregos podem ser criados em países de diferentes níveis de desenvolvimento econômico, abrangendo uma pluralidade de setores e atividades econômicas.

No Brasil, os postos de trabalho que apresentam potencial para a geração desses empregos contemplam áreas como, por exemplo, a geração de biocombustíveis, de energias renováveis e de construção de habitação social. Saliente-se que esses empregos devem observar as alterações do estado da técnica, nos critérios ambiental e social, já que “o que é considerado decente e eficiente ambientalmente em um momento, pode não ser mais no futuro em razão das inovações tecnológicas” (MARTINS; PASCHOALINO; MONTAL, 2019, p. 70).

Além disso, por conjugar diferentes questões globais latentes, o estudo desse Programa deve esmiuçar suas diferentes dimensões. No que tange à ambiental, os empregos verdes direcionam-se à preservação do meio ambiente e da biodiversidade. Para tanto, a preocupação orienta-se à degradação desenfreada, fundada no padrão de gestão predatório empreendido, de modo que a atuação deve alterar-se para estar conforme as estratégias relacionadas à limitação do uso de energia, de recursos, de matérias-primas, bem como à redução das emissões de gases poluidores, à diminuição da contaminação por resíduos e à garantia do equilíbrio do ecossistema (OIT, 2009).

Ressalte-se que a dimensão ambiental dos empregos verdes não deve restringir-se à concepção de natureza, identificada com o meio ambiente natural. Para Pasqualetto (2016, p. 83-84), esse conceito deve ser concomitantemente considerado em suas perspectivas artificial, cultural e do trabalho por constituírem espaços em que a vida humana se desenvolve. Dessa forma, segundo a autora, é possível identificar esses empregos em atividades que promovam a reurbanização de cidades, a restauração de patrimônio histórico e a prevenção de acidentes do trabalho.

Já em relação à dimensão social dos “empregos verdes”, a preocupação concentra-se na significativa exclusão socioeconômica que acomete parte da população em níveis globais. Como alternativa para essa conjuntura, a Organização Internacional do Trabalho estabelece o trabalho decente como meio apto a promover o bem-estar e a dignidade dos indivíduos, de modo que:

O trabalho decente satisfaz as aspirações das pessoas em suas vidas profissionais - por oportunidades e renda; direitos, participação e reconhecimento; estabilidade familiar e

desenvolvimento pessoal; justiça e igualdade de gênero. Em última análise, essas diferentes dimensões do trabalho decente constituem a base para que a paz seja efetivamente estabelecida em comunidades e na sociedade. O trabalho decente é essencial nos esforços voltados à redução da pobreza e é um meio de se alcançar um desenvolvimento sustentável equitativo e inclusivo (OIT, 2008, p. 02).

Para garantir essa modalidade de trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro deve estar em sintonia com os ditames da Organização Internacional do Trabalho, vedando, por exemplo, formas antitéticas, como o trabalho forçado, que está tipificado no Código Penal brasileiro como redução a condição análoga à de escravo.

Nesse sentido, os empregos verdes caracterizam-se pela conjugação da preocupação com o meio ambiente e da promoção do trabalho decente. Para tanto, ao analisar a sua aplicação e concretização, grande atenção deve ser direcionada à qualidade do exercício dos empregos, atestando se o potencial “verde” - aqui compreendido como um reflexo da sustentabilidade em sua perspectiva pluridimensional - contemplou as condições de trabalho, o meio ambiente em que foi exercido e a garantia dos direitos sociais e trabalhistas.

3 O TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO COMO ÓBICE AO TRABALHO DECENTE

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, o trabalho decente constitui um meio para garantir a dignidade ao indivíduo, a partir de condições laborais que reúnam liberdade, equidade e segurança (BRITO FILHO, 2016, p. 56). Integrado ao fomento desse trabalho, a Organização, pela instituição e promoção do Programa Empregos Verdes, se propõe a intensificar a proteção ao meio ambiente.

No entanto, no Brasil, a realidade de crescente desigualdade social, da grande miserabilidade e do aviltamento das condições de trabalho agravam situações de exploração laboral, obstando a concretização do trabalho decente e, por conseguinte, se distanciando da efetivação dos empregos verdes.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2001, p. 13), o controle abusivo nas relações de trabalho constitui uma das formas contrárias ao trabalho decente, junto com o trabalho infantil e o que veda a liberdade sindical, por exemplo. Esse domínio, integrado à desigualdade inerente ao contrato laboral, à coação que vicia a liberdade - sobretudo de

escolha e de trabalho - do indivíduo e à exploração exaustiva da mão de obra, compõe o “trabalho forçado”.

Esse trabalho refere-se a um fenômeno econômico que, com o decorrer do tempo, apresenta novas facetas de exploração, com respaldo na persecução da elevação exponencial da produtividade e, conseqüentemente, dos índices de lucro (OIT, 2001, p. 13-21). Para tanto, a fim de fortalecer o seu combate elevando-o à categoria de prioridade internacional, a Organização Internacional do Trabalho elaborou as Convenções n. 29 e n. 105.

A Convenção n. 29, sobre “Trabalho forçado ou obrigatório”, foi aprovada em 1930 com entrada em vigor, no plano internacional, apenas em 1932. Esse instrumento estabelece, dentre outras disposições, que os Estados-membros da Organização que a ratificarem se obrigariam a extinguir o trabalho forçado ou obrigatório de seus territórios o mais brevemente possível (Artigo 1 - 1). No Brasil, essa Convenção foi ratificada e promulgada em 1957, iniciando sua vigência a partir do ano seguinte.

Já a Convenção n. 105, que dispõe sobre “Abolição ao Trabalho Forçado”, foi aprovada em 1957, tendo entrado em vigor no plano internacional em 1959. Nesse documento, o compromisso de supressão do trabalho forçado ou obrigatório foi reiterado no Artigo 1, vetando seu emprego como (a) medida de coerção; (b) método de utilização de mão de obra para promoção do desenvolvimento econômico; (c) medida disciplinar no trabalho; (d) punição por participação em movimentos grevistas; e (e) medida de discriminação - social, racial, nacional etc. O Governo brasileiro ratificou essa Convenção em 1965, com promulgação e início de vigência apenas em 1966.

No Brasil, o compromisso assumido com a ratificação dessas Convenções foi ao encontro da proibição contida no Código Penal (1943), que vedava a redução a condição análoga à de escravo, sem, no entanto, conceituar a conduta ou dispor das formas de realizá-la. Apesar dessas ratificações sinalizarem avanços normativos, a exploração criminosa do trabalho no meio rural brasileiro não foi obstada, encontrando como “terreno fértil” (COSTA; PRADO; FIGUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p. 03) para a sua prática o cenário de consolidação da cultura do agronegócio.

Durante a década de 1970, a expansão da fronteira agrícola nas regiões Norte e Centro-Oeste do Brasil, impulsionada por programas de incentivos estatais, sobretudo fiscais, encampados pelo governo militar e por campanhas como “integrar para não entregar”, proporcionou a fundação de latifúndios e indústrias na área amazônica (MARTINS, 2016, p. 84). Esse contexto, associado à miserabilidade, à falta de oportunidades de emprego

e à pouca instrução de grupos sociais, consolidou uma realidade de intensa exploração da mão de obra, pelo uso de recursos rudimentares como a peonagem que resultaram na redução a condição análoga à de escravo.

A primeira denúncia por trabalho realizado nessas condições foi em 1971 pelo bispo Dom Pedro Casaldáliga, da Prelazia de São Félix do Araguaia, com a “Carta Pastoral: Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social”. Na ocasião, o pontífice noticiou que, no norte do Mato Grosso, os latifundiários, gerentes e pessoal administrativo das fazendas eram “exploradores da terra, do homem e da política” que, por serem a classe dominante, consideravam o sertanejo “um sub homem, sem direitos” (CASALDÁLIGA, 1971, p. 05-06). Mesmo com as críticas, inclusive da própria Igreja Católica, essa denúncia, ao expor as condições precárias e degradantes suportadas pelos trabalhadores, conferiu, à época, visibilidade ao assunto.

Naquele cenário, a atuação significativa da Comissão Pastoral da Terra (CPT) direcionou-se conjuntamente ao combate da prática, a partir de diversas denúncias acerca da situação do trabalho no meio rural e da redução de trabalhadores. Essa realidade, entretanto, apenas ganhou relevância - política e jurídica - a partir da década de 1990, quando, em 1995, no caso José Pereira perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro reconheceu internacionalmente a existência de trabalho escravo em seu território, comprometendo-se a punir os infratores e a adotar medidas preventivas (NETO, 2008, p. 40; SCAFF, 2010, p. 203).

Após esse reconhecimento, o Estado brasileiro assumiu o combate à prática como política estatal prioritária (NAÇÕES UNIDAS, 2016), o que repercutiu nos avanços relacionados à implementação de ações e ao aperfeiçoamento legislativo. No âmbito das políticas públicas, a partir da década de 2000, a agenda de enfrentamento foi fortalecida, resultando na criação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), em 2003, e das Comissões Estaduais (COETRAEs); na instituição de dois Planos Nacionais de Erradicação do Trabalho Escravo, em 2003 e 2008; e na implantação do Cadastro de Empregadores Infratores.

Esse Cadastro é responsável por divulgar os empregadores - pessoas físicas ou jurídicas - flagrados pela redução de trabalhadores, a partir de decisão transitada em julgado do processo administrativo instaurado a partir dos relatórios de fiscalização dos órgãos competentes. O Cadastro, popularmente conhecido como “Lista Suja”, era publicado periodicamente

pelo Ministério do Trabalho e Emprego sendo, na atualidade, competência do Ministério da Economia¹.

Regida pela Portaria Interministerial MTS/MMIRDH n. 4, de 2016, a Lista Suja torna público por dois anos o nome dos empregadores, com exceção daqueles que firmarem um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou acordo judicial com o Governo. Esses permanecem em uma “área especial” da Lista para demonstrar que estão providenciando as correções e as exigências, o que, se de fato for cumprido, lhes possibilita pedir a exclusão da Lista após um ano.

As últimas atualizações do Cadastro foram em 10 de abril de 2018, 8 de outubro de 2018 e 3 de abril de 2019. A quantidade de empregadores que figuraram na Seção I dessas Listas Sujas são de, respectivamente, cento e sessenta e cinco (165) nomes, duzentos e nove (209) nomes e cento e oitenta e sete (187) nomes. Há, ainda, um único empregador na “área especial”, referente à primeira Lista de 2018.

No que tange à legislação, em 2003, a Lei n. 10.803 alterou significativamente o artigo 149 do Código Penal, a fim de garantir a aplicabilidade e eficácia normativa desse dispositivo. O legislador conferiu uma forma “vinculada alternativa” (FELICIANO, 2004, p. 23) aos modos de execução do delito, de sorte que o bem jurídico protegido foi ampliado, não se restringindo apenas à liberdade, mas contemplando a dignidade da pessoa humana (CORTEZ, 2015, p. 19).

Com essa nova redação, o trabalho em condições análogas à de escravo constitui gênero, dos quais são espécies a submissão a trabalhos forçados, a submissão à jornada exaustiva, a sujeição a condições degradantes de trabalho e a restrição da liberdade de ir e vir do em razão de dívida, usualmente conhecida como “servidão por dívidas”.

Segundo Brito Filho (2016, p. 97), o trabalho realizado com submissão a trabalhos forçados refere-se ao prestado de forma obrigatória, de modo que não decorre da livre vontade do obreiro, que pode ter sido anulada. Já o realizado em regime de jornada exaustiva diz respeito àquele que, independentemente dos limites legais, “cause prejuízos à vida ou à saúde física e mental do trabalhador, exaurindo-o” diante da relação de sujeição estabelecida e da mitigação da vontade do trabalhador (BRITO FILHO, 2016, p. 97).

¹ No Brasil, o Ministério do Trabalho e Emprego foi extinto em 2019 e suas competências foram designadas para outros Ministérios pela Medida Provisória nº 870/2019 convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019. Nessa lei, o art. 31, inciso XXXII prevê, sob a competência do Ministério da Economia, a “fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas”.

O trabalho realizado em condições degradantes impostas pelo tomador de serviços corresponde àquele prestado com “negação de parte significativa dos direitos mínimos previstos na legislação vigente” (BRITO FILHO, 2016, p. 100), instrumentalizando o trabalhador e reduzindo-lhe enquanto sujeito de direitos. Já na servidão por dívida (BRITO FILHO, 2016, p. 104), a liberdade de locomoção do trabalhador é obstada, sendo-lhe vedado deixar o trabalho, mediante coação e outros meios, por conta de dívida lícita ou ilícitamente constituída em face do tomador de serviços e/ou de seus prepostos, revelando, por vezes, um verdadeiro sistema de *truck system*.

Por fim, além desses modos de execução, o artigo 149, no § 1º, prevê que são formas equiparadas ao *caput*, quem, a fim de reter trabalhador no local de trabalho, cerceia o uso de transporte, mantém vigilância ostensiva ou se apodera de seus documentos ou objetos pessoais dos obreiros.

Com esses modos de execução, a redução a condição análoga à de escravo, enquanto exploração desmedida da força de trabalho, consolida uma situação de domínio extremado (BRITO FILHO, 2016, p. 94), para além da mera subordinação jurídica. Fazer frente à essa realidade, segundo Sen (2010, p. 20-21), constitui um grande desafio a ser enfrentado por diversos países que se propõem a alcançar patamares de desenvolvimento.

Sen (2010, p. 20-21) acrescenta que, enquanto necessidade estatal, a liberação desses trabalhadores - do “cativo explícito ou implícito” - concede-lhes acesso ao mercado de trabalho aberto e, portanto, à participação em um intercâmbio econômico, que possui grande importância no seio social.

A liberdade aludida - de participação nos mercados, de escolha da atividade e de movimentação física, por exemplo - proporciona e consagra a “condição de agente” (SEN, 2010, p. 34) dos indivíduos trabalhadores, própria de quem age por seus próprios valores e objetivos. Para ser concretizada, no entanto, é essencial que o exercício laboral seja realizado em condições de igualdade, liberdade, equidade e segurança.

CONCLUSÃO

Esse estudo, pelo recorte metodológico adotado, pretendeu conceituar a noção de desenvolvimento sustentável, a partir da compreensão dos termos desenvolvimento e sustentabilidade, para, enfim, culminar naquele. Nesse sentido, à luz da Economia, o desenvolvimento compreende o crescimento econômico - e outros elementos, dele se

destacando por apresentar um “projeto social próprio”, cuja prioridade são os indivíduos. Já o conceito de sustentabilidade, diz respeito ao equilíbrio e à integração entre diferentes dimensões - como a social, a ética, a ambiental, a econômica e a política - que se propõe a garantir o desenvolvimento e a qualidade de vida.

Nesse cenário, o desenvolvimento sustentável se fortaleceu e, com fulcro em instrumentos internacionais como a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), o Relatório “Nosso futuro comum” (1987), a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e, recentemente, com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (2015), se espalhou. A noção se refere, para além do suprimento das demandas das gerações atuais e futuras e da solidariedade intergeracional, à preocupação direcionada aos indivíduos e à garantia de seu bem-estar.

Segundo Amartya Sen, esse cuidado vai ao encontro da concretização da “condição de agente” dos indivíduos, que lhes assegura direitos e oportunidades que, quando promovidos, auxiliam na garantia de sua capacidade geral. Essa capacidade, para o autor, se relaciona à promoção da liberdade - enquanto fim do desenvolvimento - e da escolha, pelos sujeitos, do tipo de vida que anseiam.

Essa liberdade pode ser auferida, por exemplo, na escolha de ocupar um emprego ou simplesmente deixá-lo. Há de se ressaltar que, conforme exposto, para garantir “condição”, é impreterível que o trabalho seja realizado de forma decente.

Para a Organização Internacional do Trabalho, para além de qualquer conotação moral que o termo “decente” possa abarcar, esse se refere ao exercício da atividade laborativa em condições de igualdade de gênero com condições de liberdade, equidade e segurança, com salários satisfatórios e respeito aos direitos trabalhistas, consistindo em um direito humano.

O trabalho decente, desde meados da década de 1990, constitui o “marco programático” da Organização, de modo que a sua promoção em patamares globais traduz uma prioridade do organismo. Esse marco pode ser percebido a partir das Agendas estruturadas, pelas normas internacionais elaboradas e pela estruturação, por exemplo, de programas estratégicos.

Dentre esses programas, grande destaque deve ser conferido aos empregos verdes, que foram uma tentativa de promover, nas atividades laborativas, a integração de dois desafios latentes da atualidade, quais sejam a preservação do meio ambiente e a promoção do trabalho decente. Diante

disso, esses empregos podem estar presentes no meio rural e urbano, desde as atividades manuais às mais sofisticadas.

Para analisar o óbice à concretização do trabalho decente e, por conseguinte, dos empregos verdes no Brasil, o trabalho forçado - tipificado no ordenamento jurídico brasileiro como redução a condição análoga à de escravo - foi elencado como um dos elementos antitéticos ao trabalho decente, conforme entendimento firmado pela Organização Internacional do Trabalho.

Nesse sentido, observou-se que os elevados índices de uso de trabalho em condições análogas à escravo - atestado a partir dos números de empregadores inseridos administrativamente na Lista Suja - fortalecem uma conjuntura que obsta a promoção do desenvolvimento sustentável. Esse, portanto, urge como um elemento visto como economicamente inviável em face da voracidade pelo aumento dos índices de produtividade e pela redução de custos, que encontram “terreno fértil” na degradação do trabalho e dos trabalhadores, ao violar o direito humano ao trabalho decente e ao reduzir - e, por vezes, suprimir - a “condição de agente” dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R. Z. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. **Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**, Porto Alegre, RS, v. 3, n. 38, p. 56-71, jan. 2007.

AZEVEDO NETO, P. T. **O trabalho decente como um direito humano. São Paulo: LTr, 2015.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 mai. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003.** Altera o art. 149 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.803.htm. Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.

BRITO FILHO, J. C. M. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno.** São Paulo: LTr, 2016.

CASALDÁLIGA, P. **Carta pastoral.** 10 de outubro de 1971, São Félix do Araguaia. 30 f. Retrata a realidade de conflitos entre a cultura latifundiária e a marginalização social.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CORTEZ, J. C. **Trabalho Escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

CRIVELLI, E. **Direito internacional do trabalho contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2010.

DESENVOLVIMENTO sustentável: uma utopia? Entrevista com José Eli da Veiga. 2017. Disponível em: <https://vimeo.com/213773884>. Acesso em: 22.03.2019.

FELICIANO, G. G. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002.

FELICIANO, G. G. Redução à condição análoga à de escravo, na redação da lei n. 10.803/03, **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, v. 4, n. 25, p. 21-33. abr./mai. 2004.

FONSECA, M. H. **Direito ao Trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: LTr, 2009.

FREITAS, J. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, C. Os desafios da nova geração. **Revista de Economia Política**, vol. 24, n. 4 (96), out./dez. 2004.

GRECO, L. F.; PAULI, R. I. P.; SCHULZ, J. R. S. Incentivos governamentais e demanda por empregos verdes nos setores público e privado do Brasil. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, Rio de Janeiro, vol. 27, p. 36-47, 2017. p. 38.

MARTINS, J. S. **Fronteira**: a degradação do Outro nos confins do humano. São Paulo: Editora Contexto, 2016.

MARTINS, J. C.; PASCHOALINO, J. B. Q.; MONTAL, Z. M. C. (Orgs.). **Trabalho, cidadania e inclusão social: diálogos interdisciplinares**. v. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Trabalho escravo**. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2017.

NASCIMENTO, A. M.; FERRARI, I.; FILHO, I. G. S. M. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NETO, V. P. **Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo**. São Paulo: LTr. 2008.

NOBRE, M.; AMAZONAS, M. C. (Orgs.). **Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito**. Brasília: IBAMA, 2002.

OLIVEIRA, S. G. **Proteção jurídica a saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2010.

ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano** (Declaração de Estocolmo), adotada em junho de 1972.

ONU. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento** (Declaração do Rio), adotada em junho de 1992.

ONU. **Transformando Nosso Mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

OIT. **Empregos verdes: trabalho decente em um mundo sustentável, com baixas emissões de carbono**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2008.

OIT. **Não ao trabalho forçado**. Genebra: Oficina Internacional do Trabalho, 2001.

OIT. **Programa empregos verdes**. 2009. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229629.pdf. Acesso em: 20 jul.2017.

ORLANDINI, M. L. S. R.; PALUMA, T.; SOUZA, A. M. A. (Orgs.). **Desafios do trabalho contemporâneo**. Uberlândia: UFU, 2019.

OXFAM. **Equilíbrio o jogo!** É hora de acabar com a desigualdade extrema. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/equilibrio_o_jogo_2014_1.pdf. Acesso em: 26 mar.2019.

PASQUALETO, O. Q. F. **A proteção do trabalhador nos trabalhos verdes**. 2016. 171 f. Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

COSTA, C. M. L.; PRADO, A. A.; FIGUEIRA, R. R.; CERQUEIRA, G. C. (Orgs.) **Trabalho escravo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

PNUMA. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza - Síntese para Tomadores de Decisão**. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/256341/mod_resource/content/1/economia_verde_pnuma.pdf. Acesso em: 13.04.2019.

REIS, D. M.; MELLO, R. D.; COURA, S. B. C. (Coords.). **Trabalho e justiça social: um tributo à Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.

SACHS, I. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2015.

SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SCAFF, L. C. M. Estudo do caso José Pereira: o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Acadêmica Direitos Fundamentais**, ano 4, n. 4. 2010.

SEN, A. K. “Por que é necessário preservar a coruja-pintada”, **Folha de São Paulo**, 14 mar. 2004, caderno Mais!, p. 16-18.

SEN, A. K. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SEN, A. K. **Development as freedom**. New York: Alfred A, Knopf, 1999.

AA.VV, Derecho del trabajo y de la seguridade social em la Constitución. In AA.VV (edición preparada por Manuel Ramírez). **Estudios sobre la Constitución española de 1978.**

VEIGA, J. E. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

REGIME TRIBUTÁRIO DA EXTRAFISCALIDADE E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

TAX SYSTEM OF EXTRAFISCALITY AND THE PROMOTIONAL FUNCTION OF LAW

Mario Augusto Carboni*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Extrafiscalidade e função promocional do Direito. 2 Extrafiscalidade como instrumento interventivo do Estado. 3 Fundamento constitucional teleológico da extrafiscalidade. 4 O regime jurídico da extrafiscalidade na Constituição Federal. 4.1 Conformação da norma tributária extrafiscal aos elementos teleológicos constitucionais na ordem econômica e social. 4.2 Conformação da norma tributária extrafiscal às limitações constitucionais do poder de tributar. 5 Limites e possibilidades de discriminação pela norma tributária extrafiscal. 5.1 A norma tributária extrafiscal e a categorização de contribuintes: discriminação em relação a finalidades constitucionais. 5.2 A norma tributária extrafiscal sob a égide da capacidade contributiva. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo se propõe a investigar os elementos de fundamentação da extrafiscalidade no campo jurídico-constitucional de acordo com a teoria funcional do direito, com o fim de identificar o contorno jurídico da função promocional no contexto da norma tributária.

Palavras-chave: Extrafiscalidade. Norma tributária. Teoria funcional.

ABSTRACT: *This paper aims to investigate the elements of the grounds for extrafiscality in the legal-constitutional field according to the functional theory of law, in order to identify the legal outline of the promotional function in the context of the tax rule.*

Keywords: *Extrafiscality. Tax law. Functional theory.*

* Doutor pelo Departamento de Direito Tributário, Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Mestre pelo Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP; Pós-graduado em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/SP. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília-UnB. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Pesquisas acadêmico-jurídicas na Universidade de Modena e Reggio Emilia- Itália, na Universidade de Barcelona-Espanha e na Universidade de Lyon III - França. Procurador da Fazenda Nacional; Coordenador-Geral de Assuntos Previdenciários. Presidente da Câmara de Recursos da Previdência Complementar. Docente no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Docente convidado nos cursos de pós-graduação em Direito da Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP, Pontifícia Universidade Católica-PUC/SP, Escola Superior de Direito-ESD, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social - CEDES/SP. Foi docente na Universidade Estadual Paulista - UNESP, na Universidade de Ribeirão Preto-SP e no Centro Universitário UniSEB. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da USP.

Artigo recebido em 08/10/2019 e aceito em 30/10/2019.

Como citar: CARBONI, Mario Augusto. Regime tributário da extrafiscalidade e a função promocional do Direito. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 217-242. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

A extrafiscalidade pode ser tomada como um dos canais de intervenção do Estado na ordem econômica e social por meio do exercício do poder de tributar.

Tanto o fenômeno da intervenção no domínio econômico quanto o fenômeno da tributação encontram suas linhas-mestras traçadas no texto constitucional, de modo que inspira uma investigação mais profunda sobre os fundamentos da extrafiscalidade no seio constitucional e sua conformação jurídica às normas do sistema tributário nacional.

O presente texto se propõe a tecer considerações sobre a teoria funcional do direito com vistas a evidenciar a natureza promocional que envolve a fundamentação da extrafiscalidade sob seu ponto de vista jurídico-constitucional.

O direito tributário é colocado primordialmente como instrumento do Estado Fiscal com vistas à arrecadação de receitas para fazer face às despesas públicas. Todavia, muitas vezes é utilizado como instrumento da realização dos objetivos constitucionais sociais e econômicos. Neste ponto se insere a configuração de um regime jurídico da extrafiscalidade.

Inicialmente o trabalho se dedica a conectar a hermenêutica das normas jurídicas com seu aspecto funcional e, para além do sentido sintático e semântico fechado do sistema jurídico, partir para maior amplitude cognitiva levando em conta, imprescindivelmente, a finalidade juspromocional e o contato da linguagem prescritiva do Direito com os aspectos multidisciplinares da pragmática.

Posteriormente dedica-se à análise da extrafiscalidade como fenômeno que se verifica pela utilização das normas jurídicas tributárias como instrumento de intervenção do Estado na ordem econômica e social, com vistas à promoção de finalidades fundamentadas em valores do bem comum.

A seguir a investigação procura identificar que no ordenamento jurídico brasileiro a extrafiscalidade tem fundamento constitucional, o que se extrai a partir da análise das normas e diretrizes que compõem o traçado do sistema tributário nacional e sua conexão com vetores axiológicos e programáticos veiculados nas normas sobre a ordem econômica e social e de garantias dos direitos fundamentais.

Nesse sentido torna-se necessária a busca pelos elementos e características que se atrelam à construção hermenêutica do regime constitucional da extrafiscalidade em contato com as normas fundamentais que constituem o regime constitucional dos tributos.

Atingido esse desiderato o trabalho passa a analisar os limites e possibilidades da utilização de critérios de discriminação pelas normas extrafiscais à vista da isonomia tributária.

1 EXTRAFISCALIDADE E FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

O estudo do Direito não pode se restringir apenas ao campo sintático e semântico das normas jurídicas e passar ao largo da interdisciplinaridade com as demais ciências humanas e sociais, especialmente porque o fenômeno jurídico compõe um subsistema dentro do sistema social como um todo, ao lado da sociologia, psicologia, antropologia, economia, dentre outros.

E nesse âmbito dos estudos sobre a Teoria Geral do Direito calha trazer à consideração reflexões relativas à teoria funcionalista às luzes do pensamento bobbio.

A teoria funcionalista do Direito não nega a teoria tradicional estruturalista representada pelo seu máximo expoente Hans Kelsen em sua teoria pura do direito. Pelo contrário, a teoria funcionalista complementa e agrega mais um elemento à teoria geral do direito, consistente na revelação de um substrato funcional ao direito de promoção social.

Assim, o Direito pode ser analisado sob um ângulo interno jurídico direcionado pela teoria estruturalista e ao mesmo tempo contempla uma análise funcional sob o ângulo da inter-relação do Direito com os demais subsistemas sociais num viés impuro, mas essencial à compreensão do fenômeno jurídico como fenômeno social diferenciado pela sua função promocional.

Segundo Norberto Bobbio, principal teórico do funcionalismo jurídico, a função promocional do Direito é o aspecto que o diferencia dos demais subsistemas sociais, sendo que essa promoção evidencia-se por meio de sanções positivas previstas nas normas jurídicas incentivadoras e premiadoras que direcionam e encorajam a promoção e realização de atos socialmente desejáveis (BOBBIO, 2007, p. 23-32).

Tomando-se a macro dicotomia entre direito público e privado, espera-se no campo privado que o Direito promova em última análise a coexistência e a convivência dos interesses dos indivíduos na sociedade garantindo-se a atuação da liberdade individual, ao passo que, nas normas de direito público, a função promocional evidencia-se no direcionamento de interesses divergentes no seio da sociedade ao escopo comum proposto pelo Estado, a exemplo de progresso e desenvolvimento

social, econômico, dentre outros desideratos direcionados à realização finalística do bem comum.

A análise do Direito em seus aspectos estruturais e funcionais permite compreender, respectivamente, seu papel de controle social cujo ordenamento jurídico revela um caráter protetor-repressivo¹ (BOBBIO, 2007, p. 12-14), próprio de um Estado garantista sob o viés jurídico estrutural, bem como seu papel como instrumento de direção social (BOBBIO, 2007, p. 79) com ordenamento jurídico também promocional, próprio de um Estado dirigista que visa a promoção e estímulo de condutas socialmente esperadas.

Como decorrência dessas considerações, como dito nas notas introdutórias, é preciso conectar a hermenêutica das normas jurídicas com seu aspecto funcional e chegar num patamar amplo-cognoscitivo que adote a finalidade juspromocional e o contato da linguagem prescritiva do Direito com os aspectos multidisciplinares da pragmática.

Partindo-se desse pressuposto funcional, no campo da liberdade das condutas possíveis e não proibidas e firme no sentido do caráter promocional do Direito, torna-se possível justificar o Direito Tributário como instrumento que por meio de normas jurídicas, além de regular o poder de tributar com vistas à satisfação do interesse arrecadatório do Estado Fiscal e em proteção às garantias e liberdades fundamentais dos contribuintes, apresenta-se hábil e capaz de revelar e conduzir certa matiz jusfuncional incentivadora ou indutora de comportamentos.

Indução está travada no sentido de direcionar a promoção e a realização de atos socialmente desejáveis segundo os vetores programáticos e os valores constitucionalmente albergados.

Fica evidente, então, que as normas tributárias são verdadeiros e poderosos instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica e social.

Importa recordar que os paradigmas do Estado Social e Democrático de Direito exigem uma conduta estatal ativa de intervenção no campo econômico, capaz de regular as atividades privadas para a própria garantia dos ideais comuns e do sistema de produção que dão suporte às relações sociais e ao modelo de Estado constituído.

Assim, considerando a necessidade de garantia do próprio modelo capitalista, o planejamento intervencionista do Estado na ordem social e econômica apresenta-se imprescindível para não permitir a hegemonia de forças econômicas estabelecidas que se voltam à realização de interesses

¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de Teoria do Direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 12-14.

exclusivamente particulares e egoístas (BURDEU, 1957, p. 467-468), em prejuízo das múltiplas premissas de liberdade, solidariedade, cooperação, livre iniciativa e de concorrência próprias do sistema de produção, além de garantir em última análise a liberdade de todos e a dignidade da pessoa humana (BECKER, 2007, p. 625).

Nesse ponto é que ingressa no debate a questão da extrafiscalidade dos tributos que, desde longa data, é objeto de reflexões pela doutrina e pela jurisprudência nacionais e internacionais e que possibilita o delineamento com maior clareza a respeito do caráter instrumental das normas tributárias no sentido promocional do Direito.

A extrafiscalidade é antes de tudo um fenômeno que se verifica na utilização das normas jurídicas tributárias como instrumento da promoção do bem comum ou de finalidades fundamentadas em valores do bem comum.

Por meio da indução de condutas positivas ou negativas dos contribuintes realizada por intermédio dos tributos busca-se a realização e alcance pragmático dos elementos axiológicos fundantes da ordem constitucional que devem nortear as ações do Estado e de toda a sociedade, para atingir em última análise o bem social e econômico.

Logo, a extrafiscalidade está ligada à ideia de função criadora ou modificadora do Direito em conjunto com os ideais de democracia social que fundamentam e dotam a norma jurídica tributária como autêntico instrumento que possibilita disciplinar e criar uma nova ordem econômico-social desejada pacificamente, prescindindo-se de lançar mão de recursos revolucionários (BECKER, 2007, p. 626-627).

2 EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO INTERVENTIVO DO ESTADO

A formulação do conceito jurídico doutrinário da extrafiscalidade impõe seja identificado na designação desse fenômeno “o emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política” (ATALIBA, 1968, p. 151).

Fica evidente no conteúdo semântico da extrafiscalidade a sua inserção como mecanismo atrelado ao planejamento intervencionista do Estado na ordem econômica e social.

Por este mecanismo, sem desconsiderar outros meios diretos ou indiretos também interventivos estatais, utiliza-se a norma jurídica de

natureza tributária para fins de indução de comportamentos desejados ou inibição de condutas indesejadas e não proibidas pelo direito positivo no seio econômico e social.

A doutrina alemã apresenta nesse mesmo sentido o delineamento jurídico da extrafiscalidade, pois verifica-se o tratamento do tema sob os auspícios da distinção entre as normas com finalidade fiscal [Fiscalzwecknormen] que visam à arrecadação ou repartição de cargas fiscais [Lastenausteilungsnormen], ao lado das normas dirigentes ou de intervenção [Lenkungsnormen] que não apresentam preponderantemente a finalidade fiscal arrecadatória [Nichtfiscalzwecknormen] (VELLOSO, 2010, p. 294).

De se registrar que intervenção estatal pela norma tributária, a par da intencionalidade das normas extrafiscais, pode decorrer também da tributação meramente fiscal que tem por intenção preponderante a arrecadação de recursos financeiros para o Estado Fiscal.

Os tributos fiscais podem induzir, mesmo que involuntariamente, a conduta dos contribuintes, por exemplo para evitar o fato gerador de certo tributo novo ou agravado (SCHOUERI, 2005, p. 10), o que configura hipótese de tributo intencionalmente fiscal, mas com efeito indutor na economia (SCHOUERI, 2005, p. 29).

Há interessante distinção atribuída na doutrina portuguesa quanto à extrafiscalidade em sentido estrito e extrafiscalidade em sentido amplo.

A primeira contempla a extrafiscalidade em seu sentido próprio acima declinado, como conjunto de normas jurídico-tributárias que tem como finalidade principal ou dominante a promoção de certos resultados sociais ou econômicos.

De todo modo, pode-se considerar um rol mais amplo da extrafiscalidade que abarque a generalidade das normas fiscais de tributação ou não-tributação que veiculem finalidades extrafiscais acessórias ou mesmo que acabem produzindo secundariamente efeitos econômicos e sociais, situações que são frequentemente detectadas quando se analisam as normas tributárias e seus efeitos pragmáticos (NABAIS, 2009, p. 629-630).

Em suma, há ao lado das normas de caráter tipicamente extrafiscal outras normas tributárias das quais decorrem efeitos extrafiscais. Como visto, efeitos extrafiscais podem decorrer de qualquer norma tributária, mesmo daquelas tipicamente fiscais.

O elemento-chave que configurará uma norma tributária como extrafiscal será a presença de sua finalidade autorizadora do

exercício da competência tributária para que se atinja determinado fim constitucionalmente tutelado (CALIENDO, 2013, p. 171-206).

E mais, acrescente-se a esse arcabouço conceitual doutrinário que é plenamente possível, e não excludente, a convivência da finalidade fiscal arrecadatória do Estado ao lado da finalidade extrafiscal no mesmo tributo de modo consciente e desejado.

Segundo Lapatza não se pode definir tributo renunciando a análise de seus fins, reconhecendo como finalidade geral do tributo o sustento dos gastos públicos, visto esse sob viés do financiamento próprio dos gastos da máquina pública sustentado pelo fim arrecadatório da tributação (LAPATZA, 2007, p. 149-150).

De se considerar também o sistema tributário como instrumento da política econômica e social do Estado capaz de gerar efeitos no nível e na distribuição equitativa do gasto público pelo desestímulo ou incentivo de determinadas atividades econômicas que interferem na marcha da economia.

Sob o viés finalístico denomina-se de extrafiscal o tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais ou estruturais da economia.

Para tanto, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a possibilidade de estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses prevalentes da coletividade fundados em finalidades constitucionais.

Aqui tem espaço uma tributação que não se revela neutra, a exemplo dos tributos marcados pelo regime progressivo (MANZONI, 1965, p. 21-25) ou regressivo, ou também pela concessão de benefícios e incentivos fiscais.

Com base na qualidade extrafiscal que os tributos podem assumir, Schoueri cuida das normas tributárias indutoras ou com efeitos indutores, indicando que a tributação não visa somente à cobertura das necessidades financeiras do Estado, mas também se dirigem a corrigir a repartição das rendas, garantir a livre-concorrência, reconhecendo que “a extrafiscalidade impõe a tributação para que o Estado obtenha efeitos não arrecadatórios, mas econômicos, políticos e sociais, na busca dos fins que lhe são impostos pela Constituição” (SCHOUERI, 2005, p. 327-337).

Diante dessas considerações teleológicas do tributo, fica evidente que, no âmbito das condutas não proibidas pelo ordenamento jurídico e evitando o custo e o risco de malferimento à liberdade material garantida

constitucionalmente, as normas tributárias de matiz extrafiscal são meios poderosos à disposição do Estado.

Pela extrafiscalidade forja-se poderoso instrumental para o planejamento intervencionista estatal, como alternativa estrategicamente democrática à norma proibitiva de certo comportamento que não realize objetivo socialmente desejado.

Os efeitos econômicos da tributação permitem a utilização do tributo como instrumento eficaz para implementação de políticas sociais e econômicas, ultrapassando as raias do interesse meramente arrecadatário fiscal, estimulando ou desincentivando comportamentos ou setores econômicos (SILVA, 2015, p. 28).

Um ponto que deve ser objeto atenção é a indução de comportamentos pelo viés dos objetivos sociais, a qual pode admitir o afastamento da política tributária da justiça fiscal para fins de realização da justiça social e acarretar distúrbios ao princípio da isonomia, bem como afetar a competitividade dos contribuintes empresariais (ZILVETI, 2010, p. 314-316).

Klaus Tipke e Joachim Lang apontam a necessidade de que a norma tributária com finalidade social, por ensejar desvios da capacidade contributiva, estribe-se em princípio justificativo para a preferência ou prejuízo tributários, o qual se sustenta diante de necessidade da econômica da medida para atingir certa finalidade constitucional, assim como diante da busca do bem comum e do merecimento nos favorecidos nos casos de medidas incentivadoras (TIPKE, 2008, p. 229-232).

Dessa forma, para evitar que existam distorções à justiça fiscal e à isonomia de tratamento dos contribuintes, a norma tributária extrafiscal deve conformar-se às normas fundamentais do sistema tributário constitucional, encontrando espaço de atuação segundo as diretrizes determinadas pelo poder constituinte, conforme análise empreendida em tópico abaixo.

Nesse sentido a norma extrafiscal possibilita a implementação de política fiscal orientada pelas exigências das políticas públicas relacionadas à realização dos direitos fundamentais sociais e econômicos constitucionalmente garantidos.

Nesse afã as normas tributárias extrafiscais podem cumprir um papel reformador, induzindo os agentes econômicos e sociais a pautarem seus comportamentos em determinado sentido desejado para o atingimento das finalidades das políticas públicas implementadoras dos programas constitucionais, que tem por fim último o bem comum em sentido amplo.

Esse efeito indutor positivo ou negativo de comportamentos sociais e econômicos das normas tributárias extrafiscais também pode cumprir papel conservador (BECKER, 2007, p. 631), de balanceamento e garantia do modelo econômico adotado constitucionalmente, ou seja, o regime capitalista social-liberal.

Com efeito, a ideia de conservadorismo do regime capitalista liberal de produção, encontrada inclusive nas proposições keynesianas, identificam a necessidade do intervencionismo estatal, com caráter compensatório, corretivo ou suplementar, paralisando-se no momento em que se atinja uma situação de pleno emprego (FALCÃO, 1957, p. 15-16).

Referida situação demonstra-se plenamente factível diante do instrumento da extrafiscalidade encaixada como meio de intervenção indireta do Estado para realização de finalidades sociais e econômicas imprescindíveis à garantia e desenvolvimento do modelo econômico adotado constitucionalmente.

3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL TELEOLÓGICO DA EXTRAFISCALIDADE

No ordenamento jurídico brasileiro a extrafiscalidade tem fundamento constitucional, o que se extrai a partir da análise das normas e diretrizes que compõem o traçado do sistema tributário nacional e sua conexão com vetores axiológicos e programáticos veiculados nas normas sobre a ordem econômica e social e de garantias dos direitos fundamentais.

As normas constitucionais hodiernas ultrapassam o referencial tradicional de organização do Estado e dos seus Poderes [Constituição do Estado], a contemplar também a organização econômica e social [Constituição da Sociedade], o que se denota pelo tratamento dado aos direitos fundamentais e de sua projeção vertical e horizontal em direção às múltiplas relações sociais (GRECO, 2005, p. 170-172).

Na esteira dessa Constituição abrangente deve ser atribuída relevância impar aos objetivos fundamentais da República na Constituição Federal de 1988, com destaque à solidariedade social, ao lado da liberdade e da justiça (GRECO, 2005, p. 171-175).

A liberdade tem sentido estabilizador de garantia e proteção dos cidadãos e do próprio Estado, ao passo que a solidariedade, revestindo-se da mesma relevância fundamental, apresenta sentido modificador ou transformador nas searas da criação, modificação, interpretação e aplicação do Direito.

O perfil constitucional identificado no diploma fundamental de 1988 coloca a tributação e as normas de direito tributário em horizonte que ultrapassa o cipoal limitador do poder de tributar pela Constituição.

Há, entretanto, a dotação do tributo com foco transcendente à finalidade fiscal de financiamento das atividades estatais para também contemplar a sua justificação conforme os objetivos da República, no sentido da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (GRECO, 2005, p. 176-177); considere-se ainda a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Frise-se que o Estado brasileiro, e por lógica a tributação decorrente do exercício do poder inerente, encontram fundamentos nos ideais e ditames da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Dessa forma, fica evidente que os objetivos constitucionais da República, e especificamente os objetivos e programas sociais e econômicos encampados no texto constitucional condicionam as ações estatais em todos os seus níveis.

Também as normas do Direito tributário, decorrentes desse regime constitucional, necessitam ser implementadas e interpretadas não apenas em função da liberdade, no seu viés protetivo, mas também como poderoso instrumento em função da realização dos objetivos constitucionais como elemento indissociável da função promocional do Direito.

Pode-se entender que a tributação não se sucumbe a exercer um papel neutro quando se está diante da necessidade de se implementar os objetivos constitucionais traçados na organização do Estado e da Sociedade.

É evidente o papel ativo do exercício do poder de tributar, direcionado à busca de recursos financeiros diante de manifestações de capacidade contributiva para realização dos objetivos constitucionais (MANZONI, 1965, p. 20-26).

Nesse terreno a extrafiscalidade tem relevante potencial como instrumento à disposição do Estado para cumprir seus objetivos constitucionais.

O campo das normas do sistema tributário nacional encontra-se repleto de normas de pretensão extrafiscal conectadas com as finalidades e objetivos constitucionais, o que permite evidenciar o regime da extrafiscalidade no bojo do regime jurídico tributário constitucional.

Para fins de desvendar o regime das normas extrafiscais na Constituição Federal importa partir da ideia de que o constituinte originário pautou uma Constituição dirigente e minudente na busca do equilíbrio entre os modelos capitalista-liberal e o intervencionista-social como forma de garantia da preservação dos elementos essenciais do sistema capitalista de produção.

Assim, a tributação se reveste da extrafiscalidade em hipóteses que demonstrem necessário incentivar ou desestimular determinado comportamento no mercado econômico ou na sociedade com vistas à manutenção do equilíbrio entre os objetivos e finalidades encampados pela Constituição Federal.

A extrafiscalidade pode ser vista no seio do grande dilema constitucional de garantir e promover o desenvolvimento dos fatores de produção tanto sob o viés da força do capital como também, em contraponto, sob o viés da satisfação dos anseios e necessidades sociais.

Seguindo as diretrizes de Guilherme Mendes, pode-se dizer que a procura pela identificação das normas com caráter extrafiscal no sistema tributário nacional revela a existência de categorias de normas autorizativas, impositivas ou bloqueadoras da extrafiscalidade (MENDES, 2009, p. 196-202).

A classificação apresentada possibilita diferenciar as normas tributárias extrafiscais conforme o grau de discricionariedade do legislador tributário para estimular e ou desestimular comportamentos à vista de certos valores e finalidades albergados no texto magno.

No citado plano classificatório tem-se como normas autorizativas da extrafiscalidade aquelas que estão à disposição do poder de tributar para atingir certa finalidade como as relativas à seletividade do ICMS, progressividade no tempo do IPTU e a possibilidade de incentivos fiscais regionais pela União.

Amolda-se nessa categoria também a medida tributária prevista constitucionalmente no §13, do art. 195, da Constituição Federal, que prevê a desoneração da folha de salários e demais rendimentos dos agentes econômicos por meio da substituição da base de cálculo da contribuição previdenciária para recair sobre a receita bruta.

Já as normas impositivas extrafiscais são aquelas que obrigam o Estado à utilização do tributo com a finalidade intrinsecamente relacionada, como, por exemplo, o ITR em função da produtividade da propriedade rural, bem como o tratamento diferenciado e favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como a seletividade do IPI.

Por fim, as normas bloqueadoras da extrafiscalidade evidenciam-se nas hipóteses em que esta não tem espaço de atuação, a exemplo das normas de imunidades, bem como na vedação de privilégios fiscais às empresas estatais não extensíveis ao setor privado e a não-cumulatividade do IPI e ICMS no sentido de imposição da neutralidade fiscal.

4 O REGIME JURÍDICO DA EXTRAFISCALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pelo que se expôs até aqui e levando em conta os elementos que compõe o conceito de extrafiscalidade em seu sentido jurídico torna-se indene de dúvidas sobre a adoção juspositiva dessa figura no ordenamento jurídico nacional em sede constitucional.

Por óbvio que sendo extrafiscalidade instrumento ou mecanismo intrinsecamente relacionado à tributação exige-se sua fundamentação no âmbito do regime jurídico constitucional, posto que a matiz justificadora e conformadora do poder de tributar encontra seu delineamento e sustentáculo na norma constitucional.

Ao se debruçar sobre o texto constitucional ou mesmo sobre as normas gerais de direito tributário, a exemplo do Código Tributário Nacional, não se verificará o tratamento expresso e minudente a respeito da extrafiscalidade, senão em previsões esparsas abrigadas em hipóteses constitucionais teleológicas, conforme analisado alhures.

De todo modo é premente assentar o regime constitucional da extrafiscalidade para se verificar os seus limites e possibilidades como instrumento de planejamento interventivo do Estado por meio de normas tributárias no sentido da promoção de finalidades constitucionalmente albergadas.

4.1 Conformação da norma tributária extrafiscal aos elementos teleológicos constitucionais na ordem econômica e social

O ponto de partida para se buscar a conformação constitucional da extrafiscalidade é a ideia de que ela está relacionada ao exercício do poder de tributar, bem como que pode ser analisada sob a ótica de mecanismo de intervenção estatal na ordem econômica e social, e, por fim, encontra-se fundamentalmente atrelada a finalidades constitucionais.

Desse modo, a referência hermenêutica do regime jurídico constitucional da extrafiscalidade deve direcionar-se a partir das normas

jurídicas que tratam do papel econômico e social do Estado, das finalidades tuteladas pela Constituição Federal e do sistema tributário nacional.

Esclarecedora a lição de Lapatza que advoga no sentido de que a tributação extrafiscal deve respeitar as exigências mínimas do princípio da capacidade, os fins colimados pelo legislador devem ser correspondentes aos fins pretendidos e amparados pela Constituição, bem como que a consecução de tais objetivos deve ser reservada ao Estado e demais entes públicos de modo que possa influir ou refletir no nível de gasto público ou em sua distribuição, direta ou indiretamente (LAPATZA, 2007, p. 150).

O papel do Estado na ordem econômica é preponderantemente de agente normativo e regulador, devendo exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, conforme se extrai do artigo 174 da Constituição Federal.

A exploração direta de atividade econômica pelo Estado, com ressalva das autorizações constitucionais, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

No que diz respeito a essa atividade interventiva do Estado na ordem econômica importam as disposições do artigo 170 da Constituição Federal, o qual estabelece seja a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a dignidade da existência de todos, pautada nos ditames da justiça social.

Determina o referido dispositivo constitucional que a ordem econômica seja orientada pelos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Citam-se também os princípios da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país.

De outra sorte, na ordem social e considerando os paradigmas do Estado Social e Democrático de Direito, a Constituição exige papel ativo do Estado para a garantia material dos direitos fundamentais sociais tendo como suporte o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social.

Incumbirá ao Estado cumprir as disposições e programas constitucionais na ordem social com a finalidade de promover e garantir a realização dos direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros direitos fundamentais sociais albergados pela Constituição Federal.

As disposições constitucionais relativas à ordem econômica e social dão as diretrizes e balizas para o desenho do regime constitucional da extrafiscalidade.

Assim, a extrafiscalidade como instrumento de intervenção do Estado por meio de normas tributárias, deve observar os limites de sua aplicação conforme os objetivos e princípios que embasam a ordem econômica e social, conformando-se sua existência e validade às finalidades constitucionais decorrentes da atuação estatal na economia e na sociedade.

4.2 Conformação da norma tributária extrafiscal às limitações constitucionais do poder de tributar

Por sua vez, no que se refere às normas do sistema tributário nacional a revelação do regime jurídico constitucional da extrafiscalidade exige a identificação e análise das normas conformadoras do poder de tributar relativamente à competência tributária, ao regime constitucional dos tributos e ao núcleo dos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

Nesse ponto impende afirmar que “se o instrumento escolhido para o exercício das faculdades regulatórias da atividade econômica ou social forem os tributos, o regime jurídico que lhes é peculiar incidirá plenamente” (ATALIBA, 1968, p. 166).

Assim, a utilização do tributo é sempre limitada pelos princípios constitucionais específicos e gerais, seja para qualquer finalidade com o qual é empregado, fiscal ou extrafiscal.

Na senda tributária, o primeiro ponto que merece enfoque ao se buscar a identificação do regime jurídico constitucional da extrafiscalidade diz respeito à competência para o exercício do poder de tributar.

A competência tributária à luz da extrafiscalidade torna necessária a interlocução com a dimensão constitucional das discriminações de competências administrativas ou regulatórias de cada ente federado.

Dessa forma, o exercício do poder de tributar relativamente às normas que tenham por finalidade algum objetivo extrafiscal tutelado

constitucionalmente deve estar atrelado também à competência regulatória do ente público tributante.

Tem-se, então, que são complementares as competências estatais relacionadas ao poder regulador e ao poder de tributar, de modo que este último, ao veicular normas tributárias com efeitos indutores de comportamento tem seu alcance restringido pelo alcance do primeiro.

Ao tratar da rigidez do sistema e da extrafiscalidade Geraldo Ataliba ensina que somente pode ser exercida pelo tributo a intervenção econômica ou regulação social, por ele nomeada de ação ordinatória, na esfera de competências da pessoa política que exercita essa atividade ordinatória (ATALIBA, 1968, p. 166-167).

Esse também é o escólio de Sampaio Dória para quem deve estar incluída entre as matérias da legítima competência legislativa constitucional do ente tributante a política que o legislador pretende servir com a discriminação fiscal, dado que não se pode admitir a regulamentação indireta por instrumentos de ação tributária quando vedada a regulamentação direta por determinado ente público por estar fora de sua competência administrativa e material (DÓRIA, 1926, p. 199).

De se concluir, portanto, que da relação entre a competência tributária e a competência regulatória decorre que as normas tributárias de natureza extrafiscal com efeitos indutores na ordem econômica ou social prescindem cumulativamente da afirmação positiva quanto à competência tributária e quanto à competência material da pessoa jurídica de direito público sobre seu objeto de alcance extrafiscal (SCHOUERI, 2005, p. 329).

Por sua vez, quanto ao balizamento do legislador ordinário na tarefa de realizar a tributação extrafiscal, além da observância aos limites da competência tributária e competência regulatória, bem como do suporte necessário quanto ao direcionamento das finalidades amparadas e garantidas constitucionalmente, impõe-se que sejam obedecidos os princípios e regras do sistema tributário nacional, especialmente no que diz respeito aos ditames da legalidade, liberdade e isonomia.

Quanto à legalidade o próprio sistema tributário, com vistas ao exercício da função extrafiscal de determinados tributos prevê a derrogação ou mitigação de certas balizas legais ao poder de tributar.

A mitigação à legalidade estrita veiculada pelo próprio texto constitucional é indicador seguro do sentido extrafiscal desejado pelo constituinte deixando à mostra o desiderato do tributo ser utilizado também

como instrumento para a consecução das finalidades econômicas e sociais próprias de seu texto dirigente.

Assim, a suavização da legalidade no campo do exercício do poder de tributar determinada em certas hipóteses no texto constitucional é elemento característico que permite afirmar a natureza preponderantemente extrafiscal de alguns tributos.

É o que se verifica pela possibilidade aberta ao Poder Executivo para manipulação, por meio de decreto, em relação às alíquotas dos tributos do imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre produtos industrializados, imposto sobre operações financeiras de crédito, câmbio, seguros e títulos e valores mobiliários inclusive o ouro como ativo financeiro ou cambial.

Claro que, quando não excepcionado pelo próprio texto constitucional, o princípio da legalidade deve ser observado em todos os seus termos na previsão da regra matriz de incidência tributária de todos os tributos.

Essa observância obrigatória atinge inclusive aqueles tributos com efeitos preponderantemente extrafiscal, como sói ocorrer, por exemplo, com algumas contribuições sociais que não tem o seu regime jurídico excepcionado constitucionalmente quanto ao cumprimento integral dos princípios da legalidade e reserva legal tributárias.

No aspecto jurídico-formal a extrafiscalidade pode assumir qualquer tipo de norma tributária, seja ela de imposição tributária, agravamento da tributação, isenção e desoneração tributária, benefícios e incentivos fiscais.

A conduta exacional é uma via à disposição para a intervenção estatal qualificada no seio da extrafiscalidade propriamente dita, direcionadora de certas condutas desejadas social e economicamente, como ocorre, por exemplo, quando se consideram políticas de majoração da tributação nas importações² com a finalidade preponderante de proteção e incentivo do mercado industrial interno.

Todavia, no campo da extrafiscalidade o recurso à não tributação ou menos tributação é mais comum e frequente do que a utilização da imposição tributária ou majoração do tributo.

Quanto aos regimes jurídicos tributários constitucionais também é possível que a extrafiscalidade seja utilizada como instrumento por

² De se anotar que a intervenção estatal por meio de tributação extrafiscal no contexto do mercado externo deve ser conduzida com atenção a outros direcionamentos constitucionais e jurídicos, a exemplo dos princípios da cooperação internacional e do tratamento nacional.

quaisquer espécies tributárias³, como impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.

Para as contribuições especiais, inobstante sua utilização como veículo indutor de comportamento dos contribuintes, assume relevância a peculiaridade da destinação vinculada do produto de sua arrecadação como elemento que conforma seu fato gerador com relação à finalidade constitucional para a qual foi instituída (SCHOUERI, 2002, p. 246-247).

5 LIMITES E POSSIBILIDADES DE DISCRIMINAÇÃO PELA NORMA TRIBUTÁRIA EXTRAFISCAL

Partindo-se do conceito de que a extrafiscalidade é instrumento do qual se vale o “Estado incitador” (ÁVILA, 2005, p. 137), por meio do tributo, para fins de intervenção na ordem econômica e social com vistas a influenciar a conduta das pessoas e dos agentes econômicos, torna-se patente a existência da segregação no universo de todos os contribuintes daqueles a quem a norma tributária extrafiscal se direciona a promover ou inibir certo comportamento com determinada finalidade.

Essa ideia de segregação traz à tona a necessidade de se refletir sobre a isonomia no que tange às normas tributárias extrafiscais, dado o seu pressuposto potencial discriminador no rol dos contribuintes em geral.

É certo que o princípio da isonomia ou igualdade no campo tributário, ao lado da legalidade, pode ser colocado como estandarte fundamental clássico da limitação ao poder de tributar.

A doutrina tributária não vacila em determinar que a observância da igualdade no campo tributário é pressuposto do exercício da competência tributária, de modo que se impõe a incidência uniforme de normas tributárias impositivas ou de benefícios a todos os contribuintes que se encontrem em situação equivalente e realizem o fato gerador, sendo apresentado como critério de discriminação necessário a capacidade contributiva, a qual

³ Inobstante as diversas teorias classificatórias doutrinárias observa-se que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre as espécies tributárias na sistemática da Constituição Federal de 1988 esclarecendo que as diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação, são as seguintes: a) os impostos; b) as taxas; c) as contribuições, que podem ser assim classificadas: c.1. de melhoria; c.2. para fiscais, que são: c.2.1. sociais, c.2.1.1. de seguridade social, c.2.1.2. outras de seguridade social, c.2.1.3. sociais gerais; c.3. especiais: c.3.1. de intervenção no domínio econômico e c.3.2. corporativas; e d) os empréstimos compulsórios. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 447, Rel. Min. Octavio Gallotti, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-6-1991, Plenário, DJ de 5-3-1993; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 138284, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 1 jul. 1992, DJ 28 ago. 1992, p. 15-16).

impõe o tratamento tributário diferenciado na medida proporcional das desigualdades da capacidade econômica⁴.

Independente do tributo se qualificar como fiscal ou extrafiscal o regime tributário constitucional aplica-se integralmente, inclusive quanto à exigência da igualdade.

Todavia, é necessário aprofundar as reflexões relativas à isonomia tributária quando se trata de considerar o tributo dotado de caráter extrafiscal em sentido estrito⁵, especialmente porque é incito à concretização do desiderato da extrafiscalidade que a aplicação da norma propõe situação de discriminação quanto aos seus destinatários.

5.1 A norma tributária extrafiscal e a categorização de contribuintes: discriminação em relação a finalidades constitucionais

A discriminação é inerente à norma extrafiscal porque a finalidade é atingir ou influenciar comportamentos de certos agentes ou grupos sociais e econômicos para que possam direcionar sua conduta para a realização da finalidade constitucional buscada.

O tributo extrafiscal não impõe o comportamento desejado, uma vez que a conduta tributada é lícita e não proibida pelo ordenamento jurídico, de modo que também não se impõe nenhuma sanção tributária, entretanto, sob o aspecto econômico a adoção de certo comportamento pode se tornar menos ou mais atrativo em razão da tributação.

Nesse ponto é que se apresenta a diferenciação entre categorias de contribuintes decorrente da aplicação da norma tributária extrafiscal.

Pode-se entender que a norma tributária extrafiscal estabelece inicialmente uma diferenciação entre duas categorias de contribuintes: de um lado aqueles que são destinatários da norma promotora ou

⁴ Nesse sentido encontram-se referências nas seguintes obras: TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito Tributário. (Steuerrecht)**. V. I. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008, p. 200; ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 160; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99; HERRERA MOLINA, Pedro M. **Capacidad económica y sistema fiscal**. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 73.

⁵ Consideram-se tributos extrafiscais em sentido estrito, no âmbito da intervenção do Estado sobre a economia, ao lado dos tributos intencionalmente fiscais mas com efeitos indutores, aqueles que são criados com a finalidade principal de induzir os contribuintes a adotarem comportamentos positivos ou negativos no ambiente econômico ou social em razão do tributo. (Cf.: ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 432; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29, 32-33).

desincentivadora de certo comportamento lícito; e de outro lado aqueles que já realizam ou não realizam a conduta que a norma extrafiscal visa incentivar ou desincentivar com vistas ao atingimento de alguma finalidade constitucional, e, portanto, estão fora do seu raio de incidência normativa (FOLLONI, 2014, p. 207-209).

O critério de discriminação que norteia a segregação entre as categorias de contribuintes realizada pela norma tributária extrafiscal não é norteado pela capacidade contributiva, pois em nada se relaciona a conduta promovida ou desincentivada pela norma tributária com a capacidade econômica dos contribuintes, mas sim com a realização de finalidades constitucionais, de modo que “a capacidade econômica do contribuinte não é o critério de aferição da igualdade interclasses nos tributos extrafiscais” (FOLLONI, 2014, p. 209).

Desse modo a análise sobre a conformação da norma extrafiscal com o princípio da isonomia tributária coloca-se em ambiente diverso da análise da capacidade contributiva, posto que o que se deve perquirir é se a discriminação entre as categorias de contribuintes é válida sob o ponto de vista da realização das finalidades constitucionais a que se direciona a norma tributária extrafiscal.

A aferição sobre a validade da discriminação produzida pela norma tributária extrafiscal deve ocorrer por meio do controle de proporcionalidade, tendo em vista que para a realização de determinada finalidade constitucional a norma tributária extrafiscal utilizará critério de discriminação que pode colidir em tese com outros desideratos e princípios constitucionais. Isso ocorre porque, muitas vezes, os meios eleitos para promover a consecução de princípios constitucionais pela tributação extrafiscal podem restringir outros princípios de mesma estatura como a liberdade ou mesmo a igualdade.

É assente na doutrina jurídica⁶ que o recurso ao controle de proporcionalidade deve ser o critério para aferição da validade da norma tributária extrafiscal.

O exame da validade da norma extrafiscal sob os auspícios da doutrina do controle da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 116-121) deve

⁶ Nesse sentido encontram-se referências nas seguintes obras: ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161-162; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 295; VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 249-251.

recair sobre a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da norma tributária extrafiscal.

No que diz respeito à adequação é preciso se ater sobre se a norma tributária extrafiscal está ligada à promoção de determinada finalidade constitucional, de modo que o controle aqui é o amparo ou fundamento constitucional da finalidade perseguida pela norma tributária extrafiscal e o meio utilizado.

Tem-se por adequada a medida que promove ou visa promover determinada finalidade constitucional, não sendo imperativo que seja a melhor medida, mas que seja adequada para o fim constitucional pretendido (ÁVILA, 2014, p. 208-213).

No quadrante da necessidade deve ser examinado se a tributação extrafiscal é o meio menos restritivo do direito fundamental ou princípio constitucional que aparenta colidir com a finalidade constitucionalmente almejada.

Assim, é preciso saber se há meios alternativos e que sejam menos restritivos a direitos fundamentais ou princípios constitucionais do que a norma tributária extrafiscal para o alcance da finalidade constitucional a ser por ela promovida (ÁVILA, 2014, p. 208-213).

Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito envolve o exame complexo sobre se as vantagens decorrentes da promoção da norma extrafiscal são proporcionais às desvantagens ou restrições causadas pela sua adoção (ÁVILA, 2014, p. 216-217).

A norma tributária extrafiscal afeta a isonomia, direito fundamental com “privilégio axiológico” (BORGES, 1996, p. 31) no constitucionalismo, de modo que apenas finalidades de alto grau de relevância constitucional poder justificar a restrição à isonomia trazida pela norma tributária extrafiscal ao estabelecer critérios de discriminação entre os contribuintes destinatários e não destinatários da norma.

5.2 A norma tributária extrafiscal sob a égide da capacidade contributiva

Inobstante as normas tributárias extrafiscais fundamentam-se em critérios de discriminação relacionados a elementos teleológicos constitucionais, não se deve olvidar que a norma extrafiscal sujeita-se inteiramente ao regime jurídico tributário (SCHOUERI, 2005, p. 34), de modo que a capacidade contributiva encontra seu espaço de observância obrigatória no seio da incidência da tributação extrafiscal no que diz respeito à igualdade no campo dos destinatários da norma.

Assim, se a norma tributária extrafiscal impuser a distinção entre a categoria dos contribuintes destinatários e os não destinatários da norma indutora de certo comportamento positivo ou negativo, ou mesmo se ela se destinar indistintamente a todos os contribuintes, impõe-se para sua validade a curvatura aos ditames da capacidade contributiva.

Nesse ponto a capacidade contributiva apresenta-se imperativa como corolário da isonomia tributária e da eficiência da norma extrafiscal.

Como estandarte da isonomia tributária a capacidade contributiva deve impor limites de proteção ao mínimo existencial e vedação ao confisco com relação aos contribuintes atingidos pela tributação extrafiscal.

Já como instrumento da eficiência da norma extrafiscal a capacidade contributiva deve nortear a definição de parâmetros de sua incidência de modo que possa interferir com semelhante intensidade na esfera de liberdade dos contribuintes destinatários da norma para garantia da indução ao comportamento almejado, evitando na aplicação prática da norma que certos contribuintes sejam realmente mais onerados ou desonerados e outros não sintam o seu reflexo indutor em razão de sua maior capacidade econômica.

Por exemplo, a hipótese da contribuição previdenciária sobre receita bruta prevista no §13, do artigo 195, da Constituição Federal, decorrente da permissão de substituição da contribuição previdenciária patronal ou empresarial sobre folha de salários e demais rendimentos, prevista no inciso I, “a”, do *caput* do mesmo artigo, elege como diretriz para discriminação os setores econômicos.

O critério da discriminação de setores econômicos foi atribuído constitucionalmente ao legislador para realizar a substituição da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos pela contribuição previdenciária incidente sobre receita ou faturamento, com a finalidade extrafiscal de desoneração tributária daquela primeira base.

A discriminação de setores econômicos configura-se também como o critério eleito constitucionalmente para fins de que o legislador tributário estatua a aplicação do regime de não-cumulatividade à contribuição previdenciária substitutiva.

Todas as diretrizes expostas anteriormente devem balizar a seleção dos setores econômicos⁷ pelo legislador ordinário para fins

⁷ Informações preliminares sobre os setores econômicos desonerados e seus impactos fiscais podem ser avaliados à luz do seguinte estudo: AFONSO, José Roberto; BARROS, Gabriel Leal de. Desoneração da folha: renúncia revisitada. In: **Nota técnica**. Rio de Janeiro/São Paulo: Fundação Getúlio Vargas - FGV/IBRE, set. 2013. Disponível em: <http://portalibre.fgv.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A7C82C540EE9EC401412C143C7F0C77>. Acesso em: 02. out. 2019.

da aplicação da contribuição previdenciária substitutiva e de seu regime não-cumulativo.

A seleção de setores econômicos necessita ter suporte nas finalidades constitucionais a serem alcançadas pela medida da contribuição previdenciária substitutiva e sua respectiva não-cumulatividade, quando o caso.

Assim, apresenta-se imperioso que o legislador selecione os setores econômicos conforme a verificada necessidade de desoneração da folha de pagamentos, por exemplo, nos casos de utilização intensiva de mão-de-obra, inclusive quanto ao objetivo de formalização de contratos de trabalho, bem como nos casos de necessidade de maior competitividade nos preços dos produtos segundo diretrizes de políticas econômicas e sociais.

A utilização do sistema tributário para realização de políticas econômicas e sociais impõe a necessidade da observância estrita aos objetivos constitucionais autorizadores da medida, bem como aos critérios discriminadores legítimos guarnecidos no texto constitucional.

Por fim, anote-se que, se a política tributária extrafiscal adotada circunscrever benefícios fiscais eleva-se o potencial de se tornar fonte de injustiça fiscal na medida em que podem consubstanciar privilégios de grupos de pressão que gravitam nas esferas do poder e capturam o legislador, capaz de gerar perturbação à isonomia no seu viés da livre concorrência (SANCHES, 2010, p. 59-63).

CONCLUSÃO

Propôs-se com a presente investigação lançar reflexões acerca da fundamentação da extrafiscalidade no campo jurídico-constitucional, partindo-se da teoria funcional do direito com vistas a evidenciar a natureza promocional que a envolve.

A tributação se reveste da extrafiscalidade em hipóteses que demonstrem necessário incentivar ou desestimular determinado comportamento no mercado econômico ou na sociedade com vistas à manutenção do equilíbrio entre os objetivos e finalidades encampados pela Constituição Federal.

Por meio do poder de tributar pode-se almejar, além da típica função arrecadatória, a indução de condutas positivas ou negativas dos contribuintes, tomado como instrumento da política econômica e social do Estado, capaz de gerar efeitos no nível e na distribuição equitativa do gasto público pelo desestímulo ou incentivo de determinadas atividades econômicas que interferem na marcha da economia.

As disposições constitucionais relativas à ordem econômica e social dão as diretrizes e balizas para o desenho do regime constitucional da extrafiscalidade.

Assim, a extrafiscalidade como instrumento de intervenção do Estado por meio de normas tributárias, deve observar os limites de sua aplicação conforme os objetivos e princípios que embasam a ordem econômica e social, conformando-se sua existência e validade às finalidades constitucionais decorrentes da atuação estatal na economia e na sociedade.

Sob o aspecto jurídico-formal a extrafiscalidade pode assumir qualquer tipo de norma tributária, seja ela de imposição tributária, agravamento da tributação, isenção e desoneração tributária, benefícios e incentivos fiscais. É possível que a extrafiscalidade esteja presente direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, em quaisquer das espécies tributárias, como impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.

A norma tributária extrafiscal deve ser lida à luz do princípio da isonomia, de modo que apenas finalidades de alto grau de relevância constitucional poder justificar a restrição trazida pela norma tributária extrafiscal ao estabelecer critérios de discriminação entre os contribuintes destinatários e não destinatários da norma.

Assim, a utilização do sistema tributário para realização de políticas econômicas e sociais impõe a necessidade da observância estrita aos objetivos constitucionais autorizadores da medida, bem como aos critérios discriminadores legítimos autorizados pelo texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, G. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, H. (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem a Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, H. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, H. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BECKER, A. A. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2007.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**. Novos estudos de Teoria do Direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BORGES, J. S. M. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. **Revista trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 31.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Nota explicativa**. Considerações sobre o PL 863/2015. Abril de 2015. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/area-destaques/consideracoes-sobre-o-pl-8632015-2013-desoneracao/at_download/arquivo. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Desoneração da folha de pagamento**: estimativa de renúncia e metodologia de cálculo. Brasília, 2015. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/gastos-tributarios/renuncia-fiscal-setorial/relatorioidas-desoneracoes/desoneracao-da-folha-metodologia-e-resultados-ate-nov-2014.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 447, Rel. Min. Octavio Gallotti, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-6-1991, Plenário, DJ de 5-3-1993; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 138284, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 1 jul. 1992, DJ 28 ago. 1992, p. 15-16.

BURDEAU, G. **Traité de Science Politique**. Vol. VII, Paris, 1957.

CALIENDO, P. Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal. In: **Revista do Programa de pós-graduação da UFC**, v. 33.2, jul./dez. 2013, p. 171-206.

CARRAZZA, R. A. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DÓRIA, A. Roberto S. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Editora São Paulo, 1926.

FALCÃO, A. A. Keynes e a teoria geral. **Revista do Serviço Público**, Rio de Janeiro, v. 74, jan. 1957, p. 15-16.

FOLLONI, A. **Isonomia na tributação extrafiscal**. Jan.-Jun. 2014. São Paulo: Revista Direito GV, 2014, p. 207-209.

GRECO, M. A. Solidariedade social e tributação. In: **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo, Dialética, 2005.

HERRERA MOLINA, P. M. **Capacidad económica y sistema fiscal**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

LAPATZA, J. J. F. **Direito tributário** - teoria geral do tributo. São Paulo: Manole, 2007.

MANZONI, I. **Il principio di capacità contributiva nell'Ordinamento costituzionale italiano**. Tornio: Giapichelli, 1965.

MENDES, G. A.S. Extrafiscalidade: análise semiótica. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2009.

NABAIS, J. C. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almeda, 2009.

SANCHES, S. **Justiça fiscal**. Coimbra: FFS, 2010.

SCHOUERI, L. E. **Contribuição ao estudo do regime jurídico das normas tributárias indutoras como instrumento de intervenção sobre o domínio econômico**. Tese apresentada em concurso de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2002.

SCHOUERI, L. E. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, S. T. **Direito fiscal - teoria geral**. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

TIPKE, K. **Direito tributário (Steuerrecht)**. Vol 1. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VELLOSO, A. P. **Princípio da Isonomia Tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZILVETI, F. A. **A evolução da teoria da incidência**. Análise histórica das estruturas socioeconômicas na formação do sistema tributário. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010.

MERCANTILIZAÇÃO DA TERRA E O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO CAMPO AGRÍCOLA

LAND MARKETING AND FOREIGN INVESTMENT IN THE AGRICULTURAL FIELD

Rabah Belaidi*

Renata Reis de Lima**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contextualização do fenômeno do land grabbing. 2 Land grabbing e a convergência de crises. 3 Mercantilização da terra e o investimento estrangeiro no campo agrícola. Conclusão. Referências.

RESUMO: Inserido em um contexto específico de convergência de crises (alimentar, ambiental, climática, energética e financeira), o crescimento da demanda mundial por terras se tornou um fenômeno global na primeira década do século XXI. Em um primeiro momento, devido à volatilidade e instabilidade dos mercados de commodities agrícolas, o fenômeno, chamado de *land grabbing*, foi analisado pelas primeiras pesquisas, como forma de garantir a segurança alimentar. Já em um segundo momento, a estrangeirização da aquisição de terras é abordada das mais diversas formas e com os mais variados motivos: especulação financeira, controle de recursos energéticos biológicos ou minerais, de rotas de transporte, fontes de água ou simplesmente a busca por novas oportunidades de lucro via produção. Ao considerar a aquisição de

* Graduado em Direito, com especialização em Direito Privado, pela Faculdade de Direito da Universidade Jean Monnet (Saint-Etienne, França), título revalidado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Possui mestrado em Direito do Trabalho da Universidade de Paris II (Panthéon-Assas- França) e Doutorado em Direito pela mesma Universidade, tendo defendido tese em Direito Comparado (doutorado revalidado pela Universidade de São Paulo). Foi professor titular nas Faculdades Alves Faria na graduação do curso de direito e no Mestrado em Desenvolvimento Regional e professor convidado na PUC-Goiás (Faculdade de Direito e Faculdade de Relações Internacionais). Foi professor adjunto da Universidade Federal de Goiás de 2009 a 2012. Após concurso realizado em 2012, é professor Titular da Faculdade de Direito da UFG onde assumiu os cargos de coordenador (2010-12) e coordenador do Programa de Pós Graduação em Direito Agrário (2012-2014). Em seu currículo constam passagens pela Organização Internacional do Trabalho em Genebra e pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas). É advogado na França, membro da Ordem dos Advogados de Paris. É membro do Grupo de Tiradentes, dirigido por Eros Grau e Antoine Jeammaud. É coordenador da Rede Goiana de Pesquisa em Direito Agroalimentar (FAPEG).

** Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (PPGDA/FD/UFG). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2015.2). Formada em Inglês no Centro Cultural Brasil Estados Unidos (CCBEU). Possui Pós-Graduação *Latu Sensu* em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Brasileira de Educação e Cultura (FABEC). Possui Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Direito, FACAB. Possui Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Direito, FACAB. Advogada com OAB/GO 46.032. Professora Universitária em Direito Agrário, Direito Civil, Direito Processual Civil e Prática Jurídica na Faculdade FACLIONS. Professora Universitária em Direito (Antropologia e Teoria Geral do Processo) na Faculdade ARAGUAIA. Membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) da Faculdade FACLIONS. Conselheira Editorial da Revista REFLIONS. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas sobre as Águas vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás (UFG).

Artigo recebido em 25/10/2019 e aceito em 25/10/2019.

Como citar: BELAIDI, Rabah; LIMA, Renata Reis de. Mercantilização da terra e o investimento estrangeiro no campo agrícola. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 21, n. 33, p. 243-270. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

terras por estrangeiros como potencial ativo seguro para o investimento, analisamos a aquisição de terra por estrangeiros a partir das diretrizes do direito internacional ao investimento.

Palavras-chave: Estrangeirização de Terras. Controle de Terras. Investimento Estrangeiro.

ABSTRACT: *Inserted in a specific context of crisis convergence (food, environmental, climate, energy and financial), the global decision-making process aims at a global event in the first decade of the 21st century. Firstly, due to the volatility and instability of the agricultural commodity markets, the phenomenon of land appropriation was analyzed for the first surveys as a way to guarantee food security. Already in a moment, the alienation of the acquisition of lands is approached of the most varied forms and with the most varied reasons: financial speculation, control of energy resources, biological or mineral, of transport routes, sources of water or simply a search for new opportunities for profit through production. To be the end of the investment is the capital investment out of the investment, it proposes a review of the land of foreign parties from the international risk investment. For that, a methodology used for a research accomplishment is qualitative and exploratory.*

Keywords: *Land Grabbing. Land Control. Foreign investment.*

INTRODUÇÃO

Em meados de 2007 e 2008, o fenômeno¹ reconhecido pelos acadêmicos como “land grabbing”², apropriação de terras³, controle de terras (“land control”)⁴ e estrangeirização da terra⁵ intensificou-se em escala mundial.

Segundo estudo do Banco Mundial em 2010, a aquisição e apropriação de terras agrárias era na ordem de 4,0 milhões de hectares por ano antes de 2008. Logo após o quadro de múltiplas crises, mais

¹ Em que pese Peluso e Lund (2011) entenderem não haver um fenômeno mundial de estrangeirização de terras, mas tão somente conjunto de movimentos que, reunidos com suas peculiaridades, podem ser aglutinados sob o termo de land grabbing, neste trabalho será adotado o posicionamento de Borras, Hall, Scoones, White e Wolford (2011), que concluem haver elementos suficientes para caracterizar o movimento de land grabbing como fenômeno global.

² A tradução do termo land grabbing para o português é grilagem de terras. Contudo, tal denominação é imprópria para classificar o fenômeno, haja vista que a expressão grilagem de terras remete ao processo histórico agrário de “apropriação ilegal de terras públicas por parte de especuladores” (ALENTEJANO, 2012, p. 355), ou seja, não possui compatibilidade com o real conceito do fenômeno do land grabbing.

³ Para FAIRHEAD, LEACH e SCOONES, (2012, p. 238), o termo “apropriação de terras” é mais adequado para conceituar o fenômeno porque implica na transferência da propriedade, de direitos de uso e de controle sobre terras, pública ou privadas, independentemente do tipo de transação (legal, ilegal ou não legítima), e que abarca não só compras, mas também casos de leasing e arrendamentos.

⁴ Por “controle de terras” entendemos práticas que consertam ou consolidam formas de acesso, reivindicação e exclusão por algum tempo. Os processos de enclausuramento, territorialização e legalização, bem como a força e a violência (ou a ameaça deles), todos servem para controlar a terra. Os mecanismos de controle da terra nem sempre precisam se alinhar, nem prosseguir em uma direção linear e singular. Eles podem ser empunhados em concertos ou competindo uns com os outros (LUND; PELUSO, 2011).

⁵ Neste artigo o termo “estrangeirização” é adotado para referir ao processo de controle de grandes extensões de terras por investidores estatais e/ou privados estrangeiros e de consórcios de capital estrangeiros, os quais têm o intuito de modificar a sua forma de uso tradicional (CLEMENTS e FERNANDES, 2013).

especificamente entre outubro de 2008 a agosto de 2009, o Banco Mundial afirma que o número de comercialização e transferências aumentou para 46,6 milhões de hectares vendidos, sendo que 75% destes foram na África (BANCO MUNDIAL, 2010).

Neste contexto, com o progresso deste processo, intensificaram-se pesquisas e produções acadêmicas tendo por objeto o estudo do fenômeno, o que Sauer e Borras Jr. (2016) denominam de ‘corrida mundial na produção acadêmica’.

Em um primeiro momento, as primeiras pesquisas desenvolvidas no meio acadêmico analisaram o fenômeno sob o preceito de que se tratava de um processo em que os “países desenvolvidos” adquiriam terras em “países em desenvolvimento” ou “subdesenvolvidos”, como forma de garantir a segurança alimentar. Esta interpretação está correlacionada ao fato de que um dos maiores desafios do século XXI é garantir o acesso a alimentos nutritivos para uma população que, estima-se, atingirá 9.772 bilhões de habitantes até 2050 (UNITED NATIONS, 2017).

Já em um segundo momento, a apropriação de terras é abordada das mais diversas formas e com os mais variados motivos: especulação financeira, controle de recursos energéticos biológicos ou minerais, de rotas de transporte, fontes de água ou simplesmente a busca por novas oportunidades de lucro via produção. Neste trabalho será analisada uma das muitas faces do fenômeno: a aquisição de terras por estrangeiros como potencial ativo seguro para o investimento, alvo de movimentações financeiras operadas a partir de aplicações, fundos ou pensão.

Neste sentido, como ponderam Sauer e Borras Jr. (2016, p. 34), o land grabbing é considerado um fenômeno histórico em escala mundial de apropriação terras pelo capital, cujo objetivo não é primar pela segurança alimentar, mas sim proporcionar acumulação do capital e controlar o território, participe de um processo cíclico da economia de investimentos, atualmente objeto de interesse de vários fundos de investimentos.

Afinal, a alta no preço das principais commodities agrícolas internacionais levou grandes investidores optar pela aquisição de terras em vistas a um “ativo seguro”, fazendo da terra um alvo de movimentações financeiras operadas a partir de fundos de investimento ou pensão. Este crescimento do fenômeno é fortificado ainda mais com discursos das Organizações Internacionais, Acordos Multilaterais e Bilaterais de Investimento, ao afirmarem que o capital transnacional pode ser uma

ferramenta de propulsão do desenvolvimento em áreas onde os governos locais não têm condições ou intenções de investir (SASSEN, 2013).

Como pondera Olivier De Schutter (2011, p. 269), estas tentativas atuais de regular os investimentos em larga escala em terras agrícolas são enganosas na medida em que pressupõem que tais investimentos passam a ser desejáveis desde que sejam bem geridos. Para o autor, não é necessário regular o Land Grabbing, como se fosse algo inevitável, mas sim de um plano alternativo para o investimento agrícola beneficiem a população rural local e não ser uma transferência de recursos para os países desenvolvidos.

Ao considerar a aquisição de terras por estrangeiros como potencial ativo seguro para o investimento, o objetivo deste trabalho é analisar a aquisição de terra por estrangeiros a partir das diretrizes do direito internacional ao investimento.

Esse artigo utiliza relatórios, documentos e instrumentos de organizações internacionais, como a FAO, o Banco Mundial e o FIDA (Fundo Internacional pelo Desenvolvimento Agrícola), bem como de organizações não governamentais. A pesquisa também se apoia por uma abrangente pesquisa bibliográfica, recorrendo a artigos publicados em revistas de diferentes áreas do conhecimento, com destaque as produções de Olivier De Schutter, Relator Especial das Nações Unidas para o direito à alimentação de 2008 a 2014, entre outras.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO FENÔMENO DO LAND GRABBING

O crescimento da demanda mundial por terras se tornou um fenômeno global na primeira década do século XXI, marcado por um novo movimento de investimentos e pelo aumento do processo de aquisições e arrendamentos de terras por estrangeiros.

As mudanças contínuas e rápidas no cenário do fenômeno, além do desencontro de informações existentes nas bases de dados disponíveis, dificultam a realização de pesquisas empíricas relacionadas ao movimento global de apropriação de terras (COTULA, 2011).

Segundo o relatório do Banco Mundial, de outubro de 2008 a agosto de 2009 foram computados 464 projetos, dos quais 202 tiveram em conjunto uma área total de 46,6 milhões de hectares. Ainda de acordo com o Banco Mundial, tais projetos têm tamanho médio de 40 mil hectares.

Contudo, um quarto deles envolve mais de 200 mil hectares (BANCO MUNDIAL, 2010).

Neste mesmo sentido, o Observatório Global da Matrix Terrestre (Land Matrix)⁶, um banco de dados sobre apropriações de terra em constante atualização, mantém documentados 1.591 contratos concluídos⁷, cobrindo uma área total de aproximadamente 49,19 milhões de hectares. Não obstante, 19,8 milhões de hectares correspondem a projetos pretendidos⁸ (209 contratos) e 8,3 milhões de hectares (119 contratos) de projetos que falharam⁹ (LAND MATRIX, 2013).

Em atenção aos dados supracitados, verifica-se uma divergência entre informações levantadas entre as diferentes organizações. A referida divergência se deve tanto à cultura do sigilo que envolve os negócios de terras agrícolas como à diversidade em que o fenômeno se apresenta.

Afinal, nem os países receptores e nem os países investidores são obrigados a relatar os termos dessas transações, tampouco há um registro central catalogando-as conforme elas ocorrem¹⁰.

Por ser multifacetado, diferentes concepções sobre a concentração de terras e a estrangeirização - land grabbing, corrida mundial por terras, land rush e land control - tem sido introduzidas por diversos pesquisadores, na tentativa de contextualizar e conceituar o fenômeno.

Por “fenômeno”, PELUSO e LUND (2011) argumentam que o Land Grabbing não pode ser considerado como tal, já que afirmam não haver uma grande apropriação de terras, mas uma série de apropriações, com diferentes contextos, processos e forças emergentes.

Para SASSEN (2013, p. 29), no entanto, a apropriação estrangeira de terras se caracteriza como fenômeno uma vez partícipe da história da humanidade. A autora apenas destaca que o fenômeno deve ser entendido a

⁶ A Land Matrix é uma iniciativa global e independente de monitoramento da terra que promove transparência e responsabilidade nas decisões sobre terras e investimento a partir de uma variedade de fontes, incluindo documentos de pesquisa e relatórios de políticas de organizações internacionais e locais e ONGs; informações pessoais contribuídas através do site do Observatório Global; projetos de pesquisa em campo; registros oficiais do governo; sites da empresa e relatórios de mídia. Ver <https://landmatrix.org/en/about/>. Acessado em 14/08/2018.

⁷ Contratos concluídos para o LAND MATRIX incluem acordos verbais ou contratos assinados.

⁸ Contratos pretendidos para o LAND MATRIX incluem expressão de interesses ou aqueles que ainda estão em fase de negociação.

⁹ Contratos que falharam para o LAND MATRIX incluem negociações falhadas ou contratos cancelados.

¹⁰ A falta de divulgação através de canais oficiais ou de um registro central também significa que a incidência de transferência de terras é em grande parte colhida da mídia.

partir de ciclos, que dependem da dinâmica da história regional e global de acumulação de capital.

Nesse mesmo sentido, para a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), o fenômeno do land grabbing é assim caracterizado pois se refere às (i) transações acima de 10.000 hectares; à (ii) participação de governos estrangeiros no processo de compra e/ou venda de terras; e à (iii) destinação das terras para produção de commodities (FAO, 2012).

No entanto, S. Gómez (2011) entende que o fenômeno é mais restritivo do que a análise ponderada pela FAO. Ao estudar o processo de aquisição e arrendamento de terras em 17 países da América Latina e do Caribe, o Autor concluiu só haver o fenômeno do land grabbing em 2 países, Brasil e Argentina, em relação aos 17 estudados.

Já BORRAS JÚNIOR, S. M.; KAY, C.; GÓMEZ, S.; WILKINSON, J. (2013) sugerem, por sua vez, definir o fenômeno que não seja nem tão restritiva, que vá além da perspectiva de análise dos impactos apenas no sentido de conduzir a uma crise alimentar, nem muito genérica, ao evitar incluir na definição do fenômeno as formas cotidianas de expropriação ou espoliação. Assim, os autores apontam três particularidades que definem o fenômeno.

A primeira particularidade apontada pelos mesmos é compatível com o conceito abordado por Peluso e Lund (2011, p. 669), e está relacionada a dimensão do poder que envolve o exercício do controle da terra e do controle dos outros recursos a ela associados. Trata-se da subordinação do fenômeno do land grabbing ao control grabbing, que é particularizado pela análise das mudanças nas formas de uso da terra e relacionado às relações políticas de poder.

A segunda característica é relacionada à necessidade de analisar se há uma escala dos processos de aquisições de terra propriamente ditas ou se há escala do capital envolvido. Neste ponto, os autos ponderam haver várias formas de controle da terra (compra, arrendamento, concessão, etc.), motivo pelo qual se deve observar o uso produtivo e a grandeza de investimento do capital ao invés de fazer meras considerações quantitativas sobre as escalas das terras adquiridas.

Mais especificamente, quanto a acumulação e apropriação global, a “[...] aquisição de terras não é um fim em si mesmo” (WHITE et. al., 2012, p. 621). Em que pese haver investimentos especulativos, esses autores entendem que “[...] o objetivo da grande maioria das apropriações corporativas de terras é estabelecer a produção agrícola (ou outras formas de extração, como a mineração) em grande escala e garantir o acesso aos

produtos”. Noutras palavras, há vertentes indissociáveis nos processos de acumulação do investimento: os investimentos a investimentos especulativos ou produtivos. Assim, o fenômeno recente inclui novos sujeitos, novo perfil, novos investidores, em geral (SAUER; LEITE, 2012, p. 878).

A terceira e última característica abordada pelos autores está relacionada a compreensão do land grabbing como partícipe da dinâmica de acumulação de capital, enquanto resposta à convergência de múltiplas crises (alimentar, energética, climática e financeira). De um lado, os autores ponderam que o investimento em terras agrárias seria uma forma mais segura de investir e, de outro, seria motivado pelas crescentes necessidades dos mais novos conglomerados do capital mundial¹¹.

Logo, este processo não pode ser reduzido apenas ao mecanismo de apropriação específica da terra, mas se trata também do movimento de apropriação e concentração da terra e dos recursos naturais em larga escala. Neste contexto, as organizações governamentais optaram por utilizar “aquisição de terra em larga escala - ou de direitos relacionados à terra e aos recursos para a exportação de recursos voltados para os consumidores externos” para referir-se ao fenômeno (GÓMEZ, 2011).

Neste sentido, a compreensão de que a aquisição de terras por estrangeiros vai além de transações de compras de terras também é defendida pela LAND MATRIX (2013), que utiliza como critério nos levantamentos e pesquisas a noção de transferência de direitos de uso, de controle ou de propriedade de terra por meio de venda, arrendamento ou concessão.

Nos termos de MEHTA, VELDWISH e FRANCO (2012, p. 195), “land grabbing” corresponde à “captura do controle de grandes extensões de terras” sendo essencialmente relacional e político, envolvendo relações de poder.

Para FAIRHEAD, LEACH e SCOONES (2012, p. 238), a melhor forma de traduzir a expressão land grabbing para o português seria ‘apropriação de terras’. Para os autores, a apropriação despreveria melhor o fenômeno haja vista implicar na transferência da propriedade (que não necessariamente implica em alienação), nos direitos e uso e no controle sobre as terras.

Assim, em atenção às diferentes definições e contextualizações anteriormente abordadas, neste trabalho o land grabbing será traduzido como apropriação de terras (BENATTI, 2009, p. 19), considerado como fenômeno cíclico (SASSEN, 2013, p. 29), que depende da dinâmica da história regional e globais de acumulação de capital, cujos casos não se

¹¹ Em análise à terceira característica, nota-se a presença de uma série de desdobramentos que se remetem às diferentes dimensões da crise, que impulsionaram os investimentos estrangeiros em terras de larga escala. Essa relação entre a quantificação do fenômeno e a convergência das crises será retomada no tópico seguinte.

fazem nem tão restritivos e nem tão genéricos, desde que contenham as três características conectas (GÓMEZ, 2011).

2 LAND GRABBING E A CONVERGÊNCIA DE CRISES

As discussões sobre o fenômeno se inicia desde a sua caracterização: se pode ser considerado um fenômeno recente, que teve seu início na primeira década do século XXI com o contexto de convergência de crises, ou se o fenômeno é considerado antigo, mas com características própria de qualquer outro elemento objeto do investimento, em que fenômeno pode passar por ascensões à depender do contexto econômico e social mundial em que vive o período a ser analisado.

Neste sentido, PELUSO e LUND (2011) entendem não haver um fenômeno cíclico longo de investimento por estrangeiros de terras em largas escalas. Argumentam que não há uma grande apropriação de terras, mas uma série de apropriações, com diferentes contextos, processos e forças emergentes.

Já Ariovaldo Umbelino de Oliveira entende que o processo de apropriação de terras é longínquo, sendo o mesmo do século XX, e afirma não ter sido impulsionado por novos elementos. Defende o autor que “em termos mundiais há movimentos de capitais na direção de aquisição de terras no universo capitalista neste período histórico, mas ele não é tão diferente do que ocorreu no século XX” (OLIVEIRA, 2010).

No século XX, mais especificamente, a relação do Estado com o setor agrícola seguiu uma similaridade em muitos países, especialmente aqueles localizados na África Subsaariana onde a atual onda de “apropriação” de terras está ocorrendo.

A falta de interesse pela agricultura começou a mudar, lentamente a princípio, no início dos anos 2000. À medida que a globalização das cadeias de abastecimento de alimentos acelerou, empresas de alimentos viram aumento do investimento direto no final da produção como um meio para reduzir os seus custos e assegurar a viabilidade em longo prazo. Os compradores de commodities ficaram maiores e mais concentrados, e procuraram responder às exigências de seus clientes da indústria de maior coordenação vertical, estreitando o controle sobre os fornecedores. Embora tenha sido assumida principalmente a forma de uso de contratos explícitos acordos com produtores ou técnicas como listas de fornecedores preferenciais, a aquisição de terras para o desenvolvimento de plantações em larga escala tornou-se cada vez mais popular, particularmente na Ásia. Até 2009, o investimento na produção cultural permaneceu insignificante como parcela do total de investimento direto nos países em desenvolvimento. Começou a subir significativamente

2005: de acordo com a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (“UNCTAD”) (2009), aumentaram de uma média de US \$ 600 milhões anuais em 1990 para uma média de US \$ 3 bilhões em 2005-2007.

Contudo, esse posicionamento de que o processo de apropriação de terras é longínquo, desde o século XX, são contraditados por BORRAS Jr WHITE et. Al., que afirmam que os elementos que contextualizam a atual ascensão do fenômeno são diferentes daqueles ocorridos em séculos anteriores e, por conseguinte, são procedimentos com características totalmente diferentes.

Neste trabalho entende-se que, embora muitas vezes referida como uma nova tendência, a luxúria da terra de hoje é simplesmente o reaparecimento - em uma nova forma - de um fenômeno que ocorre há séculos.

No que se refere ao contexto atual de ascensão do fenômeno do processo de apropriação de terras, este ocorre em um contexto de convergência múltiplas crises em escala global (alimentar, energética, ambiental, climática e financeira), que se deu na primeira década do século XXI, em um contexto em que o capital financeiro necessita de novos setores mais seguros e rentáveis, o que faz do setor agrícola e do mercado de terras uma alternativa interessante (MEHTA; VELDWISH; FRANCO, 2012, p. 195).

A referida crise financeira de sobre acumulação teve o seu ápice em meados de 2007 e 2008, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, e gerou uma procura do capital financeiro por novos territórios (HARVEY, 2005), estratégias e novas formas de investimento mais rentáveis, o que fez das apropriações de terras em larga escala um novo agente de investimento por parte de diferentes fundos de investimento.

Embora a apropriação de terras e a concentração da propriedade da terra não constituam novos fenômenos, a crise financeira e, anteriormente, em 2007, o aumento abrupto dos preços dos alimentos, estimulado pela especulação das commodities, resultou em uma nova escalada.

Em um curto período de tempo, milhões de hectares de terra mudaram de mãos, acompanhando a mudança no uso da terra. O controle da terra passou das comunidades rurais para os investidores estrangeiros - e às vezes para os investidores locais - principalmente para a produção industrial e comercial de alimentos, ou para a extração de madeira, o comércio de carbono ou mineração, entre outros projetos.

A organização internacional GRAIN - que vem monitorando o processo e mantém o site <http://farmlandgrab.org> como um recurso de informação - adverte que “contratos estão sendo assinadas, escavadeiras estão batendo, terra está sendo cercada de forma agressiva e pessoas locais

estão sendo expulsos de seus territórios com consequências devastadoras” (GRAIN, 2011).

Segundo DEINIGER (2011, p. 224), os investidores são guiados por questões econômicas, desconfiança em relação aos mercados, preocupações em torno da estabilidade política, bem como na especulação em torno do aumento da procura de terra e de produtos agrícolas alimentares e não alimentares, ou na expectativa de ganhos provenientes da prestação de serviços ambientais através da plantação de florestas para sequestro de carbono.

Nas palavras de BUXTON A., CAMPANALE M. e COTULA L. (2012), o interesse destes fundos de investimento é impulsionado pela expectativa de retornos elevados ligada ao aumento dos valores da terra e da produtividade por um desejo de diversificar as carteiras de investimento e assim gerenciar melhor os riscos.

Assim, em vez de vincular a produção local aos mercados globais, os objetivos destes novos investimentos são para garantir um fornecimento estável de alimentos para os investidores, seja público ou privado; eles visam não servir os mercados internacionais, mas sim para contorná-los, apertando o controle dos investidores de o local de produção para o consumidor final.

Neste contexto, entre as múltiplas crises do contexto atual que impulsionaram o fenômeno, a crise energética é uma das crises que justifica o aumento do interesse em terras agricultáveis por parte dos investidores (SASSEN, 2013, p. 28). O cenário de aquecimento global oriundo da utilização de combustíveis fósseis e a instabilidade política de países produtores destes combustíveis faz com que empresas transnacionais, fundos de investimentos e Estados passem a investir cada vez mais em fontes alternativas de produção de energia¹².

No que se refere à crise alimentar, em meados de 2008 os preços mundiais dos alimentos atingiram os níveis mais altos desde a década de 1970. Os custos exorbitantes de grãos básicos e óleos comestíveis provocaram tumultos em todo o mundo - particularmente nas cidades empobrecidas do mundo em desenvolvimento, onde muitas pessoas gastam até 75% de sua renda em comida. Alguns dos principais países exportadores de alimentos, em esforços para evitar os aumentos dos preços dos alimentos e a agitação pública em casa, impuseram proibições às exportações de alimentos. Tais proibições, ao retirar grandes quantidades de suprimentos

¹² Em um esforço para evitar hidrocarbonetos prejudiciais ao meio ambiente e geopolíticos, muitas nações passaram a procurar por terras no exterior para uso na produção de biocombustíveis. De fato, de acordo com a ILC, 40% - cerca de 37 milhões de hectares - da terra do mundo envolvida em acordos agrícolas é reservada para esse fim (lembre-se, no entanto, que algumas culturas de biocombustíveis, como dendê, soja e cana-de-açúcar, pode produzir tanto alimentos quanto combustível).

de grãos do mercado global, exacerbaram a insegurança alimentar dos países importadores de alimentos, que dependiam desses alimentos básicos.

Algumas dessas nações decidiram resolver o problema com suas próprias mãos. Em um esforço para evitar os altos custos, a escassez de oferta e a volatilidade geral que assola as importações globais de alimentos, esses países passaram a ignorar os mercados mundiais de alimentos e, em vez disso, buscar terras no exterior para usar na agricultura.

Além da preocupação da desterritorialização¹³ de culturas destinadas a produção de alimentos para a reterritorialização¹⁴ de terras para o cultivo de commodities de cana, soja, entre outros, há ainda a preocupação com o aumento da população mundial.

Mais especificamente, a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) em 2009 divulgou um documento intitulado “Global agriculture towards 2050”¹⁵, que afirma que em 2050 a população mundial está projetada para mais de nove bilhões de habitantes. O aumento do número populacional e, por conseguinte, do consumo de alimentos, aliado a diminuição gradativa de terras destinadas à produção de alimentos, aumenta ainda mais as preocupações aos Estados, Empresas Transnacionais e fundos de investimentos, que buscam adquirir terras em outros países sob a justificativa de precisarem garantir produção de alimentos e propiciar a segurança alimentar.

Já a crise climática, em contrapartida, possui relação direta com a crise energética, haja vista que as mudanças climáticas, o aquecimento global, o aumento no buraco na camada de ozônio e o aumento de emissão de gases poluentes oriundos de combustíveis fósseis são fatores que impulsionam a crise. Essa crise proporciona o Green Grabbing, pautado no discurso da proteção ambiental.

¹³ O território pode se desterritorializar, isto é, abrir-se, engajar-se em linhas de fuga e até sair do seu curso e se destruir. A espécie humana está mergulhada num imenso movimento de desterritorialização, no sentido de que seus territórios “originais” se desfazem ininterruptamente com a divisão social do trabalho, com a ação dos deuses universais que ultrapassam os quadros da tribo e da etnia, com os sistemas maquímicos que a levam a atravessar cada vez mais rapidamente, as estratificações materiais e mentais (GUATTARI e ROLNIK, 1986:323).

¹⁴ Qualquer coisa pode fazer as vezes da reterritorialização, isto é, “valer pelo” território perdido; com efeito, a reterritorialização pode ser feita sobre um ser, sobre um objeto, sobre um livro, sobre um aparelho, sobre um sistema [...] (DELEUZE; GUATTARI, 1997, p. 224).

¹⁵ “Agricultura Global para 2050” traduzido para o português. High Level Expert Forum - How to Feed the World in 2050 Office of the Director, Agricultural Development Economics Division Economic and Social Development Department Viale delle Terme di Caracalla, 00153 Rome, Italy.

A título de crise ambiental, tem-se como causas o aumento das preocupações de certos países sobre a disponibilidade de água doce, que em várias regiões está se tornando uma mercadoria escassa também foi objeto de preocupação, assim como o aumento da demanda por certas commodities primas de países tropicais, particularmente fibras e outros produtos de madeira, e o aumento de subsídios esperados para armazenamento de carbono por meio de plantio e desmatamento, evitando especialmente no que se refere aos investidores privados, especulação sobre os futuros aumentos do preço das terras agrícolas (DE SCHUTTER, 2009, p. 5).

Em síntese, este cenário de convergência de múltiplas crises tornaram os investimentos em terras agrícolas e na agricultura atrativos ao capital financeiro. É neste cenário de convergência de crises, neoliberalismo, globalização e conseqüente crescimento dos fundos de investimento na agricultura que o fenômeno do land grabbing é intensificado.

No entanto, entre as várias crises que deram causa à ascensão do fenômeno, como evidência mais notória, o grande risco associado ao land grabbing é a segurança alimentar. Devido à competição internacional pela atração de investimentos, vários países passaram desde então a permitirem exceções contratuais que impedem a existência de barreiras às exportações dos produtos mesmo em períodos de crise alimentar interna (Hallam, 2009: 36). Por outro lado, a crescente escassez de recursos naturais ou “environmental scarcities”¹⁶, nas palavras de Homer-Dixon (1994), já estão contribuindo para conflitos violentos em muitas partes do mundo em desenvolvimento.

A referida crise também explica por que existe um portfólio tão diversificado e uma combinação de quando se trata de investimentos em terras estrangeiras para fins agrícolas. Os negócios em terra ocorrem mais comumente entre entidades privadas ou sob a forma parcerias público-privadas, embora as operações de governo para governo sejam conhecidas pelas ocorrências. Vários bancos de investimento estabeleceram fundos de investimento agrícola, incluindo o Deutsche Bank e o US-based BlackRock, Goldman Sachs e Morgan Stanley (SCOONES et al, 2013, p. 471). Assim, em atenção à volatilidade e instabilidade dos mercados de commodities agrícolas e ao declínio de lucros, os Fundos de Investimentos reorientaram seus capitais excedentes para o mercado financeiro de diversos setores e, entre eles, o setor agrícola. Como forma de legitimar o investimento no setor agrícola, o contexto de convergência de múltiplas crises, em especial a crise alimentar, foi utilizado desde então para impulsionar os investimentos estrangeiros.

¹⁶ “escassez ambiental”, traduzido para o português.

Além de a crise alimentar, Olivier De Schutter (2009, p. 6) afirma que este desenvolvimento apresenta várias outras oportunidades e soluções de crises. O autor destaca que a agricultura tem sido negligenciada tanto nas políticas públicas domésticas quanto na cooperação para o desenvolvimento e que, por tal motivo, a melhor saída para saída do contexto de convergência de crises são os investimentos dos estrangeiros na agricultura.

Mais investimento em áreas rurais pode ser particularmente eficaz na redução da pobreza daqueles países alvos (LAND MATRIX, 2013)¹⁷. A chegada do investimento tem o potencial de criar emprego, dentro e fora da fazenda (em indústrias de processamento associadas, por exemplo); levando a transferências de tecnologias; melhorar o acesso dos produtores locais aos mercados, a nível nacional, regional e internacional; além do aumento das receitas públicas, através de impostos e taxas de exportação. Já para os investidores (LAND MATRIX, 2013)¹⁸ / países investidores (LAND MATRIX, 2013)¹⁹, os investimentos significam maior segurança alimentar, pois dependerão menos dos mercados internacionais para adquirir os alimentos de que necessitam para alimentar suas populações.

No entanto, também há riscos importantes nesse desenvolvimento. Muitos investimentos fracassaram em relação às suas expectativas e, ao invés de gerarem benefícios sustentáveis, contribuíram para perdas de patrimônio e deixaram as populações locais em piores condições do que estariam sem o investimento (BANCO MUNDIAL, 2010, p. 38).

Ao estabelecer os princípios de direitos humanos nos quais as aquisições ou arrendamentos de terras em larga escala devem se basear, as Organizações Internacionais têm o objetivo de fornecer orientação aos Estados que hospedam tais investimentos, em particular em suas negociações com investidores estrangeiros. Os Estados devem estar cientes de que, sob certas condições, os investidores estrangeiros podem recorrer a acordos de investimento existentes, protegendo-os da expropriação e garantindo-lhes um

¹⁷ Segundo critério adotado pelo Observatório Global da Matriz Terrestre (LAND MATRIX), “país alvo” é o país em que a terra é adquirida.

¹⁸ Segundo critério adotado pelo Observatório Global da Matriz Terrestre (LAND MATRIX), “investidores” refere-se ao indivíduo, empresa, incluindo fundos de investimento ou agência estatal que adquire terras. - O investidor primário é a entidade diretamente envolvida no negócio de terras, enquanto o investidor secundário é a entidade que parcialmente ou totalmente financia ou possui o investidor primário. Disponível em: <https://landmatrix.org/en/about/>. Acessado em 13/08/2018.

¹⁹ Segundo critério adotado pelo Observatório Global da Matriz Terrestre (LAND MATRIX), “países investidores” refere-se ao país de origem do investidor, que é o mesmo que o país de destino, se for um investidor nacional. Os investidores podem ser atores privados, governos ou atores privados apoiados pelo governo. Disponível em: <https://landmatrix.org/en/about/>. Acessado em 13/08/2018”.

tratamento justo e equitativo, a fim de buscar compensação por qualquer perda de receita resultante de restrições impostas à liberdade de operar, a menos que tais restrições estejam claramente previstas no contrato de investimento no momento em que forem concluídas. Portanto, é crucial que tais circunstâncias sejam totalmente antecipadas (DE SCHUTTER, 2009, p. 8).

O palco foi montado para as disputas pela aquisição terras agrícolas, particularmente onde as terras adequadas para cultivo e água são abundantes, mão de obra barata e acesso aos mercados globais relativamente fáceis. Naturalmente, arrendamentos em larga escala ou aquisições de terras agrícolas não são sem precedentes. Mas a crise de 2007-2008 acelerou o fenômeno, criando um novo sentido de urgência entre os atores envolvidos. Além disso, enquanto investem em aquisições em larga escala de terras foram no passado quase que exclusivamente realizada pelo setor privado, governos (diretamente ou através de fundos soberanos ou empresas públicas) - passou a entrar na corrida, com vista a garantir a segurança alimentar “em casa”. Tal fenômeno não só explica a visibilidade que a “apropriação de terras” teve na mídia, mas também muda a definição da questão de forma significativa.

3 MERCANTILIZAÇÃO DA TERRA E O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO CAMPO AGRÍCOLA

A titulação individual é certamente desejável em muitas circunstâncias, particularmente para encorajar o investimento relacionado à terra, para reduzir o custo do crédito ao permitir a utilização da terra como garantia e para incentivar uma agricultura mais sustentável, particularmente pelo plantio de árvores e uso mais responsável dos recursos dos solos e dos recursos hídricos.

No entanto, a titulação individual pode não oferecer proteção adequada quando as condições macroeconômicas adequadas não estiverem presentes e quando os pequenos proprietários se arriscarem a ser taxados. A criação de mercados para os direitos de propriedade em terra pode levar a dificuldades de vendas dos pequenos agricultores que enfrentam dívidas, por exemplo, após uma safra ruim. Eles também podem ser expulsos de suas terras quando a terra tiver sido usada como garantia para garantir o reembolso de um empréstimo. Além disso, a titulação individual não é uma solução para os agricultores que não cultivam a terra, por exemplo, os pastores. Pode aumentar o risco de conflitos em vez de limitá-lo, se existirem

lacunas importantes entre os direitos consuetudinários e tradicionais de uso da terra e os direitos formais garantidos pela titulação²⁰.

Além do mais, a titulação individual pode não proteger adequadamente o acesso das comunidades locais aos bens comuns: como notado pela Comissão sobre o Empoderamento Legal dos Pobres, “em algumas culturas legais, a propriedade comunitária de recursos naturais como pastagens, florestas, água, pesca e os minerais de superfície são formas tradicionais e eficazes de conceder controle e direitos de propriedade a pessoas que têm pouca ou nenhuma outra propriedade. Esses sistemas devem ser reconhecidos e totalmente protegidos contra a captura arbitrária²¹”.

Uma alternativa à titulação individual pode, portanto, ser o registro coletivo, pelas comunidades locais, da terra que eles usam, a fim de garantir que a terra só possa ser convertida em novos usos com seu consentimento livre, prévio e informadas, e que sejam totalmente envolvidos na negociação com potenciais investidores.

Neste sentido, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecem o direito à autodeterminação, definido como o direito de todos os povos de dispor livremente de sua riqueza e recursos naturais; e ambos estipulam que nenhum povo pode ser privado de seus próprios meios de subsistência²².

Conforme reconhecido pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o direito à autodeterminação impõe aos governos a obrigação de proteger os indivíduos sob sua jurisdição de serem privados de seu acesso a recursos produtivos²³. Este direito apresenta vínculos claros com o direito de todo cidadão de participar da condução dos assuntos públicos em qualquer nível, conforme mencionado na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e no Pacto

²⁰ Songwe e Deininger, n. 11, referindo-se a N. Key e D. Runsten, pequenos proprietários e desenvolvimento rural na América Latina: A Organização de Empresas de Processamento Agrícola e a Escala de Produção de Produtores Externos”, *World Development* 27 (2): 381-401).

²¹ Relatório Final, junho de 2008, p. 65

²² art. 1 § 2, ICCPR e Artigo 1 § 2, ICESCR.

²³ O Centro de Acção dos Direitos Económicos e Sociais e o Centro dos Direitos Económicos e Sociais v. Nigéria, Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, Com. No. 155/96 (2001) (par. 58).

Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos²⁴, bem como com o direito das minorias, que o do Pacto²⁵ reconhece²⁶.

No entanto, a titulação individual é o único requisito analisado por diversos países alvos dos investidores para que, ao transformarem a terra em mercadoria, vendem ou arrendam terras agrárias a investidores, incluindo investidores estrangeiros, sem levar em conta os serviços importantes que esta terra presta à população local (McMICHAEL, 2011).

Assim, o processo de transformação da terra em mercadoria é considerado intenso e contraditório, do qual não pode ser entendido de forma independente da transformação do trabalho em mercadoria. Esta mercadoria, força de trabalho, no qual Marx (1973) denomina de “peculiar”, por ser a única adequada para criar valor, constitui-se no mesmo procedimento em que a propriedade²⁷ perde seu caráter fixo e se torna uma mercadoria.

Originalmente, a relação estabelecida entre a natureza e a terra implica na apropriação dos elementos naturais pelo homem, de forma que a propriedade da terra já estava presente nas formações econômicas pré-capitalistas, ao constituir-se como unidade natural do trabalho do homem com seus pressupostos materiais (MARX, 1981b).

Neste sentido, Marx (1981b, p. 78) descreve diversas maneiras de apropriação da terra e de seus recursos naturais, segundo diferentes formas de organização social. O autor pondera que em todas as organizações sociais há a apropriação das condições naturais do trabalho²⁸, ou seja, do solo, o

²⁴ Vide Artigo 25, que pondera que “Todos os cidadãos gozarão, sem qualquer das distinções mencionadas no artigo 2.º, e sem restrições indevidas, dos seguintes direitos e oportunidades: a) Participar na direção dos assuntos públicos, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente eleitos; b) Votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal, por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; c) Ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país”.

²⁵ Vide Artigo 27, que pondera que “Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, não será negado o direito que assiste às pessoas que pertençam a essas minorias, em conjunto com os restantes membros do seu grupo, a ter a sua própria vida cultural, a professar e praticar a sua própria religião e a utilizar a sua própria língua.”.

²⁶ Ver, por exemplo, Comitê de Direitos Humanos, *Chefe Ominayak e a Lubicon Lake Band v. Canadá*, comunicação no. 167/84 (CCPR / C / 38 / D / 167/1984), visões finais de 26 de março de 1990.

²⁷ Insta salientar, conforme preleciona Hobsbawm (1981), que o conceito de propriedade adotado neste trabalho não é identificado com a forma específica da propriedade privada capitalista, pois tal análise implica apenas numa apropriação, em retirar algo da natureza, ou determinar um tipo de uso para alguma parte da natureza (inclusive o próprio corpo). Propriedade neste caso representa, originalmente, apenas, um aspecto do trabalho, cuja finalidade não é a criação de valor, mas sim a manutenção do proprietário individual, da sua família, e da comunidade como um todo.

²⁸ O trabalho, enquanto formador de valores-de-uso, enquanto trabalho útil, é uma condição de existência do homem, independente de todas as formas de sociedade; é uma necessidade natural eterna, que tem a função de mediatizar o intercâmbio orgânico entre homem e natureza, ou seja, a vida dos homens. (MARX, Karl, 1983, p. 49).

que culmina na figura da propriedade individual da terra, em que o autor considera como sendo “natureza inorgânica” da subjetividade do homem.

Na teoria marxista, a base da ordem econômica pré-capitalista²⁹ é a propriedade da terra e a atividade da agricultura, cujo objetivo é a produção de valores de uso. Assim, a propriedade de um elemento de natureza, de modo específico a terra, constitui-se como forma de sociabilidade para o homem, inclusive enquanto carregada de valor de uso. Esta forma de sociabilidade se transforma quando tal recurso é usado como insumo para produção de excedentes. Portanto, o ato de reprodução em si não muda apenas as condições objetivas, mas os produtores mudam com ele, devido à emergência de novas qualidades, transformando-se e desenvolvendo-se na produção e adquirindo novas forças e novas concepções.

Segundo Hobsbawn (1981), ao introduzir o livro *Formações econômicas pré capitalistas*, de forma gradativa a relação estabelecida nesta ordem pré-capitalista entre o homem e a natureza passou por uma progressiva separação entre o trabalho livre e as condições objetivas de sua realização. Trata-se de um processo de separação entre os meios e o objeto do trabalho, entre o trabalhador e a terra, construindo uma vital diferença entre “uso” e a “troca e acumulação”. Segundo o autor, o processo de emancipação das condições naturais originais de produção pode ser considerado, ao mesmo tempo, como um processo de individualização humana, em que o trabalhador é reduzido à simples força de trabalho, e a propriedade se restringe ao controle dos meios de produção, materializada pelo processo de acumulação de terras (MARX, 1981a, p. 27).

Esse processo de desenvolvimento capitalista também é objeto de discussão de Karl Polanyi (2000)³⁰, que analisa a mercantilização da terra a partir das tentativas de implementação de uma economia liberal de mercado. Partindo de uma perspectiva teórica diferente da marxista, afirma-se que a “tradição dos economistas clássicos, que tentaram basear a lei do mercado na alegada propensão do homem no seu estado natural, foi substituída por um abandono de qualquer interesse na cultura do homem como irrelevante para se compreender os problemas da nossa era”.

²⁹ Nas formas pré-capitalistas o homem estabelece um modo objetivo de existência na terra que antecede sua atividade (e não surge como simples consequência dela). A terra é, portanto, “[...] como sua própria pele, como são seus órgãos sensoriais, pois toda a pele, e todos os órgãos dos sentidos são, também, desenvolvidos, reproduzidos, no processo da vida.” (MARX, 1981a, p. 78).

³⁰ POLANYI, K. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Tradução de Fanny Wrobel. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

Para Karl Polanyi (2000), a economia de mercado deve ser tratada como instrumento que vai além do processo de individualização humana e da transformação da propriedade como ferramenta de controle dos meios de produção. Trata-se de um sistema econômico controlado e dirigido apenas por mercados, que regulam a ordem na produção e distribuição dos bens e serviços via preços.

A chamada “autorregularão” significa que toda a produção é voltada para a venda no mercado, que todos os rendimentos derivam de tais vendas. Para tanto, o autor defende que não deve existir qualquer interferência no ajustamento dos preços às mudanças das condições de mercado, sejam questões relacionadas a bens, trabalho, terra ou dinheiro. POLANYI (2000, p. 90-91) assevera que “nem o preço, nem a oferta, nem a demanda devem ser fixados ou regulados; só terão validades as políticas e as medidas que ajudem a assegurar a autorregularão do mercado, criando condição para fazer do mercado o único poder organizador na esfera econômica”.

A partir da premissa de mercado único, o autor afirma que a terra é um elemento da natureza inexplicavelmente entrelaçado com as instituições do homem, e atribui a função econômica apenas uma entre as muitas funções vitais da terra. Para o autor, o pressuposto é tão utópico em relação à terra como em relação ao trabalho. A função econômica é apenas uma entre as muitas funções vitais da terra. Esta dá estabilidade à vida do homem; é o local da sua habitação, é a condição da sua segurança física, é a paisagem e as estações do ano. Imaginar a vida do homem sem a terra é o mesmo que imaginá-lo nascendo sem mãos e pés. E, no entanto, separar a terra homem e organizar a sociedade de forma tal a satisfazer as exigência de um mercado imobiliário foi parte vital do conceito utópico de uma economia de mercado (POLANYI, 2000, p. 214).

Para explicar a sua compreensão em relação à economia de mercado, o autor contextualiza apresentando estágios na subordinação da terra às exigências de uma sociedade industrial. O primeiro estágio, para o autor, foi a comercialização do solo, através da mobilização do rendimento feudal da terra. Já o segundo estágio foi o a subordinação da terra às necessidades de uma população urbana em rápida extensão, com incremento para as produções de alimentos e de matérias primas orgânicas para atender às exigências desta produção industrial³¹. Por fim, o terceiro estágio foi atender esse sistema de produção excedente aos territórios, no

³¹ A aglomeração das populações nas cidades industriais ocorreu, em um primeiro momento, em escala mundial e, posteriormente, em escala mundial. Essa transformação proporcionada no segundo estágio, ocorreu na metade do século XVIII, em que POLANY (2000, p. 217) classifica como origem basilar do verdadeiro significado de livre comércio.

qual a “terra e a sua produção se inseriram finalmente no esquema de um mercado auto regulável” (POLANYI, 2000, p. 215).

A partir dessas dimensões, com a finalidade de criar um clima favorável que possibilite o Investimento Estrangeiro Direto (IED), Enderwick (2005, p. 95) afirma que os Estados devem optar por amplas políticas de liberação³²; incentivos e induções; e seletividade³³ e targeting³⁴ para evitar excessiva competitividade.

EP Thompson (1998), ao tratar dos conflitos sobre a terra nas florestas, parques e terras comuns da Inglaterra do século XVII, já abordava a atual concepção de que os conflitos nas terras não são sobre o uso da terra per se, mas sim sobre poder e direito de propriedade. No contexto atual de mercantilização da terra, os conflitos agrários são ocasionados justamente por não levarem em consideração às lutas sociais pelo reconhecimento e garantia de direito aos povos (populações tradicionais e camponeses), não só de terem acesso à terra, mas de terem também o efetivo controle e uso da mesma como forma de garantir o seu direito à moradia e à subsistência.

Para MASSEY (2008), o reconhecimento das lutas sociais se faz necessário no atual contexto de mercantilização da terra, inclusive porque não se tratam de meras concessões econômicas ou jurídicas, mas sim decorrentes do auto reconhecimento proveniente de grupos socialmente diferenciados e com uma identidade comum.

Neste contexto de subordinação da terra às exigências da economia de mercado, é bastante comum a afirmação de que o investimento estrangeiro, sobretudo em sua modalidade direta, implica em importantes benefícios para os países receptores, sendo capaz de, além da contribuição imediata para o balanço de pagamentos, estimular a transferência de tecnologia, o comércio exterior, a criação de postos de trabalho, o desenvolvimento econômico, a inserção nas cadeias produtivas internacionais e a produção de spillovers³⁵ locais, o que pode ocorrer por efeitos de competitividade,

³² As políticas de liberalização consistem na implementação de medidas que reduzem os componentes de planejamento e direção da economia, dando preferência ao processo de tomada de decisões econômicas orientado pela preferência ao processo de tomada de decisões econômicas orientado pelo mercado. A desregulamentação, a privatização e a redução da intervenção do Estado no domínio econômico são as linhas centrais dessa estratégia (COSTA, José Augusto Fontoura, 2010, p. 51 a 54).

³³ As políticas baseadas em seletividade vinculam o interesse de incrementar o IED a objetivos específicos de desenvolvimento, como por exemplo, aumento das exportações ou a oferta local de emprego. (COSTA, José Augusto Fontoura, 2010, p. 40)

³⁴ Uma estratégia de targeting tende a ser mais dinâmico e adaptativo o que depende de bons instrumentos para compreender e avaliar os efeitos do investimento (ENDERWICK, 2005).

³⁵ “transbordamentos” em português.

demonstração e criação de clusters da atividade econômica. Pode-se falar, ainda, de efeitos institucionais ou terciários, constituídos pela adaptação e fortalecimento das estruturas administrativas, legislativas e jurisdicionais locais (ENDERWICK, 2005).

CONCLUSÃO

Por ser multifacetado, diferentes concepções sobre a concentração de terras e a estrangeirização - land grabbing, corrida mundial por terras, land rush e land control - foram abordadas neste trabalho a fim de contextualizar o fenômeno. Conclui-se que a melhor forma de conceituar o land grabbing traduzi-lo como apropriação de terras (BENATTI, 2009, p. 19), considerado como fenômeno cíclico³⁶, que depende da dinâmica da história regional e globais de acumulação de capital, cujos casos não se fazem nem tão restritivos e nem tão genéricos, desde que contenham as três características conectas (GÓMEZ, 2011).

O referido fenômeno se intensificou em 2007/2008, em um contexto de convergência múltiplas crises em escala global (alimentar, energética, ambiental, climática e financeira), do qual gerou uma procura do capital financeiro por novos territórios (HARVEY, 2005), estratégias e novas formas de investimento mais rentáveis, o que fez das apropriações de terras em larga escala um novo agente de investimento por parte de diferentes fundos de investimento.

No entanto, entre as várias crises que deram causa à ascensão do fenômeno, como evidência mais notória, o grande risco associado ao land grabbing é a segurança alimentar. Devido à competição internacional pela atração de investimentos, vários países passaram desde então a permitirem exceções contratuais que impedem a existência de barreiras às exportações dos produtos mesmo em períodos de crise alimentar interna (HALLAM, 2009: 36). Por outro lado, a crescente escassez de recursos naturais ou “environmental scarcities”³⁷, nas palavras de Homer-Dixon (1994), “are already contributing to violent conflicts in many parts of the developing world”³⁸.

A referida crise também explica por que existe um portfólio tão diversificado e uma combinação de quando se trata de investimentos em

³⁶ Neste trabalho entende-se que, embora muitas vezes referida como uma nova tendência, a luxúria da terra de hoje é simplesmente o reaparecimento - em uma nova forma - de um fenômeno que ocorre há séculos (SASSEN, 2013, p. 29).

³⁷ “escassez ambiental”, traduzido para o português.

³⁸ “já estão contribuindo para conflitos violentos em muitas partes do mundo em desenvolvimento”, traduzidos para o português.

terras estrangeiras para fins agrícolas. Os negócios em terra ocorrem mais comumente entre entidades privadas ou sob a forma parcerias público-privadas, embora as operações de governo para governo sejam conhecidas pelas ocorrências. Vários bancos de investimento estabeleceram fundos de investimento agrícola, incluindo o Deutsche Bank e o US-based BlackRock, Goldman Sachs e Morgan Stanley (SCOONES et. al., 2013, p. 471). Assim, em atenção à volatilidade e instabilidade dos mercados de commodities agrícolas e ao declínio de lucros, os Fundos de Investimentos reorientaram seus capitais excedentes para o mercado financeiro de diversos setores e, entre eles, o setor agrícola. Como forma de legitimar o investimento no setor agrícola, o contexto de convergência de múltiplas crises, em especial a crise alimentar, foi utilizado desde então para impulsionar os investimentos estrangeiros.

Neste contexto, a pesquisa do Banco Mundial mostra que os investidores de grande escala são incapazes de desenvolver grande parte da terra que adquirem ou não podem lucrar com a terra que estão cultivando. As razões para isso incluem a falta de conhecimento dos investidores sobre o ambiente local; uma subestimação da complexidade da agricultura; dificuldades em estabelecer tecnologias de larga escala em ambientes locais heterogêneos; e os altos custos da limpeza da terra e do estabelecimento da infraestrutura necessária. Além disso, os preços voláteis de petróleo e agro combustíveis, somados às dificuldades de obter produtos para o mercado onde há infraestrutura inadequada, diminuíram os retornos da agricultura em grande escala, especialmente em áreas remotas e “subdesenvolvidas”. Como resultado, muitos investidores antecipam seus maiores lucros não de produção agrícola, mas de preços de terras em risco. Seus incentivos são, portanto, adquirir terras o mais barato possível e mantê-las, sem necessariamente colocá-las em produção. Enquanto isso, pequenos agricultores e pastores que estavam usando a terra perderam seus meios de subsistência, e a produção total pode realmente diminuir.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, R. **Paradigmas do capitalismo agrário em questão**. São Paulo: Hucitec, Campinas: Editora da UNICAMP, 1992.

ALBUQUERQUE, J. L. C. **A dinâmica das fronteiras: os brasiguaios na fronteira entre o Brasil e o Paraguai**. São Paulo: Editora Annablume, 2010.

ALENTEJANO, P. R. Estrutura Fundiária. CALDART, Roseli Salete; PEREIRA, Isabel Brasil; ALENTEJANO, Paulo Roberto; FRIGOTTO, Gaudêncio (Org.). **Dicionário da Educação do Campo**. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 355-360.

AKRAM-LODHI, A. H. Contextualising land grabbing: contemporary land deals, the global subsistence and the world food system. **Canadian Journal of Development Studies**. v. 33, n. 02, p. 119-142, 2012.

ATHWAL, N. **The biggest investment opportunity you've probably never heard of**. Forbes, 3 de Dezembro de 2018, disponível em: <https://farmlandgrab.org/28613>.

BANCO MUNDIAL. **Rising global interest in farmland**: Can it yield sustainable and equitable benefits? Washington D.C., 7 de setembro de 2010.

BENATTI, J. H. **A lei de regularização fundiária e o debate sobre justiça social e proteção ambiental na Amazônia**. Hiléia - Revista do Direito Ambiental da Amazônia, nº. 11, Jul/Dez de 2008, e nº.12, Jan/Jun de 2009, p. 15-30.

BLOOMBERG. **The reason for high oil prices**. Bloomberg, 13 de maio de 2008. Disponível em: Acesso em: 10 de outubro de 2016.

BURGIS, T.; BLAS, J. **Madagascar Scraps Daewoo Farm Deal**. Financial Times, March 18, 2009, www.ft.com/cms/s/0/7e33310-13ba-11de-9e32-0000779fd2ac.html;

BORRAS JÚNIOR, S.; FRANCO, J. **Towards a Broader View of the Politics of Global Land Grab**: rethinking land issues, reframing resistance. **ICAS Working Paper Series**, 2010.

BUXTON A.; CAMPALE M; COTULA L. **Farms and Funds**: investment funds in the global land rush, lied Briefing - The global land rush. 2012. Disponível em: <http://pubs.iied.org/pdfs/17121IIED.pdf>. Acessado em 01/08/2018.

CLEMENTS, E. A. **Brazilian Policies and Strategies for rural territorial development in Mozambique**: South-South Cooperation and the case of ProSAVANA and PAA. Presidente Prudente, 2015, 278 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Presidente Prudente, 2015.

COCHET, H.; MERLET, M. **Land grabbing and share of the value added in agricultural processes.** A new look at the distribution of land revenues. Paper presented at the International Academic Conference on “Global Land Grabbing” held at the University of Sussex, Apr. 6-8, 2011.

Conferência da ONU sobre Comércio e Desenvolvimento, Relatório Mundial de Investimento 2009: **Empresas Transnacionais, Produção Agrícola E Desenvolvimento**, cap. III (2009).

COTULA, L. **The outlook on farmland acquisitions.** Rome: IIED, Canadian International Development Agency, IFAD. 2011. Collected from the Internet in Jan. 2013 at: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/13570.pdf>.

COTULA, L.; VERMEULEN, S.; R. LEONARD; KEELEY, J. **Land grab or development opportunity?** Agricultural investment and International Land Deals in Africa. Rome: FAO, IIED, and IFAD, 2009. Collected on the Internet on Feb. 16, 2012 at: https://www.ifad.org/pub/land/land_grab.pdf.

CUFFARO, N. **The Record of FDI in Developing Country Agriculture.** (paper presented at the FAO Expert Meeting on Foreign Investment in Developing Country Agriculture, Rome, July 30-31, 2009).

DANIEL, S. **Land grabbing and potential implications for world food.** In: BEHNASSI, Mohamed; SHAHID, Shabbir A; D’SILVA, Joyce. (Ed.). Sustainable agriculture development: recent approaches in resources management and environmentally-balanced production enhancement. Dordrecht ; New York: Springer, 2011. p. 25-42.

DEAN, W. **Latifundia and land policy in nineteenth century in Brazil.** The Hispanic American Historical Review Baltimore, MD, v. 51, n. 4, p. 605-625, 1971.

DEININGER, K. **Challenges posed by new wave of farmland investment.** The Journal of Peasant Studies, v. 30, n. 2 p. 217-247, 2011.

DELUEZE, G.; GUATTARI, F. Mil platôs - capitalismo e esquizofrenia. Tradução Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. São Paulo: Ed. 34, 1997. v. 5

DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA, ENCUESTAS Y CENSOS. **Encuesta Permanente de Hogares.** Assunção: DGEEC Publicaciones, 2013.

EDELMAN, M. Messy hectares: questions about the epistemology of land grabbing data. **The Journal of Peasant Studies**, v. 40, n. 03, p. 485-501, 2013.

ENDERWICK, P. (2005). «**What's Bad About Crony Capitalism?**». *Asian Business & Management*. 4 (2): 117-32. doi:10.1057/palgrave.abm.9200126

EPSTEIN, G. A. **Financialization and the world economy**. Cheltenham: Edwar Elgar, 2005.

FABRINI, J. E. **Campesinato e agronegócio na fronteira entre o Brasil e Paraguai**. Boletim DATALUTA, v. 23, p. 01-09, 2012.

FAIRBAIRN, M. Foreignization, financialization and land grab regulation. **Journal of Agrarian Change**, v. 15, n. 04, p. 581-591, 2015.

FAIRHEAD, J.; LEACH, M.; SCOONES, I. Green Grabbing: a new appropriation of nature? **The Journal of Peasant Studies**, v. 39, n. 02, 237-261, 2012.

FAO. **Climate Change, Biofuels, and Land**. (information sheet for the High-Level Conference on World Food Security: The Challenges of Climate Change and Bioenergy, Rome, June 2008), ftp.fao.org/nr/HLCinfo/Land-Infosheet-En.pdf.

GRAIN e outros. “**É hora de proibir a apropriação de terras, não de torná-las ‘responsáveis’!**”, Vía Campesina, abril de 2011. Disponível em: <http://www.grain.org/article/entries/4227-it-s-tempo-para-fora-da-lei-grabbing-não-para-torná-lo-responsável?>

HARVEY, D. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

HLPE (2011), “**Land tenure and international investments in agriculture: A report by The High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition**” [O direito de posse de terra e os investimentos internacionais na agricultura: um relatório do Painel de Alto Nível de Especialistas em Segurança Alimentar e Nutrição], Roma, Comitê de Segurança Alimentar Mundial, julho de 2011, p. 8.

HOBSBAWN, E. **A Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOMER-DIXON. **Environmental Scarcities and Violent Conflict: Evidence from Cases**. *International Security* 19, no. 1 (Summer 1994): 5-40.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo agropecuário 2006**. Rio de Janeiro, IBGE, 2009. Disponível no site <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/default.shtm>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

ILC. **Direitos da Terra e a Corrida pela Terra**. 2011. <http://www.landcoalition.org/cpl/CPL-synthesis-report>

Instituto Internacional de Pesquisa sobre Políticas Alimentares, Altos Preços: O que, quem e quer as ações da política proposta, 2008.

La Via Campesina, FoodFirst Information and Action Network, Land Research Action Network, and Genetic Resources Action International. **Stop Land Grabbing Now!** Heidelberg: FIAN International, 2010.

LIVERSAGE, H. **Responding to ‘land grabbing’ and promoting responsible investment in agriculture**. Rome: IFAD, 2011. Disponível em: <https://www.ifad.org/documents/10180/c7d51222-fbf3-41d1-b72c-2df3912f9b41>. Acesso em: 14 nov. 2016.

MANN, H. **Direito Econômico Internacional: água pelo dinheiro?** IISD, setembro de 2004

MASSEY, D. **Pelo espaço: uma nova política da espacialidade**. Rio de Janeiro, Bertrand. Brasil, 2008.

MARGULIS, M. E.; MCKEON, N.; BORRAS JÚNIOR, S. M. **Land grabbing and global governance: critical perspectives**. *Globalizations*, London, v. 10, n. 1, p. 1-23, Feb. 2013.

MARX, K. **Formações Econômicas Pré-Capitalistas**. 4ª Ed. Paz e Terra: Rio de Janeiro, RJ, 1981

MARX, K. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Coleção grandes pensadores. Editora Abril Cultural, 1973.

MARX, K. **Para a crítica da economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1981. (Coleção Os Pensadores).

MCMICHAEL. **The food regime in the land grab: articulating ‘global ecology’ and political economy**. Paper presented at the International Academic Conference on “Global Land Grabbing” held at the University of Sussex, Apr. 6-8. 2011.

MCKEON, N. **Civil Society-Public Institution Relations in Global Food Policy**: The Case of FAO and the CFS. In MARCHETTI, Raffaele (ed.). *Partnerships in International Policy-Making*. International Series on Public Policy. 2017.

MEHTA, L; VELDWISCH, G. J.; FRANCO, J. **Introduction to the Special Issue: Water grabbing?** Focus on the (re)appropriation of finite water resources. *Water Alternatives*. Vol. 5, nº. 2, 2012.

MILHORANCE, F.; PRAGER, A. **Fechado: investimento dos EUA estimula o roubo de terras, desmatamento no Brasil, dizem os especialistas**. Mongabay, 28 de março de 2018: <https://news.mongabay.com/2018/03/cerrado-us-investment-espocas-terra-roubo-desmatamento-em-brasil-dizem-especialistas/>

MILHORANCE, F.; PRAGER, A. **Cerrado: U.S. investment spurs land theft, deforestation in Brazil, say experts**. Mongabay, 28 de março de 2018: <https://news.mongabay.com/2018/03/cerrado-u-s-investment-spurs-land-theft-deforestation-in-brazilsay-experts/>.

Organização das Nações Unidas Para a Alimentação e Agricultura. **Global agriculture towards 2050**, 2009.

OLIVEIRA, A. U. A questão da aquisição de terras por estrangeiros no Brasil - um retorno aos dossiês. *Revista Agrária*, n.12, p. 03-113, 2010.

ORTEGA, C. V. **Una revisión de los modelos sobre el mercado y los precios de la tierra em la literatura económica**. *Agricultura y Sociedad*, Madrid, n. 41, p. 210-254, 1986.

OXFAM AMERICA. **THE truth about land grabs**. [S. l.]: OXFAM, 2017. Disponível em: <https://www.oxfamamerica.org/take-action/campaign/food-farming-and-hunger/land-grabs/>. Acesso em: 24 nov. 2017.

PELUSO, N. L.; LUND, C. New frontiers of land control: introduction. *The Journal of Peasant Studies*, v. 38, n. 04, p. 667-681, 2011.

POLANYI, K. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

RIVO, A. R. et al., **After Daewoo? Current Status and Perspectives of Large-Scale Land Acquisitions in Madagascar** (Rome: International Land Coalition, January 2011), www.landcoalition.org/sites/default/files/publication/905/CIRAD_OF_Mada_ENG_web_16.03.11.pdf.

SASSEN, S. **Lands grabs today**: feeding the disassembling of national territory. *Globalizations*, London, v. 10, n. 1, p. 25-46, Feb. 2013.

SAUER, S.; BORRAS JÚNIOR, S. **‘Land Grabbing’ e ‘Green Grabbing’**: uma leitura da ‘corrida na produção acadêmica’ sobre a apropriação global de terras. *Revista Campo Território*, Ed. Especial Land Grabbing, Grilagem e Estrangeirização de terras, n. 23, v. 11, p. 06-42, 2016.

SAUER, S.; LEITE, S. **Agrarian structure, foreign land ownership, and land value in Brazil**. Paper presented at the International Academic Conference on “Global Land Grabbing” held at the University of Sussex, Apr. 6-8, 2011.

SCHUTTER, O. **Aquisições e arrendamentos de terras em grande escala**: Um conjunto de princípios e medidas fundamentais para enfrentar o desafio dos direitos humanos. Comunicado de imprensa divulgado pelo Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos a 12/06/2009, disponível em: <https://www.unric.org/pt/direitos-humanos-actualidade/24416>. Acessado em 16/08/2018.

SCHUTTER, O. How not to think of land-grabbing: three critique of large-scale investment in farmland. *The Journal of Peasant Studies*, n. 38, v. 02, p. 249-279, 2011.

SCOONES, I.; HALL, R.; BORRAS JÚNIOR, S., WHITE, B.; WOLFORD, W. The politics of evidence: methodologies for understanding the global land rush. *Journal of Peasant Studies*. Vol. 40, nº. 3, 2013, p. 469-483.

TAYLOR, K. **“A Message to My Fellow Overseers of Harvard - maio 22, 2018”**: https://medium.com/@Kat_Taylor/amessage-to-my-fellow-overseers-of-harvard-may-22-2018-12ea17d5d9ec

THOMPSON, E. P. **Costumes em comum**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 528 p.

TIAA-CREF ASSET MANAGEMENT. **Responsible Investment in Farmland**. Ethical conduct and responsible stewardship of the environment. Collected from the Internet in Ago. 2018 at: http://supplement.pionline.com/real-assets/_pdf/TIAA-CREF_responsible_investment.pdf.

UNCTAD. CONFERÊNCIA DA ONU SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO, RELATÓRIO MUNDIAL DE INVESTIMENTO 2009: Empresas transnacionais, produção agrícola e desenvolvimento, cap. III (2009).

UNCTAD, **Tratados Bilaterais de Investimento**, http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. Population Division (2017). **World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables**. Working Paper No. ESA/P/WP/248.

VIA CAMPESINA WORLD BANK. **World Bank - IMF guilty of promoting land grabs, increasing inequality**. Publicado em 7 de outubro de 2018. Ver: <https://www.farmlandgrab.org/28476>.

VISSER, O. Finance and the global land rush: understanding the growing role of investment funds in land deals and large-scale farming. **Canadian Food Studies**, v. 02, n. 02, p. 278-286, 2015.

VON BRAUN, J.; MEINZEN-DICK, R. **“Land Grabbing” by Foreign Investors in Developing Countries: risks and opportunities**. **IFRI Policy Brief**, 2009.

WHITE, B.; BORRAS JÚNIOR, S.; HALL, R.; SCOONES, I.; WOLFORD, W. The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals. **Journal of Peasant Studies**. Vol. 39, nº. 3-4, 2012, p. 619-647.

ZELEDÓN, R. Z. **Derecho Agrario Contemporáneo**. Capítulo XVI, 2009, p. 402.

ZIBETTI, D, W. **Aquisição e exploração de imóvel rural por estrangeiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 247.

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

DELITOS CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS E A INADEQUAÇÃO NOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA

CRIMES AGAINST THE CAPITAL MARKET AND THE INADEQUATION IN THE LEGAL CRITERIA IN THE APPLICATION OF THE CRIMINAL FINE

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira*

SUMÁRIO: 1 Os delitos da lei de mercado de capitais. 1.1 Delito de manipulação de mercado. 1.2 Delito de *Insider Trading*. 1.3 Delito de exercício irregular de cargo, profissão ou atividade. 2 A aplicação da pena de multa nos delitos da lei de mercado de capitais. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo trata dos delitos contra o mercado de capitais e se objetiva apresentar a estrutura dos tipos penais previstos na Lei 6.385/76 e analisar os critérios para aplicação da pena de multa nestes delitos. O legislador trouxe parâmetros contraditórios, adotou técnica legislativa inadequada e rompe com a tradição na tutela dos bens jurídicos que compõem a ordem socioeconômica, logo, há se unificar os critérios para se de uniformizar a necessidade ou não da pena de multa, bem como verificar se é caso de ajustar sua incidência considerando a presença do direito administrativo sancionador.

Palavras-chave: Delitos. Mercado de Capitais. Multa penal. Proporcionalidade.

ABSTRACT: *This article debates the crimes that offend the capital market where it aims to present the structure of the criminal types in the Law 6.385/76 and analyse the criteria to do the dosimetry of the fine sanction in this crimes. The legislator presented contradictory parameters, has adopted a mistaken legislative technique and broke the tradition in the legal-penal good that make up the role of the socioeconomic order; therefore, there is the need to standardize the necessity or not to apply the fine sanction, as well as verify if it's the case to adjust it's intensity considering the presence of the sanctioning administrative law.*

Keywords: *Crimes. Capital Market. Criminal fine. Proportionality.*

1 OS DELITOS DA LEI DE MERCADO DE CAPITAIS

A Lei 6.385/76 apresenta três delitos que tem por finalidade a tipificação de comportamentos que atentem contra o mercado de capitais

* Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos - Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Penal e Política Criminal - Universidade de Granada. Mestre em Direito Penal e Tutela dos interesses supraindividuais - Universidade Estadual de Maringá. Especialização em Direito e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina.

Artigo recebido em 05/11/2019 e aceito em 19/11/

Como citar: SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Delitos contra o mercado de capitais e a inadequação nos critérios de aplicação da pena de multa. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 273-286. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

cuja relevância penal é justificada¹ e acerca deles passaremos a discorrer nas linhas abaixo.

1.1 Delito de manipulação de mercado

O delito de manipulação de mercado está previsto no artigo 27-C, da antedita lei, que foi recentemente modificado pela Lei 13.506/17 e criminaliza a conduta daquele que:

realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar danos a terceiros (BRASIL, 2019).

O bem jurídico salvaguardado é a estabilidade do mercado de capitais, o qual encontra assento constitucional, uma vez que se protege o sistema financeiro nacional em seu artigo 192.

O sujeito ativo do delito é qualquer pessoa, sendo considerado delito comum², ao passo que o sujeito passivo é o Estado podendo alcançar os investidores e as sociedades anônimas afetados pelos atos de manipulação.

O Direito Penal Econômico trabalha com estruturas de delitos de perigo abstrato, dispensando-se a superveniência do resultado materialmente danoso. A estrutura do tipo penal objetivo desse delito tipifica as condutas de simulação de operações ou execução, outras manobras fraudulentas voltadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário.

Ao tratar do tipo subjetivo temos que o delito é doloso, exige-se o elemento subjetivo do injusto consubstanciado no dolo específico de agir com o fim de alterar artificialmente o regular funcionamento do mercados

¹ Thiago Bottino e Oliveira apontam que: “A constatação de que o mercado de capitais representa uma peça fundamental para o desenvolvimento econômico brasileiro recente está diretamente ligada às funções que essa ferramenta desempenha em uma sociedade capitalista de mercado. A negociação de ações em bolsas de valores aumenta as alternativas de financiamento para as empresas e reduz o custo do financiamento porque elimina a intermediação da instituição financeira. Por outro lado, o crescimento do mercado de capitais deve vir acompanhado de maior proteção ao investidor (seja por meio de mecanismos de governança corporativa, seja pelo maior controle estatal)” (BOTTINO e OLIVEIRA, 2012, p. 154).

² Cezar Roberto Bitencourt diz que como “...a lei penal não faz alusão ao poder de gestão ou administração em instituição financeira ou sociedades com ações no mercado e tampouco exige a qualidade de investidor, portanto, estaríamos diante de delito comum” (BITENCOURT, 2016, p. 153).

de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem ou causar danos a terceiros (BITENCOURT, 2016, p. 173).

A estrutura da tipificação é equivocada e inclusive revela-se antagônica com os traços normais de tipificação das condutas contra bens jurídicos supraindividuais em que, como regra geral, dispensa-se o dolo específico.

A consumação do delito ocorre com o perfazimento das condutas penalmente vedadas, logo, cuida-se de delito formal³, ou seja, é de todo irrelevante a obtenção da vantagem indevida ou do lucro⁴.

1.2 Delito de *Insider Trading*

O delito de *insider trading* segue a tipificação penal das condutas atentatórias ao mercado de capitais no artigo 27-D, da Lei 6.385/76 cuja redação fora modificada pela Lei 13.506/17.

A preservação do princípio da transparência, da igualdade entre os investidores são os fatores que justificam a criminalização desse comportamento. O uso de informação privilegiada, que ainda não foi compartilhada, afeta o equilíbrio do mercado e atinge a equivalente divisão do risco entre todos.

Em relação ao bem jurídico tutelado por esse delito temos em primeiro lugar que ele não tem por finalidade assegurar o patrimônio dos investidores, posto que como verbera Marcelo Costenaro Cavali, não raras vezes se torna possível identificar quais seriam os afetados por essa conduta em virtude da natural estrutura de risco do mercado de capitais, bem como pela dificuldade em se auferir a extensão do prejuízo patrimonial experimentado (2017, p. 151/152).

Em compasso com o mesmo autor tem-se que ele se revela cético com a necessidade de tutela penal do comportamento, uma vez que são poucos os casos que foram objeto de apuração, avançaram da esfera

³ Nesse sentido na jurisprudência: BRASIL. TRF3. ApCrim0006193-78.2009.4.03.6181, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/02/2017.

⁴ Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda pontuam “a ausência concreta do resultado desejado não conduz a possibilidade do reconhecimento da modalidade tentada do crime, sendo absolutamente irrelevante para a caracterização da tipicidade da conduta a efetiva alteração da cotação do valor mobiliário”. (BITENCOURT; BREDA, 2010, pp. 346 e 347).

administrativa para ser objeto de ação penal inclusive com condenação penal (CAVALI, 2017, p. 152 e ss).

A despeito disso, Marcelo Costenaro Cavali aclara que o bem jurídico seria a capacidade funcional alocativa do mercado consistente “... justamente o livre jogo de forças dos agentes econômicos na formação dos preços dos valores mobiliários, embasado na premissa de mercado livre e aberto (*free and open market*)” (CAVALI, 2017, p. 148). O autor estabelece uma analogia a um jogo de dados viciado, o qual afeta, de uma só vez, o investimento e a confiança no mercado de capitais por artificializar o valor do ativo e a oferta, demanda, liquidez e seus custos.

O bem jurídico possui fundamento constitucional já que Constituição Federal, em seus artigos 3º, II, IV, 173, 192 e 219, prevê a existência do sistema financeiro nacional, o dirigismo e intervencionismo estatal na ordem econômica, o que abrange mercado de ativos (CAVALI, 2017, p. 154 e ss).

O delito comprova a redução do espectro de confiança dos investidores, além da igualdade que afeta a liberdade de concorrência, portanto, afeta interesses do Estado e da coletividade e, em menor grau, o patrimônio dos investidores.

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, sendo que a antiga redação da lei penal contemplava que apenas o *insider* primário respondia pelo delito, ou seja, demandava-se que o agente tivesse um vínculo com algum segmento do mercado de capitais como emissor de valores mobiliários ou que o repasse dessa informação tenha advindo de relação comercial, profissional ou pessoal com o emissor (artigo 27-D, § 1º, da Lei 6.385/76).

Ocorre que, desde 2017, a legislação fora alterada e no *caput*, do artigo 27-D, da Lei 6.385/76, passou a prever a conduta de “utilizar da informação relevante, de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários”.

O ato de utilizar dispensa a presença de qualquer liame envolvendo o mercado de capitais ou qualquer agente que atue naquele setor ou, inclusive, tenha vínculos com eventual sociedade anônima envolvida na informação confidencial⁵.

⁵ A jurisprudência do STJ diz: “PENAL E PROCESSUAL. CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. ART. 27-D DA LEI N. 6.385/1976. USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA - INSIDER TRADING. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO. CULPABILIDADE EXACERBADA. FUNDAMENTO IDÔNEO. PENA DE MULTA. APLICAÇÃO CORRETA. DANOS MORAIS. NÃO

O liame especial de confiabilidade é exigido apenas no delito do CABIMENTO. CRIME COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. IRRETROATIVIDADE. 1. Não mais subsistem a utilidade e o interesse recursais em relação ao segundo recorrente, em face da superveniência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, ambos do Código Penal. 2. Quanto ao recurso do primeiro recorrente, cinge-se a controvérsia à análise da qualificação jurídica dada aos fatos delineados pelas instâncias ordinárias, notadamente se a conduta praticada pelo agente se subsume ao tipo previsto no art. 27-D da Lei n. 6.385/1976, e ao exame da dosimetria da pena, não sendo o caso de incidência da Súmula 7 do STJ. 3. A responsabilidade penal pelo uso indevido de informação privilegiada, ou seja, o chamado Insider Trading - expressão originária do ordenamento jurídico norte-americano - ocorreu com o advento da Lei n. 10.303/2001, que acrescentou o artigo 27-D à Lei n. 6.385/76, não existindo, ainda, no Brasil, um posicionamento jurisprudencial pacífico acerca da conduta descrita no aludido dispositivo, tampouco consenso doutrinário a respeito do tema. 4. A teor do disposto nos arts. 3º e 6º da Instrução Normativa n.358/2002 da Comissão de Valores Mobiliários e no art. 157, § 4º, da Lei n. 6.404/1976, quando o insider detiver informações relevantes sobre sua companhia deverá comunicá-las ao mercado de capitais tão logo seja possível, ou, no caso em que não puder fazê-lo, por entender que sua revelação colocará em risco interesses da empresa, deverá abster-se de negociar com os valores mobiliários referentes às informações privilegiadas, enquanto não forem divulgadas. 5. Com efeito, para a configuração do crime em questão, as “informações” apenas terão relevância para esfera penal se a sua utilização ocorrer antes de serem divulgadas no mercado de capitais. A legislação penal brasileira, entretanto, não explicitou o que venha a ser informação economicamente relevante, fazendo com que o intérprete recorra a outras leis ou atos normativos para saber o alcance da norma incriminadora. 6. Em termos gerais, os arts. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 e 2º da Instrução n. 358/2002 da CVM definem o que vem a ser informação relevante, assim como a doutrina pátria, que leciona ser idônea qualquer informação capaz de “influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado”, gerando “apetência pela compra ou venda de ativos”, de modo a “influenciar a evolução da cotação” (CASTELLAR, João Carlos. Insider Trading e os novos crimes corporativos, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 112/113). 7. No caso concreto, não há controvérsia quanto às datas em que as operações ocorreram e nem quanto ao fato de que o acusado participou das discussões e tratativas visando à elaboração da oferta pública de aquisição de ações da Perdígão S.A, obtendo, no ano de 2006, informações confidenciais de sua companhia - Sadia S.A. - as quais, no exercício de sua profissão, tinha o dever de manter em sigilo. 8. Ainda que a informação em comento se refira a operações, na época, em negociação, ou seja, não concluídas, os estudos de viabilidade de aquisição das ações da Perdígão já se encontravam em estágio avançado, conforme decisão proferida no procedimento administrativo realizado na CVM, destacada no acórdão recorrido. 9. Diante do quadro delineado na origem, constata-se que a conduta do recorrente se subsume à norma prevista no art. 27-D da Lei n.6.385/76, que foi editada justamente para assegurar a todos os investidores o direito à equidade da informação, condição inerente à garantia de confiabilidade do mercado de capitais, sem a qual ele perde a sua essência, notadamente a de atrair recursos para as grandes companhias. 10. Quanto à dosimetria da pena, não prospera a aventada contrariedade ao art. 617 do Código de Processo Penal, que trata da proibição de alterar ou agregar novos fundamentos para justificar o agravamento da pena quando somente a defesa houver recorrido, não se aplicando nas hipóteses em que o Ministério Público também recorre com o objetivo de aumentar a reprimenda, sob o argumento de que a sanção final não se revelou suficiente à reprovação e à prevenção do crime. 11. O cargo exercido pelo recorrente na época dos fatos - Diretor de Finanças e Relações com Investidores da Sadia S.A. - constitui fundamento idôneo para justificar o aumento da pena-base, “diante da sua posição de destaque na empresa e de liderança no processo de tentativa de aquisição da Perdígão”, conforme destacou o acórdão recorrido. 12. Pena de multa aplicada de

artigo 27-D, § 3º, da Lei 6.385/76, caso se exija do agente a manutenção do sigilo por força de obrigação legal ou advinda do posto ocupado, por exemplo, deveres do administrador previstos no artigo 135, da Lei 6.404/76 (LSA).

1.3 Delito de exercício irregular de cargo, profissão ou atividade

Em avanço, a lei tratou de tipificar o delito de exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função no artigo 27-E, da Lei 6.385/76. A finalidade é a de exigir a qualificação dos profissionais que atuarão nesse local tão sensível da atividade econômica.

Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda apontam que: “Há assim, diversos interesses em jogo na tutela exercida pelo art. 27-E: controle de acesso, fiscalização, qualificação do mercado de valores mobiliários e, mediante proteção da poupança popular.” (BITENCOURT; BREDA. 2010, p. 370).

O bem jurídico tutelado é a estabilidade do mercado ao se garantir que a atuação no sistema financeiro nacional, no mercado de capitais, seja realizada por agentes que detenham outorga estatal e conhecimento especializado.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, uma vez que a indevida acessibilidade ao mercado de capitais pode se dar por qualquer pessoa, logo, trata-se de delito comum. Quanto ao sujeito passivo do delito, a conduta atinge, em primeiro lugar, o Estado, porém, é possível de afetar os investidores e terceiros atingidos pelo comportamento.

O tipo objetivo contempla as ações de exercer, independentemente de obtenção de remuneração, no mercado de valores mobiliários, “a atividade de administrador de carteira, agente autônomo de investimento,

forma fundamentada, em R\$ 349.711,53 (trezentos e quarenta e nove mil, setecentos e onze reais e cinquenta e três centavos), nos termos dos arts. 27-D e 27-F da Lei n. 6.385/1976 e do art. 71 do Código Penal, com o objetivo de desestimular a conduta ilícita e resguardar a confiança do mercado mobiliário. 13. Apesar de a redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, conferida pela Lei n. 11.719/2008, estabelecer que o juiz, ao proferir sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, a referida norma, por possuir caráter processual e penal, não pode ser aplicada à espécie, em face do preceito constitucional previsto no art. 5º, XL, da CF/88, que veda a retroatividade da lei penal in pejus. 14. Recurso especial do segundo recorrente prejudicado, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva; recurso especial do primeiro recorrente parcialmente provido para afastar da condenação a imposição de valor mínimo para a reparação a título de danos morais coletivos. (REsp 1569171/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016).

auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário”. Segue a criminalização da conduta para inserir uma cláusula genérica abrangendo “qualquer outro cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado na autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento”⁶.

Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda pontuam que: “O crime de atuação irregular é de perigo abstrato, pois há uma presunção legal de que o exercício das funções de intermediações de valores mobiliários tem suficiente potencialidade lesiva aos interesses protegidos” (BITENCOURT; BREDA, 2010, p. 373).

O delito é considerado um tipo doloso. A lei penal exige o exercício de qualquer uma das atividades previstas no tipo penal ou contempladas na parte final da criminalização (Comissão de Valores Mobiliários), desde que demandem autorização ou registro na autoridade administrativa competente cuja exigência se dá por força de lei ou regulamento.

A consumação demanda uma reiteração de condutas, uma vez que o verbo tipificado exercer concita a presença de uma sequência de atos.

⁶ Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda destacam que: “[...] Em relação aos demais cargos, profissões, atividades ou funções que requerem registro e autorização da CVM, é possível citar, por exemplo, a de consultor de valores mobiliários, que, conforme a Instrução 43/85 CVM, poderá ser exercida por pessoas físicas ou jurídicas que se habilitem junto à Comissão de Valores Mobiliários. Ainda de acordo com a Instrução, os pretendentes à habilitação ao exercício das atividades acima mencionadas, enquanto não regulamentadas especificamente, deverão, além de possuir comprovada experiência em atuação no mercado de valores mobiliários, atender às exigências para ocupação de cargos de diretoria em sociedades corretoras e distribuidoras.[...] As instruções normativas da CVM estabelecem os requisitos e o procedimento para a obtenção de autorizações e registros para os intermediários financeiros e de todas as demais funções que dependem da manifestação da entidade autárquica. Daí por que o tipo objetivo reclama a atuação desautorizada ou sem o respectivo registro (sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado (sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado junto à autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento)” (2010, pp. 372 e 373).

Logo, apura-se que estamos diante de delito habitual⁷ que não admite tentativa.

2 A APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA NOS DELITOS DA LEI DE MERCADO DE CAPITAIS

A Lei 6.385/76 trata dos delitos praticados contra o mercado de capitais e apresentamos os três tipos penais nos artigos 27-C *usque* 27-E enquanto o artigo 27-F trata de critérios especiais para orientar o julgador na aplicação da pena de multa nestes delitos.

Infere-se da leitura dos tipos penais que a técnica legislativa mescla delito de perigo abstrato com tipo de resultado material pela previsão na parte final do delito de manipulação de mercado artigo 27-C, da Lei 6.385/76 com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, o que aponta a incorporação da estrutura de delito de estelionato com bem jurídico de perigo abstrato, o que torna a construção típica deveras confusa (BITENCOURT, 2016, p. 154/158).

A inadequação técnica é repetida no delito de *insider trading* no tipo penal do artigo 27-D, da Lei 6.385/76, visto que igualmente se contempla a vantagem indevida, ainda que sem alusão ao lucro como ocorre na figura acima descrita.

A lei penal não atrela a vantagem ao seu caráter monetário, malgrado, obviamente seja essa sua maior finalidade.

O artigo 27-F, da Lei 6.385/76 apresenta um critério para se calcular a pena de multa, o que incide aos tipos penais dos artigos 27-C e 27-D, da mesma lei. Tem-se que a pena de multa é aplicada tomando por base o dano provocado ou pela vantagem ilícita obtida pelo agente.

A lei foge da regra dos critérios de cálculo da pena de multa previstos no Código Penal (BITENCOURT, 2016, p. 197), visto que neste documento, o pagamento dela é calculado em dias-multa amparado de 10 (dez) a no máximo 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cujo valor de cada dia é calculado em compasso com um trigésimo do salário mínimo que pode ser elevado, com a devida fundamentação, em até cinco salários.

⁷ Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda assinalam que: “A interpretação, nesse caso, deve-se alinhar a exegese do artigo 16 da Lei nº 7492/86, tipo penal genérico em relação ao crime em estudo. [...] Outros tipos penais do Código Penal regidos pelo verbo ‘exercer’ são classificados pela doutrina como “habituais”. [...] Como se trata de infração penal habitual, o crime não admite a modalidade tentada” (2010, p. 373).

Os critérios do artigo 49, § 1º do CP teriam sido afastados em detrimento do valor da Lei 6.385/76? A doutrina recusa essa possibilidade pela ausência de parâmetro normativo indicado para substituição da forma de calcular o dia-multa (BITENCOURT, 2016, p. 183).

Tem-se que no artigo 27-C, como há alusão apenas a obtenção da vantagem indevida, o cálculo deverá incidir com arrimo nesse patamar e não com amparo no dano provocado.

Cesar Roberto Bitencourt leciona que “A única interpretação possível é de que o dano provocado deve, certamente, ser avaliado para a fixação da pena-base, mas não poderá ser invocado para elevar a sanção em até três vezes esse montante, ao contrário da vantagem auferida com a manipulação” (2016, p. 183).

Em referência ao parágrafo único do artigo 27-F, da Lei 6.385/76 atinente a elevação no triplo pela reincidência temos que há resistência doutrinária quanto a sua aplicação (BITENCOURT, 2016, p. 184) por violação aos princípios da reserva legal e taxatividade. Todavia, nada impede sua majoração com arrimo no artigo 60, do Código Penal, a saber, até o triplo do valor máximo levando em consideração a situação econômica do sentenciado (BITENCOURT, 2016, p. 183).

É de se observar a distinção que a lei faz com relação a dosimetria da pena de multa. O delito do artigo 27-C, da Lei 6.385/76 diz que a multa é calculada com arrimo no valor da vantagem ilícita obtida em razão do crime, a qual pode ser fixada até no triplo dessa soma. Ao passo que o artigo 27-F, da mesma legislação assinala que as multas dos delitos dos artigos 27-C e 27-D serão fixadas em razão do dano provocado ou da vantagem ilícita auferida pelo agente.

Cezar Roberto Bitencourt assinala que a pena de multa não pode ser aplicada em razão da conduta gerar apenas danos provocados ou inexistir benefício patrimonial auferido no delito do artigo 27-C, da Lei 6.385/76. Segue o autor defendendo que o valor do dano provocado servirá para a avaliação da pena-base, porém, “não poderá ser invocado para elevar a sanção em até três vezes esse montante, ao contrário da vantagem obtida com a manipulação” (2016, p. 183).

Há quem advirta ainda para a impossibilidade de se aplicar o artigo 27-F, parágrafo único, visto que “não há menção a qualquer tipo de fixação de valores, sendo certo, portanto, que a disposição se torna inaplicável. Não caberia aqui, sob pena de violação ao princípio da legalidade, tentar,

mediante um exercício de interpretação, imaginar que o legislador se referiu ao *caput* do art. 27-C” (BITENCOURT, 2016, p. 183).

Temos a quebra do princípio da proporcionalidade quando contrapomos o delito do artigo 4º, da Lei 7.492/86, visto que naquela lei, o legislador penal se limita a prever a cominação de pena de multa, mas sem qualquer fator que indexe a pena a um valor alto como ocorre no caso em tela⁸.

Cezar Roberto Bitencourt verifica a mesma questão nos artigos 16, da Lei 7.492/86 e artigo 27-E, da Lei 6.385/76 (2016, p. 205) com violação ao princípio da proporcionalidade na pena privativa de liberdade.

O critério deveria ser uniforme, visto que estamos diante de infrações penais que atentam contra a ordem socioeconômica. Não há explicação plausível para se estabelecer essa distinção se as criminalizações atingem interesses idênticos (BITENCOURT, 2016, p. 212).

Inferre-se que o legislador contemplou dispositivos que tratam a responsabilidade penal por atos que afetam a ordem socioeconômica de modo completamente distinto sem o mesmo parâmetro, o que descarta uma violação ao princípio da igualdade.

Lado outro, apura-se que há um superdimensionamento da pena de multa nos delitos contra o mercado de capitais e aqui, calha questionar, se há ou não um acerto em elevar a pena de multa já que a responsabilidade administrativa é mais voltada às pessoas jurídicas, embora exista responsabilização pessoal, com patamares altamente elevados⁹.

Porém, equivocou-se o legislador em não estabelecer um tratamento distinto em outros delitos que afetam a ordem socioeconômica.

Qual a justificativa crível para estabelecer, ainda que parcialmente equivocado quanto ao critério de aplicação, a multa mais elevada quando a conduta atinge o mercado de capitais, porém, não confere o mesmo tratamento jurídico-penal nas condutas que afetam o sistema financeiro nacional na Lei 7.492/86?

Ao buscarmos na Lei 9.613/98, de modo igual, não encontramos o estabelecimento de critérios político criminais representativos de uma sanção penal voltada ao aspecto econômico. O recrudescimento não é repetido na Lei 8.137/90.

⁸ Em relação a pena privativa de liberdade vide: BITENCOURT, 2016, p. 182.

⁹ Vide: BRASIL. CVM. Parecer do termo de compromisso sumário. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2018/20180925/1168.pdf>. Acesso em: 05.nov.19.

Tomando por base o decidido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰, no sentido de que, o inadimplemento voluntário da pena de multa cominada cumulativamente com pena privativa de liberdade na hipótese do reeducando reunir condições para quitá-la obstaculiza a progressão de regime acresce mais polêmica na questão do assentamento da pena de multa nos delitos contra o mercado de capitais.

O desacerto da decisão reside no fato da ausência desse requisito para inviabilizar a progressão de regime no artigo 112, da Lei de Execuções Penais, muito embora, a exigência, *de lege ferenda*, seria aceitável, em se cuidando de sentenciado não hipossuficiente, por apresentar ressonância dentro das teorias da pena.

Contraditoriamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹¹ dispensa a comprovação do pagamento da pena de multa para fins de declaração da extinção da punibilidade em razão dela ter natureza de dívida de valor, malgrado, seja pena com natureza criminal que não “pode ser transfigurada em algo diverso” (MARCÃO, 2019, p. 290).

Lado outro temos que no que versa da multa administrativa temos que ela, na medida do possível, ainda que com finalidades distintas, visar

¹⁰ Segue o precedente: **Execução Penal. Agravo Regimental. Inadimplemento deliberado da pena de multa. Progressão de regime. Impossibilidade.** 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente. 3. Agravo regimental desprovido. (EP 16 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 19-05-2015 PUBLIC 20-05-2015).

¹¹ Nessa seara: **RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.** 1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. Extinta pelo seu cumprimento a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei n. 9.268/1996, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor e, portanto, possui caráter extrapenal, de modo que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. 3. Recurso especial representativo da controvérsia provido, para declarar extinta a punibilidade do recorrente, assentando-se, sob o rito do art. 543-C do CPC a seguinte TESE: Nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade. (REsp 1519777/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)

alcançar as finalidades da pena (PRADO, 2019, p. 322) como se dá no Direito Penal.

CONCLUSÃO

Em se cuidando de delitos contra o mercado de capitais, o legislador não se preocupou com a melhor técnica legislativa ao misturar indevidamente elementos adotados na formatação de delitos de resultado com outros típicos dos delitos de perigo abstrato.

A questão se alastra também para as questões envolvendo a pena de multa, visto que os critérios do artigo 27-F, da Lei 6.385/76 não são aplicáveis a todos os delitos da mesma lei em função da distorção na redação dos tipos penais e também por força do fragilizado, porém, ainda vigente princípio da legalidade.

O acerto das penas de multa se daria com o assentamento uniforme de critério para cálculo da pena de multa, ou seja, dever-se-ia abandonar a ideia de apuração da vantagem ilícita auferida e adotar o dano provocado como elemento de individualização.

Alternativamente, poder-se-ia pensar na adoção da própria regra normal do Código Penal dos dias-multa deixando o juiz sopesar eventual majoração da pena de multa com arrimo nas condições financeiras do acusado na forma do artigo 60, do Código Penal.

Frisa-se que a multa pode ser arbitrada em parâmetros mais elevados como arrimo no direito administrativo sancionador, uma vez que a própria lei 6.385/76 prevê em seus artigos 11, II, e seu §1º, a multa cujo talante ficará em até cinquenta milhões de reais ou em valor menor com a reparação dos danos causados na hipótese da lavratura de termo de compromisso (artigo 11, §5º e 6º, da Lei 6.385/76).

A adoção de critérios mais ásperos para a aplicação da pena de multa na seara criminal, não pode desconsiderar, malgrado a independência das instâncias, a gravidade da sanção aplicada no campo administrativo, visto que ela é de natureza objetiva. Muito embora, a natureza da responsabilização seja distinta da penal temos que com relação à pena de multa cominada em ambas as esferas devem seguir os preceitos que orientam a dosimetria da pena de natureza criminal.

A Lei 6.385/76 contempla mecanismos mais severos para aplicação da pena de multa, sendo que, salvo melhor juízo, em nenhuma outra legislação penal se adotou critérios que permitam a dosimetria da

pena com lastro no dano coletivamente causado, mas remetem o aplicador da lei às regras gerais do Código Penal.

A uniformização do tratamento da pena de multa nos delitos socioeconômicos deveria ser repensada, inclusive, questionando se ela deveria ser objeto de previsão nessa natureza de delitos em virtude de o direito administrativo sancionador invariavelmente cominar sanções altamente elevadas em matéria de sanções de multa.

Caso mantida a previsão da pena de multa como sanção penal nos delitos socioeconômicos temos que há de se assentar um critério uniformizado para fins de quantificar a pena, uma vez que ao nos depararmos com a fixação de critérios distintos teríamos invariavelmente a proteção excessiva a uma área da economia em detrimento de outras que ficariam com uma proteção deficiente.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal econômico**. Volume I. São Paulo: Saraiva. São Paulo. Saraiva, 2016.

BREDA, J. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOTTINO, T.; OLIVEIRA, E. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). **Direito Penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012, p. 147-175.

BRASIL. CVM. **Parecer do termo de compromisso sumário**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/2018/20180925/1168.pdf>. Acesso em: 05.nov.19.

BRASIL. **Lei 6.385/76. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm. Acesso em: 31.out.2019.

BRASIL. REsp 1569171/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016

BRASIL. TRF3. ApCrim 0006193-78.2009.4.03.6181, Desembargador Federal André Nekatschalow, TRF3 - Quinta Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data:10/02/2017.

CASTELLAR, J. C. **Insider Trading e os novos crimes corporativos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

CAVALI, M. C. **Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais: uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado**. 2017. 352p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.anbima.com.br/data/files/80/40/B6/F5/165CC5106CE3A8C5A8A80AC2/Tese_final_Marcelo_Cavali.pdf. Acesso em: 01.nov.19.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 17 Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

DESAFIOS DA DEMOCRACIA DIGITAL NA REALIDADE BRASILEIRA: O ACESSO À ESFERA PÚBLICA ONLINE

CHALLENGES OF DIGITAL DEMOCRACY IN BRAZILIAN REALITY: THE ACCESS TO THE PUBLIC SPHERE ONLINE

Murilo Borsio Bataglia*

Ana Claudia Farranha**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Regime democrático: exposição de conceitos e a democracia deliberativa. 2 Democracia digital. 3 Desafios da democracia digital. 4 Realidade brasileira para inclusão digital. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo relacionar as discussões acerca da teoria democrática com aspectos deliberativos e de instrumentos de democracia digital. Assim, foca-se na utilização de tecnologia de informação e comunicação (TICs) no intuito de proporcionar a formação de espaços digitais diante de crise de representatividade verificada em pesquisas de opinião as realizadas por institutos como FGV/DAPP. Ao congregiar esses elementos teóricos, a princípio tem-se a hipótese de que a internet seria um novo espaço público de deliberação. No entanto, percebem-se variáveis que influenciam no acesso a esse espaço. Com isso, têm-se as seguintes perguntas de pesquisa: considerando que democracia e tecnologia estão imbricadas, quais os desafios existentes nesse meio? Qual a relação entre arenas *online*, a exclusão digital e consequente legitimidade política? Na tentativa de respondê-las, mune-se das técnicas de revisão bibliográfica acerca das categorias de democracia deliberativa e de democracia digital. Além disso, como forma de traduzir em dados tal debate da inclusão digital e do acesso da população à internet e demais tecnologias, lança-se mão da análise documental, possuindo como materiais: relatório do TCU sobre inclusão digital, pesquisa TIC domicílios e a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital). Ao final, levantam-se questionamentos e agendas de pesquisa para futuros aprofundamentos sobre a temática em tela.

Palavras-chave: Democracia deliberativa. Democracia Digital. Cidadania. Esfera Pública. Internet.

ABSTRACT: *The paper aims to discuss democratic issues with deliberative aspects and instruments of digital democracy. Thus, the use of information and communication technologies (ICTs) in order to promote such initiatives has proved to be a research tool as verified in surveys of institutes such as FGV / DAPP. With these theoretical elements, the hypothesis is that an internet would be a public space of deliberation. However, variables that influence the access to this space are perceived. Then, there are research questions: considering the connection with democracy and technology, what are the challenges of this environment? What is the difference between online arenas, a digital exclusion and consequent political legitimacy? In an attempt to find answers, this text relies on bibliographic review techniques on the categories of deliberative democracy and digital democracy. In addition, it is used analysis documentary technic to verify the data about the debate on digital inclusion and access to the internet and the most advanced technologies. For that, the material is TCU report on*

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - PPGD/UnB. Especialista em Direito Eleitoral pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela UNESP/Franca. Professor voluntário da Universidade de Brasília (IPOL/CEAM/UnB) e Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas IESGO.

** Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB e PPGD/UnB).

Artigo recebido em 13/11/2019 e aceito em 12/12/2019.

Como citar: BATAGLIA, Murilo Borsio; FARRANHA, Ana Claudia. Desafios da democracia digital na realidade brasileira: o acesso à esfera pública *online*. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 287-308. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Keywords: *Deliberative Democracy. Digital Democracy. Citizenship. Public Sphere. Internet.*

INTRODUÇÃO

Novos instrumentos tecnológicos, internet, tecnologias de informação e de comunicação: inúmeros são os avanços nestas áreas, responsáveis por transformar realidades, seja na economia, na sociabilidade, seja na política. Também não foi diferente esta influência de inovações tecnológicas no que se refere especificamente aos regimes políticos, a ser discutido neste trabalho, a democracia.

Assim, percebe-se que, diante de uma crise de representatividade a qual este regime por anos vem enfrentando, sua associação com as novas tecnologias foi causa de expectativas e frustrações para pesquisadores da teoria democrática e áreas relacionadas.

Partindo-se de algumas definições de democracia, pretende-se, neste artigo, focar naquela relativa à democracia deliberativa, explanada por Jürgen Habermas, justamente pelo fato de se apresentar como alternativa ou complemento à democracia representativa e por poder se aliar às novas tecnologias. Desse modo, assume relevância nesse tema a questão do espaço público como ambiente para, a partir do agir comunicativo, desenvolver debates e ideias frente a determinado assunto posto em agenda, na busca de um consenso (PAPACHARISSI, 2009; HABERMAS 1997).

Ao se entrelaçar esse sentido de democracia deliberativa, em especial a questão do espaço público, com a utilização das tecnologias, nota-se importante fonte de controvérsia: o papel da internet como novo espaço público. Assim, este trabalho procura trazer esta abordagem, fazendo apontamentos sobre o acesso a este novo ambiente (objeto deste trabalho). Com isso, têm-se as seguintes perguntas de pesquisa: considerando que democracia e tecnologia estão imbricadas, quais os desafios existentes nesse meio? Qual a relação entre arenas *online*, a exclusão digital e consequente legitimidade política?

Logo, em termos de metodologia, de início parte-se de uma abordagem teórico-descritiva com revisão de literatura acerca de definições de democracia, priorizando a democracia deliberativa habermasiana, por elucidar o espaço de deliberação em que se dispõem as ideias e discursos e consequente legitimidade. Em seguida, faz-se uma análise da repercussão entre os pesquisadores, na teoria democrática, dos efeitos de expectativa

e de receios frente à utilização de ferramentas tecnológicas e de meios digitais como forma de apoiar o regime democrático representativo. Por sua vez, apontam-se, neste ambiente *online*, os principais desafios referentes ao acesso, e consequente legitimidade de decisões nele presentes.

Ao final, com o objetivo de tornar esta análise com aplicação empírica, munindo-se de análise documental, busca-se verificar a realidade brasileira: os desafios presentes para tal acesso e as soluções propostas por meio da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (especificamente no que concerne às iniciativas governamentais para tais soluções e mudanças). Para isso, mune-se de relatório do Tribunal de Contas de União referente à questão de inclusão digital no Brasil, e do documento da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, posto sob consulta à população. Por fim, tem-se a hipótese de que a democracia e o meio digital são uma realidade e que o máximo de democracia nesses meios eletrônicos apenas ocorrerá com a democratização do acesso a tais ambientes e instrumentos.

1 REGIME DEMOCRÁTICO: EXPOSIÇÃO DE CONCEITOS E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Ao discorrer sobre democracia, é frequente a referência histórica de regimes como no caso da Grécia, cidades da Itália medieval, e mais fortemente a propagação da democracia no pós 2ª Guerra Mundial. Os gregos denominaram-na *demokratia* por se tratar de governo (*kratia*) do povo (*demos*) - que não correspondia a todos os gregos (organizados em cidades-Estado, ou polis), mas apenas a uma pequena parcela da população (caso de Atenas), excluindo-se mulheres, estrangeiros, metecos, escravos, menores de idade. (DAHL, 2012; DRYZEK; DUNLEAVY, 2009). Além disso, importante notar que cidadãos que não participassem da vida na pólis, ficando restrito à sua privacidade - entendida como vida em família - eram considerados apenas um ser vivente (*zoé* ou *idion*). Tal fato, além de demonstrar características da democracia (vivida na politeia), desvelava também a importância do que era público (em detrimento do privado), e das decisões tomadas de modo direto em assembleia (SAXONHOUSE, 1983; LIMA et al, 2014). Robert Dahl elenca que, após esse período relativo às primeiras práticas da democracia, uma das importantes transformações ocorridas foi sua aplicação da cidade-Estado para um Estado-nação. Isso trouxe consequências, a saber: necessidade de representação, limites para

a democracia participativa, diversidade de pensamentos e ideologias e consequentes conflitos existentes, pluralismo social e organizacional.

Ocorre que a essa mudança para Estado-nação, seguiu-se um modelo institucional e de representatividade. No entanto, se por um lado, pelas instituições, possibilitou-se a adaptação de um Estado-nação ao regime democrático, por outro, com o passar do tempo, esta mesma questão da representatividade começou a ser questionada em termos de efetividade e legitimidade. A separação entre a esfera civil (que autoriza a formação da esfera política, mas não governa) e a esfera política (que produz a decisão política na forma da lei), desvela uma crise representativa. Tal crise, por conseguinte, pode ser revelada no período atual, após algumas décadas de implementação do regime democrático no globo - como se verifica um movimento de adoção do regime democrático ao longo dos anos de 1970 e 1980 na Europa e na América Latina, após governos autoritários (DRYZEK; DUNLEAVY, 2009). Essa crise se aproxima do que Bobbio denomina de “as promessas não cumpridas da democracia”. Dessas, podem ser citadas a não convergência entre representação política e representação de interesse; e a não eliminação do poder invisível para proporcionar a transparência para vida pública (BOBBIO, 1986; FARRANHA et al, 2016; GOMES, 2005).

Para ilustrar, no caso brasileiro, essa crise de representatividade constata-se em pesquisa realizada pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (DAPP/FGV). Nela, 70% dos entrevistados discordam que os políticos atuais representam a sociedade; 78% dos brasileiros não confiam nem nos políticos eleitos, tampouco nos partidos políticos. (FGV, 2017, p. 11; BATAGLIA; FARRANHA, 2017).

Diante disso, crescem as propostas de utilização de mecanismos diretos como forma de tentar superar tais dificuldades, de modo a complementar a democracia representativa. Tal é o fato da democracia deliberativa.

Deliberação, do latim *deliberativo*, compreende o sentido de apreciação, de tomada de decisão ou posição. Levando esse conceito para aplicação na teoria democrática, ele assume o intuito de compreender os processos de discussão pública. Assim, com base nos princípios da racionalidade, mutualidade, publicidade e igualdade, consiste em “[...] um processo coletivo de reflexão e filtragem de argumentos que levaria à construção pública de soluções (institucionais ou não) para questões de interesse comum” (MENDONÇA; SAMPAIO, 2016, p. 11). E dentre os autores que se debruçaram sobre essa assertiva (John Dryzek, Joshua Cohen, Denis Thompson, James Bohman, Simoni Chambers), destaca-se Jürgen

Habermas, responsável por buscar fundamentar, por meio da democracia deliberativa, a concepção discursiva de legitimidade. (MENDONÇA; SAMPAIO, 2016).

Diante disso, tal modelo democrático tem por objetivo resgatar o papel da soberania popular em decisões de impacto geral, destacar o espaço público como ambiente para formar interesse público, levando-se em conta o pluralismo de ideias e posições. Além disso, há o papel estatal e dos partidos políticos em propiciar tais arenas, e a implementação das decisões que advêm desse fluxo. (ALMEIDA, 2006).

Como aponta Lindijane Almeida, esta teoria tem por base “[...] a ideia de que a legitimidade das decisões e ações políticas deriva da deliberação pública de coletividades de cidadãos livres e iguais [...] [significando] a abertura de espaços reais de poder de decisão para a sociedade” (ALMEIDA, 2006, p. 66). Essas decisões, por conseguinte, que vão além dos processos tradicionais (como as eleições), são frutos de um debate público e aberto, tendo em vista o bem comum, em instituições sociais e políticas. A legitimidade desse processo, portanto, decorre dessa abertura dos espaços de argumentação, em que o poder de governar é “partilhado”. (ALMEIDA, 2006).

Nesse ponto, por sua vez, assume especial relevância para este trabalho a esfera pública como ambiente para a deliberação, e o acesso a essa esfera, como uma das formas (além da igualdade de participação, por exemplo) de garantir a legitimidade de decisões que venham a ser tomadas em tais ambientes. Para tanto, importante contextualizar este conceito de esfera pública para, nas próximas seções deste trabalho, relacioná-la com “novas arenas”, vinculando o acesso e a legitimidade das decisões a esse tema.

Logo, conforme expõe o próprio Habermas, a esfera pública consiste em “[...] uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 1997, p. 92). Ademais, reproduz-se por meio do agir comunicativo, escolhendo-se manifestações pró ou contra determinado tema posto em debate, podendo se transformar em opinião pública - potenciais de influência política no comportamento de pessoas ou na atuação de governos. E a luta por essa influência ocorre também na esfera pública: a influência política, de prestígios de grupos bem como a de especialistas. (HABERMAS, 1997).

No que se refere ao fluxo de temas debatidos (no sentido de inicialmente se tratarem de problemas de esfera privada para depois se encaminharem à esfera pública) ganham relevância aqueles que possuem pressão social a partir de experiências pessoais de vida. “[...] na medida em que essas experiências encontram sua expressão nas linguagens da religião, da arte e da literatura, a esfera pública ‘literária’, especializada na articulação e na descoberta do mundo, entrelaça-se com a política” (HABERMAS, 1997, p. 97). Importante destacar, portanto, que a diferença entre esfera privada e pública reside nas condições de comunicação e, conseqüentemente, no acesso: aquela assegura a intimidade, esta preza pela publicidade, interconectando-se por este fluxo apresentado. (HABERMAS, 1997).

Portanto, a esfera pública objetiva influenciar o sistema administrativo, pela formação da vontade coletiva, aproximando representantes e representados. “A deliberação, no entanto, pressupõe a participação popular na esfera pública”. (ANDRADE, 2017, p. 21).

Corroborando com esta análise, expõe-se que a esfera pública é o local em que a opinião pública é expressada por meio de discurso racional e pelo debate. Tem como finalidade um acordo ou decisão, ainda que esses objetivos não se concretizem rotineiramente (PAPACHARISSI, 2009).

Todavia, algumas mudanças vinculadas a meios tecnológicos podem influenciar tais espaços de diversas formas. Assim, seria significativo adotar a visão de que “esfera pública” corresponde metaforicamente a um meio ou espaço de interação e participação como Habermas pretendeu. Nesse contexto, mídias *online*, incluindo a internet, poderiam abarcar uma esfera virtual ou revitalizá-la, conferindo uma expansão do conceito de esfera pública. (PAPACHARISSI, 2009).

2 DEMOCRACIA DIGITAL

Ante as dificuldades da democracia representativa apresentadas brevemente na seção anterior, buscaram-se meios para superá-las, dentre eles, a manutenção da representação combinada com o exercício participativo direto, tendo por exemplificação a democracia deliberativa (destacando-se seus elementos de esfera pública, acesso, legitimação e participação pelo agir comunicativo em debates).

Somado a isso, diante das recentes inovações tecnológicas (equipamentos, redes, internet), procurou-se introduzir tais meios nas experiências democráticas. Asseverando essa perspectiva, a lacuna

entre cidadãos e representantes, fomentada pela excessiva autonomia que foi adquirida por estes últimos, leva à falta de legitimidade e não reconhecimento destes pelos representados. É evidente a existência de déficits democráticos, traduzidos pela insatisfação dos cidadãos para com os políticos eleitos, ocasionando, também, falta de interesse por assuntos políticos. Nesse cenário, diante das potencialidades que as tecnologias de informação e de comunicação oferecem, elas seriam uma alternativa para mudar esta situação (AGGIO; SAMPAIO, 2013). Logo, “a introdução de uma nova infraestrutura tecnológica, entretanto, faz ressurgir [...] modelos alternativos de democracia, que implementem uma terceira via entre a democracia representativa, [...], e a democracia direta” (GOMES, 2005, p. 218). Essas características se congregam na chamada democracia digital.

Democracia digital, categoria que relaciona práticas democráticas com as TICs também recebe denominação de e-democracia, democracia eletrônica, ou ciberdemocracia. Portanto congrega elementos da teoria democrática enquanto sistema político e inovações digitais: “[...] se refere ao uso de tecnologias digitais para concretizar avanços do ideário democrático” (SILVA et al, 2016, p. 19). Logo, pensar a democracia digital significa adotar uma perspectiva normativa de que o uso de tecnologias favorece de práticas democráticas (e não o diminui). (SILVA et al, 2016). Seria uma ampliação conceitual do que tradicionalmente se entende por democracia. Dessa forma, as reformas do Estado como a de 1990 no Brasil possuíam o intuito de trazer novos procedimentos: cidadão com mais acesso à informação, serviços desburocratizados, mecanismos para consulta e participação, “[...] os quais deveriam proporcionar maior interação, controle, atuação e debate público constituindo um formato de democracia que vem sendo chamado de ‘democracia digital’” (FARRANHA, 2016).

Adotando esse sentido, o uso de meios de comunicação, ao menos em teoria, empoderaria os cidadãos a tornar as ações políticas responsivas. Podem-se empregar iniciativas para maior transparência em processos políticos; para envolvimento de participação de cidadãos; e para aperfeiçoar da qualidade da opinião pública ao abrir novos espaços de informação e de deliberação (FARRANHA, 2016; ALEGRETTI; SPADA, 2014).

As abordagens desse conceito podem se dar tanto na perspectiva social, quanto na institucional. Em relação à social, corresponde ao fato de grupos de interesse, setores e movimentos da sociedade se apropriarem das tecnologias para fortalecer ideologias e suas redes, sem vinculação com estruturas estatais ou de governo. Já a segunda abordagem tem um teor mais

estrutural, podendo retratar o vetor Estado-cidadão (oferecimento de serviços públicos online) ou cidadão-Estado (Estado cria mecanismos de *inputs* para cidadãos participarem de consultas, por exemplo) (SILVA et al, 2016).

Portanto, importante se faz o debate acerca do uso dessas tecnologias na promoção da participação e, com ela, das tomadas de decisão dotadas de legitimidade. Nesse intuito, alia-se tanto a perspectiva de democracia deliberativa, quanto a de democracia digital, por meio do ambiente *online*: a internet como esfera pública proporcionando deliberação online.

Partindo-se desse pressuposto, estudos iniciais buscaram verificar a factibilidade e a qualidade de a internet ser um espaço utilizável para deliberação. Tal foi o propósito de Dahlberg que analisou elementos que compõem a deliberação online, e enumerou critérios para avaliar a qualidade de uma arena em meio digital, a saber: troca de razões, reflexividade, sinceridade, igualdade, inclusão discursiva, autonomia em relação ao poder econômico e estatal, sendo importantes os papéis de redes sociais (em termos de compartilhamento de conteúdo) e de atores políticos (estatais ou não) ao organizar fóruns de discussão. (MENDONÇA; SAMPAIO; BARROS, 2016).

Reforçando essa perspectiva, apontam-se características da internet que a favoreceram: a) diálogo entre indivíduos afastados no tempo e espaço; b) quantidade de informação acessível; c) formação de redes de pessoas dispostas a debater sobre diferentes temas; d) não intermédio de terceiros para vocalizar argumentos (como no caso de jornalistas, instituições políticas e profissionais). (MENDONÇA; SAMPAIO; BARROS, 2016).

Retrataram-se aqui, aspectos e visões positivas em relação a contribuições dos meios digitais e das tecnologias em relação à democracia e, em específico sobre o espaço público online. No entanto, é importante verificar os desafios ou as limitações que desvelam os receios e problemas frente a esta nova realidade digital.

3 DESAFIOS DA DEMOCRACIA DIGITAL

Dentre os desafios referentes ao ambiente da internet segundo a visão de que ela seria uma nova esfera pública, mencionam-se: a) ausência de motivação em participar de discussões *online* por ser clara a relação entre o que é deliberado ou decidido digitalmente e a tomada de decisões efetiva; b) ausência de disposição dos representantes políticos em “dividir” poder, de modo que “[...] há boa quantidade de políticos interessados em ouvir e em efetivamente considerar os argumentos dos cidadãos, mas sem que isso

implique transferência do poder decisório” (MARQUES, 2016, p. 16); c) deixar a deliberação para segundo plano, traduzindo uma democracia de inúmeros plebiscitos (que seriam mais atrativos, porém, sem espaço para reflexões) (MARQUES, 2016).

Além disso, há quem relate que as ferramentas que poderiam incrementar a democracia correm risco de ficar subutilizadas, tendo em vista o fato de se priorizar o fornecimento de informações e serviços nesse espaço (em vez de ambientes de deliberação ou de participação, por exemplo). Assim, para proporcionar a inclusão e a interação em esferas públicas *online*, deve-se ter em vista: i) oferta de ferramentas participativas; ii) um design fácil que permita participação de qualidade; iii) disposição por parte do sistema político de implementá-la e; iv) ser utilizadas pela sociedade. (AGGIO; SAMPAIO, 2013).

Dentre os diversos desafios apresentados, aqueles que se relacionam mais especificamente com o tema deste trabalho, destaca-se o da exclusão digital, pelo motivo de acesso a esse novo espaço público de potencial deliberação. A comunicação nesses espaços demandam informação, estímulos, canais adequados, equipamentos e habilidades dos usuários. Com isso,

Sem um planejamento diligente de políticas voltadas a garantir a inclusão dos cidadãos, as próprias experiências de e-governo ou e-participação, aplaudidas em um primeiro momento, podem acabar atuando como elementos de segregação e, conseqüentemente, ter seus efeitos limitados. A simples existência de soluções tecnológicas insiste-se, não é condição suficiente para resolver problemas de origem política ou social (MARQUES, 2016, p. 35).

Além das dificuldades de acesso a equipamentos (que vêm sendo reduzidas com a sua disseminação, mas que ainda merecem atenção), o que mais preocupa neste instante são outras questões que também levam à exclusão digital. Pode-se citar: i) exclusão digital técnica durante o uso dos equipamentos ou aparelhos, bem como ii) as de analfabetismo digital, ou ainda, iii) de domínio tecnológico por grandes companhias (“gigantes da internet”).

Logo, além da desigualdade em ter ou não acesso por meio de computador conectado, há diferenças no tocante à velocidade de conexão, *hardware* ou desempenho do sistema operacional da máquina, o grau de escolaridade do usuário (influenciando no manuseio da máquina ou dos sistemas na internet) - o que pede uma revisão de políticas públicas dessa área. (MARQUES, 2016).

Como bem mencionado por Papacharissi, referindo-se a Melvin Kranzenberg (1985) e Lasch (1987), a tecnologia não é boa nem má, tampouco neutra, ela é como um espelho que expõe as desigualdades, os méritos e esperanças de uma sociedade. (PAPACHARISSI, 2009).

Dessa maneira, ainda em se tratando desses tipos de exclusão digital que impedem ou dificultam o acesso a arenas de decisão ou de deliberação digitais, é de relevância considerar algumas variáveis. Dentre elas: o tipo de ator que propõe ou financia fóruns; quais os “tipos” de arenas (governamentais, da iniciativa privada, e outras da própria sociedade civil); se se tratam de ambientes fechados (estes entendidos como os que possuem restrições de número ou de participantes) ou abertos (ainda que ambos, abertos ou fechados, com risco de homofilia, ou seja, de formação de grupos de ideias semelhantes); pluralidade de arenas e disputas entre arenas; o design desses ambientes onde acontece a deliberação. Todas elas, por sua vez, alinham-se com a questão da ausência de neutralidade: nessas esferas de debate, as decisões técnicas de seus idealizadores tendem para algum objetivo que não é neutro, do que decorre a influência no modo de interação (MENDONÇA; SAMPAIO; BARROS, 2016).

As plataformas, e, portanto o espaço público *online* por extensão, não se reduzem a produtos da tecnologia:

[...] é preciso ter em mente que elas [plataformas] são construídas para atender algumas demandas e não outras. [...] Bendor, Luons e Robinson (2012), por exemplo, concluíram que a deliberação que se processa no Facebook é moldada pelas características técnicas da plataforma, que favoreceriam interações dialógicas e abertas, além de permitir a interação de várias formas de expressão. (MENDONÇA; SAMPAIO; BARROS, 2016, p. 14)

Ainda nessa linha de raciocínio, o potencial democrático de determinadas plataformas pode ser comprometido pelo fato de se dedicarem a interesses comerciais (não sendo uma esfera pública em si). (PAPACHARISSI, 2009).

Por fim, menciona-se que há o risco de se formar uma “oligarquia de participantes”. Segundo esse pensamento, a importância dada ao indivíduo como papel central para influenciar decisões governamentais, quando combinada com outros elementos, pode favorecer o surgimento de oligarquias nessas esferas. Os motivos seriam o conhecimento específico e a exigência de esforços para participação nas plataformas, por exemplo, que

poderiam ficar limitados a certos indivíduos que detenham tais habilidades específicas. (ALEGRETTI; SPADA, 2014).

Diante dessa exposição dos desafios e das diferentes espécies de exclusão que decorrem desses meios digitais, fica o questionamento: como assegurar máximo de democracia nesses meios?

Papacharissi (2009) expõe pistas ao apresentar elementos que devem ser considerados na avaliação do potencial democratizante de tecnologias online. São elas: i) deve-se verificar se a deliberação política *online* possui elementos “narcisistas” ou egocêntricos de expressão, o que difere da esfera pública (voltada para o coletivo); ii) se padrões de engajamento *online* sugerem uso de mídias para suplementar o modelo representativo; iii) considerar modelos híbridos de participação em espaços públicos (online e pessoalmente). (PAPACHARISSI, 2009).

Outras formas de proporcionar o ambiente democrático no meio digital seriam: a) o incentivo à participação por meio de inclusão digital e políticas para atrair os cidadãos na esfera pública *online*, bem como b) atentar-se para as questões de manuseio de plataformas digitais (o que perpassa pela questão do design, das tecnologias, e do conhecimento pelo indivíduo de tais ferramentas e instrumentos).

Tendo essa base, interessante é verificar alguns desses elementos na realidade brasileira.

4 REALIDADE BRASILEIRA PARA INCLUSÃO DIGITAL

Munindo-se de relatório do Tribunal de Contas da União, de 2015, sobre inclusão digital, tem-se uma noção da realidade brasileira acerca dessa temática. Para iniciar essa análise, adotando o que se discorre neste documento, entende-se inclusão digital como oportunidade de “garantir que cidadãos e instituições disponham de meios e capacitação para acessar, utilizar, produzir e distribuir informações e conhecimento, por meio das TIC, de modo que possam participar de maneira efetiva e crítica da sociedade da informação” (CGPID, 2010, s/p).

Como benefícios do uso das TICs, mergulhados no universo digital, tem-se o acesso a comércio eletrônico, bancos, programas e serviços do governo, cooperativismos, empreendedorismo, participação política, acesso a informações, aumento da rede social do indivíduo, produção e disseminação de conteúdo, redução de custos para empresas, aumento de sua produtividade e aproximação com o cliente. (BRASIL, 2015). E,

no mesmo sentido do que fora explanado em seção anterior, considere-se que as TICs podem, ao mesmo tempo em que ofertam oportunidades, perpetuar desigualdades. A exclusão pode se dar em “[...] deficiências de infraestrutura, carências educacionais, baixa renda, inadequação de conteúdo, barreiras comportamentais, além das deficiências física, sensorial e motora”. (BRASIL, 2015, p. 19).

Tendo isso por base, e adentrando na análise de dados, mune-se de material produzido pelo TCU, pela última pesquisa TIC Domicílios (2017) - realizada pelo CETIC/CGI.br, bem como pelo documento intitulado “Estratégia Brasileira para a Transformação Digital” - lançado em 2018, elaborado no âmbito do então Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) com contribuições da sociedade civil em um período submetido a consulta popular (2017).

Inicialmente focando-se no relatório do TCU, como meios de organizar a inclusão, elaborou-se uma espécie de modelo para funcionamento de política pública com esse intuito, em três pilares, e quatro desafios a enfrentar. Os (3) pilares e os (4) desafios são:

Quadro 1 - Pilares e desafios para a inclusão digital no Brasil.

PILARES	DESAFIOS
1) Alfabetização do indivíduo para o uso das TICs;	a) Acesso (envolvendo preços, renda da população, infraestrutura);
2) Infraestrutura para o acesso ser disponível;	b) Habilidades (nível de instrução da população e capacitação no uso das TICs);
3) Conteúdo adequado de acordo com as necessidades dos usuários.	c) Motivação (relativo ao conhecimento de vantagens do uso para desenvolvimento próprio);
	d) Confiança (não violação de dados do usuário)

Elaboração própria. Fonte: BRASIL, TCU, 2015.

Verifica-se, pelos dados apresentados, que tais dificuldades empiricamente se alinham com o que foi explicitado em linhas teóricas na revisão de literatura sobre o acesso à internet como possibilidade de ser espaço de deliberação. Nesse sentido, aspectos atinentes à população (nível de instrução, confiança e renda), à infraestrutura (tecnologia acessível) e ao que é ofertado pelas empresas e demais instituições públicas e privadas nesse meio (acerca do conteúdo), foram evidências desse levantamento.

Tendo isso em vista, o TCU congregou os programas e políticas adotados desde quando se iniciou a internet no Brasil em alguns eixos: i) a implantação de infraestrutura de banda larga; ii) o acesso público à internet (telecentros comunitários, por exemplo); iii) os aplicativos de governo eletrônico e internet em espaços públicos; iv) o apoio a projetos com finalidade de desenvolvimento tecnológico e inclusão digital. Ademais, somado aos diversos programas criados, há a Secretaria de Inclusão Digital (SID) que formula políticas, orienta ações, implementa programas. No entanto, conforme explicam no relatório, tratam-se de programas e ações desarticulados, e apresentaram órgãos que foram dissolvidos com o tempo, não havendo uma política de inclusão unificada, por exemplo.

Ao final do relatório, elencaram-se os desafios ainda presentes, conforme agrupados no quadro 2 a seguir:

Quadro 02 - Desafios para políticas de inclusão digital.

DESAFIOS	MOTIVOS
Infraestrutura	Precariedade da infraestrutura de telecomunicações; baixa capilaridade da rede; qualidade da conexão; infraestrutura física dos locais que receberão a rede;
Conteúdo	Baixa oferta de conteúdos adequados para suprir as necessidades de serviços públicos;
Acesso	Alto preço de conexão e de equipamentos; dificuldades para deficientes físicos; baixa disponibilidade de banda larga popular.
Alfabetização Digital	Escolaridade da população; cultura digital incipiente; desconfiança sobre fraudes, vírus e segurança digital;
Gestão da Política Pública	Dificuldade de organização e coordenação de ações entre os diversos órgãos públicos responsáveis pelas políticas; esparsos estudos prévios como embasamento de novos programas; ausência de avaliações.

Elaboração própria. Fonte: Relatório TCU “Política pública de inclusão digital”, 2015.

Por sua vez, congregam-se tais levantamentos com estatísticas da pesquisa TIC Domicílios (2017). Observa-se, assim, que, na área urbana, 65% dos domicílios possuem acesso à internet; na área rural, 34%. O acesso à internet domiciliar cresceu de 2016 para 2017. Além disso, o acesso à rede apenas por meio do celular superou o acesso de quem o faz por meio combinado entre o computador e o celular. Tais resultados revelam que “[...] a expansão do acesso à Internet entre domicílios de classes mais baixas não

vem ocorrendo por meio do uso de computadores, mas principalmente por telefones celulares” (CETIC.br, 2017, p. 117).

Do total de domicílios que não possuem acesso à internet, o motivo mais citado foi o de acharem o serviço caro (59%), seguido pela falta de interesse (47%) e de necessidade (44%). Tais dados refletem o que fora abordado em termos de desafios para uma democracia digital e para o acesso à internet como espaço público de deliberação.

Diante dessa realidade, importante saber as ações governamentais que têm por objetivo reduzir tais fatos e barreiras. Ilustrando-as, há a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (2018) envolvendo diversos Ministérios. Iniciada em 17 de fevereiro de 2017, com a publicação da Portaria MCTIC nº 842/2017, instituindo Grupo de Trabalho Interministerial (GTI¹), trata-se de documento elaborado por setores governamentais, para traçar objetivos e meios para a digitalização de serviços tanto por parte do governo, quanto por parte da sociedade e de diversos setores econômicos. Tal documento foi disponibilizado para consulta popular² (iniciada em agosto de 2017 e encerrada ao final do mês de setembro do mesmo ano) no escopo de receber contribuições de interessados (o que desvela o próprio uso digital para participação popular). Tais contribuições estiveram sob análise e, posteriormente, em 2018, apresentou-se o documento final com as estratégias mencionadas, intitulado “Estratégia Brasileira para a Transformação Digital” (E-Digital). Conforme dispôs o documento, as tecnologias digitais fornecem instrumentos para mudanças na atuação do governo, das empresas (em termos de competitividade e produtividade), bem como na capacitação e inclusão da sociedade, “para que todos possam se desenvolver e prosperar” (BRASIL, MCTIC, 2018, p. 05). Além disso,

É certo que mudanças devem ocorrer para a melhoria da sociedade, e que as transformações podem afetar mais positivamente algumas pessoas que outras. Porém, o papel da E-Digital é coordenar diversas políticas públicas para que a apropriação das tecnologias digitais ocorra de maneira ampla, sem graves prejuízos sociais ou a setores inteiros da

¹ Formado por: Ministério da Ciência, Tecnologia, Informações e Comunicações; Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Justiça e Cidadania; Ministério da Cultura; Ministério da Defesa; Gabinete de Segurança Institucional; e pela Agência Nacional de Telecomunicações.

² Pelos dados divulgados, foram mais de dois mil acessos ao documento durante o período de consulta, recebendo cerca de 700 contribuições (BRASIL, MCTIC, 2017). Questões como: essa quantia foi representativa? Quais as contribuições? podem ser objeto para outro trabalho, além de que pode remeter a outras agendas de pesquisa como a de governança da internet.

economia, em favor da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e próspera economicamente (BRASIL, 2017, p.08).

O documento revela o objetivo do país especificamente em modernizar, adotando iniciativas digitais em diversas áreas, dentre elas a economia - favorecendo o processo de adotar processos digitais para maior competitividade e desenvolvimento econômico. E, além da economia, a transformação do governo também está ligada a esse objetivo, tornando-o mais digital a partir da implementação dessa E-Digital, reconhecida no próprio documento como uma política pública. E esse escopo, por conseguinte, perpassa pela necessidade de inclusão digital de cidadãos - tema que se relaciona com este trabalho ao criar condições para o exercício da cidadania, em termos de participação, controle social, mas também em termos de inserção e desenvolvimento econômico, contribuindo para mudanças dessa realidade neste país³.

Acerca da estrutura da E-Digital, divide-se em dois eixos:

I - “temas habilitadores” (compreendendo: a realidade de inclusão digital, infraestrutura e acesso às TICs, pesquisa e inovação, confiança no ambiente digital, competências educacionais e capacitação profissional, e dimensão internacional perpassando pela governança da internet, dentre outros), que proporcionarão a transformação digital - sendo esta o outro eixo temático:

II - “temas de transformação digital” (compreendendo transformações na economia, no governo e cidadania).

Dentro de cada eixo, existem subtemas específicos, que, por sua vez, subdividem-se em categorias: diagnóstico, visão, estratégia e indicadores.

Assim, como foco de análise, em virtude da temática deste trabalho - acesso da população à esfera da internet como espaço para possíveis deliberações, decisões, controle e/ou acompanhamento de ações governamentais, destaca-se o subtema “Infraestrutura e Acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação” no eixo (I) de “temas habilitadores”. É iniciativa desta estratégia desenvolver meios para maior acesso da população a ambientes digitais e a instrumentos correlatos (que podem favorecer maior

³ Dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), elaborados no âmbito da Agenda 2030 da ONU, está o de número 9, referente à ampliação de infraestrutura de acesso à internet, internet das coisas e empreendedorismo digital, e fomento à inovação. Dentre as metas existentes, há a meta 9c “Aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos, até 2020” (ONUBR, 2018, s/p).

participação, deliberação e tomadas de decisão - como o próprio processo de consulta pública realizado em relação ao primeiro documento da E-Digital colocado em análise o fez). (BRASIL, 2017)

Em termos de diagnóstico sobre a situação da infraestrutura e do acesso às TICs, existem ainda: hiato de acesso, altos custos e baixa renda. Em termos de dados de disseminação, o acesso à internet pelo celular é de maior preferência do que o de computador (com dados da pesquisa TIC Domicílios 2017 - 90% acessam pelo celular; 37,2% computadores tradicionais e 38,1% com computadores portáteis), ocorrendo tal fato também com usuários de baixa renda (grande parcela com acesso exclusivo pelo celular). (BRASIL, 2018).

No que concerne aos desafios nesse mesmo subtema, eles compreendem tanto o acesso a redes de banda larga (com a necessidade de ampliar infraestrutura de rede de fibra ótica) quanto às redes móveis. Ademais, expõem-se os seguintes temas que são considerados alvos ou desafios para aperfeiçoar o acesso às TICs pela população no curto, médio e longo prazo:

- a) Serviço de internet móvel (pelo celular): concentrado em quatro grandes grupos econômicos com 98% dos acessos;
- b) Tecnologia 4G está presente em 51% dos municípios (enquanto a de 3G está em 91% deles) - tal fato revela a necessidade de atendimento das áreas rurais ou regiões urbanas menores e afastadas dos grandes centros, e eixos de rodovias.

Diante disso, para soluções propostas nesta estratégia, enumeram-se ações relativas ao meio tecnológico:

Quadro 3 - Propostas de soluções para maior acesso à infraestrutura de rede.

POSSÍVEIS SOLUÇÕES
a) ampliação da rede de transporte de dados das operadoras de telecomunicação;
b) metas de investimento (Lei Geral de Telecomunicações);
c) liberação de faixas de frequência para redes 4G;
d) uso do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST;
e) implementação de programas de governo elaborados para incentivar a instalação de infraestrutura e abarcar regiões de menor cobertura;

f) seguir com diversos projetos existentes, como: Projeto Amazônia conectada (cabos subfluviais de fibra ótica para infraestrutura nas regiões mais remotas do Norte do Brasil), lançamento do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC) que contempla áreas não abarcadas com banda larga, projeto de cabo submarino Brasil-Europa (em elaboração, para facilitar tráfego de dados), Programa de Inclusão Digital, Projeto Cidadão Conectado, UCA - Projeto Um Computador por Aluno, Programa Telecentros.br, PBLE - Programa Banda Larga nas Escolas, PNBL - Programa Nacional de Banda Larga, REPNBLP - Regime Especial de Tributação do Programa Nacional de Banda Larga para Implantação de Redes de Telecomunicações, Programa Cidades Inteligentes (internet a órgãos públicos e pontos públicos de acesso)

Elaboração própria. Fonte: BRASIL, MCTIC, 2018.

A ampliação de redes de transporte de dados compreenderia o uso de radiofrequências livres (na faixa de 700MHz). Acerca das metas de investimento, os investimentos adviriam de montantes financeiros associados a Termos de Ajustamento de Condutas (TAC). Há também a aceleração da implementação de serviços 4G (com discussão global de padronização do uso do 5G). Ademais, o FUST receberia alterações legislativas para uso desses recursos. Os demais programas expostos no quadro 3 também traduzem empiricamente iniciativas governamentais que visam à ampliação do acesso da população às tecnologias e ambiente digitais.

Com isso, o objetivo é que, futuramente, todos os municípios tenham banda larga móvel, que áreas remotas sejam cobertas por banda larga fixa, e que redes de alta velocidade integrem instituições de pesquisa (BRASIL, 2018).

Tais ações, por conseguinte, que partiram de diagnósticos, possibilitam criar meios para que mais pessoas sejam incluídas nesse ambiente digital. A partir disso, somado a outros fatores, como o de oferta de plataformas e consultas pelo poder público, os cidadãos poderiam ter mais oportunidade de, democraticamente, participar de tomadas de decisões em políticas públicas de seus interesses.

Portanto, revela-se tais dados levantados pelo TCU (auditoria sobre inclusão digital em 2015), pesquisas TIC Domicílios (2017) e a Estratégia para Brasil Digital (E-Digital, de 2018), congregam o aspecto teórico e a realidade brasileira acerca do acesso a ferramentas e instrumentos. Verifica-se um crescente acesso da população a esse (novo) espaço público, a internet, mas que necessita de ampliação, investimentos e pesquisas. A partir dessa convergência de dados, acerca da democracia digital e deliberativa em se utilizarem de tecnologias para criar mais acesso, surgem outras questões que levam a outras agendas de pesquisa. Esse maior

acesso possibilitará a criação de espaços para debates? Quais debates? A finalidade da inclusão digital seria voltada para interesses econômicos de incentivo e facilitação do mercado ou de fato para um acompanhamento de ações governamentais ou de oferta de serviços pelo governo? E, no caso de possibilitar o acompanhamento de ações governamentais ou de oferta de serviços pelo governo, qual o peso da participação diante de possíveis posturas governamentais com aversão a críticas?

CONCLUSÃO

Procurou-se ao longo deste trabalho aliar aspectos da teoria democrática com elementos teórico-descritivos de pesquisas e dados referentes à tecnologia, voltados para o acesso da população ao ambiente da internet, considerado como uma nova esfera pública de debate.

Assim, partindo de conceitos sobre democracia, passou-se para a abordagem da crise de representação que tal regime enfrenta na atualidade, como demonstram tanto a doutrina, quanto pesquisas realizadas com os cidadãos frente a opiniões sobre seus representantes.

No intuito de proporcionar solução para estes problemas, surgem diversos mecanismos, dentre eles, meios de participação direta nas tomadas de decisões políticas. Tal é o caso da deliberação, que, por seu representante teórico de destaque, Habermas, apresenta a esfera pública - um dos principais pontos deste trabalho - como aquele espaço em que cidadãos debatem racionalmente ideias, comunicam-se sobre diversos assuntos postos em discussão com a finalidade de um consenso (ainda que este não seja atingido rotineiramente), o que legitimaria as decisões que fossem tomadas ali.

Somado a essa forma de complementação da democracia representativa, as tecnologias de informação e de comunicação (TICs) ganharam forte presença, levando à chamada democracia digital ou e-democracia.

Por sua vez, ao unir ferramentas tecnológicas e aspectos deliberativos, tem-se a propagação da ideia de que a internet seria novo espaço público de deliberação. No entanto, para tal fato se efetivar é preciso superar barreiras de cunho técnico, em especial as de exclusão digital (em termos de equipamento, acesso, valores, infraestrutura até de compreensão de manuseio e grau de instrução da população).

Objetivou-se nesse trabalho não a análise específica da deliberação em si, tampouco de iniciativas governamentais que exemplifiquem

a participação neste debate, mas as dificuldades, aquilo que precisa ser aperfeiçoado tecnologicamente. Assim, tratou das ferramentas e instrumentos (compreendendo desafios e propostas de solução) para a questão do acesso a tal esfera, para garantir maior legitimidade de decisões que possam ser discutidas no meio digital, nesse novo cenário de cidadania.

Diante do exposto, como tornar tal meio digital mais democrático? A resposta pode girar em torno do primeiro passo: o reconhecimento ou diagnóstico de que a situação não está democratizada (igualdade de possibilidade de acesso). Tal foi observado com os dados tanto da pesquisa TIC Domicílios, quanto do relatório do TCU sobre políticas públicas de inclusão digital. Considerando este documento, somado àquele da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital), pode-se verificar os diagnósticos da realidade do país frente ao acesso a esta nova esfera pública. No entanto, também se veem programas, projetos, traços de objetivos para superar as dificuldades operacionais para que haja, de fato, a inclusão digital. Interessante observar que, no que tange especificamente à mencionada estratégia, o documento foi posto em consulta à população nesta nova esfera pública, para receber contribuições da população interessada (assim como o foi, por exemplo, com o Marco Civil da Internet).

Percebe-se, desse modo, que as inovações e a internet fazem parte da realidade, considerada realidade hiperconectada. A questão do acesso a esse ambiente, para que a população tenha oportunidade de participação em decisões que venham a ser debatidas nessas esferas, passa pelas iniciativas governamentais de procurar incluir os que ainda não tem tal oportunidade. Para que se observe democracia nesses meios digitais, portanto, necessária é a política de inclusão - desde que coordenada e efetiva -, caso contrário, apenas será mais um meio, não de oportunizar debates, mas de deslegitimá-los ao reforçar a exclusão social já existente.

REFERÊNCIAS

AGGIO, C.; SAMPAIO, R. C. Democracia digital e participação: os modelos de consulta e os desafios do gabinete digital. In: COCCO, G. (org). **Gabinete Digital: análise de uma experiência**. Porto Alegre: Companhia RioGrandense de Arte Gráfica, 2013.

ALEGRETTI, G.; SPADA, P. The role of redundancy and diversification in multi-channel democratic innovations. **Experiments in democracy: Iceland in crisis and recovery**. 2014.

ALMEIDA, L. S. B. **A gestão participativa em administrações municipais: as experiências de Natal e Maceió.** 2006. 210 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13849/1/LindijaneSBA.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2018.

ANDRADE, B. B. S. **Democracia Participativa e Novas Tecnologias: uma análise da consulta pública que deu origem à regulamentação do Marco Civil da Internet.** Faculdade de Direito - Universidade de Brasília (Monografia). Brasília, 2017.

AVRITZER, L. Modes of democratic deliberation: participatory budgeting in Brazil. In: Santos: Boaventura de Sousa (ed.). **Democratizing democracy: beyond the liberal democratic canon.** Verso, 2007, pp. 377-404.

BATAGLIA, M. B.; FARRANHA, A. C. Controle social e acesso à informação: o papel da transparência passiva no enfrentamento à corrupção. In: **II Encontro Nacional de Estudos e Pesquisas no Campo de Públicas - ENEPCP.** UnB/FioCruz, Brasília 2017. (Apresentação de trabalho).

BOBBIO, N.; SOUZA, C. H.L.S. (orgs). **Conferências nacionais: atores, dinâmicas participativas e efetividade.** Brasília: IPEA, 2013.

BRASIL. Grupo de Trabalho Interministerial. **Estratégia brasileira para a transformação digital.** 2017. Disponível em: http://convergecom.com.br/wp-content/uploads/2017/08/EDB_Relatorio_Consulta.pdf. Acesso em: 18 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Estratégia brasileira para transformação digital teve mais de dois mil acessos.** Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/salaImprensa/noticias/arquivos/2017/09/Estrategia_Brasileira_para_Transformacao_Digital_teve_mais_de_2_mil_acessos_durante_consulta_publica.html Acesso em: 18 jan. 2018

BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. **Política pública de inclusão digital.** TCU: Brasília, 2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15005860201501F69C07E6B0A&inline=1>. Acesso em: 4 fev. 2019.

CETIC.br. **Pesquisa TIC Domicílios 2017.** Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic_dom_2017_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 4 fev. 2019.

CGPID. **Documento base do Programa Nacional de Banda Larga**. 2010. Disponível em: http://www.mc.gov.br/component/docman/doc_download/591-documento-base-do-programa-nacional-debanda-larga?Itemid=13217. Acesso em: 4 fev. 2019.

DAHL, R. A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DRYZEK, J. S.; DUNLEAVY, P. **Theories of the Democratic State**. London: Palgrave Macmillan, 2009.

DUNLEAVY, P.; O'LEARY, B. **Theories of the State: the politics of liberal democracy**. London: Macmillan Press, 1987.

FARRANHA, A. C. Mecanismos para a construção da transparência: uma breve análise do caminho entre a democracia representativa e a democracia digital. In: PINHO, José Antonio G. de. (org.). **Artefatos digitais para mobilização da sociedade civil: perspectivas para avanço da democracia**. Salvador: UFBA, 2016.

FARRANHA, A. C.; REIS, J. C.; SANTOS, L. T.; SANTOS, V. S. **Democracia, participação e redes sociais digitais: desafios contemporâneos da política e do direito**. Revista Jurídica UNICURITBA. v. 03. n. 44, p. 117-140, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1740/1134>. Acesso em: 24 abr. 2017.

Fundação Getúlio Vargas - FGV/DAPP. **O dilema do brasileiro: a descrença no presente e a esperança no futuro**. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/o-dilema-brasileiro-entre-descrenca-no-presente-e-esperanca-no-futuro/>. Acesso em: 14 out. 2018.

GOMES, W. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. **Revista Fronteiras - estudos midiáticos** VII(3) p214-222, set/dez. 2005. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6394>. Acesso em: 10 jul. 2018.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MENDONÇA R.; SAMPAIO R.; BARROS, S. **Deliberação online no Brasil: entre iniciativas de democracia digital e redes sociais de comunicação**. Salvador: EDUFBA, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL - ONUBR.

Objetivo 9. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods9/>.

Acesso em: 5 fev. 2019.

PAPACHARISI, Z. The virtual sphere 2.0 : the internet, the public sphere, and beyond. In: CHADWICK, Andrew; HOWARD, Philip (Eds.).

Handbook of Internet Politics, 2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b7c9/0cdbe0d4e8ab1fe9575f74a1b315b3771f14.pdf>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

SAXONHOUSE, A. Classical greek conceptions of public and private. In:

BENN, S.I; GAUS, G.F. (Org). **Public and Private in Social Life**. Nova York: St. Martins Press, 1983, p. 363-384.

LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER DE NÃO INTERVENÇÃO

RELIGIOUS FREEDOM AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND DUTY OF NON INTERVENTION

Edihermes Marques Coelho*

Weber Abrahão Júnior**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direitos fundamentais: liberdade como direito inviolável. 1.1 Direitos Fundamentais. 1.2 A Liberdade como Direito Múltiplo. 2 Religiosidade múltipla: liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro e os embates religiosos. 2.1 Das ordenações do Reino à Constituição de 1824. 2.2 As Constituições Republicanas. 2.3 O Neopentecostalismo e o crescimento da intolerância religiosa no Brasil. 3 Dever de não intervenção religiosa. Conclusão. Referências.

RESUMO: A liberdade configura-se constitucionalmente como direito fundamental inviolável. Isso decorre do próprio caput do artigo 5º da Constituição de 1988, mas desdobra-se em diversas outras normas constitucionais e infraconstitucionais. Dentre os desdobramentos do direito à liberdade, encontra-se a liberdade de expressão, de pensamentos e de crenças. Entretanto, ao longo da história do Brasil, constantes situações de violações à liberdade religiosa e mesmo discriminações têm ocorrido. Em face do caráter jusfundamental do direito à liberdade religiosa, impõem-se ao Estado o dever de não intervenção, excetuada a intervenção para resguardar tal liberdade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade religiosa. Intervenção estatal.

ABSTRACT: *Freedom constitutes constitutionality as an inviolable fundamental right. This is a consequence of the caput of article 5 of the 1988 Constitution, but it unfolds in several other constitutional and infra-constitutional norms. Among the unfolding of the right to freedom is freedom of expression, of thoughts and beliefs. However, throughout the history of Brazil, constant situations of violations of religious freedom and even discrimination have occurred. In view of the fundamental right to religious freedom, the State has a duty of non-intervention, except for intervention to safeguard such freedom.*

Keywords: *Fundamental rights. Religious freedom. State intervention.*

INTRODUÇÃO

O século XXI, até há poucas décadas, era uma promessa de novos tempos para a civilização. O desenvolvimento tecnológico do século anterior, as potencialidades de multicomunicação global, as capacidades de intervenção sobre a natureza, a otimização produtiva - tudo fazia apontar para um novo estágio positivo, de bem aventurança humana.

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

** Especialista em História do Brasil (Universidade Federal de Uberlândia). Especialista em Direito Civil (Universidade Federal de Uberlândia). Mestre em História (Universidade Federal de Goiás).

Artigo recebido em 08/11/2019 e aceito em 15/11/2019.

Como citar: COELHO, Edihermes Marques; ABRAHÃO JÚNIOR, Weber. Liberdade religiosa como direito fundamental e dever de não intervenção. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 309-328. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Entretanto, ao adentrar na década passada, e primeira década do novo século, as esperanças mostram-se vãs. A tecnologia de ponta, as comunicações humanas sem fronteiras e instantâneas, as condições produtivas, não se desprenderam das tendências de concentração de renda, de concentração de poder, de exclusão social, de obscurantismo cultural. Antes pelo contrário: atrelados a mecanismos de especulação financeira internacionais, tornaram mais fortes os problemas que assolam a humanidade.

Num quadro como esse, o Direito existe em constante crise. Isso já seria insito, já que as normas jurídicas, que são o conteúdo específico do Direito, fazem o papel de parâmetros de intermediação entre conflitos. Sempre haveria deficiência na relação entre o plano normativo e o plano da vida real, pois o plano do dever ser não é espelho - nem deveria ser - do plano ôntico. Entretanto, a crise mundial do divórcio entre economia/especulação financeira e as condições de dignidade humana agrava a crise jurídica, pois distancia mais ainda as regulações do conteúdo regulado.

Resguardado seu objeto específico, entretanto, o conjunto normativo jurídico possui, ainda que formalmente, uma função importante no resguardo do estado de direito: representa os limites possíveis para uma convivência humana aceitável no presente e no futuro, em que as individualidades e as diferenças sejam respeitadas, em prol da igualdade de direitos e da liberdade existencial.

A Constituição de um país, nesse sentido, consubstancia-se como pilar básico da estrutura do Direito, como referencial máximo de atuação dentro da ordem jurídica, sediando as diretrizes gerais de conteúdo e procedimentos e limitando as atuações públicas ou privadas que possam violar liberdade de expressão e de crença.

Se, por uma questão hermenêutica, os textos constitucionais são, simultaneamente, delimitação do poder estatal em relação aos cidadãos (considerando os direitos de primeira dimensão, prestação estatal negativa) e obrigações protetivas do ser humano (considerados os direitos de segunda e terceira gerações, prestações positivas), pode-se analisar a partir deles como se acomodam as forças do campo social associadas aos exercícios da liberdade.

No entanto, em momentos de crise econômica, social e política, os apelos ao pensamento metafísico como ancoragem das angústias humanas tornam-se constantes e intensos. É neste âmbito que emergem os problemas centrais deste trabalho: a liberdade de crença é um direito fundamental inviolável? Se o é, existe um dever de não intervenção pública e privada sobre a liberdade de crença, que deve resguardar a autonomia individual?

Avaliar as relações possíveis entre expressões da religiosidade no Brasil, sob um prisma jurídico-constitucional, implica em tecer considerações de caráter histórico e sociológico, sob pena de limitarmos o campo de análise e reflexão. Com isso, tem-se o campo normativo e histórico-sociológico adequado para discutir liberdade e religiosidade.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE COMO DIREITO INVIOLÁVEL

A vida em sociedade é regida por normas jurídicas de conduta, que são, em tese, apaziguadoras de interesses egoísticos. Através dos parâmetros e limites normativos possibilita-se uma convivência como um mínimo de respeito recíproco entre a maioria das pessoas, de forma que as liberdades de todos se condicionem. Em chave sociológica, denominamos esse processo como institucionalização das relações normativas, ou seja, seus contornos procedimentais socialmente reconhecidos e validados.

1.1 Direitos Fundamentais

Os direitos humanos ganharam no século XX um caráter jurídico especial. A partir da reação a brutais violações, mormente as vinculadas à Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a ascensão política dos regimes totalitários e suas práticas explicitamente discriminatórias em relação ao diferente (as diversas modalidades de inimigos, construídos tanto internamente - os comunistas, os ateus, os marginalizados comportamentais -, quanto externamente - o estrangeiro, e, especialmente, os judeus, sofreram discriminação, enquanto práticas de isolacionismo social, e também segregação, enquanto prática de isolamento físico-espacial), emergiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Embora do ponto de vista jurídico a Declaração tenha o *status* de recomendação (não possuindo efeito vinculante) serve como ponto de partida e de referência para rearranjos normativos importantes em torno dos direitos individuais. Especialmente na metade final do século os direitos humanos foram consagrados normativamente nas Constituições de boa parte dos países ocidentais, passando a caracterizar-se como ‘direitos’ no sentido jurídico-formal.

Com tal força normativa, os direitos humanos limitam e, ao mesmo tempo, impõem obrigações para a ação do Estado, em benefício de todos os indivíduos que compõem a sociedade. Essa noção está ligada a um pressuposto político de que o Estado tem continuidade em função dos

seres humanos, que tacitamente, ao viverem em sociedade, aceitariam a intervenção estatal sobre suas vidas.

Ademais, o reconhecimento dos direitos humanos pela ordem jurídica e política foi sendo moldado passo a passo, seguindo o dinâmico e truncado curso da história, o que lhes impôs um caráter não absoluto, por estarem sempre relacionados à história social vivida. Devido a isso, a aceitação de seu valor e a imposição social de sua validade é fruto da conjunção social de vontades e crenças, como pano de fundo da seleção e imposição político-jurídica de sua força. Já sua imposição jurídica é tarefa do Estado, como forma de preservar e melhorar as condições da vida humana para todos.

Tal imposição jurídica se fundamenta em três características principais: os direitos humanos são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Destinam-se a todos os indivíduos, não podendo cada um usufruí-los se simultaneamente os outros também não os usufruem - sua reciprocidade e a universalidade de seu gozo são essenciais à sua garantia para todos.

No contraponto histórico, percebe-se a tensão dialética que subjaz ao assim denominado Estado Democrático de Direito: ao mesmo tempo em que as demandas sociais pela ampliação do campo de aplicabilidade dos direitos se configuram, em perspectiva inclusiva traduzida em políticas públicas legisladas, menor é a sua efetividade, projetando-se, em leitura midiática, como falência do poder público.

Dentre os direitos fundamentais, interessa aqui destacar o direito à liberdade. O direito à liberdade rege-se pelo ideal de autodeterminação humana. O ser humano, de forma singular, através de seus pensamentos articulados e de sua capacidade de raciocínios complexos, é capaz de determinar por opção autônoma seu agir.

Nesse escopo, acreditar ou não em conteúdos metafísicos e interagir socialmente a partir de tal crença é - ou ao menos deve ser - uma decisão individual. O pressuposto primário das crenças metafísicas, especialmente aquelas de natureza religiosa, é sua percepção individual. A opção religiosa, portanto, deriva de um exercício de liberdade de crença.

As opções de conduta, de sentimentos, de crenças passam por filtros pessoais, individuais, cuja decisão é potencialmente autônoma - não obstante os diversos condicionamentos culturais e psicossociais.

Considerando-se que o ser humano é o fundamento ético em torno do qual racionalmente pode-se legitimar e justificar o Estado, o poder e a dominação (e, conseqüentemente, o próprio Direito como sistema

- necessariamente axiológico, portanto), sua liberdade é fundamento valorativo das relações jurídicas de coexistência.

1.2 A Liberdade como Direito Múltiplo

Trata-se a liberdade, certamente, de um inquestionável direito humano. Desde as posturas políticas liberais (conservadoras do *status quo*) até as posturas mais socializantes, poucos poderiam defendê-lo como direito alienável - ao menos sob o manto de um Estado Democrático de Direito.

Nesta linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza que

Artigo 18º

Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Ademais, o direito à liberdade tem sua inviolabilidade consagrada na Constituição Federal brasileira de 1988, no *caput* do seu artigo 5º, e, de maneira complementar, em dispositivos como os incisos XLI e LIV do artigo 5º, e é regulado diretamente (como nos referidos dispositivos) e indiretamente (como na proteção à liberdade de expressão, à liberdade de culto, à liberdade de locomoção).

Não se pode menosprezar o papel da liberdade como contraponto ao arbítrio estatal, limitando as possibilidades de intervenção deste sobre os indivíduos. Tal concepção (cujos marcos históricos contemporâneos foram a independência das Treze Colônias - os Estados Unidos - e a Revolução Francesa) consagrou-se nos séculos XIX e XX, dela derivando diversas questões jurídicas.

A compreensão do que seja o conteúdo da ideia de liberdade passeia desde as posturas atomistas (o humano como o individual consagrado), passa por dimensões coletivistas (o individual subsumido ao social) e alcança posições vanguardistas (a subjetividade do indivíduo conectada a núcleos coletivos de subjetivação).

Ademais, a liberdade, em sociedades pretensamente democráticas, está diretamente ligada à garantia da pluralidade de pensamentos, expressões, gostos, crenças. Agregando-se a isso as liberdades políticas, tem-se um panorama do direito à liberdade: envolve as liberdades individuais (o ir e vir, o fazer ou não fazer), as liberdades de expressão (o pensar ou não pensar, o gostar ou não gostar, o crer ou não crer) e as liberdades políticas (o participar ou não da vida política):

as liberdades básicas do cidadão são, de forma geral, a liberdade política (o direito de voto e a elegibilidade para cargos públicos) associada à liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensar; a liberdade pessoal associada ao direito à propriedade; e a liberdade de não ser preso arbitrariamente e de não ser retido fora das situações definidas pela lei. (RAWLS, 1981, p. 68)

Em termos de delimitação político-jurídica pode-se destacar um extrato mínimo irredutível da ideia de liberdade: capacidade de autodeterminação do indivíduo. Trata-se da liberdade enquanto potencial de cada indivíduo decidir sobre sua vida, diretamente relacionada com a responsabilidade de que o indivíduo não agrida a esfera de liberdade alheia, como modo de preservar a sua própria esfera de autodeterminação (em chave filosófica kantiana, liberdade como autonomia individual e responsabilização social, maturidade da razão e da escolha, qualidades intrinsecamente humanas). Desse modo, os direitos de liberdade caracterizam-se como

direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho *negativo*, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos (SARLET, 1998, p. 48).

Nessa esteira, o direito à liberdade encontra-se constitucionalizado de diversas formas. Por exemplo, o art. 3º, I, da Constituição Federal prevê como “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I -

construir uma sociedade livre, justa e solidária (...)”. Tem-se aqui a liberdade no sentido de que a sociedade como um todo deve ser garantida contra a possibilidade de tirania, abuso de poder e totalitarismo, possibilitando-se o desenvolvimento de sua multiplicidade cultural (inclusive religiosa).

No artigo 5º, tem-se o *caput* como uma ‘mola mestra’ da garantia da liberdade individual enquanto direito humano, ao prever que fica garantida a inviolabilidade do direito à liberdade. Partindo dessa disposição geral, principiológica, aspecto de unidade do sistema jurídico (conforme visto no tópico anterior), outros dispositivos vêm no sentido de instrumentalizar esta garantia à liberdade. Dessa forma ocorre, por exemplo, com os incisos IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XLI e LIV do mesmo artigo 5º da Constituição.

Desse modo se dimensiona, enquanto direito fundamental, o direito humano à liberdade, tendo como ponto de partida a previsão constitucional de que se garante a brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à liberdade. Consagra-se, assim, formalmente o princípio da inviolabilidade da liberdade, como um dos elementos de unidade do sistema jurídico brasileiro. As demais cominações constitucionais e infraconstitucionais sobre liberdade funcionam como especificações normativas, voltadas à realização concreta de tal princípio geral. Visam impor ao Estado limites para sua atuação e intervenção sobre a liberdade individual, garantindo o indivíduo enquanto ser social autônomo. Trata-se da proteção formal de tais direitos como direitos negativos, de não intervenção estatal sobre a liberdade individual.

2 RELIGIOSIDADE MÚLTIPLA: LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS EMBATES RELIGIOSOS

O pensamento e a cultura religiosa estão entranhados na vida humana. Desde mais primordiais tempos o ser humano recorre ao pensamento metafísico, mítico ou religioso, para tratar daquilo que está para além do seu conhecimento ou de suas percepções materiais. Assim o era com os povos que habitavam a América, e o Brasil em específico, antes da chegada e colonização pelos europeus; assim continuou a ser com os colonizadores que ocuparam as terras brasileiras.

2.1 Das ordenações do Reino à Constituição de 1824

Em um primeiro momento, procuramos analisar, em registro panorâmico, como a hegemonia católica, estabelecida desde os primórdios da colonização, se desenha nos textos legais que cobrem os séculos XVI/XIX. Desse modo, passamos das Ordenações do Reino ao texto constitucional de 1824.

Três Ordenações sucessivas estabeleceram os critérios de organização das relações socioeconômicas e jurídicas metrópole/colônia: as Ordenações Afonsinas, (também conhecidas como Código Afonsino, vigente entre 1446 e 1514); as Ordenações Manuelinas ou Código Manuelino, (vigente de 1521 até 1595); e as Ordenações Filipinas ou Código Filipino, vigente de 1603 até 1916, para o Brasil, sendo que a última data refere-se à prescrição dos conteúdos materiais de Direito Civil, já que a primeira Constituição Brasileira, de 1824, revogara quase todas as outras matérias elencadas nas Ordenações Filipinas.

Em relação ao Direito Canônico, expressão da organização jurídica eclesiástica somada à tradição do Direito Romano, encontra-se nas Ordenações, no Livro V, destinado ao Direito Penal material e processual, sintomaticamente. A feitiçaria e a conjunção carnal com mouras ou com judias eram crimes punidos com a morte. Ressalte-se que o crime mais grave estabelecido nos textos legais é a heresia, entendida a partir das Ordenações Manuelinas como vinculada às práticas não-católicas do cristianismo, estendendo-se às religiões monoteístas não cristãs, especialmente o judaísmo.

A heresia representaria a contestação à ordem espiritual de uma religião dominante e, portanto, uma ameaça para essa, que pode ser - como foi em muitas ocasiões - endêmica. Por conta disso, seria muito combatida e encarada como uma representação patológica, uma representação maligna (ASSIS, 2011).

Os parâmetros penais herdados das Ordenações foram inicialmente modificados com a codificação de 1832, no âmbito do processo penal, com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

Importante anotar que o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição tinha “dois braços”: um eclesiástico, responsável por estabelecer o trâmite processual (inquirir, corrigir e julgar), e outro civil, responsável por ratificar a sentença e proceder à punição. Contraditoriamente, apesar de sair do âmbito do sistema de provas medieval marcado pelo Ordálio (o “juízo de Deus”), admitindo, por exemplo, o depoimento dos acusados e a colheita

de testemunhos, as penas continuavam muito duras, projetando-se sobre o acusado no extremo da morte violenta.

Em abordagem histórico-sociológica, entendemos aqui o catolicismo como produtor de uma hegemonia inclusiva, ou seja, o processo de elaboração de um esforço doutrinário e exegético para abranger, cooptar e tornar católicos, todas as práticas e praticantes dos rituais e cerimônias religiosas, desde os judeus impositivamente convertidos (os cristãos novos) até os esforços contra reformistas da catequese indígena e africana, passando ainda pela Inquisição em terras brasileiras.

Uma passagem dos primórdios da colonização ilustra o que aqui se afirma. Em meados do século XVI, o que certa historiografia tradicional denomina como invasões francesas no litoral do Rio de Janeiro estiveram associadas aos conflitos contra reformistas na Europa. Os franceses que tentaram se instalar em terras brasileiras eram calvinistas, interessados na expansão sistemática de sua fé, mas com uma postura de isolamento em relação às populações nativas, entendidas como incapazes de compreender a palavra de Deus (registrada na Bíblia e pressupondo o domínio do francês para sua leitura) e, portanto, fora do campo da salvação.

A derrota para os portugueses, depois de um breve período de ocupação, pode ser atribuída às práticas portuguesas de integração étnico-religiosa, que garantiram o enraizamento lusitano no território: os sucessivos casamentos de portugueses com indígenas, com numerosa prole, propiciando a criação de sólidas alianças militares entre portugueses e indígenas, além das conversões e os procedimentos de catequese.

Percebe-se uma relação contraditória aqui, no que chamamos de hegemonia inclusiva do catolicismo no Brasil. Ao mesmo tempo em que tolera manifestações religiosas não originariamente católicas como expressão de uma religiosidade popular (perceptível, por exemplo, no conceito de milagre, em eterna tensão conceitual), atuou até o século passado como guardião dos preceitos cristãos, através do proselitismo e da perseguição institucional aos não católicos.

O milagre, em específico, é o fato excepcional que só pode ser explicado mediante a compreensão da intervenção divina, mediada ou não. Associado à santidade de Cristo, nos termos da tradição agostiniana e tomista, é entendido hoje, no âmbito dessa hegemonia inclusiva, também como uma relação pessoal entre o santo que produziu o milagre e o fiel que o recebeu. Compreende-se assim a tolerância da instituição católica em relação aos centros de peregrinação milagrosa, como Romaria de

Água Suja, no Triângulo Mineiro, onde a Casa dos Milagres expõe essa subjetiva relação santo/fiel, na forma de *ex-votos*, a demonstração material da ocorrência da intervenção milagrosa: muletas, fotografias, pés e mãos moldados em gesso, dentre outros objetos. É o que se denomina catolicismo popular, que também inclui a benção e o sincretismo com as expressões religiosas de matriz africana.

Em análise inicial de todos os textos constitucionais brasileiros, observa-se, topologicamente, que apenas a Constituição de 1988 traz o título referente aos direitos e garantias constitucionais para o início do texto, iniciando-o com o artigo 5º. Todas as outras Constituições localizam referido título no final, sendo, por exemplo, na Constituição do Império, correspondente ao Título 8º, denominado “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”.

A Constituição de 1824, no contexto da construção do Estado a partir do processo da emancipação política (na modalidade conhecida como “via prussiana” da formação do Estado), pode ser entendida como marco de uma nova realidade jurídica, refletindo novas dinâmicas sociais. Em seu preâmbulo, coloca-se “sob a proteção da Santíssima Trindade”, sendo o catolicismo religião oficial do Estado, com a permissão de cultos domésticos de todas as outras religiões, sem aparência externa de templo. No entanto, ao mesmo tempo em que permitia cultos domésticos de todas as religiões, ao não considerar os escravos como cidadãos, mas apenas os ingênuos (filhos de escravos, mas nascidos livres) e os libertos (artigo 6º), perseguia as religiões de matriz africana e negava o direito de voto aos libertos.

Ainda nos termos de um Estado confessional, eram atribuições do Imperador, dentre outras, nomear Bispos e prover os Benefícios Eclesiásticos (art. 102, II), ou seja, garantir o controle sobre a Igreja Católica no Brasil, no que concerne à organização burocrática e regimental (institutos do beneplácito e do padroado).

As constituições republicanas inauguram a perspectiva do Estado laico, sem vinculação a nenhum credo, mas ao mesmo tempo guardiã do livre exercício da religiosidade, incluindo a possibilidade de não pertencer ou professar nenhuma.

2.2 As Constituições Republicanas

A partir dos princípios da legalidade, da isonomia e da autonomia da vontade, os textos constitucionais republicanos desenharam a liberdade

religiosa, consagrada na não intervenção do Estado nas atividades religiosas, e na vedação ao estabelecimento de cultos religiosos e da proibição de impedir ou subvencionar quaisquer religiões. Estabelecem ainda que todos os indivíduos e todas as confissões religiosas têm o direito de exercício público e livre dos cultos, por livre associação e aquisição de bens, desde que observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.

Demarcando o início do período republicano, a Constituição de 1891, no intuito de registrar a “modernidade republicana”, determina o fim dos privilégios de origem nobiliárquica, vinculando ainda o Estado à secularização do casamento, da escolarização e da administração dos cemitérios, anteriormente subordinados à religião do Estado Imperial, o catolicismo. Vale lembrar que a Igreja Católica controlava, até o advento da República, o registro de nascimentos, batizados, casamentos e mortes, através dos Livros de Tombo, o que implicava em limitações de ordem ideológica e técnica. Os registros anotados pressupunham a fidelidade religiosa, o que implica em subnotificações, dificultando as pesquisas.

O texto da Carta de 1934 inova ao estabelecer, em seu artigo 113, VI, que: “Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos”. Não há mudança significativa nos textos constitucionais posteriores.

Nas demais constituições, não se observam mudanças significativas em relação ao que já foi relatado.

2.3 O neopentecostalismo e o crescimento da intolerância no Brasil

A análise de dados demográficos relativos ao censo de 2010 aponta a manutenção do catolicismo como religião majoritária, mas com um crescimento significativo da população evangélica, que saltou de 15,4 % em 2000 para 22,2 % em 2010. O estado com menor percentual de católicos era o Rio de Janeiro, com 45,8%. Houve ainda crescimento dos que se declararam espíritas, que passaram de 1,3% da população (2,3 milhões) em 2000 para 2,0% em 2010 (3,8 milhões), com aumento mais expressivo no Sudeste, cuja proporção passou de 2,0% para 3,1% entre 2000 e 2010 (Censo Demográfico IBGE 2010).

Importante destacar que o registro dos censos demográficos são mais precisos, em relação aos grupos e denominações pentecostais e neopentecostais, pois os entrevistados se identificam de forma mais clara em relação ao grupo de pertencimento religioso. O mesmo não ocorre com as religiões de matriz africana.

Registre-se que as religiões reformadas, no Brasil, são entendidas a partir de um processo de acomodação em relação à hegemonia católica, desde os tempos coloniais. Na perspectiva do Estado confessional desenhado pela Carta de 1824, as demais denominações cristãs podiam se organizar, desde que em culto doméstico e sem sinais exteriores visíveis de identificação de credo religioso. Assim, uma primeira geração de religiões protestantes chega ao Brasil, de matriz europeia, as religiões reformadas históricas, como os luteranos, os batistas e os presbiterianos. Os neopentecostais se originam como desdobramento do fundamentalismo cristão de origem norte-americana, representando já a terceira geração das igrejas reformadas, a partir dos anos 1960. São os tele-evangelizadores, dominando a linguagem dos *mass media* e, de posse da teologia da prosperidade, reeditam um proselitismo agressivo na arregimentação de fiéis.

A publicação Intolerância Religiosa no Brasil - Relatório e Balanço (2016) apresenta doze casos de intolerância religiosa, como apresentados em processos judiciais em diversos estados brasileiros. Apesar de serem registradas ocorrências envolvendo conflitos por intolerância em relação ao judaísmo e à religiosidades de matriz africana e ameríndia, prevalecem os relatos e as demandas judiciais associadas à matriz africana.

Trataremos aqui, brevemente, da intolerância religiosa dos chamados neopentecostais em relação às religiões de matriz africana. Em chave sociológica, as tensões que ocorrem entre as religiões neopentecostais e as religiões de matriz africana situam-se em um campo de disputa política e mercadológica, na medida em que a penetração social de tais religiões ocorre em camadas sociais próximas; e essa clivagem ocorre a partir do surgimento da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), em 1977.

Desde seu surgimento, a IURD direcionou seu proselitismo às camadas médias e baixas da população, tanto no Brasil quanto em sua expansão internacional. Estudiosos apontam que boa parte de seu sucesso se deve à disseminação da Teologia da Confissão Positiva, mais conhecida como Teologia da Prosperidade. O apelo aos mecanismos de ascensão social mediante o desafio a Deus estabelece como confissão a realização

material do que se permite sair de dentro de si na forma de palavras vocalizadas: a confissão também é um desafio, pois o fiel admite seus pecados diante de Deus - com a mediação institucional da religião - mas O desafia a cumprir a promessa de prosperidade e abundância materiais - como reza a cartilha religiosa.

Sintomático o crescimento das denominações evangélicas (em amplo senso) no período entre 1990 e 2010: de 9,9% para 22,2%, correspondendo a um período de crise econômica no Brasil, com o consequente empobrecimento de expressivos seguimentos da população.

O neopentecostalismo, como manifestado no Brasil, apresenta-se como uma articulação sincrética entre o pentecostalismo tradicional e as religiosidades de matriz africana. Essa articulação pode ser atribuída a, pelo menos, dois fatores: a disputa de fieis do campo religioso de mesma extração sócio-econômica, e a legitimação ofertada pela marca do cristianismo aos que pretendem experimentar uma religiosidade mágica, de resultados instantâneos no constante desafio a Deus para que opere milagres. Basta observar os seus rituais e cerimônias como veiculados nos meios de comunicação, seja em concessões de radiodifusão próprias, seja comprando horários de divulgação na “TV aberta”, seja via rede mundial: “sessões de descarrego” e de “desencapetamento”, por exemplo (a primeira, ofertada pela IURD, do autointitulado bispo Edir Macedo; a segunda, oferecida na Igreja Internacional da Graça, do cunhado de Edir Macedo, o missionário R.R. Soares. O registro aqui é o exorcismo)

Entende-se, desse modo, a origem fática da intolerância religiosa, caso em tela. Ao se apropriar de elementos simbólicos das religiões de matriz afro-brasileiras, as denominações neopentecostais criaram simulacros para ressignificar e objetivar cerimônias, rituais e liturgias. Não mais se condena a adoração de entidades pagãs, mas se reconhece nelas os demônios combatidos desde a aurora do cristianismo.

Assim, no discurso dessas denominações, estabelece-se um argumento central: as religiões de matriz africana são cultos demoníacos que praticam sacrifícios para agradar as “entidades” malignas que veneram, para a obtenção de vantagens e favores. A salvação estaria, portanto, na conversão à denominação pentecostal. Observa-se ainda ferrenha disputa intracampo, em especial das denominações que se utilizam dos meios de comunicação de massa de forma ostensiva: Igreja Universal do Reino de Deus, Igreja Internacional da Graça e Igreja Mundial do Poder de Deus, do apóstolo Valdemiro Santiago (antigo pastor da IURD).

As religiões de matriz africana tornam-se assim inimigas a combater e, simultaneamente, constituem-se como campo para arrebanhar novos fieis; isso como resultado dessa tensão dialética que busca negar/autorizar as práticas mágicas, desde que ressignificadas em novos registros, legitimadas pela chancela de religião cristã.

Instaura-se desse modo um conflito cotidiano que atinge corpos, mentes, locais de culto, sistemas de representação, em uma violação clara da liberdade religiosa, de feição constitucional. As origens dessa situação de ataque podem ser registradas a partir de alguns vetores: a) a luta pela ampliação dos quadros de fieis, a partir de uma disputa territorial e socioeconômica; b) o proselitismo das denominações neopentecostais, em uma incansável cruzada de conversão; c) a elaboração de uma doutrina maniqueísta, que projeta o mal como a essência das religiões de matriz africana.

3 DEVER DE NÃO INTERVENÇÃO RELIGIOSA

A multiplicidade religiosa mostra-se, conforme apontado, como uma realidade social em conflito histórico. Mas a imposição de ideias sob o discurso da fé viola direitos fundamentais? Crer livremente (ou não crer) é uma premissa lógica da liberdade individual. Tal se põe em relação a diversas questões que não envolvem ou não a fé religiosa.

A paixão religiosa movimenta ações pessoais e institucionais, numa clara confusão entre o público e o privado. Com isso, a gestão da coisa pública é marcada pela interferência de crenças que buscam legitimar a imposição de seus dogmas na administração das vidas alheias.

No mundo contemporâneo a constatação da imensa multiplicidade de crenças, das diversas concepções teológicas e da variedade de doutrinas religiosas, cristãs e não cristãs, impõe a percepção de que em qualquer lugar do planeta não se pode aprisionar as percepções de fé e de não fé. Todos os autoritarismos religiosos (inclusive aqueles que pregam o ateísmo) subsistem apenas por escasso tempo, e sem efetivo sucesso da eliminação de crenças diversificadas, que sobrevivem na clandestinidade institucional autoritária.

Afirmar que a fé não é aprisionável soa como uma obviedade, portanto. E não obstante isso, mesmo em países nos quais formalmente o instrumental jurídico do estado de direito é forte, como é o caso brasileiro, a dogmatização religiosa repetidamente mistura-se ao exercício do poder estatal.

Ora, isso representa um obstáculo ao respeito à diversidade de crenças, um obstáculo à liberdade individual. Invariavelmente, quando o

poder institucionalizado se vincula a dogmatizações religiosas o faz por dois caminhos: I - imposição de determinadas premissas morais sobre o certo e o errado; II - discriminação de visões que contestem ou que sejam alternativas a tais imposições.

No primeiro viés, tem-se a discriminação religiosa ativa. Por ela trata-se da determinação, por vias institucionais formais ou por práticas e narrativas institucionais, das crenças válidas sob a ótica do poder dominante.

No segundo viés, tem-se a discriminação religiosa negativa. Por ela, constroem-se barreiras administrativas e culturais ao exercício de crenças (e à defesa da não crença) diversas daquelas que estão sob o rótulo de aceitação institucional.

Ocorre que há uma premissa ética que se contrapõe à dogmatização religiosa institucional: os seres humanos não possuem entre si diferenças ontológicas apriorísticas, não existem razões prévias na natureza humana que possam justificar a desigualdade de direitos fundamentais existenciais. Desse modo, considerada a liberdade religiosa um dos desdobramentos do inviolável direito à liberdade, não há como se justificar, a não ser autoritariamente, a discriminação religiosa, ativa ou negativa.

O ser humano é, em tese, um ser diferenciado dentro da natureza, por todas suas peculiares características físicas, intelectuais e psíquicas. Por decorrência, sua humanidade (condição humana) deve condicionar tudo o que constrói ao seu redor como meio de exercer suas capacidades objetivas e potencialidades subjetivas. Se por um lado a dignidade de cada um envolve suas condições materiais de existência, por outro envolve suas manifestações psicoemocionais nas relações com as outras pessoas.

A discriminação religiosa, ativa ou negativa, fere, assim, a liberdade igualitária nas suas correlações intrínsecas. Considerada a liberdade igualitária, em virtude de seu conteúdo e das disposições do caput do artigo 5º da Constituição de 1988, pode-se concluir que

justamente porque vivendo em sociedade é que a pessoa humana pode satisfazer suas necessidades, é preciso que a sociedade seja organizada de tal modo que sirva, realmente para este fim. Não basta que a vida social permita a satisfação de todas as necessidades de apenas algumas pessoas, é necessário considerar as necessidades de todos os membros da sociedade. (DALLARI, 1998, p. 18)

Uma sociedade ordenada em torno do interesse de alguns poucos, legitimando uma dogmatização religiosa, degenera o senso de humanidade.

Gera a imposição de uns sobre os outros através de dogmas de fé, afetando a dignidade existencial subjetiva:

o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados. (...) Não se deve desconsiderar, nesse contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando - como já visto - o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. (SARLET, 1998, p. 113)

A constitucionalidade da ordem de Direito e de Estado é determinante para a configuração digna das condições humanas de existência, incluída aqui a inviolabilidade do direito à liberdade. Sob a égide do estado de direito, ancorado em uma Constituição pretensamente democrática (caso brasileiro), a liberdade individual deve condicionar a elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas. A liberdade existencial do ser humano deve ser encarada, assim, como um condicionante por excelência da própria validade material das normas.

Somente um real estado de interação material e cultural do homem na sociedade é que possibilita agregar ao direito à vida uma especial adjetivação: tratar-se de um direito à vida digna. E somente sendo este estado de coisas minimamente comum a todos na sociedade é que a condição humana de existência pode se considerar preservada:

A visão atomizada ou fragmentada dos direitos humanos leva inevitavelmente a distorções, tentando postergar a realização dos direitos econômicos e sociais a um amanhã indefinido. A prevalecer o atual quadro de deterioração das condições de vida da população a afligir hoje tantos países, poderão ver-se ameaçadas, inclusive, as conquistas dos últimos anos no campo dos direitos civis e políticos. Impõe-se, pois, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos. (TRINDADE, 2000, p. 152)

Nessa linha, as condições materiais de existência e as condições subjetivas de existência não podem ser dissociadas na percepção da sua condição de vida no mundo. Os direitos humanos não são seletivos no seu conteúdo, mas sim uma integração desses aspectos materiais com os aspectos subjetivos.

O resguardo da liberdade religiosa, portanto, é resguardo das condições jusfundamentais para a expressão da liberdade como um todo. Afinal, através da expressão de sua subjetividade é que os indivíduos tornam-se capazes de desenvolver suas singularidades:

A subjetividade está em circulação nos conjuntos sociais de diferentes tamanhos: ela é essencialmente social, e assumida e vivida por indivíduos em suas existências particulares. O modo pelo qual os indivíduos vivem essa subjetividade oscila entre dois extremos: uma relação de alienação e opressão, na qual o indivíduo se submete à subjetividade tal como a recebe, ou uma relação de expressão e de criação, na qual o indivíduo se reapropria dos componentes da subjetividade, produzindo um processo que eu chamaria de singularização. (GUATTARI; ROLNIK, 1986, p. 33)

Há, portanto, um dever de não intervenção sobre opções individuais, pois qualquer atuação do Estado que não se volte a garantir a liberdade religiosa representaria uma atuação violadora da Constituição. O respeito à inviolabilidade do direito à liberdade impõe assim ao Estado, em qualquer nível de gestão, não realizar discriminações religiosas ativas ou passivas

CONCLUSÃO

Na crise econômico-social, os dilemas culturais ganham uma conotação especial, pelo apelo ao metafísico como válvula de escape às angústias sociais. Cresce o número de pessoas que dedicam o pensamento a explicações além da ciência para as questões cotidianas, gerando em alguns pontos um frenesi religioso.

Tal situação gera uma “Guerra Santa” (denominada teologia da batalha espiritual), e novos convertidos tornam-se soldados de Deus. Nessa batalha cotidiana, existe uma dimensão lenta, progressiva e silenciosa, que se constitui como um projeto de poder político. Juízes, promotores, defensores públicos, desembargadores, ministros de Estado, secretários do Executivo, gestores de políticas públicas vêm sendo absorvidos, institucional e religiosamente, por esse caldo de cultura denso, confuso, unilateral - e antidemocrático por definição. Afinal, o problema não está nas crenças, na fé: está em fazer dos dogmas religiosos (de sua religião) uma missão institucional.

Quando assistimos a crescente politização partidária das questões que envolvem as garantias do sistema de liberdades constitucionais, e no

caso em apreço, a liberdade religiosa em registro amplo, não é apenas o Estado laico que está sob crescente ameaça. A preocupação que sobressai, de fato e de direito, é com um possível cerceamento ao Estado Democrático de Direito, através da restrições e imposições religiosas.

Uma reflexão final: nas relações fiel/Deus típicas das religiões cristãs reformadas, sem mediação de uma autoridade papal, da igreja (como instituição), de padres, partimos do mesmo ponto de articulação do pensamento liberal, que entende ser a sociedade o resultado das relações entre homens livres, devendo o Estado se limitar a garantir esse sistema de liberdades. Qual vínculo subsiste entre essa autonomia relacional dos indivíduos no protestantismo, a autonomia social no liberalismo e a expansão do protestantismo pentecostal nos dias atuais, especialmente no Brasil?

Vive-se, no Brasil, sob um estado de direito: submetem-se todo o sistema jurídico - ao menos formalmente - à supremacia constitucional. E, sendo esta erigida sob o alicerce dos direitos fundamentais (que se destinam a todos e a cada um), estamos em um pretense estado democrático de direito.

Evitar a discriminação religiosa ativa e a discriminação religiosa negativa impõe o dever de não intervenção institucional sobre a liberdade de crenças, a não ser com objetivo de garantir sua multiplicidade. Assim, a tolerância é a chave para a convivência humana no âmbito da liberdade religiosa, e incumbe ao Estado tão somente garanti-la.

Sob essa égide constitucional, impõe-se a liberdade religiosa como direito fundamental positivo e negativo: direito a se crer ou não se crer livremente, com sua contra face, impondo aos particulares e ao Estado o dever de não intervenção, a não ser para garantir a própria liberdade religiosa.

REFERÊNCIAS

ASSIS, A. A. F.; SANTOS, J. H.; RAMOS, F. S. A figura do herege no livro v das ordenações manuelinas e nas ordenações filipinas. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/66200/figura_herege_livro_assis.pdf. Acesso em: 20 de abril de 2019.

BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico de 2010**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

CALDEIRA, J. **História da Riqueza no Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

CASAMASSO, M. A. L.. **Estado, Igreja e Liberdade Religiosa na “Constituição Política do Império do Brasil”, de 1824.** Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>. Acesso em: 19/03/2019.

DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

ENGLISH, K. **INTRODUÇÃO ao pensamento jurídico.** 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s/d.

GUATTARI, F.; ROLNIK, S. **Micropolítica: cartografias do desejo.** São Paulo: Vozes, 1986.

IBGE/BRASIL. **Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião.** <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espíritas-sem-religiao&view=noticia>. Acesso em: 20/03/2019

MEZZOMO, F. A. **Nós e os Outros: proselitismo e intolerância religiosa nas igrejas neopentecostais.** Fênix - Revista de História e Estudos Culturais Janeiro/ Fevereiro/ Março de 2008 Vol. 5 Ano V nº 1. Disponível em:http://www.revistafenix.pro.br/PDF14/Artigo_14_Frank_Antonio_Mezzomo.pdf. Acesso em: 18/03/2019.

POVEDA VELASCO, I. M. (1994). **Ordenações do Reino de Portugal.** Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 89, 11-67. Disponível em:<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236>. Acesso em: 14/03/2019.

RAWLS, J. **Teoria da justiça.** Brasília: UnB, 1981.

SANTOS, B. I. et al. **Intolerância Religiosa no Brasil - Relatório e Balanço.** Rio de Janeiro: Klinê, 2016.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, V. G. **Neopentecostalismo e Religiões Afrobrasileiras: significado do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil Contemporâneo.** Mana vol.13 no.1 Rio de Janeiro Abril/2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000100008. Acesso em: 13/03/2019.

TRINDADE, A. A. C. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

DESCARACTERIZANDO A FUNÇÃO SOCIAL DOS SIGNOS DISTINTIVOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE DA PRIMEIRA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA DE SERVIÇOS

DECHARACTERIZING THE SOCIAL FUNCTION OF DISTINCTIVE COLLECTIVE SIGNS: AN ANALYSIS OF THE FIRST GEOGRAPHICAL INDICATION FOR SERVICES

Victor Luiz Pereira de Andrade*

Luciana Lopes Canavez**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Indicações geográficas: o contexto brasileiro. 2 Indicações de procedência vs. marcas: proximidade e descaracterização. 2.1 Marca coletiva. 2.2 Marca de certificação. 3 Porto Digital: um estudo de caso sobre a primeira indicação de procedência de serviços. 3.1 Estrutura de controle e regulamento de uso. 3.2 Distintos direitos de propriedade intelectual. Conclusão. Referências.

RESUMO: Por muito tempo desconsiderada pela prática jurídica brasileira, indicações geográficas passaram a receber maior atenção do mercado nacional a partir do final dos anos 90, com a mudança na legislação que possibilitou o registro, pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, tanto de indicações de procedência como também de denominações de origem. Neste contexto, em 2012 foi concedida a primeira indicação de procedência referente à prestação de serviços, a primeira do gênero no Brasil e única no mundo da qual se possui notícia. Entretanto, com a onda da oficialização de registros de indicações geográficas, diversos entraves passaram a ser observados, sendo de maior relevância a excessiva proximidade entre os institutos de marcas e indicações geográficas, relação na qual a aplicação de princípios dos primeiros tendem a descaracterizar a própria função social dos segundos. Este artigo se propõe então a analisar o contexto em que se insere a proximidade entre os referidos institutos jurídicos no Direito brasileiro, passando então à análise do registro da indicação de procedência dos serviços do Porto Digital. Foram utilizados os métodos exploratórios bibliográfico e documental, em uma abordagem dedutiva-indutiva de tom dogmático. Esta pesquisa é fruto de pesquisa apoiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

Palavras-chave: Indicação de procedência. Marca coletiva. Propriedade industrial. Propriedade intelectual. Serviços.

ABSTRACT: Long disregarded by the Brazilian legal practice, geographical indications began to receive greater attention from the national market by the late 1990s, with the change in legislation that allowed the registration, by the National Institute of Industrial Property, of both indications of source and also appellations of origin. In this context, in 2012 the first indication of source regarding the provision of services was granted, the first of its kind in Brazil and the only one known in the

* Mestrando pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito, docente substituto bolsista do curso de graduação em Direito vinculado ao Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho, e co-administrador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES) da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca.

** Docente assistente doutora vinculada ao Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho, da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É docente nos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito, supervisora titular da Unidade Auxiliar Centro Jurídico Social (CJS) e líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES), todos na mesma instituição.

Artigo recebido em 25/09/2019 e aceito em 02/10/2019.

Como citar: ANDRADE, Victor Luiz Pereira de; CANAVEZ, Luciana Lopes. Descaracterizando a função social dos signos distintivos coletivos: uma análise da primeira indicação geográfica de serviços. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 329-359. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

world. However, with the wave of the officialization of geographical indications registers, several obstacles started to be observed, being of greater relevance the excessive proximity between the institutes of trademarks and geographical indications, a situation in which the application of the principles of the former tend to affect negatively the very social function of the seconds. This article proposes to analyze the context in which the proximity between the institutes in Brazilian law is inserted, going through the analysis of the institutes and the proper register of the indication of origin of the services of Porto Digital. Bibliographic and documentary exploratory methods were used in a deductive-inductive approach of a technical-dogmatic tone. This article contains results of a research supported by the São Paulo State Research Support Foundation (FAPESP).

Keywords: *Indication of source. Collective trademark. Industrial property. Intellectual property. Services.*

INTRODUÇÃO

As indicações geográficas são, talvez, o direito de propriedade intelectual menos abordado pela doutrina jurídica brasileira e mesmo internacional. Contudo, com o reconhecimento da possibilidade de registro pela Lei de Propriedade Industrial de 1996, as indicações geográficas brasileiras, bem como o mercado nacional em si, passaram a ser notadas enquanto importante instrumento de proteção e potencialização do uso dos ativos intangíveis tradicionais brasileiros enquanto forma de inserção de produtos locais e regionais nos mercados mais exigentes e também nos mais ansiosos pela diferenciação, na busca pelo reconhecimento produtivo.

Foram então solicitados e concedidos diversos registros de indicação geográfica, contexto no qual um registro em especial merece maior atenção: em 2012 foi concedida a primeira indicação de procedência referente à prestação de serviços, sendo a primeira indicação do gênero no Brasil e única no mundo da qual se possui notícia, dado que somente o Brasil e o Uruguai admitem legislativamente a existência e o registro de indicações geográficas referentes a serviços.

Entretanto, com o alto número de registros oficializados, foram observadas diversas incongruências entre a norma positivada (em suas variadas interpretações), e a prática registral do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, que pareceu inovar, trazendo consigo a descaracterização da própria função social atribuída à propriedade intelectual como um todo e também das expectativas sociais geradas pela exploração de ativos geográficos tradicionais intangíveis.

Assim, propomos, neste trabalho, derivado de pesquisa científica financiada pela Fundação do Amparo de Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), a análise do contexto legal no qual se inserem as indicações geográficas no Brasil, bem como a proximidade que o instituto passou a

demonstrar quando contraposto aos institutos jurídicos de marcas, marcas coletivas e marcas de certificação, sendo os dois primeiros de caráter notoriamente privado e o último de caráter notoriamente restritivo.

Além disso, consideramos de imensa relevância a análise do registro da indicação de procedência de serviços do Porto Digital, por se tratar da primeira do gênero e carregar consigo imensa problemática relativa à aproximação entre os institutos jurídicos supracitados.

O trabalho utiliza, em um primeiro momento, o método procedimental bibliográfico, possuindo como referenciais teóricos principais as obras dos autores: Denis Borges Barbosa, Liliana Locatelli e Camila Biral da Cunha Martins, e, em um segundo momento, utiliza o método procedimental documental, através da análise da documentação de registro da indicação de procedência do Porto Digital. O método de abordagem inicial é dedutivo, sendo o método seguinte indutivo com a discussão baseada no ponto de vista técnico e na dogmática jurídica.

1 INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS: O CONTEXTO BRASILEIRO

Destarte, é necessário destacar a existência de distinções terminológicas para o tratamento da matéria. A “indicação de procedência” (IP), objeto deste artigo, é referente ao direito de propriedade intelectual que integra o ordenamento jurídico brasileiro sob o mesmo nome, espécie da qual a indicação geográfica é gênero, e que protege o nome do local cuja notoriedade se deriva da produção de determinado produto ou prestação de determinado serviço. É, portanto, o nome que alcançou *status* suficiente para possuir garantida uma tutela jurisdicional na forma de indicação geográfica¹.

A expressão “indicação de proveniência”, largamente utilizada internacionalmente, e, por muito tempo, expressão-chave para a previsão da proteção às indicações geográficas no ordenamento pátrio, apesar de próxima², não designa o mesmo direito, se tratando apenas do local de origem de um produto ou serviço qualquer (MARTINS, 2014, p. 15).

As indicações de proveniência continuam a existir, cumprindo a função de indicar ao consumidor onde se produz ou se fabrica (MIRANDA, 1956, p. 195), no entanto, não recebem o tratamento dado às indicações geográficas por não possuírem relevância ou impacto mercantil suficientes para justificar direitos de exclusividade.

¹ Em virtude da inexistência de um conceito único internacional, utilizamos o conceito adotado pela Lei de Propriedade Industrial brasileira, Lei nº 9.279/96 (BRASIL, 1996).

² Isoladas, as palavras “procedência” e “proveniência” podem ser consideradas sinônimas (BORBA, 2004, p. 1125).

A indicação de procedência, antes de referenciar um direito, designa uma prática mercantil de utilização de sinais distintivos referentes à localização geográfica como seu signo determinante. Trata-se de distinção que visa a satisfação do anseio pelo conhecimento da factual origem dos produtos disponíveis no mercado (SILVA, 2014, p. 34-35).

Quando um comerciante atribui uma marca a um produto ou serviço, utiliza-se dela para indicar sua origem. Isso faz com que o consumidor atribua o que está consumindo à uma localidade específica, seja esta personalizada ou anônima, gerando valor concorrencial derivado da consistência dos objetos aos quais os signos distintivos foram atrelados. O efeito de atribuição à uma origem é essencial ao uso da marca (BARBOSA, 2010, p. 85).

No caso das indicações de procedência, o que ocorre é extremamente similar. Assim como as marcas (COPETTI, 2006, p. 205), as IP constituem signos distintivos que, antes de se tornarem valores frente à concorrência e objeto de discussão jurídica, são utilizados para satisfazer a demanda pela individualização no oferecimento de produtos e serviços³.

O produto que possui a certificação de indicação de procedência remete ao consumidor uma origem. Contudo, ao contrário da marca, que indica um titular (ou grupo titular) específico, a IP indica a pluralidade de titulares estabelecidos no local onde é produzido tal produto ou prestado tal serviço. Ou seja, enquanto a marca se vincula ao seu titular, a indicação geográfica é vinculada ao local geográfico de origem, no qual se estabeleceram os produtores do bem que carrega o signo.

Assim, diferentemente das marcas, em que apenas um produtor ou prestador individual, ou um grupo seletivo destes, aproveitam dos ganhos de tal valor concorrencial, na indicação de procedência, todos os produtores ou prestadores estabelecidos na região podem e devem usufruir coletivamente dos ganhos decorrentes da notoriedade que o nome geográfico de tal local conquistou em função do livre desempenho da atividade econômica. Este é o caso, por exemplo, da Suíça, com relação à sua produção de queijos, canivetes e relógios (LOUREIRO, 1999, p. 311).

A IP é conhecida em suas diversas manifestações mercantis desde a antiguidade (POLLAUD-DULIAN apud PORTO, 2007, p. 17), precedendo toda a teoria que rege atualmente o direito de propriedade intelectual⁴. Neste

³ No atual contexto global, se mostram de imensa relevância para a diferenciação de processos produtivos tradicionais, evitando que a produção local e regional se torne mera *commodity*, com conseqüente desvalorização.

⁴ "Por enorme tempo, o sistema de produção intelectual se manteve ineficiente nas sociedades, sem necessitar a criação de um sistema de propriedade intelectual." (BARBOSA, 2010, p. 42).

paradigma, a prática referente à utilização de indicações de procedência se difundiu por todo o mundo sem assumir, por muito tempo, complexidade de mercado suficiente para que fosse exigida uma tutela jurídica específica.

Tutelar juridicamente indicações de procedência é conferir regulamentação para o uso dos nomes ou signos que designam produtos ou serviços relacionados à região em que são produzidos ou oferecidos, visando informar ao mercado consumidor acerca das características da origem do que está consumindo, sejam elas materiais (denominação de origem) ou morais, históricas e culturais (indicação de procedência).

Violar uma indicação de procedência é violar o direito de informação do consumidor, além de usurpar a notoriedade do nome e incorrer em expresso ato de concorrência desleal, prejudicando diretamente produtores e prestadores que possuam real titularidade sobre tais signos (LOCATELLI, 2008, p. 64).

A indicação de procedência, espécie de indicação geográfica reconhecida pelo direito brasileiro, é definida tomando como núcleo a notoriedade da região produtora. À denominação de origem, outra espécie de indicação geográfica, é relegado o papel de assegurar qualidades materiais e estabelecer uma estrutura capaz de realizar seu controle de qualidade.

É notável que a indicação de procedência, se tratando de signo distintivo geográfico, é expressamente abarcada pelo inciso XXIX do artigo 5º da CF⁵, que confere a ela *status* de garantia institucional (MENDES, 2013, p. 327), juntamente a outros signos distintivos. Para alguns autores, a Constituição brasileira conferiu a este direito o caráter fundamental (LOCATELLI, 2008, p. 53), especialmente se considerada a proteção da IP vinculada ao desenvolvimento⁶ do país.

Neste contexto, as indicações melhoraram os níveis de competitividade e se constituem em um importante instrumento de desenvolvimento econômico para o país. Diversos fatores de desenvolvimento gerados por indicações podem ser destacados, incluindo:

⁵ “TÍTULO II Dos Direitos e Garantias Fundamentais CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.” (BRASIL, 1988)

⁶ Para autores como Ingo Wolf Sarlet e Flávia Piovesan, é aceitável que o direito ao desenvolvimento seja considerado um direito fundamental em sentido material e, considerados os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, um direito humano (LOCATELLI, 2008, p. 39-41).

- a) a potencialidade de melhor inserção dos produtos com indicações geográficas no mercado interno e externo;
- b) a potencialidade de gerarem um incremento à renda dos produtores e comerciantes, o qual pode ser estendido a toda a comunidade local;
- c) o maior valor agregado aos produtos ou serviços com indicações geográficas;
- d) geração de empregos e fixação da população na zona rural;
- e) o estímulo ao desenvolvimento de atividades lucrativas indiretas relacionadas às indicações geográficas reconhecidas (LOCATELLI, 2008, p. 65).

Além dos ganhos para os envolvidos na cadeia produtiva, as indicações geográficas conferem notoriedade às suas regiões, trazendo novos empreendimentos e fomentando o turismo, o que confere às IP alta capacidade de influenciar no desenvolvimento de uma região, atraindo olhos para sua cultura e gerando empregos (LOCATELLI, 2008, p. 67).

Ademais, devemos também considerar que, ao interpretar indicações de procedência à luz do inciso XXIII, que institui a função social da propriedade, chegamos ao entendimento de que, para usufruir de proteção constitucional, a indicação deverá necessariamente corroborar com o interesse público, conectar-se aos direitos do consumidor, trazer desenvolvimento social, econômico e tecnológico a pequenos produtores e, ainda, auxiliar diretamente na preservação do patrimônio cultural do país ou região (PORTO apud BARBOSA, 2010, p. 412)

As indicações geográficas são signos distintivos de cunho geográfico que individualizam, identificam e diferenciam os produtos quanto à sua origem, qualidades e peculiaridades. [...] Uma indicação geográfica, para ter a proteção garantida pela Constituição, deve atender obrigatoriamente os requisitos das cláusulas vinculantes do artigo 5º, XXIX, da CRFB/88, e, em adição, deve atender à função social da propriedade (PORTO apud BARBOSA, 2010, p. 412).

Ou seja, a proteção é condicionada à sua contribuição para com o desenvolvimento, dado que a redação do inciso XXIX conferiu à proteção dos direitos de propriedade industrial uma cláusula finalística, como explica Denis Borges Barbosa⁷ (2010, p. 109-110):

⁷ Quando da elaboração da Constituição de 1988, Denis Borges Barbosa ocupava o cargo de procurador geral do Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Por tal razão, teve a oportunidade de redigir o dispositivo em questão (art. 5º, inciso XXIX), que acabou inserido no texto em vigor da forma como foi proposto (BARBOSA, 2010, p. 109).

Como se vê, o preceito constitucional se dirige ao legislador, determinando a este tanto o conteúdo da Propriedade Industrial (“a lei assegurará...”), quanto a finalidade do mecanismo jurídico a ser criado (“tendo em vista...”). A cláusula final, novidade do texto atual, torna claro que os direitos relativos à Propriedade Industrial não derivam diretamente da Constituição brasileira de 1988, mas da lei ordinária; e tal lei só será constitucional na proporção em que atender aos seguintes objetivos:

- a) Visar o interesse social do País;
- b) Favorecer o desenvolvimento tecnológico do País;
- c) Favorecer o desenvolvimento econômico do País.

Assim, no contexto constitucional brasileiro, os direitos intelectuais de conteúdo essencialmente industrial (patentes, marcas, nomes empresariais, etc.) são objeto de tutela própria, que não se confunde mesmo com a regulamentação econômica dos direitos autorais. Em dispositivo específico, a Constituição brasileira de 1988 sujeita a constituição de tais direitos a condições especialíssimas de funcionalidade (a cláusula finalística), compatíveis com sua importância econômica, estratégica e social.

[...]

O Art. 5º, XXII, da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, a saber, as de que a propriedade atenderá sua função social. Também no Art. 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social.

Apesar da natureza jurídica da indicação de procedência não corresponder à noção estrita de propriedade privada advinda da tradição romanística⁸, esta, ao se encaixar no sentido patrimonial do termo

⁸ Não há como classificar a indicação de procedência como direito clássico de propriedade em virtude da inexistência de hipótese na qual o titular de uma IP receba prerrogativa de dispor sobre ou transmitir seu direito, somente possuindo direito à fruição e uso (LOCATELLI, 2008, p. 241). A indicação geográfica enquanto gênero não é capaz de proporcionar todas as faculdades essenciais que integram o instituto da propriedade (ROCHA FILHO, 2009, p. 86-87), sendo esta uma possibilidade descartada mesmo que todos os produtores de uma região se encontrem em situação de unanimidade para propor sua venda (ROCHA FILHO, 2009, p. 95). Além disso, o ente não possui pessoa (física ou jurídica) como titular, mas sim um ente abstrato “atrelável” a qualquer produtor estabelecido na região reconhecida com a IP, estabelecido o requisito de que a atividade reconhecida precisa continuar sendo desenvolvida para que o direito oriundo da IP continue existindo para aquele produtor, daí a opção pelo uso do termo “titularidade líquida”.

adotado pelo legislador⁹ e enquanto direito de propriedade intelectual (BARBOSA, 2010, p. 75), vincula-se aos artigos 218, 219, 219-A, 219-B da Constituição Federal, que preveem incentivos para o desenvolvimento socioeconômico (SCUDELER, 2007, p. 47), e também ao § 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

O Brasil promulgou em 1996 a Lei de Propriedade Industrial, ou Lei 9.279 de 14 de maio de 1996 que, embora tenha adotado a nomenclatura “Lei”, se trata em verdade de um Código da Propriedade Industrial¹⁰. Quanto ao seu conteúdo material, a lei tomou como base o Acordo TRIPs, apesar de acabar por instituir distinta definição para as IP (MARTINS, 2014, p. 13), tendo sido também influenciada por discussões e acordos referentes ao Mercosul¹¹.

No artigo 176 a lei instituiu o reconhecimento de duas espécies de indicação geográfica no Brasil: a indicação de procedência e a denominação de origem, que foram respectivamente definidas pelos dois artigos subsequentes:

Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome¹² geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu

⁹ “A Constituição vincula quanto a serem ou não propriedade em sentido técnico. Encontramos, pois, na Constituição apenas um sentido amplo de propriedade segundo o qual propriedade é todo o direito patrimonial privado, para efeitos da garantia e da disciplina destes. Mas, prosseguindo a análise, vemos que este é também o sentido em que “propriedade” é usado noutros setores ainda da ordem jurídica. Assim, quando se discute a justificação da propriedade, sem mais esclarecimentos, discute-se a justificação da propriedade privada, no sentido dos direitos patrimoniais privados, e não apenas a da existência de propriedade como direito real máximo.” (ASCENSÃO apud BARBOSA, 2010, p. 79-80)

¹⁰ Denis Borges Barbosa (2010, p. 10) explica que, em virtude do disposto no art. 64, § 4º da Constituição Federal, projetos de Código não poderão ser sujeitos a prazo de urgência, situação esta que acabou contornada pelo Poder Executivo através da mudança de nomenclatura, o que frustrou severamente o espaço de participação e debate junto à população, impedindo a participação do setor industrial em seu processo, o que fere seu interesse e direito constitucional reconhecido.

¹¹ Indicações geográficas também foram discutidas no âmbito do Mercosul em momento anterior ao TRIPs e à LPI, o que poderia explicar a proximidade entre as legislações brasileira e uruguaia, especialmente no que tange ao reconhecimento de serviços. (MERCOSUL, 1995)

¹² Apesar da previsão legal fazer referência direta à visão doutrinária, segundo a qual a indicação de procedência protege apenas o nome geográfico (ou a sua representação

território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos. (BRASIL, 1996)

Desta forma, a lei exige que o local de produção, extração ou fabricação, seja aquele que carrega a notoriedade que legitima o reconhecimento da indicação, ou seja, exige a notoriedade da origem para configurar indicação de procedência (LOCATELLI, 2008, p. 229).

2 INDICAÇÕES DE PROCEDÊNCIA VS. MARCAS: PROXIMIDADE E DESCARACTERIZAÇÃO

A indicação de procedência dá origem à marca enquanto prática comercial. As primeiras marcas criadas por mercadores indicavam justamente a origem geográfica de seus produtos, com a intenção de explorar a reputação de sua região de origem (RANGNEKAR apud BRAMLEY, 2011, p. 114). Porém, o direito de marca é muito mais abrangente e diz referência a tudo o que possui a capacidade de distinguir produtos ou serviços¹³ (SOARES, 2000, p. 14).

Uma marca, desde que não seja de domínio comum ou genérica, pode ser livremente apropriada (BARBOSA, 2010, p. 236), diferindo-se das indicações de procedência, que são resultado de longo desenvolvimento histórico e valorização a partir de culturas e tradições locais.

Distintamente das indicações de procedência, o direito marcário não exige qualquer uso anterior para que seja adquirida a propriedade sobre a marca¹⁴ (BARBOSA, 2010, p. 63), além de seu registro possuir

gráfica, como será visto adiante), materiais institucionais do INPI afirmam que são objetos da proteção tanto o nome quanto os produtos e serviços em si (JUNGMANN; BONETTI, 2010, p. 47), o que denota tratamento administrativo diferenciado do ente se comparado à previsão legal.

¹³ “Não obstante a nossa lei vigente restrinja-a aos sinais visualmente perceptíveis, não se pode olvidar a existência em muitos países das marcas sonoras e olfativas” (SOARES, 2000, p. 14).

¹⁴ Ressalvado o exposto no art. 129 da LPI, que versa sobre o direito de preferência (BRASIL, 1996).

natureza atributiva¹⁵, conforme expressa o artigo 129 da Lei de Propriedade Industrial brasileira¹⁶.

Enquanto as marcas identificam produtos e serviços sem qualquer limitação¹⁷, as indicações de procedência possuem na geografia o núcleo de sua existência, que lhe confere uma dimensão coletiva que envolve não somente um titular ou um grupo destes, mas os bens locais, a história, os hábitos e a cultura da comunidade ali estabelecida (BRAMLEY; BIÉNABE; KIRSTEN, 2009, p. 111).

Durante muito tempo, as indicações de procedência foram tratadas como parte do direito de marcas, constituindo exceções ao registro e muitas vezes sendo objeto de confusão entre os dois distintos institutos.

Em geral, indicações de procedência desempenham papel similar ao das marcas, protegendo seus titulares e oferecendo informação ao consumidor. Ambas são signos distintivos designados para atrair o consumidor para determinados produtos ou serviços e funcionando como indicativos de diferenciais (LOCATELLI, 2008, p. 231), o que os valoriza e os auxilia para uma maior imersão em diferentes mercados.

Neste contexto, três são os principais conflitos diretos entre direitos de marca e indicações de procedência:

- a) partes diferentes utilizam o mesmo signo como marca e como indicações geográficas para assinalar o mesmo produto;
- b) o mesmo signo é usado por diferentes interessados como marca e como indicação geográfica para produtos distintos e tanto a marca quanto a indicação geográfica são conhecidas;
- c) uma marca registrada, composta por um nome geográfico e não coincidente com a designação de origem do produto, tem longa data e reputação, mesmo que seu titular desconheça a existência de um local geográfico com aquele nome. (D'HANENS, 2007, [p. 13])

Para a resolução de conflitos, são utilizados como parâmetros os diversos princípios que afetam ambos os direitos em questão, sendo eles: o

¹⁵ Enquanto indicações geográficas possuem registro meramente declaratório, ou seja, são direito de fato desde antes de seu reconhecimento formal pela autarquia federal, as marcas possuem registro atributivo, sendo um direito que se constitui a partir do deferimento do registro pelo INPI.

¹⁶ "Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148." (BRASIL, 1996).

¹⁷ Não se mostram relevantes para este estudo as limitações relacionadas ao princípio da territorialidade, visto que este também afeta as indicações de procedência em igual peso.

princípio da territorialidade, princípio da especialidade e, o mais polêmico, no caso de conflito com indicação geográfica por se aplicar apenas ao direito de marca, o princípio da anterioridade (D'HANENS, 2007, [p. 13]).

Além disso, as restrições para registro de marcas homônimas como indicações de procedência persistem na lei brasileira, expressas por meio do artigo 124 da Lei de Propriedade Industrial¹⁸, que versa especificamente sobre termos não registráveis como marca.

Ambas as proibições somente se aplicam caso exista uma afinidade de mercado entre a indicação e a marca solicitada para registro. A análise de tal afinidade é incumbida ao INPI, uma vez que, diferentemente das marcas, que possuem seus segmentos mercadológicos divididos por meio de uma Classificação Internacional (NICE) de Produtos e Serviços para o Registro de Marcas, as indicações são protegidas independentemente de classe, levando em conta seu produto ou serviço (BARBOSA, P. M. S.; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 172).

Entretanto, há autores que ressaltam que, segundo o texto legal, o legislador, ao vedar o registro de uma indicação como marca, o faz de maneira absoluta, afastando o princípio da especialidade para indicações geográficas, uma posição que, inclusive, já foi confirmada por julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro quanto ao registro da marca *Bordeaux* (LOCATELLI, 2016a, p. 239)

Perante o INPI, a proibição advinda dos incisos do artigo 124 se aplica ainda que o requerente esteja estabelecido na região da indicação. Seu endereço somente é utilizado para definição do inciso que será aplicado. O inciso IX é aplicado quando o requerente do registro de marca reside dentro da região da indicação, sendo o inciso X aplicado para casos em que o requerente reside fora de tal localidade, sendo importante ressaltar, contudo, que isto se refere somente à região oficialmente reconhecida como indicação geográfica pelo órgão (BARBOSA, P. M. S.; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 173).

Caso tal situação ocorra enquanto o registro da indicação se encontra pendente, o órgão opta por manter o pedido de marca sobrestado até que o pedido de IG seja ou não indeferido (BARBOSA, P. M. S.; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 175). Já no caso de indicação ainda não reconhecida e sem pedido pendente, a decisão é norteada de acordo com o local onde são estabelecidos os requerentes, visto que o INPI não possui capacidade

¹⁸ “Art. 124. Não são registráveis como marca: [...] IX - indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica; X - sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina.” (BRASIL, 1996).

de ter conhecimento sobre todas as indicações ainda não reconhecidas (BARBOSA, P. M. S.; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 176).

Desta forma, observamos que, antes de seu reconhecimento formal, indicações de procedência somente obstarão o registro de marcas caso seja identificada falsa identificação de proveniência, uma vez que, para a indicação de procedência, seriam necessários os trâmites para comprovação de notoriedade.

Quadro 2 - Procedimentos de exame de colidência entre IG e marcas

IG	Marca	Procedimento
Reconhecida pelo INPI	Imitação ou reprodução de IG, requerente da região	Indeferimento da marca pelo inc. IX art. 124 da LPI
	Imitação ou reprodução de IG, requerente de região distinta da IG	Indeferimento da marca pelo inc. X art. 124 da LPI por falsa indicação de procedência
	Imitação ou reprodução de IG, entre outros elementos distintivos registráveis	Exigência para a exclusão da IG da marca
Reconhecimento solicitado ao INPI pendente de decisão	Imitação ou reprodução de IG, independente de ser o mesmo requerente da IG, solicitada após o pedido da IG	Sobrestamento da marca
Sem reconhecimento solicitado ao INPI	Imitação ou reprodução de IG, requerentes da região da IG	Marca passível de ser registrada
	Imitação ou reprodução de IG, requerentes de região distinta da IG	Indeferimento da marca pelo inciso X art. 124 da LPI por falsa indicação de procedência
Reconhecida pelo INPI	Contendo siglas que remetem a IGs (DOC/IPG) acompanhado de nome geográfico que se enquadram na categoria de IG ou outros termos, induzindo o consumidor a entender que o produto teria como origem região ou localidade habitualmente protegido por IG	Indeferimento da marca pelo inc. IX art. 124 da LPI
Sem reconhecimento solicitado ao INPI		Indeferimento da marca pelo inciso X art. 124 da LPI por falsa indicação de procedência

-	Contendo siglas que remetem a IGs (DOC/IPG) acompanhado de nome geográfico que <i>não</i> se enquadram na categoria de IG ou outros termos	Marca passível de ser registrada
-	Imitação ou reprodução de nome geográfico sem notoriedade para o produto/serviço solicitado	Marca passível de ser registrada

Fonte: (BARBOSA, DUPIM; PERALTA, 2016, p. 178-179)

Enquanto as marcas distinguem produtos de diferentes empresas e são escolhidas arbitrariamente por meio de ocupação, indicações de procedência distinguem produtos de origens geográficas distintas e não podem ser escolhidas arbitrariamente, por dependerem do nome geográfico e da notoriedade historicamente conquistada.

Marcas podem constituir um sinalizador de origem, entretanto, ela não é obrigada a assegurar tal característica, além de não indicar necessariamente a natureza, a composição ou demais características do produto ou serviço que designa (MARTINS, 2014, p. 44). Além disso, marcas que contenham indicações geográficas possuem expressa proibição pela LPI, apesar de a doutrina ressaltar que, quando o nome geográfico não carrega o significado de designação geográfica (como Polo Norte), não se aplicaria tal proibição.

Não há qualquer vedação para que mais de uma empresa utilize a mesma indicação geográfica, somente se exige que todas se situem dentro da área demarcada e produzam o produto cuja produção se tornou notória e enseja a proteção da IP (LOCATELLI, 2008, p. 231).

Outra distinção é quanto à titularidade. Qualquer um pode exigir registro de uma marca de produto ou serviço, sendo possível que o seu direito sobre tal marca perca para sempre, mesmo que todos os aspectos de sua produção ou prestação sejam modificados (modo de fazer, localização etc). Contudo, no caso da indicação de procedência, só é titular do direito aquele que se estabelece na região reconhecida pela produção ou prestação (LOCATELLI, 2008, p. 231). Ou seja, o produtor que resolver transferir o local de sua produção perderá o direito de utilizar a indicação de procedência.

Ademais, quando em conflito os direitos de marca e indicação de procedência, a principal preocupação da Lei é a de oferecer proteção aos consumidores, sendo que a IP goza de relativa prioridade se comparada à marca. Além disso, não há previsão legal para casos em que a marca homônima for reconhecida antes da IP, ou para casos de indicações homônimas (LOCATELLI, 2008, p. 253).

Contudo, Martins (2014, p. 47) destaca que, em caso de registro de indicações homônimas a marcas já antes registradas é necessário cautela, a fim de evitar que produtores de má-fé aproveitem o renome construído durante anos pela marca já reconhecida, apesar de reafirmar que, mesmo com o registro anterior, a marca deverá ser modificada compulsoriamente, dado que a indicação possui preferência (MARTINS, 2014, p. 53).

O INPI procura minimizar tais conflitos através da publicidade dos procedimentos de registro da indicação através da Revista da Propriedade Industrial (RPI), com abertura para manifestação e contestação por terceiros (DUPIM; BARBOSA; PERALTA, 2016, p. 180). Contudo, na prática, as marcas homônimas a indicações seguem convivendo com o registro da IP, o que “Pode acarretar confusão por parte dos consumidores, além de diluição do sinal distintivo.” (DUPIM; BARBOSA; PERALTA, 2016, p. 184).

Ademais, destaco a existência de três subespécies de direito marcário, sendo elas: a marca coletiva, marca de certificação, e marca tridimensional. Para fins de estudo e comparação com indicações de procedência, somente nos interessam as duas primeiras. Sendo subespécies de marca, a marca de certificação e a marca coletiva obedecem aos parâmetros legais gerais aplicados às marcas de maneira geral (BARBOSA, P. M. S.; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 161).

2.1 Marca coletiva

A marca coletiva surgiu empiricamente na idade média, sendo utilizada inicialmente com sentido de comunidade, distinguindo aglomerados de produtores de terceiros (SOARES, 2000, p. 42). O signo serve de selo de garantia, protegendo consumidores quanto a origem de produtos, especificamente com relação à qualidade da associação que o produz, muitas vezes compreendendo todos os produtores de uma região, cidade ou país.

Na marca coletiva, assim como na indicação de procedência, é de responsabilidade subjetiva de cada produtor prezar pela integridade de seus estabelecimentos a fim de não prejudicar a imagem dos demais (SOARES, 2000, p. 42-43).

Desta forma, guarda diversos aspectos em comum com indicações geográficas, sobretudo com as denominações de origem, se considerarmos a necessidade de adequação dos produtos a padrões de qualidade. Contudo, no caso das marcas coletivas, estes padrões são arbitrariamente definidos

pela coletividade, enquanto na denominação de origem tais padrões dizem respeito às qualidades que o produto possui em função de sua localização geográfica, qualidades sobre as quais entes privados não possuem controle.

No caso da indicação de procedência, as semelhanças são menores. Apesar de também se tratar de um direito coletivo, é um direito que se atrela à uma delimitação geográfica, não a pessoas específicas. Apesar de admissível a possibilidade de situação de titularidade única momentânea, indicações de procedência são direitos essencialmente coletivos e, talvez somente por isso, se assemelham às marcas coletivas.

Alguns autores apontam que também são similares por apresentarem exigências, como normas de produção (LOCATELLI, 2008, p. 233), sendo este o instrumento que confere às marcas coletivas a capacidade de gerar um diferencial de mercado, a fim de agregar valor aos produtos e criar uma ferramenta de gestão, sendo frequentemente utilizadas como forma de criação de marcas coletivas setoriais (DUPIM; BARBOSA; PERALTA, 2016, p. 164).

É de perfeito entendimento que marcas coletivas necessitem de um regulamento para alcançarem *status* de diferenciação de mercado. Contudo, como a própria legal expressa, o núcleo atrativo de uma indicação de procedência é o reconhecimento do público acerca da produção local que já se tornou notória e diferenciada e, por isso, foi reconhecida legalmente enquanto IP. Sendo assim, apesar da exigência do INPI pela definição de um regulamento de uso, tal regulamento é de legalidade questionável se interpretado à luz da norma jurídica.

É justamente pela existência de marcas coletivas que se abstrai a impossibilidade de se “criar” uma indicação de procedência, visto que o instrumento mais adequado para tal seria a marca coletiva.

Entretanto, apesar de tal característica, enquanto a coletividade de titulares de uma indicação de procedência é constituída por produtores estabelecidos em determinada região, sendo uma coletividade indefinida, os titulares de uma marca coletiva, apesar de poderem estar estabelecidos em uma mesma região, possuem a prerrogativa de serem pessoas físicas ou empresas (necessariamente definidas) (MARTINS, 2014, p. 57) que estejam localizadas virtualmente em qualquer local, sem que isso interfira em seu direito (LOCATELLI, 2008, p. 233).

2.2 Marca de certificação

Mais além, a indicação geográfica, também em virtude da exigência de um regulamento de uso, é frequentemente confundida com o instituto da marca de certificação. Diferentemente de marcas de produtos e serviços, ou mesmo marcas coletivas e indicações geográficas, a marca de certificação possui caráter distinto por buscar igualar ao invés de diferenciar, visto que exige que todos que a utilizem alcancem um específico padrão de qualidade.

Mesmo no caso das denominações de origem, em que há a exigência ao cumprimento de requisitos de qualidade, prevalece o fator de distinção geográfica (BARBOSA; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 162) em razão de sua natureza, funcionando como um direito de garantia.

Contudo, marcas de certificação protegem apenas os direitos dos consumidores, além de apresentarem ampla liberdade de criação e não poderem possuir como titular alguém que o faça em interesse próprio ou para sua própria atuação mercantil (LOCATELLI, 2008, p. 234).

Ou seja, quem for titular de uma marca de certificação não pode usá-la, mas possui a prerrogativa de conferir seu uso a terceiros que sejam capacitados (BARBOSA; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 161) e obedeçam às regras estabelecidas em seu registro.

A aproximação ocorre por diversos motivos, dentre eles, o fato de alguns países estabelecerem o uso de marcas de certificação como alternativa para o registro de indicações geográficas, com é o caso dos EUA (MARTINS, 2014, p. 55).

Desta forma, algumas características essenciais merecem ser apontadas. Em primeiro lugar, uma marca de certificação existe para atestar que um produto obedece de fato às especificações apontadas pelo fabricante, especialmente quanto à sua natureza, material e qualidades, além da metodologia empregada em sua produção (BRASIL, 1996).

O regulamento deverá ser seguido estritamente, sendo que qualquer alteração deverá ser comunicada ao INPI, sob pena de ser desconsiderada para efeitos legais (MARTINS, 2014, p. 54). Não há, até o momento, qualquer previsão do INPI para que seja modificado o regulamento de uso de uma indicação de procedência, muito menos a descrição de possíveis sanções caso tal modificação não seja comunicada.

Em quesito de diferenciação, indicações de procedência são de titularidade de todos os produtores estabelecidos em sua região delimitadora,

além de, segundo alguns autores, serem também vinculados pelo necessário respeito aos requisitos do regulamento de uso.

Já marcas de certificação são de titularidade da entidade que requereu seu registro, sendo esta não interessada na produção daquilo que certifica, mas que realiza o controle da mesma e é livre para credenciar aqueles que se encontrem em situação de conformidade para com os requisitos estabelecidos pela marca de certificação.

Quadro 3 - Principais diferenças entre indicações geográficas, marcas, marcas coletivas e marca de certificação

Característ.	IG	Marcas	M a r c a s Coletivas	Marcas de Certificação
Legislação em vigor	Lei 9279/96; Instrução Normativa 25/2013	Lei 9279/96	Lei 9279/96 Instrução Normativa 19/2013	Lei 9279/96
Função	Identificar a procedência de produtos e serviços cuja reputação, qualidade ou outra característica se deva ao seu local de origem	Identificar e distinguir produtos e serviços	Identificar produtos/serviços da entidade coletiva titular da marca	Identificar o atendimento a normas ou especificações técnicas
Titularidade	Produtores e prestadores de serviço locais estabelecidos no local e que satisfaçam as condições de cada espécie de IG	Requerente do registro	Entidade Coletiva representativa de coletividade	Entidade certificadora, sem interesse direto
Condições para registro	Regulamento de uso; delimitação da área geográfica; comprovações relacionadas à espécie de IG solicitada	Inexistente	Regulamento de utilização	Documentação específica com critérios para atestar conformidade
Direito de uso	Restrito aos produtores/ prestadores de serviços estabelecidos no local e atendimento aos requisitos de qualidade no caso da DO	Titular do registro	Membros ou associados a entidade titular da marca	Autorizados pelo titular da marca

Vigência da proteção	Indefinida enquanto existir as condições previstas para cada espécie de IG, independentemente de renovação	Dez anos renováveis indefinidamente	Dez anos renováveis indefinidamente	Dez anos renováveis indefinidamente
----------------------	--	-------------------------------------	-------------------------------------	-------------------------------------

Fonte: (BARBOSA; DUPIM; PERALTA, 2016, p. 170-171)

3 PORTO DIGITAL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A PRIMEIRA INDICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA DE SERVIÇOS

O Porto Digital foi a primeira indicação de procedência referente à prestação de serviços reconhecida no Brasil e possivelmente a primeira no mundo¹⁹. A prestação referenciada pela indicação de procedência do Porto Digital são serviços de tecnologia de informação e de comunicação através de desenvolvimento, manutenção e suporte. Seu pedido de registro foi oficializado pelo Núcleo de Gestão do Porto Digital (NGPD) em 5 de agosto de 2011, sendo então concedido em 11 de dezembro de 2012 (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2018, [p. 4]).

Seu reconhecimento como indicação de procedência é fruto de sua notoriedade enquanto referência internacional de qualidade em prestação de serviços no ramo digital (GIESBRECHT, 2014, [p. 134]). Na prática, o Porto Digital é um espaço empresarial vinculado ao Governo do Estado de Pernambuco (RECIFE, 2014, [p. 1]) e à Universidade Federal de Pernambuco (sua precursora) (CAMPOS; CHACUR, 2012, [p. 10]). Localizado dentro do município de Recife, bairro Santo Amaro, o espaço compreende 100 hectares de infraestrutura para instalação de empresas de tecnologia da informação (GIESBRECHT, 2014, [p. 138]). O Porto Digital foi desenvolvido em prol da criação de um ambiente de inovação e tecnologia que reúna núcleos políticos, acadêmicos e econômicos (GIESBRECHT, 2014, [p. 137]).

De acordo com Hulda Giesbrecht (2014, [p. 139]):

¹⁹ O Porto Digital é a única indicação de procedência de serviços reconhecida no Brasil. Dado que somente o Brasil e o Uruguai (URUGUAY, 1998a) (URUGUAY, 1998b) reconhecem indicações de procedência referentes a serviço, e que, na execução da pesquisa, não foram encontrados quaisquer registros referentes a uma indicação de procedência uruguaia referente à prestação de serviços durante o desenvolvimento desta pesquisa, é possível aferir que a indicação de procedência do Porto Digital é provavelmente o primeiro e único registro do gênero na História.

O Porto Digital já atraiu para a região mais de 200 empresas e quatro multinacionais, abrigando quatro centros de tecnologia, criando mais de 6.500 postos de trabalho. Em 2010, as empresas faturaram 1 bilhão. O Centro de Informática da Universidade Federal de Pernambuco possui a maior produtividade científica na formação de mestre e doutores em todo o Brasil. A região puxa o crescimento do PIB a taxas superiores à média do país, com previsão de dobrar na próxima década. O Núcleo de Gestão do Porto Digital ainda realiza a inclusão social da comunidade, desenvolvendo projetos e capacitando os jovens.

A indicação é utilizada por empresas situadas dentro da área do Porto Digital e que cumprem os requisitos estabelecidos em seu regulamento de uso, que será discutido adiante.

3.1 Estrutura de controle e regulamento de uso

No registro da indicação do Porto Digital, a estrutura de controle é prevista por um documento denominado “regimento interno”, iniciado pela definição das normas regentes e as prerrogativas referentes ao seu Conselho Regulador. Trata-se de um regulamento que confere poderes excessivos ao gestor da indicação, poderes estes que, do ponto de vista estritamente legal, se mostram nulos de pleno direito. São estes os poderes de:

Aprovar o credenciamento e descredenciamento de parceiros, responsáveis por conduzir os processos de certificação;

Aprovar a concessão do Selo de Indicação Geográfica do Porto Digital às empresas candidatas;

Estabelecer e revisar os critérios para credenciamento e descredenciamento de empresas parceiras, responsáveis por conduzir os processos de certificação;

Estabelecer e revisar os critérios para concessão do Selo de Indicação Geográfica do Porto Digital. (PORTO DIGITAL, 2012, [p. 5])

Todas as prerrogativas mencionadas são referentes a um processo de credenciamento e certificação inexistentes na indicação de procedência enquanto instituto jurídico, demonstrando clara afinidade para com o instituto da marca coletiva e, em uma interpretação extensiva, ao instituto da denominação de origem, ainda que para a adequação ao último sejam necessários fatores dos quais a indicação do Porto Digital não dispõe.

Adiante, o regulamento prevê as regras para a constituição de seu corpo administrativo, passando então à segunda parte, o “Regulamento de uso”. Nesta seção, o regulamento trata dos procedimentos de controle do selo, prevendo a necessidade de certificação de produtos²⁰ e serviços pela entidade, além de diversas práticas contrárias à natureza e titularidade das indicações de procedência, prevendo o estabelecimento de períodos de suspensão de seu uso e também a necessidade de renovação de certificados.

Somente as regras que tratam do uso da logomarca parecem estar em conformidade com a norma vigente. Contudo, não deve caber ao órgão gestor a aplicação de penas como suspensão e cancelamento da certificação para o utilizador do selo. É necessário lembrar que a indicação de procedência é de igual direito de todos os prestadores de serviço. Caso haja dissenso na questão da utilização do selo, é possível que mais de uma maneira de utilização seja admitida e, caso algum produtor seja identificado como responsável por causar danos à imagem da indicação em virtude de sua má utilização, poderá ser responsabilizado judicialmente por sua conduta.

Não parece admissível que uma entidade, que não o INPI, possua poderes para restringir individualmente o uso de direitos coletivos sem que a norma vigente a conceda tal prerrogativa. Mesmo no caso do INPI, a decisão poderia ser questionada judicialmente em virtude do caráter meramente declaratório do registro e da posição não terminativa conferida às decisões da autarquia pela legislação brasileira.

Em suas próximas divisões, o regulamento trata de critérios e indicadores exigidos pela entidade para a “concessão” do selo da indicação (PORTO DIGITAL, 2012, [p. 11]), além de especificar os processos de operacionalização do selo (PORTO DIGITAL, 2012, [p. 23]). Tais critérios consideram tanto fatores técnicos, quanto comerciais e humanos de forma detalhada, não compatíveis com a natureza da indicação de procedência, que não exige quaisquer requisitos de qualidade para serviços prestados sob a proteção da IP.

3.2 Distintos direitos de propriedade intelectual

O Núcleo de Gestão do Porto Digital, entidade responsável pelo pedido de registro e gestão da indicação de procedência do Porto Digital é uma sociedade civil de direito privado sem fins econômicos que é classificada

²⁰ Apesar de se tratar de um regulamento de uso de uma indicação de procedência de serviços, o regulamento faz menção a produtos. (PORTO DIGITAL, 2012, [p. 10]).

em documentos públicos como “Organização Social do Governo do Estado de Pernambuco” (RECIFE, 2014, [p. 1]).

Além de ser a proponente do registro da indicação de procedência, o NGPD é titular de nove distintas marcas de serviço, sendo cinco mistas e quatro nominativas, todas referentes a diferentes variações da expressão “Porto Digital” e seus diferentes logotipos. O depósito das duas primeiras foi realizado na data de 6 de agosto de 2004, 7 anos antes do pedido de registro da indicação.

Assim, o NGPD é, atualmente, titular de marcas de serviço para a expressão “PORTO DIGITAL” e “PORTODIGITAL” em quatro distintas especificações sendo elas:

a) Gestão de negócios compreendendo a criação de empreendimentos de classe mundial em tecnologia da informação e comunicação através da intenção e cooperação entre universidades; empresas, organizações não governamentais e governamentais no Estado de Pernambuco (MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS, 2017a, p. 3705-3706).

b) Consultoria profissional em negócios - [Informação em]; Consultoria profissional em negócios - [Consultoria em]; Consultoria profissional em negócios - [Assessoria em]; Consultoria profissional em negócios (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2015, p. 2370).

c) Gestão de programas e projetos para criação, atração e fortalecimento de empreendimentos inovadores de classe mundial nas áreas de tecnologia da informação e comunicação e de economia criativa através da cooperação entre universidades, organizações societárias, não governamentais e governamentais; análise, tratamento e difusão de informações estratégicas para os setores de tecnologia da informação e comunicação, economia criativa e eletro-eletrônica; assessoria, consultoria e informação em processos organizacionais, processos gerenciais, administrativos, estratégias de marketing e comercialização; implantação de programa de controle de qualidade; administração de programas de incentivo e fomento à competitividade e à inovação; pesquisa de mercado; assessoria, consultoria e produção de informações sobre o mercado nas áreas de tecnologia da informação e comunicação e economia criativa par fins de identificação, atração e captação de eventuais

clientes e parceiros comerciais; assessoria, consultoria e informação na gestão de planos e projetos para criação, atração, gestão e fortalecimento de empreendimentos inovadores nas áreas de tecnologia da informação e comunicação e de economia criativa; assessoria, consultoria e informação na estruturação de agências de fomento à inovação; assessoria, consultoria e informação na estruturação de entidades de gestão de habitats de inovação; assessoria, consultoria e informação na estruturação de entidades de gestão de arranjos produtivos locais; administração comercial do licenciamento de produtos e serviços de terceiros [ompi]; administração comercial; administração de empresa; administração de holding [tipo de empresa]; aluguel de escritório virtual [aluguel de equipamentos e material de escritório e fornecimento de serviços de escritório]; apoio administrativo e secretariado; assessoria em gestão comercial ou industrial; assessoria em gestão de negócios; assessoria promocional, consultoria e informação sobre propaganda; assessoria, consultoria e informação econômica, para os setores industrial e comercial das empresas, visando o planejamento, organização, monitoramento e desenvolvimento de projetos (também provido on-line) [assessoria em gestão comercial]; assessoria, consultoria e informação em auditoria; assessoria, consultoria e informação em gestão de negócios para companhias industriais ou comerciais; assessoria, consultoria e informação em investigações, avaliações e pesquisas em negócios; assessoria, consultoria e informação em marketing; assessoria, consultoria e informação em negócios relativos à realocização para empresas; assessoria, consultoria e informação em promoção de vendas; assessoria, consultoria e informação em publicidade e propaganda através de qualquer meio; assessoria, consultoria e informação empresarial; assessoria, consultoria e informação relacionadas ao planejamento, análise, gestão e organização de negócios para empresas; assessoria, consultoria e informação sobre gestão de negócios no campo da propriedade intelectual; assessoria, consultoria e informação sobre oportunidades de negócio; assessoria, consultoria e informação sobre organização de feiras para fins comerciais ou publicitários; assessoria, consultoria e informações sobre administração de pessoal; auditoria em negócios; avaliações de negócios; captação de patrocínio; consultoria em gestão de pessoal; consultoria em organização de negócios; consultoria profissional em negócios; especialistas em eficiência de negócios; estudos e pareceres pertinentes à macro e microeconomia, serviços

estes prestados com fins de assessoria na gestão de negócios e operação de uma empresa comercial; fornecimento de informações sobre contatos comerciais e de negócios; gestão (consultoria em -) de negócios; gestão de pessoal (consultoria em -); informações de negócios; levantamentos de informações de negócios; produção de estudos de tendências tecnológicas e de mercado; licenciamento, compra e venda, leasing de marcas e patentes (intermediação de negócios comerciais); negociação e conclusão de transações comerciais para terceiros; negócios (avaliações de -); negócios (consultoria em gestão de -); negócios (consultoria em gestão e organização de -); negócios (consultoria profissional em -); negócios (informações de -); organização de exposições para fins comerciais ou publicitários; organização de feiras para fins comerciais ou publicitários; organização e administração de empresa; patrocínio (captação de -); pesquisa em negócios; programa de qualidade total [gestão empresarial]; promotor de eventos [se comerciais]; serviços de incubação de empresas e negócios nas áreas de economia criativa e de tecnologia da informação e da comunicação; serviços de incubação e aceleração de negócios; serviços de aceleração de negócios através de aconselhamento e orientação profissional (mentoring) de empreendedores inovadores; serviços de aceleração [de negócios] através da intermediação entre investidores e empreendedores inovadores (MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS, 2017b, p. 2713-2714).

d) Serviços de aceleração de negócios para fins de investimento de capital e participação societária; aluguel temporário de postos e salas de trabalho com equipamentos, material e serviços de escritório em ambiente compartilhado (coworking); assessoria, consultoria e informações sobre recebimento de investimentos em empreendimentos inovadores; assessoria, consultoria e informação na área econômico financeira, participação em outras sociedades; administração de imóveis; administração de condomínio; administração financeira; aluguel de escritório virtual [aluguel temporário de espaço comercial]; aluguel de escritórios [imóveis]; aluguel temporário de espaços (salas, auditório, laboratórios, estúdios, galerias); provimento de instalações para apresentação e exibição de intervenções tecnológicas; análise financeira; assessoria, consultoria e administração de investimentos de terceiros; assessoria, consultoria e informação em administração de patrimônio; assessoria, consultoria e informação em administração de

riscos financeiros; assessoria, consultoria e informação em investimentos; assessoria, consultoria e informação em planejamento financeiro; assessoria, consultoria e informação na área econômico-financeira; assessoria, consultoria e informações financeiras prestadas a investidores; avaliação financeira [seguros, bancos, imóveis]; avaliação imobiliária; captação de financiamento para projetos de construção; consórcio de bens [serviços financeiros]; consultoria financeira; incorporação de imóvel; informações financeiras; investimentos de capital [finanças]; participação em outras sociedades (MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS, 2017b, p. 2716-2717).

e) Organização de eventos, cursos e articulação com atores estratégicos para formação, qualificação e certificação profissional de capital humano em gerenciamento de projeto, nas áreas de tecnologia da informação e comunicação e em economia criativa; organização e apresentação de eventos sobre empreendedorismo e inovação nas áreas de tecnologia da informação e comunicação, economia criativa e sustentabilidade; concepção, desenvolvimento, curadoria, implantação, treinamento e manutenção evolutiva de intervenções tecnológicas em exposições culturais; assessoria, consultoria e informação em educação [instrução]; assessoria, consultoria e informação em treinamento [demonstração] [ensino]; assessoria, consultoria e informação ensino; curso técnico de formação; cursos livres [ensino]; educação (serviços de -); ensino (serviços de -); informações sobre educação [instrução]; instrução (serviços de-); organização de competições [educação ou entretenimento]; organização de exposições para fins culturais ou educativos; organização e apresentação de colóquios; organização e apresentação de conferências; organização e apresentação de congressos; organização e apresentação de oficinas de trabalho [treinamento]; organização e apresentação de seminários; organização e apresentação de simpósios; orientação [treinamento]; organização de programas de intercâmbio cultural e educativo; reciclagem profissional; serviços de premiação organização de concursos e prêmios jornalísticos; treinamento prático [demonstração] (MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS, 2017c, p. 2978).

Ademais, a entidade possui outros quatro pedidos ainda aguardando exame de mérito, o que levantaria a questão acerca do conflito entre os direitos provenientes da indicação de procedência, sendo estes

pré-existentes ao registro de marca, e os direitos provenientes da própria marca registrada, visto que surge aqui um conflito entre matérias de direito adquirido (DUPIM; BARBOSA; PERALTA, 2016 p. 181).

Outra questão a ser debatida é o fato de que “Porto Digital” não se trata de nome geográfico em sentido estrito, mas sim de um nome comercial artificialmente atribuído a um parque tecnológico. Diferentemente do acordo TRIPS, que aceita o registro de nomes não geográficos como IG, a Lei de Propriedade Industrial brasileira é expressa ao restringir o registro de indicações de procedência a nomes geográficos (DUPIM; BARBOSA; PERALTA, 2016, p. 182). O exemplo trazido pelo Porto Digital demonstra que o órgão incumbido pelo registro aceita que se considere geográficos nomes artificialmente atrelados a espaços físicos de considerável extensão territorial, desde que estes tenham alcançado notoriedade suficiente.

A admissibilidade de registro de nomes desta natureza é uma completa abstração do sentido originário de proteção da indicação de procedência, uma vez que se trata de um direito distinto, utilizado em função de fatores históricos e em função do fomento ao desenvolvimento local por meio da congregação de produtores e prestadores para a utilização de sua reputação como meio de agregar valor aos seus produtos ou serviços.

No caso do Porto Digital, em especial, a entidade responsável pelo espaço já possuía, com o próprio espaço e suas marcas registradas, todos os instrumentos necessários para o alcance das vantagens proporcionadas pela indicação de procedência, não possuindo este registro qualquer aproximação para com a proteção do patrimônio histórico e cultural da região reconhecida, a tradição ou o fomento ao turismo (que não de negócios, possível em uma interpretação extensiva).

Conforme demonstram os registros de marca anteriores e posteriores ao registro da indicação de procedência, todos referentes a variações do nome Porto Digital, a indicação de procedência foi registrada sem se adequar a diversos requisitos legais, mesmo conquanto ao entendimento doutrinário do instituto.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, os indícios nos levam a concluir que o registro da primeira indicação de procedência de serviços não passou de uma

estratégia de seus gestores para assegurar o completo domínio sobre a marca que já antes possuíam, além da geração de mídia espontânea, por se tratar do primeiro registro do gênero, o que descaracteriza objetivamente o instituto e pode causar sérios danos no futuro, caso outras entidades passem a ver o direito derivado da indicação de procedência como mera extensão e reforço do direito de marca coletiva.

Além disso, podemos denotar a possível intenção, demonstrada pelo estabelecimento de requisitos de qualidade pelo regulamento de uso, de se criar uma marca de certificação que pudesse beneficiar as empresas estabelecidas no espaço, visto que a proximidade com a denominação de origem é derivada de seu registro enquanto indicação geográfica normatizada.

Caso considerássemos a regulamentação de parâmetros de qualidade dos serviços prestados isoladamente, nos veríamos diante de uma marca de certificação ou marca coletiva, e não uma denominação de origem, visto que os parâmetros de qualidade não são referentes a um *know how* tradicional, nem a aspectos objetivos que possam associar materialmente os serviços prestados à região na qual se estabeleceram seus produtores.

É importante lembrar, ainda, que para o registro de uma marca de certificação, seria necessário que a entidade requerente não houvesse qualquer interesse econômico direto em sua exploração, o que também desqualificaria o Porto Digital para registro de marca de certificação, restando então, apenas, a marca coletiva.

Ou seja, através da descaracterização do direito à indicação geográfica, perde-se integralmente todo o fundamento pelo qual se justifica sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

Todo o aparato legal utilizado para gerar ganhos difusos através da proteção da indicação, que se funda em signo aliado à proteção de valores agregados, sejam estes morais, históricos ou culturais, acaba por se tornar mais um aliado da exploração privada, possibilitando, ao fim, a exploração indevida de ativos intangíveis cuja intenção máxima é a proteção do patrimônio imaterial público em prol do desenvolvimento de pequenos e produtores locais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, D. B. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. t. 1.

BARBOSA, P. M. S.; DUPIM, L. C. O.; PERALTA, P. P. Marcas e Indicações Geográficas: Conflitos de Registrabilidade nos 20 Anos da Lei da Propriedade Industrial (LPI). In: LOCATELLI, Liliana (Org.). **Indicações geográficas: desafios e perspectivas nos 20 anos da Lei de Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BASSO, M. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRAMLEY, C. **A review of the socio-economic impact of geographical indications: considerations for the developing world**. Lima, Peru. 22-24 jun. 2011. Apresentação no WIPO Worldwide Symposium on Geographical Indications. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_geo_lim_11/wipo_geo_lim_11_9.pdf. Acesso em: 2 fev. 2017.

BRAMLEY, C.; BIÉNABE, E.; KIRSTEN, J. The economics of geographical indications: towards a conceptual framework for geographical indication research in developing countries. In: WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **The economics of intellectual property: suggestions for further research in developing countries and countries with economies in transition**. Geneva, 2009. Disponível em: http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/en/economics/pdf/wo_1012_e.pdf. Acesso em: 1 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 10577, 14 dez. 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5648.htm. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1 maio 2017.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada do Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, p. 21394, 31 dez. 1994b. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 1 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos a propriedade industrial. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, p. 8353, 15 mai. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 1 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 mar. 2017.

CAMPOS, L. S.; CHACUR, D. F. Indicação geográfica como instrumento de desenvolvimento econômico sustentável. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF, 21., 2012, Niterói. **Anais...** Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fd272fe04b7d4e68>. Acesso em: 4 abr. 2017.

COPETTI, M. Registro de marcas - propulsor para o desenvolvimento? In: PIMENTEL, L. O.; BARRAL, W. (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

D'HANENS, L. M. A. P. Indicações geográficas. In: JABUR, W. P.; SANTOS, M. J. P. dos (Coord.). **Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 163-206.

DALLABRIDA, V. R. **Ativos territoriais, estratégias de desenvolvimento e governança territorial**: uma análise comparada de experiências brasileiras e portuguesas. EURE. v. 42. n. 126. Santiago do Chile: p. 187-212, maio 2016.

JUNGMANN, D. M.; BONETTI, E. A. **A caminho da inovação**: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário. Brasília: IEL, 2010.

LOCATELLI, L. Indicações geográficas e desenvolvimento econômico. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber (Org.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

LOCATELLI, L. **Indicações geográficas**: a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico. Curitiba: Juruá, 2008.

LOCATELLI, L. Indicações Geográficas: da Revisão dos Parâmetros Legais aos Desafios nos 20 Anos da Lei de Propriedade Industrial. In: LOCATELLI, Liliana (Org.). **Indicações geográficas: desafios e perspectivas nos 20 anos da Lei de Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

LOCATELLI, L. O processo de consolidação das indicações geográficas no Brasil: lacunas e omissões da lei n. 9.279/1996. **Cadernos de Prospecção**, Salvador, v. 9, n. 1, p. 152-158, jan./mar. 2016b. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/nit/article/view/13497/pdf_168. Acesso em: 18 set. 2017.

LOUREIRO, L. G. A. V. **A lei de propriedade industrial comentada (lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996)**. São Paulo: Lejus, 1999.

MARTINS, C. B. V. C. **Indicações geográficas: regulamentação nacional e compromissos internacionais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERCOSUL. Conselho do Mercado Comum. **Protocolo de harmonização de normas sobre propriedade intelectual no Mercosul, em matéria de marcas, indicações de procedência e denominações de origem**. Assunção: 1995. Disponível em: http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_008_095_Prot%20Harm%20Norm%20Intelect%20Proc%20Denom%20Origem_At%201_95.PDF. Acesso em: 14 jun. 2017.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Marcas. **Revista da Propriedade Industrial**, n. 2423. Rio de Janeiro: 13 jun. 2017a. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/pdf/Marcas2423.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Marcas. **Revista da Propriedade Industrial**, n. 2442. Rio de Janeiro: 24 out. 2017b. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/pdf/Marcas2442.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Marcas. **Revista da Propriedade Industrial**, n. 2444. Rio de Janeiro: 7 nov. 2017c. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/pdf/Marcas2444.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Planilha de acompanhamento de pedidos/registros de indicações geográficas**. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/indicacao-geografica/arquivos/copy_of_AcompanhamentodeIGs_RPI2482_31Jul18.pdf. Acesso em: 2 ago. 2018.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Instrução normativa nº 25/2013 de 21 ago. 2013. Estabelece as condições para o Registro das Indicações Geográficas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, ago. 2013. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/in_25_21_de_agosto_de_2013.pdf. Acesso em: 15 mar. 2016.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Marcas. **Revista da Propriedade Industrial**, n. 2320. Rio de Janeiro: 23 jun. 2015. Disponível em: <http://revistas.inpi.gov.br/pdf/marcas2320.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MIRANDA, F. C. P. **Tratado de direito privado**. Parte especial. Direito das coisas: propriedade mobiliária (bens incorpóreos). Propriedade industrial (sinais distintivos). Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. t. 17.

PORTO DIGITAL. **Regulamento de uso da indicação de procedência do Porto Digital**. Rio de Janeiro: MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS, 2012.

PORTO, P. C. R. **Indicações geográficas: a proteção deste instituto jurídico visando o interesse público nacional**. 2007. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/ig.pdf>. Acesso em: 1 maio 2017.

RANGNEKAR, D. **The socio-economics of geographical indications: a review of empirical evidence from Europe**. Geneva, maio, 2004. Disponível em: <http://www.ictsd.org/sites/default/files/research/2008/07/a.pdf>. Acesso em: 1 maio 2017.

RECIFE. Contrato de gestão nº 4, que entre si celebram o município do Recife e o Núcleo de Gestão do Porto Digital - NGPD, na forma abaixo. Recife: Porto Digital, jun. 2014. Disponível em: http://www.portodigital.org/arqSite/Contrato_de_Gestao_04_PCR.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

ROCHA FILHO, S. A. **Indicações geográficas: a proteção do patrimônio cultural brasileiro na sua diversidade**. 2009. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009.

SCUDELER, M. A. **A função social da propriedade industrial**. In: VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina (Org.). Propriedade intelectual: setores emergentes e desenvolvimento. Piracicaba: Equilíbrio, 2007.

SILVA, A. R. P. **Indicações geográficas e estratégia territorial competitiva**: estudo comparado Brasil x Espanha. 2014. Uberlândia, 2014. 193 f. Tese (doutorado - Economia). Universidade Federal de Uberlândia, Instituto de Economia. Programa de Pós-Graduação em Economia, Uberlândia, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13460/1/IndicacoesGeograficasEstrategia.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2017.

SOARES, J. C. T. **Lei de patentes, marcas e direitos conexos**. Lei 9.279 - 14.05.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, J. C. T. **Marca vs. nome comercial**: conflitos. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

UNIÃO DE PARIS. **Convenção de Paris**. Paris, 20 maio 1883. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>. Acesso em: 1 maio 2017.

URUGUAY. **Ley 17.011**. Dictanse normas relativas a las marcas. Bruxelas: WIPO, 1998a. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=177870. Acesso em: 14 jun. 2017.

URUGUAY. **Ley 17.052**. Apruebase el protocolo de armonizacion de normas sobre propiedad intelectual en el mercosur, en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen. Bruxelas: WIPO, 1998b. Disponível em: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=196028. Acesso em: 14 jun. 2017.

AS CONDIÇÕES DE ACESSIBILIDADE ARQUITETÔNICA PARA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO AMBIENTE PRISIONAL: NOTAS DE DIREITO COMPARADO ENTRE BRASIL E ITÁLIA

THE CONDITIONS OF ARCHITECTURAL ACCESSIBILITY FOR THE PHYSICAL DISABLED PERSON IN THE PRISON ENVIRONMENT: NOTES OF COMPARATIVE LAW BETWEEN BRAZIL AND ITALY

André Luiz Pereira Spinieli*

Flávia Foz Mange**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A proteção constitucional da pessoa com deficiência no Brasil. 2 Pessoas com deficiência no cárcere: um problema difuso. 3 Acessibilidade arquitetônica para deficientes físicos encarcerados: notas comparativas entre Brasil e Itália. Conclusão. Referências.

RESUMO: Partindo-se do pressuposto de que a pessoa com deficiência é vítima de dupla punição quando introduzida no ambiente carcerário, uma em virtude do cometimento do delito que lhes rendeu o encarceramento e outra pela inexistência relativa, senão absoluta na maior parte das penitenciárias, de acessibilidade arquitetônica e tratamento em condições de igualdade em relação a outros presidiários, este artigo tem como finalidade precípua analisar o tratamento fornecido pelas legislações e decisões jurídico-administrativas do Brasil e da Itália em relação às condições de acessibilidade física para a pessoa com deficiência no interior dos presídios de cada um dos países. Valendo-se do método bibliográfico, mediante levantamento de dados específicos sobre o número de encarcerados nessas condições, bem como das opiniões de referências sobre o tema em ambos os países, pôde-se perceber que a Itália desde muito tempo apresenta normas específicas e pesquisas mais avançadas em relação à introdução do deficiente no cárcere, ao passo que o assunto no Brasil ainda percorre caminhos bastante embrionários e certamente não há a devida tutela desse grupo nesse espaço.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Acessibilidade arquitetônica. Sistema carcerário. Direitos fundamentais. Direito comparado.

ABSTRACT: *Assuming that a person with a disability is a victim of double punishment when one enters the prison environment, one because of the crime of imprisonment and another because of the relative absence, if not absolute, in most penitentiaries of accessibility the purpose of this article is to analyze the treatment provided by the legal and administrative decisions of Brazil and Italy regarding physical accessibility conditions for persons with disabilities within prisons in each country. Using the bibliographical method, by collecting specific data on the number of prisoners in these conditions, as well as the opinions of references on the subject in both countries, it has been noticed that Italy has for a long time presented specific norms and researches more advanced in relation to the introduction of the handicapped in prison, while the subject in Brazil still travels very embryonic ways and certainly there is not the due tutelage of this group in this space.*

Keywords: *People with disabilities. Architectural accessibility. Prison system. Fundamental rights. Comparative law.*

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP - Franca). Advogado.

** Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). LL.M. em International Legal Studies pela New York University (NYU). Professora Visitante na Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Pesquisadora Visitante na Harvard Law School (HLS).

Artigo recebido em 25/09/2019 e aceito em 17/12/2019.

Como citar: SPÍNIELI, André Luiz Pereira; MANGE, Flávia Foz. As condições de acessibilidade arquitetônica para a pessoa com deficiência física no ambiente prisional: notas de direito comparado entre Brasil e Itália. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 33, p. 361-385. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

As dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência física ultrapassam os séculos e jamais deixaram de existir, tratando-se de uma assertiva válida em todos os cantos do globo terrestre, inclusive havendo determinadas épocas em que a sua proteção pela lei ou pela sociedade civil organizada era baixíssima, senão nula.

A partir do século XX, a sociedade passa a desenhar uma tímida sensibilização e conscientização em relação aos deficientes físicos, o que não se deu por acaso. Diversos fatores podem ser vinculados a esse desenvolvimento na mentalidade social, dentre eles a própria alteração da filosofia social daquele tempo, que passa a prestigiar a valorização do homem, independentemente de suas características biológicas e sociais, além de também revelar o engajamento de diversos setores da sociedade, movidos em prol do bem comum e em detrimento dos progressos científicos e sua atuação devastadora, visível *ictu oculi* a partir dos desastres de ambas as Guerras Mundiais.

Preocupado com a proteção integral da pessoa com deficiência, este artigo se volta à análise da inserção dos deficientes físicos nos ambientes prisionais brasileiro e italiano, que, curiosamente, ainda que em menor escala, compartilham dos mesmos problemas, como a superlotação carcerária e o acesso do preso a armamentos, entorpecentes e aparelhos celulares.

Nesse ínterim, fato é que a pessoa com deficiência no ambiente carcerário representa fragmento quase completamente ignorado por estudos nacionais, o que reforça a discriminação e faz com que esse grupo seja atingido pela ausência de acessibilidade e tratamento igualitário em face de outros encarcerados, uma vez que na maioria esmagadora das cadeias públicas brasileiras inexistem celas ou alas próprias e adaptadas às necessidades específicas de cada detento, devendo cumprir o tempo integral da pena imposta juntamente com pessoas que não possuem deficiências e não têm qualquer emergência por celas especiais.

Movido pelo senso de promover discussões mais aprofundadas sobre os vários ângulos da vida cotidiana de uma pessoa com deficiência física é que esse artigo se debruça sobre o pouco explorado viés da inserção da pessoa com deficiência nos cárceres brasileiro e italiano, cuja indicação por esse país se deu justamente pelo fato de que é o local em que mais se concentram pesquisas a respeito do tema, o que certamente possibilita melhor desenvolvimento da experiência brasileira do deficiente físico no cárcere.

Dessa forma, valendo-se do método bibliográfico, o artigo é dividido em três capítulos durante o desenvolvimento, os quais abordam, inicialmente, os avanços trazidos pela Constituição Federal brasileira de 1988 no que tange à defesa das pessoas com deficiência em geral, destacando-se o direito constitucional à acessibilidade física plena a edifícios e transportes públicos.

Em segundo lugar, o artigo se volta à análise da introdução propriamente dita das pessoas com deficiência no ambiente carcerário, problema tratado como sendo de natureza difusa, legitimando, inclusive, órgãos públicos e instituições afins à tutela dos direitos desse grupo vulnerável a questionarem, em juízo, as condições a que tais detentos são submetidos no cárcere.

Finalmente, o artigo se encerra ao traçar linhas comparativas entre a situação das pessoas com deficiência no cárcere brasileiro e italiano, notando-se que, embora os problemas intramuros sejam bastante aproximados entre os dois países, o Brasil ainda encontra dificuldades para garantir direitos básicos, que, em realidade, deveriam ser delegados a todas as pessoas, indiscriminadamente.

1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

Embora a Constitucional Federal brasileira de 1988 seja objeto de numerosas críticas doutrinárias, é necessário reconhecer que ela assegurou um progresso significativo na inclusão social de pessoas com deficiência, atendendo também à demanda social das mais diversas formas de acessibilidade - dentre elas, a arquitetônica, a comunicacional, a tecnológica, a instrumental, a metodológica, a programática e a atitudinal -, haja vista que as dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência duraram séculos e nunca deixaram de existir. No caso do Brasil, por muito tempo as pessoas com deficiência foram consideradas pessoas incluídas na categoria de pessoas mais pobres e desprotegidas do país.

Para o autor brasileiro Luiz Alberto Araújo David (1997, p. 49), o texto constitucional foi correto e feliz ao tratar da questão da deficiência a partir do instante em que centralizou o tema sob o enfoque da garantia do princípio da igualdade, expresso em diversas passagens dispositivas constitucionais. Para além da regra geral da igualdade, o legislador constituinte optou por realçar a regra da igualdade para pessoas com deficiência, introduzindo disposições específicas no que tange ao modo de

admissão no trabalho e, inclusive, proibindo qualquer tipo de discriminação salarial e adicionando a aplicação de um princípio segundo o qual, em caso de dúvida, a pessoa com deficiência deve ser incluída socialmente (*in dubio pro inclusão*).

A partir do século XX, particularmente nos anos setenta, a sociedade em geral começa a planejar uma maior conscientização e avançar rumo à conquista de uma consciência social positiva em relação às pessoas com deficiência, criando o modelo social de tratamento das pessoas do grupo em questão.

Conforme as bases do modelo social, a lógica de verificação da deficiência até então adotada é completamente invertida e as causas da deficiência não são buscadas no corpo do indivíduo, como antes, mas sim nas barreiras sociais impostas aos deficientes, que, desde então, dependem muito mais de ações referentes à mudança do ambiente em que estão inseridos. Isso significa dizer que não se trata mais de o indivíduo com deficiência possuir o dever de se adaptar ao ambiente em que desenvolve suas atividades, mas ao contrário, uma vez que há uma espécie de inversão do ônus, passando esse dever a pertencer à sociedade, que deve adaptar os locais para garantir a interação social do deficiente, a fim de atender suas necessidades mais básicas, como o direito de ir e vir ou o direito ao trabalho e ao lazer.

A consagração deste modelo representa a inauguração de outra maneira de enfrentar as dificuldades das pessoas com deficiência, em que a sociedade não apenas deseja, mas também certifica legalmente os meios para promover a inclusão social das pessoas com deficiência nos meios comuns à vida de todas as pessoas.

É verdade que trazer o modelo social à tona acaba gerando maior emancipação para os deficientes, a fim de terem um maior acesso aos direitos fundamentais, em particular aos direitos sociais, como direitos de acessibilidade - especialmente a arquitetônica, constituindo garantia básica e desde muito reconhecida como preceito constitucional na legislação brasileira -, de ir e vir e de acesso à saúde, com ênfase no que diz respeito ao direito à reabilitação e à saúde de qualidade, e de direito ao trabalho.

Tais garantias exigem a realização urgente de adequações para que as pessoas com deficiência possam exercer plenamente seus direitos fundamentais e que o modelo social corrija, de certa forma, tal problema, fornecendo a possibilidade de a própria sociedade se aliar às pessoas com deficiência, rumo à concretização de seus direitos.

Vale dizer que o foco da Constituição Federal de 1988 em muito está relacionado à formação de uma cidadania consciente em direitos humanos e, sobretudo, de cidadãos que saibam respeitar a existência de pessoas diferentes vivendo em um mesmo contexto social, em homenagem ao denominado “direito à diferença”. Com esse viés constitucional, é possível afirmar que o documento prezou pelo tratamento da deficiência com a devida naturalidade, com vistas a proporcionar um ambiente que seja minimamente acolhedor em todos os aspectos, aqui incluídos preceitos de ordem moral e material, como a própria acessibilidade, que apresenta diversas facetas, a saber, arquitetônica, cultural, nos transportes, nas comunicações e atitudinal.

Nesse sentido, importante a contribuição de Luiz Alberto David Araújo (2007, p. 46-47), ao dizer que

Nós (pessoas não-portadoras de deficiência) também temos o direito de poder conviver com gente diferente, com problemas diferentes, para aprendermos a ser mais tolerantes; saber como nos comportar diante das diferenças; saber que elas são superáveis a partir de uma vivência afetiva e conjunta.

Válido recordar que o constituinte deixou de conceituar “pessoa com deficiência”, deixando ao alvedrio do hermeneuta, que certamente deveria utilizar uma noção sistemática da Constituição Federal para dali retirar ao menos um esboço do que se entende por deficiente, conforme o caso concreto¹. O conceito realmente tardou para adentrar ao ordenamento jurídico nacional, o que foi realizado apenas com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência, também chamado de “lei brasileira de inclusão”, datado de 2015.

Tem-se que o constituinte deveras demonstrou preocupação para com o deficiente, garantindo-lhes direitos nunca antes previstos em quaisquer documentos constitucionais existentes na história brasileira. Ademais, a tutela específica das pessoas com deficiência possui caráter pedagógico ao reforçar

¹ Segundo explicam Olney Queiroz Assis e Lafaiete Pussoli (1992, p. 238), “[...] vale anotar que as normas constitucionais são genéricas, muitas vezes não excepcionam, porque pretendem contemplar ao gênero e não apenas a determinada espécie de deficiência”. Quer dizer que o constituinte, embora tenha trazido à lume importantes avanços em matéria de defesa propriamente jurídica das pessoas com deficiência, retirando ainda mais o tema dos domínios específicos das ciências sociais em geral, escreveu em linhas gerais os direitos dos deficientes, sem especificar quais seriam suas aplicações em relação a cada tipo de deficiência. Essa sistematização que relaciona o direito com a modalidade de deficiência foi realizada a partir da Lei nº 13.146, de 2015, que traz em seu conteúdo alguns artigos que se voltam especificamente para um grupo de deficientes, como se faz presente no artigo 63, § 3º, que reserva um percentual de 10% (dez por cento) de computadores com recursos de acessibilidade para a pessoa com deficiência visual em *lan houses*.

outros ideais previstos no texto constitucional, como as ideias de erradicação dos preconceitos e discriminações a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária e o mandamento ético-jurídico da isonomia dos cidadãos.

Atentos a esse movimento de constitucionalização dos direitos da pessoa com deficiência, José Luiz Ragazzi e Luiz Alberto David Araújo (2007, p. 43-44) explicam que “a preocupação do constituinte de 1988 não se limitou à inserção de princípios inclusivos”, uma vez que em o texto constitucional, considerado em sua completude, trouxe preocupações centrais frente aos direitos das minorias e de grupos historicamente excluídos, na tentativa de, por intermédio de normas jurídicas, evitar o agravamento da marginalização dessas pessoas.

A filosofia da inclusão social passa a ser um dos paradigmas do texto maior a partir da introdução da nova ordem constitucional no Brasil, em 1998, sendo explícita em diversos temas que tangenciam e integram a pessoa com deficiência e outros grupos vulneráveis, como quilombolas, indígenas, crianças e adolescentes e mulheres. A grande parte dos direitos que podem ser classificados como pertencentes ao rol daqueles que prezam pela inclusão social estão relacionados aos direitos sociais, de caráter eminentemente, mas não exclusivamente, prestacionais.

É nesse andar que se faz possível dizer que a existência de direitos sociais pressupõe necessariamente a existência de direitos humanos, com tônica no respeito pela dignidade da pessoa humana e também no dever social, jurídico e político de velar pela igualdade material entre os integrantes de um dado meio social.

Segundo Bühring (2015, p. 57), é possível deduzir, do ponto de vista do constituinte brasileiro, que a construção da Constituição Federal levou em consideração e reconheceu, sob a nomenclatura de *direitos sociais*, um conjunto de direitos bastante heterogêneo e amplo, de forma a trazer os direitos sociais para a sociedade de uma forma estrita, ou seja, foram previstos no texto constitucional direitos que se prestam a ser, aparentemente, de natureza puramente utilitária, denominados ordinariamente de positivos, e outros que abordam a dimensão negativa, de abstenção estatal, os direitos de defesa ou defensivos.

Com o objetivo de construir uma sociedade que respeitasse a diversidade, organismos internacionais acompanhados da sociedade civil organizada encetam esforços para a construção de um movimento de inclusão social, cuja finalidade era a de desenvolver uma sociedade que de fato abrigasse todas as pessoas.

Segundo Romeu Sasaki (1999, p. 50), a inclusão social se inspira a partir de novos princípios que surgem diretamente da práxis, quais sejam, a celebração das diferenças, o direito de pertencer, a solidariedade humanitária, a importância das minorias, a cidadania com qualidade e a valorização da diversidade humana. A inclusão social das pessoas com deficiência pode ser compreendida como um processo pelo qual a sociedade se adapta, tanto no sentido de consciência quanto nas próprias questões de acessibilidade, com a finalidade de incluir as pessoas desse grupo, inclusive essas se preparando para assumir seus papéis na sociedade.

A inclusão não pode ser considerada um processo de via única, mas sim de mão dupla, pois são dois seus atores, o que leva à conclusão de que a pessoa com deficiência e a sociedade precisam mutuamente se modificar.

Diante da introdução dessa corrente de pensamento na sociedade brasileira, vê-se que a Constituição Federal não apresentou desarmonia, haja vista que trouxe o reconhecimento de diversos direitos às pessoas com deficiência e reforçou regras que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade, que funcionam como parâmetros para o bom desenvolvimento de uma política pública voltada às pessoas do grupo em questão. Isso não quer dizer que o desafio de inclusão social das pessoas com deficiência está encerrado, pois, muito embora haja incessantes disposições legais, a nível constitucional, de defesa do grupo, ainda existem problemas de ordem social, notadamente barreiras e dificuldades, que dificultam ou anulam a plena inclusão social das pessoas com deficiência, especialmente em relação à acessibilidade arquitetônica, objeto deste trabalho, o que inviabiliza a plena utilização dos espaços públicos e privados, com segurança e autonomia.

Portanto, em conclusão, nota-se que o ordenamento jurídico em se falando do texto constitucional foi bastante incisivo e procurou dar continuidade aos avanços já alcançados pelos movimentos de inclusão social dos grupos minoritários, em especial das pessoas com deficiência. A Constituição Federal tratou de reconhecer o processo de exclusão social que vivenciava o grupo das pessoas com deficiência, que ao tempo da entrada em vigor do texto constitucional totalizavam aproximadamente 10% (dez por cento) da população brasileira, ao passo que hoje é possível contabilizar cerca de 24% (vinte e quatro por cento), compreendendo a necessidade de garantir formas especiais de proteção ao grupo.

Por isso, pode-se dizer que a mais clara das proteções específicas lançadas pelo legislador constituinte em prol das pessoas com deficiência

foi o direito à acessibilidade, assegurada de maneira expressa no artigo 227, § 2º, da Constituição Federal, que determina que edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo serão dotados de acessibilidade arquitetônica, ao menos. Por outro lado, fato é que edificações públicas, como fóruns, sedes de órgãos públicos e outras modalidades, ainda carecem de acessibilidade arquitetônica, não sendo raras as oportunidades em que o Ministério Público ou outro legitimado a mover a ação própria ingressa com tal instrumento legal com a finalidade de prover melhores condições às pessoas com deficiência e garantir o cumprimento integral dos ditames constitucionais.

2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO CÁRCERE: UM PROBLEMA DIFUSO

A omissão estatal no que tange aos assuntos carcerários, associada à completa falta de condições salubres e adequadas para o cumprimento da pena privativa de liberdade, se tornou um dos maiores impasses das realidades jurídico-políticas brasileira e italiana nos últimos anos, inclusive sendo tratado pela assessora sênior da Organização das Nações Unidas (ONU), Piera Barzanó, como um problema difuso, considerando a superlotação carcerária, fator que incide sobre ambos os países, como um sintoma do mau funcionamento da justiça criminal e de outros fatores contributivos para o acréscimo de internos na prisão, como a alta nas taxas de criminalidade, causas socioeconômicas e políticas, políticas penais punitivas e o uso indevido da prisão, na condição de recurso último em relação às medidas alternativas (2015, p. 317-318).

Fato é que prisões superlotadas - fator comum entre Brasil e Itália no que diz respeito à administração carcerária - levam a detenção a condições contrárias aos padrões internacionalmente requeridos, tornando o trabalho dos funcionários prisionais mais perigoso, difícil e estressante, além de gerar riscos à segurança pública e frustrar os objetivos primordiais da prisão.

Para Barzanó (2015, p. 319), as soluções para os problemas carcerários, em especial a superlotação (*il sovraffollamento carcerario*), geralmente são encontradas em outras partes do sistema de justiça criminal, sendo comumente opinadas como estratégias capazes de reverter a situação aquelas destinadas a prevenção da criminalidade e melhora das políticas sociais, com a redução do uso da prisão e maior uso de medidas alternativas.

Mas é que diversas são as barreiras encontradas pelos encarcerados brasileiros e italianos para o cumprimento integral de uma prisão preventiva

ou prisão-pena em condições ajustadas ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana, evidenciadas não apenas pela superlotação carcerária, como descrito supra, mas também pela facilidade com que armas - brancas, em sua maioria -, entorpecentes e aparelhos celulares chegam às mãos dos encarcerados, sem se olvidar da falta de trabalho ou estudo para o preso, dificultando o projeto de reinserção social, função teoricamente pensada para o cárcere mundial, e consubstanciando a hostilidade do ambiente, quase que em uma alegoria hobbesiana da luta de todos contra todos e a tentativa de garantir a sobrevivência a qualquer custo.

Inclusive, pertinente a denúncia feita por Rafael Damasceno de Assis (2007, p. 76) sobre as prisões nacionais, ao relatar que

[...] na prisão, dentre várias outras garantias que são desrespeitadas, o preso sofre principalmente com a prática de torturas e agressões físicas. Essas agressões geralmente partem tanto dos outros presos como dos próprios agentes da administração prisional.

No Brasil, a violência no sistema carcerário, para citar um exemplo dos fatores corruptores de sua função social, parte diretamente dos funcionários públicos lotados para tal função, de modo que o despreparo e a desqualificação técnica desses agentes impedem que haja um controle racional dos motins e rebeliões carcerárias, restando somente a repressão como maneira de impor o controle interno, o que não gera qualquer responsabilização em momento posterior.

Verificando a situação contemporânea dos sistemas carcerários brasileiro e italiano, pode-se afirmar que essa instituição social se encontra em franco estado de fálência - sobretudo no Brasil, de onde possuímos maiores informações a respeito -, já que, a partir do instante em que o preso é colocado por detrás de uma cela e aos cuidados da perfurada e falha tutela estatal, restringe-se não apenas sua liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que lhe são inatos.

A falácia da ressocialização, a qual representa a impossibilidade de se manter um tratamento compatível com os ditames da dignidade da pessoa humana, atinge os vários sistemas carcerários mais conhecidos e cujas mazelas são diariamente delatadas por meio da imprensa, de estudos acadêmicos ou relatos pessoais de ex-detentos. Logo, verifica-se a formação de um processo institucional, que atravessa décadas, em que não são oferecidas condições mínimas de preparo ao encarcerado, para que faça o seu retorno à sociedade de maneira benéfica.

Como frisado, as precárias condições de confinamento às quais são submetidos os apenados à pena privativa de liberdade no Brasil e na Itália têm sido apontadas como uma das mais graves transgressões dos direitos humanos, constituindo, como corolário lógico, óbice ao desenvolvimento social e da aplicação necessária das normas atinentes ao tratamento do preso, as chamadas Regras de Mandela, que possuem incidência eficaz tão somente em locais em que a população carcerária pode ser - ou foi - reduzida dentro de limites humana e logisticamente aceitáveis.

A propósito, pondera Júlio Fabbrini Mirabete (2008, p. 89) que

A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

No Brasil, o caráter emergencial da falência do sistema carcerário possui relações diretas com a existência de uma conjuntura sub-humana de higiene e saúde, além da limitação na estrutura física do espaço das celas e demais dependências das prisões e da falta de olhares atentos por parte da administração pública para todas essas problemáticas, que envolve inúmeras penitenciárias ítalo-brasileiras.

A partir da análise do inquietante cenário contemporâneo das prisões brasileiras e italianas, certamente salta aos olhos que, entre meio aos presos comuns, encontram-se pessoas que possuem alguma modalidade de deficiência, principalmente deficientes físicos, principais vítimas da imperfeição da arquitetura das celas e das outras dependências prisionais - locais em que as pessoas com deficiência deveriam, ao menos em tese, ter o direito ao livre e pleno acesso, como realização do direito fundamental de primeira geração à locomoção (*ius ambulandi*).

Isso nos mostra que a introdução no cárcere de determinados segmentos da sociedade, especialmente o grupo das pessoas com deficiência, torna-se fator de preocupação social, haja vista sabermos que certamente não há qualquer possibilidade de receber tais pessoas e, concomitantemente, garantir a igualdade entre todos os encerrados, deficientes e não deficientes, em prol da provisão da mínima dignidade dos envolvidos.

Nesse sentido, notícias diárias veiculadas pela mídia nacional e internacional relatam a presença de deficientes físicos nas prisões brasileiras e italianas, explicitando o esquecido e mascarado desrespeito a um direito social constitucional desse grupo, consistente na garantia da acessibilidade arquitetônica em prédios públicos, demonstrando que as realidades carcerárias impedem o recebimento, o atendimento e a garantia de direitos mínimos para o encarcerado deficiente físico em relação a outros presos.

Inaplicáveis ou, até mesmo, inexistentes, as políticas públicas capazes de reverter essa perspectiva de enfrentamento da pessoa com deficiência física aos problemas de acessibilidade arquitetônica sequer são mencionadas pelo poder público, o que apenas posterga eventual mudança do fatídico quadro prisional e impossibilita, sobretudo, a reinserção social do condenado deficiente.

Nesse trajeto, o sistema italiano de proteção à pessoa com deficiência inserta no sistema carcerário é considerado pioneiro no assunto, observando as mais diferentes formas e graus que a deficiência física pode assumir, além de incluir no campo da responsabilidade estatal o dever de eliminar as barreiras arquitetônicas (físicas) e propiciar espaços ajustados para garantir o pleno acesso às instalações frequentadas por reclusos com deficiência, de modo que as reflexões erigidas a partir dos estudos desenvolvidos no país são de grande valia para a melhor compreensão do problema em sua versão tupiniquim e para a consequente adequação das instalações prisionais em solo nacional.

Resta claro que é imperioso que se implante regras específicas e políticas públicas em ambos os países para que a pessoa com deficiência física que se encontra inserta no ambiente carcerário possa gozar de seus direitos fundamentais com igualdade em relação aos demais presos que não possuem deficiência, seguindo a linha de eliminação das barreiras arquitetônicas das prisões, como instrumento inicial para a garantia de direitos sociais mínimos em um ambiente tão pernicioso.

3 ACESSIBILIDADE ARQUITETÔNICA PARA DEFICIENTES FÍSICOS ENCARCERADOS: NOTAS COMPARATIVAS ENTRE BRASIL E ITÁLIA

Ainda que se leve em consideração o fato de que o constituinte de 1988 trouxe como regra o direito à liberdade, mediante previsão de dispositivos constitucionais autorizadores da flexibilização da repressão estatal à criminalidade, ressaltando o encarceramento apenas para situações

que ultrapassam o sentimento médio de justiça que permeia a sociedade, a efetivação dos direitos fundamentais básicos da pessoa com deficiência no cárcere ainda é desafio inacabado.

Isso porque há notória dificuldade de realização prática desses direitos e, conseqüentemente, a falta de recursos públicos mínimos para prover adequadas instalações carcerárias ao deficiente asseveram tal quadro caótico, o que vem acompanhado ainda pela omissão estatal, cuja flagrância se faz em maior escala em países em que o desenvolvimento se deu tardiamente, como o Brasil.

É possível afirmar que as pessoas com deficiência que se encontram insertas no ambiente pernicioso do cárcere brasileiro são, indubitavelmente, acometidas de dupla punição: uma pelo próprio cometimento do crime que lhes proporcionou o encarceramento e outra pela inexistência completa de acessibilidade e tratamento em condições semelhantes, senão idênticas, aos outros presidiários.

A introdução dessas pessoas em situações carcerárias assimétricas se torna preocupante na medida em que estudos indicaram que aproximadamente 14,5% da população brasileira é composta por pessoas com deficiência, ao passo que apenas 2% delas são efetivamente atendidas pelo Poder Público (ASSIS, 2005, p. 32).

Diante da existência e vivência de pessoas com deficiência em zonas que não dispõem dos serviços necessários para auxiliá-las na superação de suas limitações e barreiras sociais e arquitetônicas, sobretudo no interior de um presídio, é que a Organização das Nações Unidas (ONU) intensificou suas ações desde o final da década de 1970, a fim de erradicar, ou ao menos diminuir, as causas das mais variadas deficiências mediante promoção da inclusão social e participação cidadã das pessoas com deficiência².

Diante das alterações normativas promovidas pela organização internacional durante a década de 1970, o sistema italiano de proteção à pessoa com deficiência passou a demonstrar, desde esse momento, importantes avanços legislativos e comportamentos sociais positivos em

² Essa alteração do pensamento onusiano é fruto direto da introdução do modelo social de conceituação e enfrentamento dos problemas das pessoas com deficiência, a partir da década de setenta, segundo o qual há uma inversão na lógica até então adotada, já que se passa a buscar as causas da deficiência não no corpo do indivíduo, mas sim nas barreiras sociais impostas ao deficiente, que agora passa a depender de ações no meio em que se encontra inserido. Segundo Débora Diniz, Livia Barbosa e Wederson Rufino dos Santos (2009, p. 69), “o modelo social da deficiência, ao resistir à redução da deficiência aos impedimentos, ofereceu novos instrumentos para a transformação social e a garantia de direitos. Não era a natureza que oprimia, mas a cultura da normalidade, que descrevia alguns corpos como indesejáveis”.

prol da garantia dos direitos fundamentais básicos a esse grupo. Dessa forma, não obstante a existência de pessoas com deficiência inseridas no sistema carcerário italiano, ainda que em menor número quando comparado com a realidade brasileira - totalizando pouco mais de seiscentos encarcerados nessas condições, o que equivale a 1% (um por cento) do total da população carcerária do país -, fato é que o modelo italiano de tutela dos deficientes se apresenta como paradigma ao enfrentamento dos problemas mais comuns que afligem o grupo em questão.

Nesse sentido, no início de 2016, o Ministério da Justiça italiano expediu a *Lettera Circolare n°0089149*, afirmando que a lei que internalizou a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência inaugurou outro cenário de referência sobre as limitações funcionais das pessoas com deficiência, de modo que o citado documento superou, de uma vez por todas, o modelo segundo o qual os deficientes eram tratados como doentes e estatuiu a condição de incapacidade como o resultado da interação entre pessoas com deficiência e barreiras atitudinais e ambientais.

Além disso, ainda cita que a nova classificação internacional (CID) define como pessoa com deficiência o indivíduo que possui graves dificuldades de natureza permanente em pelo menos uma das funções básicas do ser, como os atos comuns da vida cotidiana, como comer, cuidar-se, sair da cama ou da cadeira de rodas, lavar-se, vestir-se e despir-se, também englobadas os problemas de mobilidade corporal, de locomoção, de comunicação ou mesmo de inclusão e participação na vida social em condições de igualdade para com outros agentes.

No mesmo documento, o governo italiano especificou os dados obtidos a partir de pesquisa realizada no interior dos presídios do país, confirmando que, durante 2015, existiam aproximadamente 628 (seiscentos e vinte e oito) detentos com deficiência e que necessitavam de intervenções específicas e do cumprimento da legislação vigente. Então, como meio de garantir os direitos básicos dessas pessoas, a circular confirmou a responsabilidade estatal em prover instituições prisionais ou alas arquitetonicamente apropriadas aos diferentes graus que as deficiências podem assumir, de modo que, no caso de construção de novas estruturas penitenciárias ou de modernização daquelas já existentes, deve-se levar em consideração a necessidade premente de eliminação das barreiras físicas.

Inclusive, pensadores do direito italiano compreendem que, em tema de tutela de direitos das pessoas com deficiência, as características do ambiente podem se comportar como barreiras e terminarem gerando mais

obstáculos para o usuário final, o que resta amplificado no caso da arquitetura prisional, devendo o desenho dos edifícios públicos acompanhar as normas nacionais e internacionais que versem sobre a dignidade do preso, como exemplifica Catia Ferrieri (2012, p. 3).

Conforme alguns dados fornecidos pelo Departamento de Administração Penitenciária a respeito da presença de deficientes físicos no interior das prisões italianas, é possível verificar que a região com maior número de encarcerados nessas condições é a Lombardia, que conta com 121 (cento e vinte e uma) pessoas nesse estado, seguido pela Campânia, com 96 (noventa e seis) pessoas, e fechando com o Lazio, com 51 (cinquenta e um) presos. Percebe-se que, embora parte da Itália possua seções acessíveis no interior das prisões, ainda existem detidos vivendo em celas bastante estreitas e em instituições cujas barreiras arquitetônicas ficam muito mais visíveis a partir da introdução do deficiente no sistema.

Certo é que a deficiência não é incompatível com a detenção e, segundo os italianos, muitas vezes o que ocorre é que as pessoas vão à prisão e levam consigo os resultados de traumas ou doenças que reduziram suas capacidades motoras, não se tratando de fator adquirido no interior do cárcere. Na verdade, pouco se sabe sobre como os deficientes são mantidos nas prisões italianas, haja vista a não existência de um sistema de monitoramento nacional sobre as condições de saúde dos prisioneiros, bem como sendo inexistente uma legislação específica para presos deficientes na Itália.

Uma das únicas referências legais que dizem respeito à deficiência no ambiente carcerário está no artigo *47-ter do Ordinamento Penitenziario*, segundo o qual a pena de prisão não superior a quatro anos poderá ser exercida em sua própria casa ou em outro local de residência particular ou em local público de assistência, quando se tratar de pessoas em condições graves de saúde.

Assim, há que se lembrar de que o problema das condições de vida nas prisões italianas, também acometidas pela superlotação carcerária e por problemas relacionados ao tratamento dos detentos, é fator de gravidade para muitos presos, sendo muito mais complexo para pessoas com deficiência, que se veem forçadas a viver com as dificuldades dadas por sua situação particular de limitação física em espaços totalmente desprovidos de acessibilidade arquitetônica.

Não é possível aceitar o estigma social que retrata a pessoa com deficiência como boa e submissa, fazendo-nos esquecer de que se trata de um ser humano e, assim sendo, possui direito a todos os preceitos aplicáveis

a outras pessoas sem deficiência, de modo que possui o direito social à acessibilidade e também o de criar seu caminho até a reeducação, para que seja colocado de volta na sociedade civil.

Nesse contexto da mudança de visão das organizações internacionais e da administração pública italiana, atuando como notória fonte de direitos do grupo em comento, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, além de reconhecer o modelo social como paradigma que supera as antigas noções protetivas aos deficientes, os modelos médico e assistencialista, consolidou a noção de acessibilidade como princípio fundamental para orientar outros direitos fundamentais e as políticas públicas atinentes às pessoas com deficiência.

Em seu preâmbulo, a Convenção foi incisiva ao reconhecer a primazia da acessibilidade como fator de realização dos direitos humanos das pessoas com deficiência, sobretudo nos “meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação, e à informação e comunicação para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 2009), também a prevendo como princípio geral que deve nortear a vida das pessoas com deficiência.

A acessibilidade representa independentemente da forma que assume, mas aqui, dando especial importância para a arquitetônica, elemento valorativo capaz de potencializar ou reduzir a limitação funcional da pessoa com deficiência. Funciona também como princípio orientador de políticas públicas e decisões jurídicas e administrativas para a remoção de barreiras físicas, propiciando um novo olhar para os desenhos e a funcionalidade dos objetos, dos lugares e de tudo que compõe a vida do deficiente de maneira natural.

Para Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo Lopes (2009, p. 140-141), tratando da questão do mandamento convencional da acessibilidade para pessoas com deficiência, a partir da entrada em vigor da Convenção “assegura-se legitimidade e a implantação da acessibilidade como princípio norteador dos sistemas jurídicos e como um direito fundamental”.

Portanto, diante do objeto desta pesquisa, a acessibilidade arquitetônica para pessoas com deficiência possui função dúplice, ao assumir não apenas a forma de princípio-direito, que termina por obrigar os Estados manifestantes do aceite à Convenção de Nova Iorque, como também é chamada, a promover mudanças internas em prol da efetivação desse direito, mas também de princípio norteador de quaisquer fatos sociais relacionados aos deficientes.

Ao contrário do que é possível visualizar na rica experiência italiana de salvaguarda dos direitos fundamentais dos deficientes encarcerados, no Brasil a situação é distinta, pois não há decisões judiciais ou administrativas firmes, tais como inexitem normas específicas que tratem diretamente ou façam menção à inclusão social das pessoas com deficiência no ambiente carcerário, no sentido de proporcionar às pessoas com deficiência condições mínimas de igualdade na esfera insalubre das prisões, bem como inexitem propostas legislativas ou políticas públicas no mesmo sentido.

Com vistas a substanciar o debate acerca da inserção despreparada e irresponsável de deficientes físicos no cárcere brasileiro, deve-se recordar que, durante o ano de 2016, o Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) formularam um levantamento de dados em nível nacional acerca das informações penitenciárias, o qual constatou que, no que diz respeito às pessoas com deficiência em geral, quase metade das unidades prisionais instaladas em solo nacional não teve a capacidade de informar com clareza seus dados acerca de internos nessas condições, fomentando a tese de que os deficientes encarcerados deveras representam parcela ignorada pela administração penitenciária.

Partindo-se dos dados colhidos na tabela geral sobre o número de pessoas com deficiência inseridas no cárcere brasileiro, realizada com o auxílio das pesquisas oriundas dos órgãos governamentais acima relacionados, é possível concluir que o número total de deficientes, sejam eles físicos, intelectuais, visuais, auditivos ou multideficientes, nas condições descritas, durante o ano de 2014, era de 1528 (mil quinhentos e vinte e oito) encarcerados do sexo masculino e 47 (quarenta e sete) do sexo feminino.

Em específico, no que diz respeito aos deficientes físicos, assim consideradas aquelas pessoas que apresentem limitações no funcionamento físico-motor, tal como aquelas que fazem uso de cadeiras de rodas ou são pessoas com deficiência motora por força de paralisia cerebral, hemiplagias, lesões medulares, amputações ou artropatias, a pesquisa atingiu os dados de 596 (quinhentos e noventa e seis) homens e 29 (vinte e nove) mulheres.

Em virtude da periodicidade da pesquisa acerca dos dados carcerários no Brasil, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) voltou a ser realizado no ano de 2016, o qual trouxe elementos ainda mais inquietantes sobre a inserção dos deficientes nas cadeias brasileiras.

Enquanto o número total de encarcerados deficientes não ultrapassava a casa das 2000 (duas mil) pessoas no interregno de 2014, dois

anos após a situação se alterou drasticamente e foi apresentado o seguinte relatório: o número geral de presos deficientes emergiu para 4130 (quatro mil cento e trinta) presos do sexo masculino e 120 (cento e vinte) do sexo feminino. Especificamente quanto aos deficientes físicos, objeto desse estudo, os números atingiram a aterrorizante marca de 1139 (mil cento e trinta e nove) homens e 30 (trinta) mulheres, sendo que 358 (trezentos e cinquenta e oito) homens e 11 (onze) mulheres eram cadeirantes (BRASIL, 2016).

Nota-se, dessa forma, que houve um crescimento desproporcional de mais de 100% (cem por cento) do número de pessoas com deficiência inseridas no ambiente carcerário brasileiro. Sem se ater à discussão do também indiscutível acréscimo da criminalidade e dos fatores criminógenos na sociedade brasileira, percebe-se que a introdução de deficientes físicos nas cadeias nacionais continua sendo realizada de modo plenamente irresponsável, no sentido de estar o poder público livre de responsabilidades, uma vez que a conclusão lógica caminha para apenas um rumo: aumenta-se a quantidade de deficientes no cárcere brasileiro e permanecem inalteradas as características gerais da acessibilidade no meio prisional, quedando-se inerte a administração pública e fechando os olhos para um problema cada vez mais latente e que, seja pelo completo distanciamento dos problemas carcerários ou do esquecimento institucional das pessoas com deficiência, acaba passando despercebido também pela atenção social.

As informações ainda permitem concluir que a Unidade da Federação com o maior número de presos com deficiência é Pernambuco, com cerca de 290 encarcerados com tais características. Além disso, outro gráfico presente na pesquisa revela que a proporção de indivíduos com deficiência que se encontram privados de sua liberdade em estabelecimentos prisionais desprovidos de acessibilidade alcança a significativa marca de 87% sendo que apenas 5% estão em locais arquitetonicamente adaptados em conformidade com a Norma Técnica NBR ABNT 9050/2004.

Durante o ano de 2016, verificam-se notas divulgadas na imprensa pelo Ministério da Justiça brasileiro, que, similarmente ao italiano, reconheceu a situação precária das edificações dos presídios brasileiros no respeito à acessibilidade do enclausurado com deficiência, ressaltando que as exclusões, discriminações e preconceitos diversos são alargados no âmbito do sistema prisional, especialmente pela ausência de planos arquitetônicos de acessibilidade nas penitenciárias nacionais que recebem esses internos, não se olvidando das condições gerais do cárcere brasileiro.

Não de menor importância, é necessário que se destaque o teor da Recomendação nº 10, de 12 de novembro de 2002, do mesmo órgão estatal, que prescreve que

[...] considerando o direito de todos os portadores de deficiência à acessibilidade principalmente em instalações sanitárias, sendo obrigação da Administração Pública providenciar adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso público e naqueles que estejam sob sua administração ou uso (SAVAZZONI, 2010, p. 31).

A plena acessibilidade e inclusão da pessoa com deficiência no campo do cárcere brasileiro exige observância por parte do Poder Público, notadamente do setor reservado à curadoria dos presídios e centros de detenção provisória, de direitos cuja complexidade é patente, englobando-se a possibilidade de locomoção pelas dependências da cela - que, como cumpre sempre relembrar, pode ser impossível no atual cenário - e do complexo carcerário, de transporte, de informação, de retirada das barreiras arquitetônicas e sociais existentes no meio, além do acesso ao mobiliário urbano.

Como se observa, o legislador deixou de incluir nas normas atinentes às execuções penais previsão que melhor atendesse ou, ao menos, fornecesse uma linha mestra aos casos envolvendo pessoas que apresentam restrições físicas e sociais, agravadas no aprisionamento.

Segundo observa Célia Regina Nilander Maurício (2009, p. 7),

[...] deparar com o estado lamentável dos estabelecimentos, sem sequer mencionar os homens portadores de uma deficiência, é semelhante ao esquecimento de um paciente terminal sem os aparelhos necessários para que possa morrer dignamente; se o preso comum se submete às indignas condições carcerárias, deplorável será a situação dos presos portadores de necessidades especiais.

Apesar de a Constituição Federal brasileira garantir em diversos dispositivos medidas que visem à integração social das pessoas com deficiência, como o direito ao acesso e à locomoção, a eliminação de barreiras arquitetônicas e atendimento especializado no campo da saúde e da educação, em 2015, o legislador infraconstitucional teve nova oportunidade de reger a condição do apenado com deficiência ao estatuir a Lei nº 13.146/15.

Porém, mais uma vez não foi o que ocorreu, inclusive não prevendo qualquer atuação estatal no sentido de garantir às pessoas com deficiência melhores condições no cárcere. Na contramão da anormalidade e seguindo

um modelo constitucionalmente pretendido, a parcela minoritária das prisões nacionais que compõem o bloco daquelas que já se adequaram aos novos paradigmas de tratamento às pessoas com deficiência têm lançado importantes projetos de auxílio na inclusão social, como o programa Cadeirantes em Ação, desenvolvido no interior da Penitenciária do Vale do Itajaí, situada em Santa Catarina, por meio do fornecimento de uma oportunidade de trabalho interno ao preso com deficiência.

Desse modo, percebe-se que o legislador brasileiro trouxe o direito à inclusão social da pessoa com deficiência por meio da eliminação de barreiras arquitetônicas, haja vista que em outros tempos, diante da existência e vivência de pessoas nessas condições em zonas que não dispunham dos serviços necessários para auxiliá-las na superação de suas limitações e das barreiras sociais e, sobretudo, físicas, é que a Organização das Nações Unidas (ONU) intensificou suas ações com o propósito de erradicar ou ao menos diminuir as causas da exclusão social do deficiente por intermédio da promoção de políticas públicas inclusivas e de participação cidadã de integrantes do grupo.

Importante é a contribuição doutrinária de Luiz Alberto David Araújo (2009, p. 506) ao dizer que

[...] outra proteção de grande importância foi a eliminação das barreiras arquitetônicas, as pessoas com deficiência de locomoção encontram impedimentos dos mais variados: calçadas sem rebaixamento, ônibus sem rampa de acesso de cadeiras de rodas, escadas sem rampa ao lado, banheiros sem largura suficiente para a cadeira de rodas etc.

A importância da adequação de, não apenas prédios públicos, mas também privados, vem estampada na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 2007 na cidade de Nova Iorque, que acabou por criar normas específicas no que tange à atuação do Estado perante a pessoa com deficiência e as políticas públicas que lhes são próprias.

O documento internacional foi o responsável por introduzir na legislação brasileira o conceito de *adaptação razoável* como modificações necessárias e indispensáveis para que a pessoa com deficiência possa exercer seus direitos e deveres em patamar de igualdade com as demais pessoas, sem que suas limitações representem empecilhos ao desempenho de seus direitos e obrigações.

A esse respeito, pondera a professora Flávia Piovesan (2012, p. 48) que

[...] o propósito maior da convenção é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Introduz a convenção o conceito de “reasonable accommodation”, apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais; violar o “reasonable accommodation” é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada.

O princípio da adaptação razoável (“reasonable accommodation” ou “ajustes razonables”) significa, portanto, que são necessárias modificações e ajustes que tornem adequados os espaços para as pessoas com deficiência, mas sem que isso acarrete ônus desproporcional ou indevido aos entes responsáveis pela implementação dos direitos fundamentais das pessoas do grupo.

Trata-se de uma via de mão dupla, porque, por um lado, busca assegurar a adoção de medidas que fundamentem e possibilitem a inclusão social das pessoas com deficiência, para que possam exercer seus direitos e cumprir seus deveres em condições de igualdade para com as outras pessoas, enquanto por outro viés se deve evitar que esse ônus seja desproporcional e acarrete obrigações indevidas ou demasiadas aos obrigados à promoção da acessibilidade, no caso, a arquitetônica.

A adaptação razoável constitui medida apta a assegurar a justiça no caso concreto, uma vez que oportuniza a realização de modificações no ambiente ou no serviço prestado com a finalidade de beneficiar pessoas com deficiência, haja vista que não raras vezes a existência de pessoas nessas condições numa sociedade pluralista termina esquecida e não são considerados determinados fatores a elas relativos quando da construção do ambiente que frequentarão.

Voltando-se os olhares à situação nacional, cabe salientar que a sociedade brasileira teve maior acesso às questões e problemas atinentes à acessibilidade das pessoas com deficiência a partir dos anos 2000, quando a legislação, como consequência lógica, sofreu grande avanço e possibilitou o estabelecimento de normas e critérios gerais que fomentassem a promoção da inclusão social do grupo vulnerável em comentário a partir da acessibilidade arquitetônica, a qual foi definida pela Lei nº 10.098/00 e alterada por legislações mais recentes como instrumento fundamental para que as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida usufruam “com

segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação” (BRASIL, 2000).

Seguindo a mesma corrente da legislação em pauta, o professor e arquiteto José Antônio Lanchoti (2005, p. 28) escreve que o termo acessibilidade representa a garantia de condições de livre acesso, não sendo nada mais senão a capacidade de compreensão sobre a “possibilidade de acesso, da aproximação, da utilização, do manuseio de qualquer objeto, local ou condição e, tudo isso, deve ser oferecido com facilidade, não exigindo do usuário um esforço excessivo”.

A mesma lei foi a responsável por criar conceitos relacionados à superação das barreiras arquitetônicas, considerando-as como quaisquer entraves ou obstáculos que limitem ou impeçam o acesso, a liberdade de movimento - aqui fazendo menção, por exemplo, à liberdade de ir e vir das pessoas com deficiência - e a circulação com segurança das pessoas.

O diploma normativo traz um vasto rol classificatório das barreiras, das quais destacamos as barreiras arquitetônicas urbanísticas, compreendidas como aquelas existentes nas vias públicas e nos espaços públicos, que, a título exemplificativo, abrangem as calçadas não adaptadas ou ruas com declives, e as barreiras arquitetônicas nas edificações, tratando-se daquelas existentes no interior dos edifícios públicos e privados, ilustradas como banheiros sem adaptações, catracas e cancelas que inviabilizam a passagem de cadeirantes e ausência de rampas que auxiliem na mobilidade do deficiente.

Percebe-se ainda que a garantia da acessibilidade plena às pessoas com deficiência enquadra-se com perfeição no conceito de direitos transindividuais, especificamente na noção de direitos difusos, haja vista que os direitos fundamentais do grupo dos deficientes são encabeçados por pessoas indeterminadas e cujas ligações apenas se dão por força de circunstâncias de fato, quais sejam, as várias formas de deficiência e o direito constitucional à acessibilidade arquitetônica, o que desafia as ações coletivas, hoje consideradas importantes instrumentos jurisdicionais de defesa e efetivação dos direitos fundamentais dos hipossuficientes ou das minorias em geral.

Em conclusão, apenas há que se falar em inclusão social das pessoas com deficiência no ambiente carcerário a partir do momento em que há um plano de acessibilidade bem desenvolvido, com responsabilidade e que garanta a autonomia e independência do beneficiado, de modo que o objetivo precípua da acessibilidade é justamente oportunizar às pessoas, sobretudo aquelas que tem algum tipo de deficiência, a maximização de

sua autonomia e mobilidade, com vistas à fruição dos espaços internos da prisão com maior segurança e confiança.

CONCLUSÃO

A partir da análise comparativa entre a situação brasileira e italiana no que diz respeito à inserção de pessoas com deficiência no pernicioso ambiente carcerário, foi possível perceber plenamente que o Estado brasileiro, muito embora disponha de poucos elementos legais e administrativos aptos a reverter a situação, não se encontra munido da possibilidade de fornecer tratamento adequado e com a devida acessibilidade ao preso com deficiência.

Não obstante o sistema penitenciário seja considerado uma instituição complexa, regida por diversas normas que asseguram um tratamento humanitário aos apenados, percebe-se que a realidade brasileira nos mostra que esse não tem sido o caminho seguido, uma vez que falta o efetivo cumprimento de determinações legais, não havendo sequer condições estruturais e arquitetônicas para manter um detento com deficiência no sistema prisional sem que isso ocasione a perda de sua dignidade e igualdade perante os demais encarcerados que não são deficientes.

Nesse contexto, aparecem a legislação e os escritos italianos que se debruçam sobre a problemática da pessoa com deficiência no cárcere, fornecendo importantes subsídios para que o Brasil se inspire e busque reverter e garantir o mínimo existencial no tempo da prisão para os deficientes. Vale rememorar que a Itália surge como pioneira no tratamento do tema, inclusive havendo pronunciamentos governamentais no sentido de que o Estado é responsável civilmente por garantir a acessibilidade das alas dos presídios, como forma de cumprir o mandamento constitucional.

Portanto, levando-se em consideração o atual contexto do sistema penitenciário brasileiro, em comparação com o italiano, não seria demasiado se inferir que nessas instituições não existem nem mesmo condições mínimas de locomoção para as pessoas com deficiência, ocasionando a violação de um direito fundamental de primeira geração ao impossibilitar o livre exercício do direito de ir e vir.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSIS, O. Q. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

ASSIS, O. Q.; PUSSOLI, L. **Pessoa deficiente: direitos e garantias: direitos constitucionais, trabalhistas, civis, tributários e previdenciários**. São Paulo: Edipro, 1992.

BARZANÓ, P. Il sovraffollamento carcerario: un problema diffuso. **Rassegna Penitenziaria e Criminologica**, n. 1, p. 317-324, 2015. Disponível em: <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/145.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 dez. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. Brasília, 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 24 set. 2019.

BÜHRING, M. A. Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão. **Revista Direito & Justiça**, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun., 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/18175/12667>. Acesso em: 24 set. 2019.

DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. R. Deficiência, direitos humanos e justiça. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

FERRIERI, C. **Carcere e disabilità**: analisi di una realtà complessa. Itália: Università degli Studi di Perugia, 2013.

LANCHOTI, J. A. **Critérios de desempenho da mobilidade no espaço urbano construído como avaliadores da cidade acessível**: o caso de Ribeirão Preto. 2005. 396 f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

LOPES, L. V. C. F. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229 f. Dissertação (Mestrando em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MAURÍCIO, C. R. N. Execução penal e os portadores de deficiência à luz dos mandados constitucionais. **Revista Diálogo e Interação**, v. 1, n. 1, p. 1-9, 2009. Disponível em: <http://www.faccrei.edu.br/wp-content/uploads/2016/10/diartigos12-1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

MIRABETE, J. F. **Execução penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 6 de dezembro de 2006.

PIOVESAN, F. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. *In*: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAGAZZI, J. L.; ARAÚJO, L. A. D. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 27, n. 95, p. 42-50, dez., 2007.

SASSAKI, R. K. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora WVA, 1999.

SAVAZZONI, S. A. Dignidade da pessoa humana e cumprimento de pena das pessoas com deficiência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, v. 1, n. 3, p. 1-36, 2010. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/red/article/view/5534/3949>. Acesso em: 24 set. 2019.

