

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UNESP – São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Julio Cezar Durigan

Vice-Reitor

Prof^ª. Dr^ª. Marilza Vieira Cunha Rudge

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Dr. Eduardo Kokubun

Pró-Reitora de Pesquisa

Prof^ª. Dr^ª. Maria José Soares Mendes Giannini

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretora

Prof^ª. Dr^ª. Célia Maria David

Vice-Diretora

Prof^ª. Dr^ª. Marcia Pereira da Silva

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof^ª. Dr^ª. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof^ª. Dr^ª. Yvete Flávio da Costa

Prof^ª. Dr^ª. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. Antônio Alberto Machado

Prof^ª. Dr^ª. Kelly Cristina Canela

Mestrando Rafael Leal de Araújo

Mestre Juliana Frei Cunha

UNESP – Universidade Estadual Paulista
UNESP – São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

ISSN 1414-3097 eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos <i>UNESP</i>	Franca	a. 19, n.29	p. 432	2015
---	--------	-------------	--------	------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

- | | |
|--|--|
| Alcir Gursen de Miranda (UFRR) | José Luiz Borges Horta (UFMG) |
| Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México) | José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra) |
| Alejandra Leonor Pascual (UNB) | Kelly Cristina Canela (Unesp) |
| Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid) | Lilian Ponchio Silva (Faculdade de Barretos) |
| André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp) | Lucas Abreu Barroso (UFES) |
| Antônio Alberto Machado (Unesp) | Luciano Vaz Ferreira (UFRGS) |
| Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP) | Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina) |
| Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra) | Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ) |
| Belinda Pereira da Cunha (UFPB) | Luiz Fernando Coelho (UFPR) |
| Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp) | Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid) |
| Celso Hiroshi Iochama (UNIPAR) | Maria J. Jelezcheva (Un. Carlos III – Madrid) |
| César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG) | Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne) |
| David Sanches Rubio (Univ. Sevilla) | Pedro Sérgio dos Santos (UFG) |
| Débora Regina Pastana (UFU) | Paulo César Corrêa Borges (Unesp) |
| Domingos S. D. da Silveira (UFRS) | Renato de A. O. Muçouçah (UFU) |
| Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP) | Ricardo Prestes Pazello (UFPR) |
| Eduardo Pordeus (UFCG) | Riva Sobrado de Freitas (Unoesc) |
| Ela Wiecko V. de Castilho (UNB) | Rodrigo Reis Mazzei (UFES) |
| Elisabete Maniglia (Unesp) | Sérgio Salomão Shecaira (USP) |
| Gilberto Bercovici (USP) | Vânia B. Rey Paz (UFMS) |
| Guilherme Gouveia (UFJF) | Vera Regina P. de Andrade (UFSC) |
| Jete Jane Fiorati (Unesp) | Talita Tatiana Dias Rampin (UNB) |
| João Paulo Capelotti (ISHS) | Yvete Flávio da Costa (Unesp) |
| José Duarte Neto (Unesp) | |

Equipe Editorial

- Mestranda Ana Cristina Alves de Paula (Unesp)
Mestranda Carolina Sabbag Salotti (Unesp)
Mestrando Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto (Unesp)
Mestrando Felipe Rodrigues Xavier (Unesp)
Mestrando Gil de Carvalho Ramos (Unesp)
Mestre Guilherme Vieira Barbosa (Unesp)
Mestrando Hilbert Reis (Unesp)
Mestranda Karen Affonso Bevilaqua (Unesp)
Mestrando Leonardo Simões Agapito (Unesp)
Mestrando Thiago Romero (Unesp)
Doutoranda Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca - Espanha)

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 / posgrad@franca.unesp.br

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 –2015, 19-29
ISSN 1414-3097.

Capa: Orlinéya Maciel Guimarães

APRESENTAÇÃO

A **Revista de Estudos Jurídicos UNESP** (ISSN 1414-3097; 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 das três linhas de pesquisa do Mestrado: **1) A Cidadania na Dimensão Internacional; 2) A Cidadania Participativa nas Políticas Públicas; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.**

A Revista é fruto da preocupação do PPGDireito/Unesp/Franca com a pesquisa jurídica 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.

Neste número 29 encontram-se artigos relacionados às 3 linhas de pesquisa do PPGDireito/Unesp/Franca, inclusive com duas contribuições internacionais de pesquisadores convidados, Alejandro Rosillo Martinez, da Universidade de San Luis do Potosi, e Esther Pomares Cintas, da Universidade de Jaén. sendo os artigos assim distribuídos: os quatro primeiros relacionados à primeira linha; os dois seguintes à segunda linha; e os doze últimos à terceira linha do Programa. Destaca-se a pertinência dos trabalhos ora publicados, de modo a colaborarem com o debate jurídico de qualidade.

Agradecemos a participação de todos os autores, bem como dos pareceristas que, cuidadosamente, contribuíram para a manutenção da alta qualidade da Revista, desejando que todos possam apreciar o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos Unesp.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Presidente do Conselho Editorial
Coordenador do PPGDireito/Unesp/Franca

CONTEÚDO

A MIGRAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL: PERSPECTIVA CONTRA-HEGEMÔNICA

Fernanda da Rosa Cristino 11

INVESTIMENTO, SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E FALÊNCIA

Cristiano Aparecido Quinaia

Thiago Munaro Garcia 29

QUESTÕES DE DIREITO INTERNACIONAL RELACIONADAS AO CONTRATO DE SOCIEDADE E POSSÍVEIS SOLUÇÕES FRENTE À LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB

Vera Amaral Carvalho Momo 45

EFICÁCIA IMEDIATA DA LEI N° 10.303/2001 AOS ACORDOS DE ACIONISTAS

César Augusto Carra 67

UMA ESCOLA DO TAMANHO DO BRASIL: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROUNI COMO FORMA DE DEMOCRATIZAR O ACESSO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO

Virgínia Juliane Adami Paulino 85

IMIGRANTES BOLIVIANAS EM SÃO PAULO: CONDIÇÕES DE VIDA E TRABALHO

Vanessa Gomes Zanella 105

A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A ATIVIDADE JUDICANTE DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: UMA ORIENTAÇÃO NO CENÁRIO DE POPULISMO PUNITIVO

Érica Babini Lapa do Amaral Machado135

“ENTRE JUNHOS”: DAS MANIFESTAÇÕES AOS MEGAEVENTOS, A ESCALADA DA REPRESSÃO POLICIAL

Eduardo Saad Diniz

Luíza Veronese Lacava165

ASPECTOS DA TRATATIVA JURÍDICA DO SUICÍDIO ASSISTIDO NO BRASIL E NO EXTERIOR

Sérgio Rodrigo Martínez

Lívia Gava Bersot189

O DIREITO A ÁGUA E SUA AFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL PARTINDO DO SENTIDO DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Aline Oliveira Mendes de Medeiros

Vinicius Almada Mozetic215

NANOTECNOLOGIAS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: IMPLICAÇÕES TECNOLÓGICAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mateus de Oliveira Fornasier

Marcele Scapin Rogerio237

A EXTRADIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: CONFLITO ENTRE NORMAS INTERNAS CONSTITUCIONAIS FRENTE AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Ignácio Nunes Fernandes265

CONSENTIMENTO UM CONCEITO INFORMADO: INCOMPREENDIDO
BREVE ENSAIO SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Ricardo Cesar Duarte.....287

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Luciano de Araújo Migliavacca

Raquel Tomé Soveral.....301

A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PROTEÇÃO DOS BENS AMBIENTAIS NAS COMUNIDADES TRADICIONAIS: OS DESAFIOS DA MODERNIDADE PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE DENTRO DA SOCIEDADE DE RISCO

Carlos Frederico Saraiva Vasconcelos.....319

REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM BENEFÍCIO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

Marcelo Kokke Gomes.....343

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL EN TORNO AL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Esther Pomares Cintas.....367

FUNDAMENTAR DERECHOS HUMANOS PARA DESENCRIPTAR LA CONSTITUCIÓN

Alejandro Rosillo Martínez.....399

A MIGRAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL: PERSPECTIVA CONTRA-HEGEMÔNICA

INTERNACIONAL ECONOMIC MIGRATION: COUNTER- HEGEMONIC PERSPECTIVE

Fernanda da Rosa Cristino *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os direitos humanos e suas contradições. 2 Os direitos culturais e o direito de imigrar. 3 Política da diferença e ecologia dos saberes: possibilidades. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Considerando a necessidade de contribuições qualificadas para o debate público a respeito do estrangeiro na ordem contemporânea, a preocupação em evitar que discriminações relacionadas ao exercício dos direitos humanos ocorram entre esse e os nacionais, surge a relevância da análise das perspectivas que esse espaço-tempo produz. Em vista do exposto, este estudo propõe a interpretação da migração econômica internacional sob a perspectiva da política da diferença e da ecologia dos saberes. Para tanto, ampara-se nas percepções de Giuliana Redin, autora que constrói a ideia da imigração como um direito humano; na posição crítica de Boaventura de Sousa Santos, que analisa as implicações da abordagem do cultural no cerne da sociologia das ausências e em Enrique Leff, quanto à relevância das distinções para a construção de sociedades sustentáveis sob a ótica da política da diferença. A abordagem monográfica se ampara na análise bibliográfica, organizada a partir de resumos e resenhas.

Palavras-chave: Direitos humanos. Ecologia dos saberes. Imigração.

ABSTRACT: *Considering the need of qualified contributions to the public debate about the foreign in the contemporary order, the concern to prevent discrimination related to the exercise of human rights occur between this and the national comes the relevance of the analysis of the prospects that this space-time yields. In view of the above, this study proposes the interpretation of international economic migration from the perspective of the difference of politics and knowledge of ecology. Therefore, it sustains perceptions of Giuliana Redin, author who builds the idea of immigration as a human right; the critical position of Boaventura de Sousa Santos, which analyzes the implications of the cultural approach at the heart of the sociology of absences and Enrique Leff, the relevance of the distinctions for building sustainable societies through the lens of politics of difference. The monographic approach is supported by the literature review, organized from abstracts and reviews.*

Keywords: *Human rights. Ecology of knowledge. Immigration.*

INTRODUÇÃO

O momento histórico emana complexidade nas mais diversas áreas da vida humana, haja vista o impacto da revolução promovida

* Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduada lato sensu em Segurança Pública e Direitos Humanos pela FADISMA/Renaesp. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Unama/LFG. Pesquisadora do MIGRAIDH. Perita criminal IGP/RS.

pela globalização na dinâmica das interações. Por conta das assimetrias que produz ou desvela, o ideal, inclusive, é que seja considerada no plural. Dentre as inúmeras transformações associadas a sua evolução, a compressão do espaço-tempo é a mais destacável, uma vez que por meio desse processo os fenômenos se aceleram e se difundem pelo globo. Ao possuir tantos modos de interpretação quanto de produção, amplia a variabilidade e a multiplicidade da construção de sentidos da mesma forma que revela a permanência, o poder de uma racionalidade dominante.

A migração econômica internacional concebida como fruto da oposição entre as noções modernas de temporalidade e subjetividade e uma diversidade de significados resultantes das dinâmicas da própria modernidade, propicia o encontro da diferença com a outridade. Nesse sentido, exemplifica as relações antagônicas da pós-modernidade, como a distorcida interpretação conferida aos direitos humanos, que permite práticas desumanas. O ser estrangeiro guarda a sua cultura, que por sua vez é incluída no repertório de embates travados com estruturas institucionais e simbólicas. Adiciona, portanto, o cultural à discussão, intensificando a complexidade do assunto, devido à necessidade do reconhecimento do multicultural. As contradições, a multiplicidade de saberes envolvidos, a relevância do reconhecimento da diversidade para a compreensão do referido contexto, constitui o campo de estudo da política da diferença e da ecologia dos saberes.

Em virtude da percepção dessa relação, este estudo propõe a interpretação da migração econômica internacional sob a perspectiva da política da diferença e da ecologia dos saberes. Para tanto, ampara-se nas percepções de Giuliana Redin, autora que constrói a ideia da imigração como um direito humano; na posição crítica de Boaventura de Souza Santos, que analisa as implicações da abordagem do cultural no cerne da sociologia das ausências e em Enrique Leff, quanto à relevância das distinções para a construção de sociedades sustentáveis sob a ótica da política da diferença.

A abordagem monográfica se ampara na análise bibliográfica, organizada a partir de resumos e resenhas. O assunto é disposto em três momentos: o primeiro se refere às dissonâncias dos direitos humanos; o segundo, aos direitos culturais e ao direito de imigrar, garantias específicas que neles se amparam e o terceiro, às alternativas de análise. Pretende-se

com isso, contribuir de forma qualificada para o debate público a respeito do estrangeiro na ordem contemporânea.

1 OS DIREITOS HUMANOS E SUAS CONTRADIÇÕES

A noção contemporânea de direitos humanos surge com a Declaração de 1948, centrada na universalidade e indivisibilidade desses direitos. Concordando com o instrumento, a universalidade parte da compreensão do ser humano como essencialmente moral, digno e dotado de unicidade existencial, por isso, a condição de pessoa por si só lhe confere a titularidade dos mesmos. A indivisibilidade decorre da conjugação do valor da liberdade ao valor da igualdade, da relação de dependência existente entre o catálogo dos direitos civis e políticos e o catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2014).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos teve um papel extraordinário, “codificou as esperanças dos oprimidos”, criou base legislativa para as lutas por liberdade, fundamentou constituições nacionais, quanto à positivação dos direitos de cidadania. Sobretudo, alterou o sistema das relações internacionais, que considerava como seus atores exclusivos os estados soberanos, ao conferir à pessoa física o status de sujeito do direito, para além das jurisdições domésticas. No entanto, nenhuma dessas conquistas foi alcançada sem controvérsias e na atualidade são influenciadas por múltiplos fatores, alguns com caráter vitalício como as relações de poder, o arbítrio autoritário, preconceitos e exploração econômica e outros recentes, percebidos desde o fim da Guerra Fria, nos efeitos colaterais da globalização econômica e no anti-universalismo do mundo contemporâneo (ALVES, 2014).

Um dos debates atuais gira em torno da percepção da globalização como um movimento único ou múltiplo. A grande maioria dos pesquisadores defende a existência de apenas uma globalização concebida como capitalista neoliberal. Em virtude disso, a resistência se consubstanciaria na localização auto-assumida, no sentido da reterritorialização; na promoção de economias locais, comunitárias e diversificadas, ligadas a forças exteriores, porém não a elas dependentes. Todavia, não significaria um fechamento isolacionista, mas uma proteção contra as investidas da globalização neoliberal (SANTOS, 2005, p. 72-75).

Para outros, o paradigma da localização não corresponderia à recusa do global e do translocal. Consistiria em estratégias para barrar a

globalização desenfreada e para promover soluções reais às populações. Para Boaventura de Sousa Santos (2005), há uma polarização entre globalização hegemônica e contra-hegemônica, sendo incorreto enfatizar estratégias. “Ao nível dos processos transnacionais, da economia à cultura, o local e o global são cada vez mais os dois lados da mesma moeda” (SANTOS, 2005, p. 72-75).

Segundo o autor, o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade possuem abrangência transnacional, mas estão ancorados em locais e lutas concretas. Ante a percepção do global no local, torna-se necessário possibilitar que o local também ocorra globalmente. Sugere, para tanto, o desenvolvimento de uma teoria da tradução que torne inteligíveis as diferentes lutas locais e com essa compreensão promova alianças translocais capazes de prosperar. O cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade na perspectiva da globalização contra-hegemônica lutam pelas trocas de autoridade partilhada (SANTOS, 2005, p. 72-75).

Quanto às práticas capitalistas globais, afirma que a contra-hegemonia consiste em lutas que viabilizam a distribuição democrática da riqueza. No campo das práticas sociais e culturais transnacionais, consubstancia-se na construção do multiculturalismo emancipatório, na criação de regras de reconhecimento recíproco entre a diversidade, orientando-se pela pauta que defende o direito a ser igual quando a diferença inferioriza e o direito a ser diferente quando a igualdade descaracteriza (SANTOS, 2005, p. 72-75).

Para o autor, a globalização como um fenômeno complexo e contraditório permite a atuação ambígua de suas ideologias, processos e instituições; por isso, ora a favorecem, ora a combatem. Nesse meio, os direitos humanos incitam elevada contestação, pois originam multiplicidade de normas e convenções, de abrangência regional e internacional; pluralidade de mecanismos de aplicação e fiscalização; diversas e distintas justificações para esses direitos, bem como contestações ao conceito de direito (SANTOS, 2003, p. 561-565).

SANTOS (2003) afirma que muitos os consideram instrumento de dominação ocidental, haja vista a procedência da filosofia ocidental, relacionada ao liberalismo, ao individualismo e ao mercado; constituindo, nesta senda, apoio à globalização. Enquanto afirmação da hegemonia ocidental assume várias formas, entre elas a noção de universalismo, onde os valores ocidentais mascarados de universais descartam as demais culturas e valores, segundo as necessidades da economia de mercado.

No mesmo sentido, interpreta-se o favorecimento da globalização de economias, os direitos de propriedade, igualdade, inclusão de empresas apenas como beneficiárias de direitos e não de deveres, liberdade contratual, entre outros. Com destaque, menciona-se a supremacia da interpretação dos direitos por instituições e funcionários ocidentais, que corrobora para a dualidade de critérios que permitem sua mobilização oportunista, a exemplo da classificação do Irã como estado hostil e a compreensão da Indonésia de Suharto como estado aliado (SANTOS, 2003, p. 561-565).

Já como contra-hegemonia explica que são percebidos na promoção da especificidade cultural, integrando noções de culturas diferenciais no seu regime; na expansão da compreensão de direitos como a autodeterminação, direitos dos povos indígenas, direitos das minorias e dos migrantes, entre outros, que desafiam os direitos civis e políticos orientados em prol das economias de mercado. Também assumem o mesmo teor quando estimulam a construção de redes, desenvolvem a percepção de direitos coletivos, expõem seu cumprimento tendencioso e atribuem responsabilidade aos países mais ricos, a partir dos princípios do universalismo e da interdependência. Todavia, há que se observar o fato que a “linha tênue entre emancipação e regulação oscila de acordo com a ambigüidade das parcerias, que, por razões táticas, podem combinar as iniciativas emancipatórias da luta com instrumentos de regulação social”. Por isso, a contra-hegemonia como força libertadora deve exigir o respeito aos direitos, reexaminando-os para que sejam reforçados (SANTOS, 2003, p. 561-565).

PIOVESAN (2005) menciona que a primeira fase da proteção dos direitos humanos voltou-se para a proteção geral, a qual rechaçava a diferença, embasando-se na igualdade formal. Por isso, percebe-se no instrumento a punição da lógica da destruição do outro, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça, religião. Entretanto, devido à evolução das interações, principalmente no contexto de transformações globais, o tratamento do indivíduo de modo genérico, geral e abstrato se tornou insuficiente. Em face da vulnerabilidade de determinados grupos, bem como de violações, a proteção e a resposta demandaram especialidade e particularidade.

A diferença, portanto, deixou de ser considerada deterioradora de direitos para figurar como promotora destes. Contrariando ou aperfeiçoando a noção de igualdade universal, muitas vezes apropriada pela hegemonia ocidental, surgem três vertentes que aprimoram a

percepção de igualdade: a aceção formal, na qual todos são iguais perante a lei; seu caráter material relativo ao ideal de justiça social e distributiva e seu caráter material relacionado à justiça no âmbito do reconhecimento de identidades. A justiça então desvela sua conformação bidimensional, ao exigir a redistribuição e o reconhecimento, sem os quais a igualdade não se concretiza (PIOVESAN, 2005).

Para SANTOS (2003), os direitos humanos configuram um desafio para a ideologia da globalização, pois envoltos nela desenvolvem um processo dialético de afirmação e contestação. Em linhas gerais, o referido fenômeno estimula o individualismo, a destruição de comunidades, a redução dos indivíduos a mercadorias, fundamentando-se em monopólios e hierarquias. A contrario sensu, os direitos humanos prezam a ação coletiva, a responsabilidade e a participação, a fim de assegurar entre outras garantias, a dignidade, o reconhecimento social e a segurança (SANTOS, 2003, p. 566-567).

Embora muitas vezes representem o único instrumento disponível para a reivindicação dos vulneráveis, os direitos humanos quando utilizados pela lógica hegemônica, promovem a homogeneização, a supressão de culturas. Também oferecem a liberdade de associação de comunidades para desenvolverem sua própria cultura, procurarem o reconhecimento da sua identidade e objetivos coletivos (SANTOS, 2003, p. 566-567).

Ante a dualidade de critérios, SANTOS (2003) sugere a abordagem equilibrada do quadro de direitos na perspectiva contra-hegemônica. Isso pode ser concretizado com a ênfase nos problemas mais relevantes, destacando neste meio a transversalidade dos direitos “às políticas e instituições de desenvolvimento e enfatizando as obrigações da comunidade internacional de proteger e assegurar direitos iguais para todos”, haja vista na atualidade a intensa transferência do poder de decisão a respeito de questões fundamentais para organizações internacionais e empresas transnacionais (SANTOS, 2003, p. 566-567).

Existem opiniões radicais que analisam a conjuntura como declinante em relação aos direitos humanos. Segundo essa percepção, a continuidade das violações, o ressurgimento de regimes arbitrários, seculares ou teocráticos, o terrorismo, não são fatores de descrédito, mas prova da desatenção aos preceitos, uma vez que essas situações deveriam fortalecer seu empenho. Destacam a maneira despiciente com que Estados e sociedades, tanto do ocidente quanto do oriente, estão respondendo a críticas sobre as violações por eles permitidas ou praticadas. Nesse caso,

a desatenção democrática somaria as funções de causa, consequência e sintoma do descrédito. Há fatores profundos – estruturais que afetam a credibilidade dos direitos desde meados do século XIX - e sutis, mesclados à noção de pós-modernismo (ALVES, 2012).

Entre estes, ALVES (2012) destaca o multiculturalismo essencialista pós-moderno que permeia o discurso dos direitos humanos no secretariado da ONU e entre peritos dos órgãos tratados. Esse multiculturalismo hegemônico de origem anglo-saxônica ao invés de primar pela integração das contribuições das comunidades estimula o narcisismo grupal e condena as misturas, acentuando a desigualdade na percepção das diferenças.

O autor defende que partilhando esse teor tendencioso, os direitos humanos são utilizados excessivamente, embasando de forma distorcida obrigações particularizadas, definindo práticas de denúncia e incremento de penas sem o estudo profundo de seus determinantes, estendendo conceitos contemporâneos em contextos, nos quais se tornam absurdos. “Por conta do direito à diferença, substitui a política universalista abrangente por campanhas em prol de objetivos etnoculturais”. O projeto se torna impossível, haja vista o dinamismo da criação de novas comunidades e da construção de novas identidades; o contexto que permite que a emergência de múltiplas exigências seja agregada continuamente (ALVES, 2012).

2 OS DIREITOS CULTURAIS E O DIREITO DE IMIGRAR

No âmbito cultural, REDIN (2013, p. 46-55) afirma que a complexidade exposta altera a percepção de cultura, que passa a adjetivar situações. Em síntese, essa nova acepção a entende como um recurso utilizado para tratar da diferença. Destaca que a cultura pode unir enquanto intermediário da comunicação e separar enquanto instrumento de distinção. A separação no contexto do imigrante econômico se sustenta na aculturação promovida pelas instituições burocráticas modernas, que buscam legitimar sua hegemonia, construindo uma cultura política peculiar. A desterritorialização característica da mobilidade humana a princípio pode significar “desculturalização”, porém, após, conduz à orientação e ao entendimento, haja vista que o indivíduo tende a se adaptar, a mudar. Percebe, nesse espaço, a “tendência à mescla intercultural” e à “adaptabilidade integracionista” REDIN (2013, p. 46-55).

Para SANTOS (2003), as abordagens convergem para a transdisciplinaridade, para compreender a cultura como um repertório de sentidos partilhados entre membros de uma sociedade, associado à hierarquização e à diferenciação de contextos locais e de espaços transnacionais. Constitui, portanto, um conceito estratégico, um recurso para a afirmação e reconhecimento da diferença, um campo de lutas e contradições (SANTOS, 2003, p. 28).

A estratégia moderna de classificação racional é contestada pela multiplicidade e pela articulação de campos de ação, determinantes do sentimento de ambivalência e multiplicidade de valores. Como alternativa, o autor sugere a valorização da metáfora da hibridização ou da contaminação que caracteriza o surgimento de categorias compósitas no domínio das identidades dos sujeitos, nas expressões artísticas, na compreensão tempo/espaço. Concordando com essa teoria, o híbrido conserva em graus variáveis os antecedentes dos elementos que nele se combinam, por isso, podem ser identificadas zonas de contato ou zonas de intermediação, as quais podem propiciar maior inteligibilidade ao estudo (SANTOS, 2005, p. 447).

Os direitos culturais fazem parte dos direitos humanos, portanto, são indivisíveis, universais, inter-relacionados e interdependentes. Em muitos aspectos, tornam-se fundamentais para o reconhecimento e respeito da dignidade humana, ao proteger e desenvolver diversas visões de mundo, abrangendo liberdades relativas às questões da identidade. Permitem, sobretudo, a interpretação da universalidade dos direitos humanos levando em consideração a diversidade cultural.

A relevância do aspecto cultural nos instrumentos institucionais é uma construção recente, ainda em desenvolvimento, sob o ponto de vista contra-hegemônico. Como versado nas linhas acima, a menção à cultura e à coletividade é percebida em documentos, convenções e tratados, segundo a lógica hegemônica, que mascara a profundidade dos processos sociais, bem como as articulações e intenções que a motivam assumir tal comportamento. Com efeito, o regime internacional de direitos em sua ideologia original priorizou os direitos individuais, evitando conferir direitos políticos aos grupos (SANTOS, 2003, p. 571-574).

No artigo 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, compreendido como a mais relevante disposição sobre minorias, vislumbra-se a reserva em reconhecer a existência de minorias, haja vista que os direitos se destinam a membros individuais e não a grupos. Os

próprios direitos conferidos constituem direitos negativos, uma vez que coíbem a supressão das culturas pelo estado, mas não o impõe à promoção das mesmas (SANTOS, 2003, p. 571-574).

Na atualidade, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas tem realizado interpretações mais positivas desse artigo, resumindo seu entendimento no Comentário Geral 23 de 1994, sobre os Direitos das Minorias. Neste, observa-se a preocupação com a sobrevivência e o desenvolvimento continuado de identidades culturais, religiosas e sociais; com a participação das minorias, haja vista sua íntima relação com a satisfação dos direitos culturais (SANTOS, 2003, p. 571-574).

De forma mais pontual, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas adotada em 1992, estabelece obrigações explicitamente positivas como o dever do estado com a proteção e promoção da identidade das minorias. São garantidos direitos específicos de participação: a garantia de criar e conservar suas próprias associações, a possibilidade de manter contatos com membros de outros grupos, contatos transfronteiriços e o direito de participação irrestrita no progresso e desenvolvimento econômico (SANTOS, 2003, p. 571-574).

Conforme SANTOS (2003), na perspectiva do multiculturalismo, o estado moderno voltado para o mercado, para a homogeneização, fundamentado no individualismo e na cidadania igualitária é incapaz de tratar da diversidade étnica e social tipicamente contemporânea. De acordo com essa construção, não se preocupa com as relações entre grupos e entre estes e o estado. Grupos que buscam reconhecimento da sua especificidade cultural ou social, a exemplo dos imigrantes, povos indígenas e minorias linguísticas, almejam a participação nas instituições já existentes, de maneira que suas visões e peculiaridades sejam reconhecidas e reforçadas, não assimiladas e denegridas. “A constituição moderna baseia-se no pressuposto de uma cultura homogênea, mas na prática ela foi concebida para excluir ou assimilar outras culturas e assim negar a diversidade” (SANTOS, 2003, p. 593).

O imigrante econômico, no contexto da complexidade do tratamento da diversidade étnica e social, pode ser concebido como fruto do processo de desterritorialização do mercado, de flexibilização de fronteiras orientadas por articulações do sistema econômico, de distribuição desigual e desproporcional das consequências desse arranjo (REDIN, 2013).

As motivações para o deslocamento humano não se restringem a catástrofes climáticas ou questões políticas relativas às contradições do exercício da soberania dos estados. Muitas pessoas optam por imigrar a fim de concretizar o sonho de obter melhores condições de vida para si e sua família. Todavia, deparam-se com inúmeros paradoxos refletidos nas disposições das regulamentações estatais que não se coadunam com seus princípios fundamentais. Deparam-se com sociedades que não vivenciam os ideais codificados, seguindo a lógica hegemônica que prioriza os valores mercadológicos.

Como afirma REDIN (2013), inserido no procedimento de exclusão e assimilação cultural mascarado nas disposições legais, o imigrante é enquadrado nas categorias estruturais como voluntário e regular, quando suas aspirações são compatíveis ao interesse do estado ou forçado, situação em que por princípios humanitários é assistido pelo estado de destino. Não há, portanto, previsões para a realidade da migração econômica internacional, restando para essa a clandestinidade. Para a autora, a migração econômica internacional “desvela os tradicionais dogmas que envolvem o estado, como a soberania e a governabilidade que se revelam na população e no território” (REDIN, 2013, p.34-36).

Giuliana Redin (2013) sustenta que no tratamento internacional da questão migratória pode-se reconhecer o migrante como minoria. As conferências internacionais e globais, segundo a autora, constituindo produto do sistema político-jurídico moderno, reproduzem a violência do “racionalismo procedimental” voltado para o espaço privado (REDIN, 2013, p. 82).

A autora analisa vários instrumentos normativos, dentre estes, destaca-se a *International Agenda for Migration Management* (IAMM), que reduziu a questão ao interesse nacional-regional, reproduziu o modelo tradicional de governança de privatização do público ao priorizar o controle estatal, regional e global de um fenômeno de causas altamente complexas. Em contrapartida, há referências positivas a respeito da Comissão Global de Migração Internacional (GCIM), cujo relatório estimulou a cooperação global com relação ao aproveitamento das vantagens oriundas das migrações internacionais e um tratamento “mais apropriado de suas consequências negativas”. Também enfatizou a observação pelos Estados do marco legal e normativo sobre os migrantes internacionais, com ênfase nos sete tratados básicos de direitos humanos da ONU (REDIN, 2013, p. 84-87).

Já sua remissão à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias de 1990 revela a manutenção da condição de não sujeito do imigrante econômico, sendo a previsão deste relacionada à declaração de inconveniência diante dos casos irregulares. A autora destaca a posição do relatório, que justifica a falta de ratificação devido à conferência de direitos aos imigrantes não encontrados nos tratados de direitos humanos, a não diferenciação dos imigrantes regulares e irregulares que dificultaria a introdução de programas de imigração temporária, haja vista não possuírem os mesmos direitos de outros trabalhadores (REDIN, 2013, p. 92-93).

REDIN (2013) explica que o direito de fuga ou direito de imigrar se embasa na democracia radical ou democracia em movimento, para reconhecer o migrante como sujeito tradicional, não um “código de barras, que vive em relação complexa e contraditória com a pertença, qualquer que seja a forma como está definida” (REDIN, 2013, p. 175-177). Representa uma proposta de reconhecimento jurídico e político da subjetividade do migrante, condição que compreende a mudança na noção de cidadania.

Neste sentido, propõe que seja pensada de forma conjunta a igualdade e a não integração. Para a autora, a petição de inclusão formal e o enquadramento são análogos à exclusão promovida pela clandestinidade, pois reforçam a supressão da diferença, da diversidade, da identidade. Reduzem a subjetivação do migrante aos estatutos sobre estrangeiros, à integração. Não permitem que esse seja reconhecido como imigrante, concebido como “participante de uma rede de produção que recria o espaço público para além da fronteira” (REDIN, 2013, p. 175-177).

Para GUERTECHIN (2008), esse direito específico corresponde a um apelo à solidariedade sem fronteiras, a uma cidadania universal. A opção pelo deslocamento acena para que a sociedade de origem realize reformas econômicas, políticas e sociais, que possibilitem o sustento dos seus cidadãos; da mesma forma que as sociedades de destino devem articular políticas de integração em áreas similares. Considerando a utopia da concepção liberal-igualitária sobre a humanidade, não há justificativas para limitar os migrantes, a não ser que estes reproduzam discriminações. A liberdade de migrar possibilitaria o acesso e a partilha de riquezas concentradas nos países ricos (GUERTECHIN, 2008).

REDIN (2013) assevera que o direito de imigrar como um direito humano não pode ser analisado dentro da estrutura tradicional do estado, mas “no espaço tempo das redes de produção, que constroem um espaço

público impossível de ser delimitado por fronteiras”. Constitui um “direito humano de ação política dentro do espaço público da produção”, cabendo ao estado respeitá-lo, reorganizando, inclusive, a própria instituição em função dessa nova realidade (REDIN, 2013, p. 205-206).

3 POLÍTICA DA DIFERENÇA E ECOLOGIA DOS SABERES: POSSIBILIDADES

Como exposto, a compreensão do direito humano de imigrar se insere em um contexto demasiadamente complexo, repleto de contradições, de pensamentos antagônicos. Sob a influência da globalização, os direitos humanos concebidos em sua generalidade são interpretados de forma ambígua, segundo as lógicas hegemônica e contra-hegemônica. O processo de subjetivação do sujeito, de formação de identidades usufrui do repertório múltiplo cultural, social, político e econômico para significar. As construções simbólicas encontram barreiras estruturais institucionais, mas ultrapassam as fronteiras do tempo e do espaço. Portanto, interferem e se envolvem na construção de outros eventos e dimensões, promovem consequências que devem ser consideradas. Esse é o campo típico da política das diferenças.

Para Leff (2006), a interpretação conjunta do presente e do passado de movimentos de emancipação cultural, na atualidade, contribui para novas significações ou releituras de antigas histórias, para a libertação de sentidos reprimidos ou submissos. Sendo assim, tradições podem ser ressignificadas, identidades reconfiguradas, abrindo novos caminhos na história. O ser na complexidade é pensado além de sua constituição existencial geral, da igualdade do pensamento formal e de seu eu subjetivo. O ser penetra no sentido das coletividades construídas a partir da diversidade cultural. No campo da política da diferença, no encontro de valores antagônicos de novos atores sociais, novas identidades são constituídas. Reapropriando-se do mundo em si, bem como de seus próprios mundos, são reconstituídas. A globalização implica que os processos de reconstrução da identidade relacionados à interação cultural rechacem tudo o que remeta à imutabilidade, a uma cultura sem história (LEFF, 2006, p. 296-297).

Nesse sentido, o autor esclarece que o poder é produzido em estratégias discursivas que mobilizam atores sociais em prol de seu objetivo. Os valores culturais então se embasam nos direitos humanos

para no campo do poder enfrentar os direitos do mercado. No âmbito cultural, a gama de significações diferenciadas faz com que a cultura se consubstancie em conteúdo heterogêneo. Por isso, os direitos culturais transcendem os princípios do direito positivo, voltando o ser e a diferença ao campo transdisciplinar. A diversidade, então, se converte em matéria da política da diferença e o pensamento em um campo de forças políticas. A diversidade dos valores culturais é legitimada devido à saturação produzida pela homogeneidade hegemônica. A diferença no encontro com a outridade resulta da resistência a processos como o universalismo, do confronto da racionalidade dominante com perspectivas antagônicas (LEFF, 2006, p. 311-313).

Ante ao exposto, Leff (2006) afirma que “as lutas pela diferença cultural, as identidades étnicas e as autonomias locais sobre o território e os recursos estão contribuindo para definir a agenda dos conflitos ambientais mais além do campo econômico e ecológico”. Prima-se pelo direito do ser, sobretudo, em poder dissentir dos preceitos da lógica dominante. A política da diferença encontra asilo na cultura da diversidade, não se restringindo à diferenciação de critérios e posições, mas estimulando a construção de ideais, a exemplo da possibilidade de se construir sociedades sustentáveis diferenciadas. Trata-se da proposição de uma nova racionalidade, como uma política que envolve a transformação do conhecimento e do saber em um processo de reapropriação do mundo. Esse processo induzido pelos valores de participação, diversidade e sustentabilidade permite desconstruir o “logos homogeneizante” que condiciona a transformação do mundo à perspectiva do mercado (LEFF, 2006, p. 311-313).

Para Santos (2003), no quadro de lutas da globalização hegemônica, a cultura alcança força política quando há o confronto entre a sua formação e as lógicas políticas ou econômicas que tentam submetê-la à dominação. Constitui, em vista disso, o espaço no qual a política, a cultura e a economia executam uma dinâmica inseparável. As reflexões que emergem da análise das contradições produzem novas perspectivas que tornam visíveis as formas de resistência, oposição e as alternativas que surgem em diversos locais, pertencendo ou considerando a atualidade. A interação entre os eventos permite a oposição entre as noções modernas de temporalidade e subjetividade e uma diversidade de significados resultantes das dinâmicas da própria modernidade, os diferentes tipos de resistência ou alternativas e a singularidade histórica de experiências locais (SANTOS, 2003, p. 34-41).

O autor percebe que “o cultural incorpora e dá forma a racionalidades alternativas, sem constituir sempre e em todos os pontos um campo distinto da vida social”. As formas híbridas irão se opor aos limites das definições voltadas para o estado e com isso desvelarão limitações, lacunas que até então tinham impedido o desenvolvimento de uma nova racionalidade. As lacunas são interpretadas segundo o procedimento da sociologia das ausências, o qual entende que o inexistente pode ser concebido como tal, haja vista que a não-existência pode ser produzida pela desqualificação, pela invisibilidade de determinada entidade, de forma irreversível. A produção de não-existência deriva de uma monocultura racional que deve ser superada para que se construa uma nova racionalidade (SANTOS, 2003, p. 34-41).

Como afirma o autor, essa possibilidade envolve a desconstrução das lógicas do saber e do vigor; do tempo linear; da naturalização das diferenças; da escala dominante e do produtivismo capitalista. Essas incluem o desprezo dos conhecimentos distintos do saber científico; a noção de que a história segue apenas o sentido dos países desenvolvidos; a concepção da hierarquia como uma consequência natural; a produção de categorias válidas universalmente, independente do contexto e a lógica da aceleração do trabalho, desconsiderando os ecossistemas. Frente ao ignorante, residual, inferior, local e improdutivo; a sociologia das ausências visa identificar o âmbito em que estes são produzidos, para que sejam então libertados e assim compreendidos como alternativas às experiências hegemônicas (SANTOS, 2003, p. 34-41).

A ecologia dos saberes surge nesse contexto como “uma estratégia epistemológica contra-hegemônica”, uma “contraepistemologia”, haja vista considerar injustificável todas as ideias fomentadas pelo raciocínio das ausências. É impulsionada pela globalização contra-hegemônica, por isso confere relevância ao pensamento das pluralidades e diversidades. Pautando-se pela valorização do conhecimento heterogêneo e suas interações, defende a percepção da “diversidade epistemológica do mundo”, das dinâmicas e consequentes construções simbólicas de todos os povos. Propõe a reavaliação constante das intervenções que a pluralidade de conhecimento promove, propiciando que relações sejam construídas segundo seu contexto, baseando-se em “resultados concretos pretendidos ou atingidos pelas diferentes formas de saber” (TYBUSCH, 2013, p. 248-249).

A crise epistemológica caracterizada neste texto requer o diálogo entre formas de saber e conhecimento, a emergência de uma ecologia

de saberes que promova a articulação com conhecimentos distintos sem desqualificá-los. Interpretar a diversidade de saberes aponta para que observemos suas peculiaridades. A epistemologia da diversidade é infinita, pois possui a auto-reflexividade como componente, uma auto-referencialidade que divide e organiza o mundo de formas diferentes. Toda a atividade humana recorre a uma pluralidade de conhecimentos, ainda que alguns sejam priorizados no processo de contextualização e transformação de significados (SANTOS; MENESES, 2014).

As investigações possuem hierarquias de validade, sem as quais toda a construção se tornaria inválida, pois prejudicaria o encontro das distinções; tudo seria igual, teria o mesmo valor. A descolonização do saber só é possível mediante a crítica à epistemologia dominante que credibilize os saberes que sustentam as contestações. Essa rede de compreensão resulta da democratização da ciência, da percepção de que os processos científicos são multisituacionais, considerando a relação entre esses e as capacidades cognitivas exigidas que fundamentam a cidadania ativa. A ecologia dos saberes é a posição que permite pensar a descolonização da ciência, garantindo a “igualdade de oportunidades aos diferentes conhecimentos em disputas epistemológicas cada vez mais amplas com o objetivo de maximizar o contributo de cada um deles na construção de uma sociedade mais justa” (SANTOS; MENESES, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O espaço-tempo da imigração econômica internacional impõe uma condição penosa ao estrangeiro. Para além das condições fáticas desfavoráveis que pressupõem a exclusão, o sofrimento maior se consubstancia no campo simbólico, na privação do reconhecimento de si. Despolitizado, sem a prerrogativa da participação pública e respeito a sua compreensão como imigrante econômico, vaga pelo mundo que ofende seus princípios considerados basilares para a construção da noção de humanidade.

A análise dessa conjuntura de violação de direitos humanos procura sensibilizar para a necessidade de tratar adequadamente essa consequência promovida pelo impacto da globalização. As justificativas para essa postura direcionada ao imigrante econômico, no entanto, ultrapassam as suas especificidades. Abrangem as noções de humanidade, cultura e institucionalidade; desvelam antagonismos, cuja abordagem sob

a ótica da política da diferença e da ecologia dos saberes contribui para a construção de uma nova racionalidade.

A solidificação do direito de imigrar não constitui pretensão de fácil alcance, haja vista que na perspectiva contra-hegemônica se relaciona a uma transição epistemológica. Nesta senda, não apenas contribui para a construção de uma racionalidade que supere a homogeneização, como dela necessita para efetivamente se concretizar. Como objeto da ecologia dos saberes, envolve tanto questões epistemológicas, quanto econômicas, sociais e políticas. Sobretudo, necessita da democracia e da descolonização do poder e do saber para se estabelecer.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25499-25501-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

_____. É preciso salvar os direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 86, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jun 2014.

GUERTECHIN, Thierry Linard. Direito a migrar versus a soberania dos estados à luz da ética econômica e social. **Revista interdisciplinar de mobilidade urbana**. Brasília. v.16, n. 31, 2008. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/120/112>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**. v.35, n.124. jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

REDIN, Giuliana. **O direito de imigrar: direitos humanos e espaço público**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Org. **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS. **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Reinventar a emancipação social para novos manifestos. v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. **Conhecimento de transformação social:** por uma ecologia de saberes. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27234.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Ecologia política, sustentabilidade e direito. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Org. **Direitos emergentes na sociedade global:** anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

INVESTIMENTO, SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E FALÊNCIA

INVESTMENT, SOCIETY OF PARTICIPATION ACCOUNT AND BANKRUPTCY

Cristiano Aparecido Quinaia *

Thiago Munaro Garcia **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Sociedade em Conta de Participação no Direito Brasileiro. 2 Extinção da Sociedade em Conta de Participação e o Processo de Prestação de Contas. 3 O patrimônio especial perante a falência do sócio ostensivo. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A sociedade em conta de participação se constitui em ferramenta para fomentar o mercado financeiro. Por meio dela se facilita os investimentos e a celebração de negócios com a finalidade de soerguer empreendimentos. O presente se destina a analisar a segurança jurídica que se confere ao patrimônio do sócio participante quando contrata com pessoa jurídica na condição de sócio ostensivo e sobrevenha a falência desta.

Palavras-chave: Sociedade em conta de participação. Falência. Sócio ostensivo.

ABSTRACT: *The society of participation account constitutes tool to foster financial market. Through it is facilitated investment and business celebration in order to uplift projects. This is intended to examine the legal security that gives the heritage of the participating partner when contracts with businesses in the ostensible partner status and come upon this bankruptcy.*

Keywords: Society of participation account. Bankruptcy. Ostensible partner.

INTRODUÇÃO

Entre os modelos societários a sociedade em conta de participação possui restritivo tratamento legal e, de outro lado, é um modelo informalmente utilizado para investimentos.

A dificuldade de identificação e classificação da sociedade em conta de participação na prática desafia o jurista e suscita as mais diversas questões, sobretudo quando o tema a ser solucionado implica no relacionamento com outros ramos do direito.

O presente artigo objetiva estudar uma situação obscura diante da lei e que conta com poucos precedentes no repositório dos

* Mestrando em Direito Constitucional e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, São Paulo. Professor Convidado no curso de Especialização Lato Sensu da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Advogado.

** Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, São Paulo. Professor Convidado nos cursos de Especialização das Faculdades Anhanguera Educacional e Instituto Paranaense de Ensino. Advogado.

tribunais: a imbricação da sociedade em conta de participação com a falência do sócio ostensivo.

Em tempos de economia emergente e, ao mesmo tempo, crise em alguns setores econômicos, o estudo das consequências de um processo falimentar sob o patrimônio da sociedade em conta de participação conclama o interesse da pesquisa.

Iniciando pela estruturação da sociedade em conta de participação no atual ordenamento jurídico, desenvolve-se pela apresentação do procedimento regular de dissolução, e caminha-se pela abordagem da celeuma que se instaura uma vez decretada a falência do sócio ostensivo (pessoa jurídica).

1 A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No derogado Código Comercial, a SCP - sociedade em conta de participação - estava prevista entre os artigos 325 a 328 (BRASIL, 1850) que vigeu de 1850 a 2003, com a distinção entre a responsabilidade do sócio-gerente como em sendo aquele dirigente da atividade empresarial desenvolvida.

O Novo Código Civil também foi tímido quanto à regulação deste modelo societário, dedicando-lhe apenas os artigos 991 a 996 (BRASIL, 2002), demonstrando com isso, desinteresse no desenvolvimento desta peculiar forma de alavancar negócios ou, quiçá, desconhecimento técnico aprofundado acerca da temática.

Decerto estudar e aplicar a SCP não são tarefas simples, iniciando-se com a dificuldade que assombra sua própria constituição informal não contratada e despersonalizada.

O estudo do Direito Societário se inicia com a configuração do que venha a ser a sociedade empresária em distinção à sociedade simples. Considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art.967); e, simples, as demais, conforme estatui o art.982 do Código Civil (BRASIL, 2002).

As sociedades somente serão consideradas empresárias a partir do momento em que desenvolvam atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, com o emprego de mão de obra, aplicação de *know-how*, fixação de estabelecimento e etc.

Destarte, serão consideradas sociedades simples as cooperativas, sociedades rurais, sociedades de advogados, cuja atividade explorada, embora no comércio, não se vinculem à obtenção do lucro e não se organizem na forma legalmente exigida.

Entre a divisão acadêmica que se impõe ao Direito Societário estão as sociedades personalizadas e despessoalizadas, sendo característica daquelas primeiras a possibilidade de que seu contrato ou estatuto social seja averbado perante Junta Comercial ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

O ato formal de assento do nascimento da pessoa jurídica perante a Junta ou Registro Civil lhe confere determinados atributos que a distinguem legal e juridicamente da pessoa de seus sócios, quais sejam:

a) Titularidade negocial - quando a sociedade empresarial realiza negócios jurídicos (compra matéria-prima, celebra contrato de trabalho, aceita uma duplicata etc.), embora ela o faça necessariamente pelas mãos de seu representante legal (Pontes de Miranda diria 'representante legal', por não ser a sociedade incapaz), é ela, pessoa jurídica, como sujeito de direito autônomo, personalizado, que assume um dos polos da relação negocial. O eventual sócio que a representou não é parte do negócio jurídico, mas sim a sociedade.

b) Titularidade processual – a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual. A ação referente a negócio jurídico da sociedade deve ser endereçada contra a pessoa jurídica e não os seus sócios ou seu representante legal. Quem outorga mandato judicial, recebe citação, recorre, é ela como sujeito de direito autônomo.

c) Responsabilidade patrimonial – em consequência, ainda, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, seu, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. (COELHO, 2013, p.114).

Dessa forma, os atributos que o sistema legal confere à pessoa jurídica com a sua personificação concretizam sua existência autônoma, técnica e individualizada da pessoa de seus sócios.

A personalização confere à pessoa jurídica, ainda, a necessária e exigida publicidade de sua existência, de sua composição patrimonial

e atividade desenvolvida, possibilitando que aqueles com quem venha a negociar tenham acesso ao contrato ou estatuto social.

Com o registro do contrato, estatuto ou averbação perante o cartório tem-se o nascimento da sociedade. Já a sua extinção, não se confunde com a de seus sócios, podendo ser dissolvida por diferentes caminhos.

A sociedade personificada pode se extinguir por dissolução uma vez exaurida seu objeto ou cessada a *affectio societatis* que mantinha o interesse entre os sócios, com a consequente liquidação e partilha de haveres.

A sociedade empresarial também pode sofrer extinção anômala quando se submete a alguma operação societária: incorporação, fusão, cisão, e transformação, por meio das quais passa a integrar patrimônio de outra sociedade ou desaparece para dar origem a uma nova sociedade.

Por fim, a extinção da sociedade empresarial também pode se dar pela via da falência que coloca termo à existência legal da pessoa jurídica após a liquidação de seu ativo e liquidação do passivo por meio de execução concursal regulada pela Lei n. 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

A SCP caminha na contramão: a despeito de ser empresária, não é personificada, não podendo ser registrada ou possuir denominação própria, sendo comumente denominada pela especializada doutrina como uma sociedade secreta:

Definidas as sociedades empresárias como pessoas jurídicas, seria incorreto considerar a conta de participação uma espécie destas. Embora a maioria da doutrina conclua em sentido oposto, a conta de participação, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou sociedade. Suas marcas características, que a afastam da sociedade empresária típica, são a despersonalização (ela não é pessoa jurídica) e a natureza secreta (seu ato constitutivo não precisa ser levado a registro na Junta Comercial (COELHO, 2013, p. 478).

A consequência da inexistência de atribuição da personalidade jurídica é justamente de não produzir aqueles atributos de independência e isolamento social da pessoa jurídica, fazendo com que a SCP não exista senão afora dos limites da *affectio societatis* de seus sócios, conforme expressa previsão legal:

Código Civil. Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade (BRASIL, 2002).

Pela regra a inexistência de personalidade jurídica conduziria à responsabilidade ampla e ilimitada de seus sócios diante da inexistência de especificação do patrimônio que a compõe.

Em dissertação sobre o tema, Ana Carolina Barbuio Affonso destaca a característica da internalização da SCP tal qual regulada pelo Novo Código Civil, obtemperando:

A sociedade em conta de participação é uma sociedade ‘ad intra’, visto que, nos termos do artigo 993 do Código Civil de 2002, produz efeito somente entre os sócios e, portanto, não aparece juridicamente aos olhos do público (AFFONSO, 2004, p.09).

A SCP se constitui e se prova mediante qualquer elemento. Como a legislação não lhe confere personalidade jurídica, sua existência independe da celebração de qualquer contrato entre os sócios, confira-se:

Código Comercial. Art. 325 - Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (BRASIL, 1850).

Código Civil. Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito (BRASIL, 2002).

Para a constituição da SCP exige-se a conjugação de dois sócios, ou melhor, de sócios de duas diferentes classes: sócio ostensivo e sócio participante (ou oculto), conforme assim seja possível distinguir aquele que faça o aporte financeiro e aquele que gerencie o negócio.

Os negócios não se assumem e as obrigações não são contraídas em nome da SCP, uma vez que esta não possui personalidade jurídica, mas, sim em nome do sócio ostensivo.

Assim, em relação às obrigações e negócios celebrados em nome do investimento é o sócio ostensivo que se apresenta e assume, por conseguinte, toda a responsabilidade ilimitadamente perante terceiros.

O sócio ostensivo se vincula – e vincula seu patrimônio – perante terceiros em relação aos negócios assumidos. O sócio participante aufere sua parte nos lucros, e, regra geral, não vincula seu patrimônio às obrigações contraídas pelo ostensivo:

É o sócio ou sócios ostensivos - estes em conjunto ou separadamente – que assumem, como obrigação pessoal, as obrigações da sociedade. E assim, sendo, em se tratando de responsabilidade pessoal, não há que se falar de subsidiariedade ou limitação. Os sócios ostensivos, desta forma, respondem ilimitadamente pelas obrigações que, em nome próprio, assumirem para o desenvolvimento do empreendimento comum (COELHO, 2013, p.150).

Situação distinta é a do sócio participante. Este não aparece perante terceiro, daí sua denominação de oculto uma vez que sua intervenção é meramente econômica com o aporte da quantia necessária ao desenvolvimento da atividade pela SCP.

A consequência é que o sócio participante não responde perante os credores pelas obrigações contraídas pelo sócio ostensivo, ainda que vinculadas ao exercício do negócio comum:

Os sócios participantes não mantêm qualquer relação jurídica com os credores por obrigações decorrentes do empreendimento comum. Estes credores devem demandar o sócio ou sócios ostensivos, os quais, em regresso, e nas condições do contrato, poderão voltar-se contra os participantes (COELHO, 2013, p.151).

A este respeito o Código Comercial era expresso:

Art. 326 - Na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo é o único que se obriga para com terceiro; os outros sócios ficam unicamente obrigados para com o mesmo sócio por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato (BRASIL, 1850).

Similar previsão contém também o Código Civil de 2002: “Art.991. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social” (BRASIL, 2002).

Se apenas o sócio ostensivo responde, sobreleva decifrar se ele responde com patrimônio particular ou se há, e em que medida há

envolvimento do patrimônio especial. A dúvida repousa em saber o que compõe este patrimônio especial.

A designação legal de especial refere-se à destinação específica do patrimônio para o fim de exercício da atividade da SCP, que se distingue do patrimônio individual de seus sócios, conforme destacado por Ricardo Kuperman em monografia sobre o tema:

Desta forma, a aplicação de individualização dos fundos, por meio da indicação de seu montante e da determinação de sua composição, é consequência das próprias características da Conta em Participação, que deve ser lançada em uma conta à parte na contabilidade do sócio ostensivo na Sociedade em Conta de Participação, vindo a ser resguardada essa contribuição conforme o previsto no artigo 994 do Código Civil. (KUPERMAN, 2005, p. 61).

Como a SCP não existe perante terceiros, diante da ausência de personalidade jurídica ou de qualquer publicidade, o Código Civil dispõe que a especialização do patrimônio produz efeitos apenas em relação aos sócios, cujo objeto guarda relação com os negócios sociais.

Perante terceiros quem responde é o sócio ostensivo, inclusive com seu patrimônio pessoal, sendo, portanto, ilimitadamente responsável pelas obrigações, uma vez que, diante da ausência de publicidade, o patrimônio especial e a própria SCP inexistem.

Interessante destacar que a respeito da responsabilidade e envolvimento do patrimônio especial o Código Comercial contemplava uma regra de *mea culpa*, no sentido de que haveria o envolvimento caso o terceiro tivesse conhecimento de sua existência entre os sócios oculto e participante, senão vejamos:

Art. 328 - No caso de quebrar ou falir o sócio-gerente, é lícito ao terceiro com quem houver tratado saldar todas as contas que com ele tiver, posto que abertas sejam debaixo de distintas designações, com os fundos pertencentes a quaisquer das mesmas contas; ainda que os outros sócios mostrem que esses fundos lhes pertencem, uma vez que não provem que o dito terceiro tinha conhecimento, antes da quebra, da existência da sociedade em conta de participação (BRASIL, 1850).

Para fins de delimitação em torno da problemática, a celeuma que se instala quando da falência do sócio ostensivo é o tema de maior labor

para compreensão, diante da ambiguidade da redação legal, conforme se passa a constatar.

2 EXTINÇÃO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

Se ao legislador faltou fôlego (ou interesse) para dispor sobre a responsabilidade com maior clareza, mais infeliz o foi quanto à previsão da extinção da SCP que, em previsão lacunosa e confusa, assim se fez rezar no Código Civil:

Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual (BRASIL, 2002).

A SCP não possui personalidade que deve ser desconstituída por falência ou patrimônio que possa ser reestruturado por meio de recuperação judicial, resultando em um investimento que precisa ter as contas prestadas por aquele que estava em sua posse e gerência.

E o remédio jurídico-processual para este tipo de solução é o procedimento da ação de prestação de contas por meio da qual o sócio ostensivo espontaneamente prestará as contas do exercício da SCP ou o sócio participante exigirá a condenação daquele à sua apresentação.

A finalidade da ação de prestação é o lucro produzido pela movimentação da atividade da SCP bem como se sua distribuição conforme acordo entre o sócio ostensivo e o participante, tal como destaca Vicente Greco Filho:

Para o cabimento da ação de prestação de contas é necessária a existência de vínculo, que não precisa ser contratual ou expresso, bastando que o seja de fato, em que haja autorização para recebimento de dinheiro e realização de pagamentos, ou seja, que entre as partes se admita que uma delas faça o controle de entradas e saídas (GRECCO FILHO, 2013, p.229).

Dessa feita, pelo procedimento da prestação de contas, demonstrando o sócio participante o investimento realizado em conta do sócio ostensivo bem como a gestão que este exercia, julgará o

juiz procedente o pedido para que o sócio gerente seja condenado à apresentação das contas.

A ação de prestação de contas irá apurar o encontro de contas, bem como eventual saldo credor em favor de qualquer dos sócios será desde logo executado nos próprios autos, conforme esclarece a jurisprudência:

Prestação de contas. Primeira fase. Sociedade em conta de participação constituída para a construção de um empreendimento imobiliário. Obrigação de prestar conta afeta ao sócio ostensivo, a quem atribuída a exclusiva administração da sociedade, bem como a construção e comercialização das unidades. Inequívoco direito de fiscalização pelo sócio participante. Discussão a respeito dos débitos e créditos própria da segunda fase. Sentença mantida. Recurso desprovido. (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o normal e natural é que o investimento atinja seu ápice com o cumprimento dos escopos fixados por ambos os sócios e ao final sejam as contas prestadas com a divisão das receitas e a restituição do patrimônio especial ao sócio participante.

O que a ação de prestação de contas irá apurar é o saldo produzido pela SCP, uma vez que o patrimônio especial pertence ao respectivo sócio participante, devendo a ele ser devolvido.

Salienta-se que a SCP não contrata com terceiros, não existe no plano das relações obrigacionais, ou seja, toda contratação opera-se por conta do sócio ostensivo (em seu nome), conforme destaca o escólio:

A liquidação das sociedades, especialmente a mercantil, tem fôrma solêne e específica de liquidar-se, por ser, em regra, concurso creditório; e a lei processual lhe deu rito especial em prol dos interesses de terceiros, na liquidação envolvidos. A sociedade em conta de participação, entretanto, não tem, não pode ter credores, pela razão muito simples de que ela não se obriga, não pode obrigar-se, nem tem patrimônio próprio, de modo que não seria nenhum paradoxo asseverar que ela, nas relações com terceiros, não existe. O que existe é o sócio ostensivo, pessoa natural ou jurídica, que opera sob sua firma individual ou social, ou sob sua denominação, quando a tenha. Tal negociante ou qual sociedade é que negocia, O outro, ou os outros sócios, como participantes, permanecem na penumbra. Não se compreende, por isso mesmo, a liquidação de tal sociedade por qualquer das fôrmas por quê as demais sociedades se liquidam. Mais não cabe ao sócio participante do que reclamar a sua parte nos lucros do

negócio para cuja realização se associou ao comerciante ou à sociedade. Razão é essa por quê muitos doutrinam que tal sociedade não tem natureza societária, mas simples natureza contratual, não passando de puro e simples contrato de participação de lucros em certo e determinado negócio. A liquidação da sociedade em conta de participação, em tais termos, pode resumir-se em simples prestação de contas, amigável ou judicialmente. (BULGARELLI, 1980, p. 147).

Assim, em realidade as contas são internamente prestadas na bilateral relação entre sócio oculto e ostensivo, no que diz respeito aos atos praticados, finanças empregadas e resultados obtidos.

3 O PATRIMÔNIO ESPECIAL PERANTE A FALÊNCIA DO SÓCIO OSTENSIVO

A celeuma se instala quando a SCP é celebrada entre pessoas jurídicas e o sócio ostensivo vem a acometer-se em estado de falência, emergindo a discussão acerca do destino do patrimônio especial que estava sob sua gestão bem como do saldo a ser (que deveria) apurado em ação de prestação de contas.

É imperioso que se distinga, para efeito de interpretação do dispositivo legal, o conceito de patrimônio especial (intangível) da definição de saldo (lucro) que se sujeita à falência do sócio ostensivo. Isto porque, nos termos do que preleciona o artigo 994 do Código Civil, “a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais” (BRASIL, 2002), sendo que tal patrimônio, consoante revela o § 2º do mesmo artigo, não se sujeita à falência ou recuperação judicial. Neste sentido obtempera Maria Helena Diniz:

Falência. A sociedade em conta de participação não pode ser declarada falida, pois somente seus sócios poderão incorrer em falência ou insolvência civil. Dessa forma, falindo o sócio ostensivo, dissolver-se-á a sociedade, mediante simples ação ordinária; ter-se-á a apuração dos haveres devidos aos demais sócios; liquidando-se a conta e o saldo, se houver, constituirá crédito quirografário, isto é, sem qualquer garantia”. (DINIZ, 2010, p.685).

Desta feita, o investimento aportado (na conta de participação) será restituído ao sócio participante por se revestir de caráter extraconcursal,

não sujeito ao concurso de credores, sendo que o montante a ser apurado na ação de prestação de contas como resultado (saldo, proveniente do lucro) do exercício da atividade da SCP é que deverá ser classificado como quirografário, conforme a doutrina clássica já destacava em pioneiro estudo sobre este modelo societário:

Si o sócio gerente cahe em fallencia por negocio particular, o sócio secreto é credor de toda sua quota e si verifica pela prestação de contas a que está obrigado o syndico para com o sócio secreto que os negócios da sociedade em conta de participação deram lucros, o sócio secreto tem direito a fazer valer, na falência, o crédito d'estes lucros, além do de sua quota. (SALGADO, 1913, p.137)¹.

É preciso que se entenda que o patrimônio afetado à SCP é investido para o exercício da sua atividade, porém nunca sai da esfera patrimonial do sócio participante, uma vez que é o sócio ostensivo quem responde perante terceiros e perante o próprio sócio oculto pela gestão.

O pano de fundo da SCP é alavancar os investimentos, possibilitando e incentivando o desenvolvimento da atividade econômica, já tendo o Ministro Bellizze destacado que “não se pode negar que esse tipo empresarial tem a grande utilidade econômica de facilitar a obtenção de financiamento para o desenvolvimento de atividade produtiva” (BRASIL, 2014).

Dessa forma, a interpretação conferida pela decisão hostilizada além de infirmar por completo o propósito do ‘Código Reale’ de manter a instituição da SCP como importante ferramenta para soerguer a economia, faz derruir por completo o comando legal que protege o sócio oculto/participante. Ainda, convém destacar que a Lei de recuperação judicial reza:

Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens,

¹ Tradução livre: Se o sócio ostensivo cai em falência por negócio particular, o sócio oculto é credor de toda sua cota e se verificado pela prestação de contas a que está obrigado o síndico para com o sócio oculto que os negócios da sociedade em conta de participação deram lucros, o sócio oculto tem direito a fazer valer, na falência, o crédito destes lucros, além da sua cota.

direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer (BRASIL, 2005).

Na jurisprudência são raros os casos de Falência de sócio ostensivo, situação que embora incomum, não afasta a necessidade de exploração hermenêutica e legal das possíveis soluções para recuperação do patrimônio aportado pelo sócio oculto.

No repositório de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo temos dois julgados com soluções divergentes, proferidos pelo pioneiro grupo reservado de direito empresarial.

Em um primeiro precedente, da lavra do eminente Desembargador Pereira Calças, entendeu-se que as máquinas de propriedade do sócio participante que estavam sob a posse da sócia ostensiva por ocasião da quebra, deveriam ser reivindicadas na classe de credor quirografário pelo seu equivalente monetário investido, senão vejamos:

Agravo. Falência de sociedade limitada, sócia ostensiva em contrato de sociedade em conta de participação. Decisão judicial que determina a arrecadação de todas as máquinas que integram o patrimônio social da sociedade falida. Pretensão do agravante, intitulando-se sócio participante (oculto) de liberar 50% das máquinas, sob o argumento de que são de sua propriedade. Sociedade em conta de participação que não tem patrimônio social autônomo, mas sim, patrimônio especial, ou seja, patrimônio de afetação. A falência da sociedade ostensiva acarreta a dissolução da sociedade em conta de participação e sua liquidação sob o rito da ação de prestação de contas. Sócio oculto que gerencia a sociedade em conta de participação responde solidaria e ilimitadamente pelas obrigações derivadas dos negócios em que interveio. Manutenção da decisão que ordenou a arrecadação dos bens e o depósito judicial do faturamento decorrente da atividade da sociedade em conta de participação. Agravo improvido (BRASIL, 2010).

O caso se resume a contratação de uma sociedade em conta de participação por meio da qual o sócio participante integralizou capital que foi utilizado para aquisição de sessenta e seis máquinas de autoatendimento empregadas no exercício da atividade empresarial. A Câmara confirmou o entendimento do relator para decidir ao final que como a SCP não

possui patrimônio próprio, em verdade as máquinas pleiteadas pelo sócio participante já integravam o patrimônio social da sócia ostensiva e, por conta da superveniência da falência não se enquadrariam em hipótese de restituição da coisa em si, mas, apenas da restituição do dinheiro pela via da habilitação do crédito.

Em julgado mais recente, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo exarou entendimento diferenciado, no sentido de conferir ao patrimônio especial natureza extraconcursal, conforme se confere do voto condutor do eminente Desembargador José Reynaldo, senão vejamos:

Medida cautelar. Liminar. Bloqueio de contas-correntes de sociedade empresarial submetida a recuperação judicial, mantidas nos bancos Itaú e HSBC, com proibição de baixa manual por prepostos de qualquer título bancário vinculado a esta última. Concessão mantida. Presença dos requisitos da plausibilidade do direito e do risco de dano irreparável ou de incerta reparação. Constatação, em cognição sumária, da existência de farta documentação indicativa da ocorrência de negociações entre as sociedades requerente e requerida para restabelecimento da saúde financeira desta a partir de um inicial e vultoso aporte de recursos financeiros efetuados por aquela, não restituídos em sua integralidade pela favorecida antes do ingresso de seu pedido de recuperação judicial, a sugerir veemente intenção de forçar a submissão do crédito da agravada aos efeitos da execução concursal. Agravo de instrumento desprovido, por maioria. (BRASIL, 2012).

De acordo com este entendimento o patrimônio especial aportado pelo sócio participante não se mescla ao patrimônio da sócia ostensiva para efeito de decretação de sua falência.

No caso narrado após a constituição da SCP a sócia ostensiva, ao invés de prestar contas e efetuar a distribuição dos lucros, ingressou com pedido de Recuperação Judicial, sendo reconhecido pelo Relator o intento em forçar a submissão do aporte ao processo concursal, sendo de rigor transcrever o seguinte trecho:

Aporte de recursos financeiros efetuados por esta última, não restituídos em sua integralidade pela favorecida antes desta ingressar com seu pedido de recuperação judicial, a sugerir veemente intenção de forçar a submissão do crédito da requerente agravada aos efeitos da execução concursal (BRASIL, 2012).

Assim, o patrimônio especial estaria fora do concurso de credores pois não se constitui em crédito que deva ser pago como quirografário, mas, como propriedade que deva ser restituída, nos termos do art.119 da lei de falências (BRASIL, 2005).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este patrimônio especial da SCP, em verdade, muito embora esteja sob a gestão do sócio ostensivo, jamais deixou de pertencer à propriedade do sócio participante, a quem deve ser restituído.

Não se deve imiscuir o patrimônio especial aportado pelo sócio participante com o patrimônio da sociedade oculta, mormente quando sobrevenha a falência desta, tratando-se de bens distintos, pertencentes a pessoas diversas (patrimônio especial é de propriedade do sócio participante).

A mescla do patrimônio não encontra previsão na Lei de Falência como bem que deva ser arrecadado pela massa, além de mitigar a razão de ser da SCP, qual seja fomentar a atividade empresarial desenvolvida pelo sócio participativo.

A SCP encerra-se com o procedimento da Ação de Prestação de Contas, por meio da qual será apurado o lucro produzido e sua posterior divisão aos sócios na forma contratada.

Forçoso é concluir que o patrimônio especial é o investimento aportado para a promoção do negócio com a finalidade de gerar lucro e ganho a ambos os sócios, mas jamais pode ser visto como empréstimo ao sócio ostensivo.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. **A Sociedade em Conta de Participação no Direito Brasileiro**. 2004. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2004.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Consolidação das Leis da República do Brasil de 1850**, T.11, Pág. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em 30 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 30 jan. 2016.

_____. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial**, Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 30 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação n. 0003282-19.2013.8.26.0575, Relator: Claudio Godoy. Data de Julgamento: 11 mar. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento n. 990.10.287623-3, Relator: Pereira Calças. Data de Julgamento: 19 out. 2010.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento n.º 0026018-44.2012.8.26.0000. Relator José Reynaldo. Data de Julgamento: 31 maio 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma de Julgamento. Recurso Especial 1230981-RJ, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 16 dez. 2014.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades, empresa e estabelecimento**. São Paulo: Atlas, 1980.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A falência de empresário titular de patrimônio separado**. Direito Processual Empresarial. Estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo: Campus, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Anotado**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 18.ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

KUPERMAN, Ricardo. **A sociedade em conta de participação**. 2005. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Milton Campos, Nova Lima, 2005.

SALGADO, Paulo Cavalcanti. **Das sociedades em conta de participação no direito comercial brasileiro**. Recife: Imprensa Industrial, 1913.

QUESTÕES DE DIREITO INTERNACIONAL RELACIONADAS AO CONTRATO DE SOCIEDADE E POSSÍVEIS SOLUÇÕES FRENTE À LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB

INTERNATIONAL LAW ISSUES RELATED TO ARTICLES OF ASSOCIATION AND POSSIBLE SOLUTIONS FACE OF “LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO” – LINDB

Vera Amaral Carvalho Momo *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Contratos em geral. 2 Contrato de sociedade. 3 Estudo de casos hipotéticos relacionados a conflitos de leis de ordenamentos jurídicos distintos e possíveis soluções frente às disposições da LINDB e do direito comparado – Contrato de sociedade. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Contrato de sociedade é o instrumento hábil para a consecução de diversos fins da vida social. Quando inserido no âmbito do direito internacional privado, surgem várias questões atinentes à identificação de qual direito deve ser observado para se apreciar fatos que possam interessar a mais de uma ordem jurídica. Este trabalho busca encontrar o direito a ser aplicado a relações contratuais estabelecidas entre partes de diferentes nações. Para tanto, utilizou-se como metodologia o levantamento de casos hipotéticos envolvendo partes contratuais sujeitas a leis e jurisdições diversas, para as quais serão propostas possíveis soluções, com fundamento nas normas de direito internacional, na pesquisa bibliográfica e em obras jurídicas sobre o tema, assim como na legislação do direito comparado.

Palavras-chave: Contrato. Contrato de sociedade. Direito internacional. Direito comparado.

ABSTRACT: *The articles of association is able to achieve various purposes of social life. In the context of private international law there are several issues relating to identifying which law must be seen to appreciate facts that may be of interest to more than one legal system. This work aims to find the right to apply to contractual relations between parties from different nations. For this purpose, it was used as a methodology raising hypothetical cases involving contractual parties subject to different laws and jurisdictions, to which will be possible proposed solutions based on the rules of international law, in bibliographic search and in legal works on the subject, as well as the comparative law.*

Keywords: *Contract. Articles of association. International law. Comparative law.*

INTRODUÇÃO

As partes celebram as mais diversas convenções visando determinados resultados. As causas e objetos dos contratos são muitos,

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Didática do Ensino Superior pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Graduada em Ciências Econômica pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Como citar: MOMO, Vera Amaral Carvalho. Questões de Direito Internacional relacionadas ao contrato de sociedade e possíveis soluções frente à lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-15, jan.-jul., 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

assim como os países e locais envolvidos na sua celebração. As distâncias, as fronteiras e as diversas línguas faladas pelos contratantes não são obstáculos para o encontro de vontades, mas podem ser fonte de problemas jurídicos. Nos negócios internacionais, as pessoas atravessam fronteiras e os contratos são celebrados entre partes residentes em diversos países (BAPTISTA, 2010, p.16).

Para regular as relações entre contratantes que se encontram em países diversos surge o contrato internacional, cuja importância cresce à medida que se intensifica o comércio entre as nações. A principal característica de um contrato internacional reside no fato de estar ele submetido a mais de um direito, produzindo efeitos em mais de um Estado. Essa característica distingue tal contrato das convenções submetidas apenas ao direito interno, devendo atender a situações típicas de relações comerciais entre fronteiras (BAPTISTA, 2010, p.17).

No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) contém critérios para a solução de conflitos entre leis. Tais conflitos podem surgir em diversos negócios que envolvam partes residentes em países distintos e que compreendem, portanto, ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Os critérios e princípios da LINDB determinam a lei substantiva aplicável ao fato interjurisdicional, que será a base para a solução do conflito. Muitas vezes, para reger uma relação jurídica internacional, a lei de direito privado ordena a remessa ao direito substancial estrangeiro, que passará a integrar a ordem nacional para reger um caso específico (DINIZ, 2012, p. 41-47).

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é identificar o direito a ser aplicado numa relação contratual internacional que envolva um contrato de sociedade, equacionando possíveis soluções para o conflito de leis eventualmente surgido.

O estudo será realizado por meio do levantamento de casos hipotéticos, para os quais serão propostas possíveis soluções, a partir da aplicação das normas da LINDB, do direito comparado e da pesquisa bibliográfica sobre o assunto. A legislação do direito estrangeiro citada no artigo será sempre transcrita.

Na primeira parte, o artigo abordará os contratos em geral e também o contrato de sociedade propriamente dito, identificando seus principais aspectos assim como sua natureza jurídica.

Posteriormente, serão apresentados casos hipotéticos envolvendo o tema em questão e suas possíveis soluções. Em cada caso será apresentada a posição da doutrina acerca de pontos de maior relevância.

Justifica a escolha do tema o fato de ser o comércio e as transações internacionais de suma importância para o desenvolvimento econômico de uma nação. No atual cenário da globalização econômica, entender as relações jurídicas entre contratantes estrangeiros, conhecer a legislação estrangeira e solucionar possíveis conflitos de leis constantes de diversos ordenamentos jurídicos, é fundamental para garantir a segurança jurídica necessária para atrair investimentos para nosso país.

1 CONTRATOS EM GERAL

Antes de iniciarmos a discussão do contrato de sociedade propriamente dito, achamos oportuno discorrer sobre os contratos em geral.

O contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico.

No âmbito da teoria dos negócios jurídicos, encontra-se a tradicional distinção entre atos unilaterais e bilaterais. Os primeiros aperfeiçoam-se pela manifestação de vontade de uma das partes, enquanto os segundos decorrem de acordo de mais de uma vontade para sua conclusão. Nessa última categoria enquadram-se os contratos.

Segundo Diniz (2014, p. 30), “O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato jurídico regulamentador de interesses privados”.

O fundamento de um contrato é a vontade humana, manifestada pelas partes contratantes para criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações de caráter patrimonial. Uma vez celebrado, o contrato liga as partes, estabelecendo entre elas um vínculo jurídico de caráter obrigacional.

As partes só podem desfazer esse vínculo obrigacional pela concordância de todos os interessados. O descumprimento contratual por qualquer das partes sujeita o inadimplente à reparação das perdas e danos (RODRIGUES, 2004, p.12).

Tal liame jurídico é tão forte que algumas legislações chegam a afirmar que tais convenções são verdadeiras leis entre as partes. Nesse sentido, pode-se citar o Código Civil italiano, art. 1.372, segundo o qual, o contrato tem força de lei entre

as partes e o Código Civil francês, art. 1.134, estabelecendo igualmente o caráter legal do contrato para as partes.¹

O contrato é criador de norma jurídica individual. Seu caráter jurídico depende da sua combinação com normas gerais que estabelecem sanções.

Diniz (2014, p.32) assinala que o contrato, enquanto norma jurídica negocialmente criada, “não estatui sanção, mas uma conduta cuja conduta oposta é pressuposto da sanção imposta pela norma jurídica geral, não é norma jurídica autônoma”. Considerando que o contrato é uma espécie de negócio jurídico, ele requer, para sua validade, a observância dos requisitos do art. 104 do Código Civil: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Diniz (2014, p.35-36) identifica a presença de requisitos subjetivos, objetivos e formais para a formação válida dos contratos, quais sejam:

Subjetivos: (i) existência de duas ou mais pessoas, já que o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral; (ii) capacidade das partes contratantes para a prática dos atos da vida civil, sob pena de o contrato ser nulo ou anulável; (iii) aptidão específica para contratar, haja vista que a ordem jurídica impõe certas limitações à liberdade de celebrar determinados contratos (p. ex. arts 496 e 497 do Código Civil); (iv) consentimento das partes contratantes, isento de vícios de vontade (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) e sociais (simulação e fraude). Em suma, os requisitos subjetivos tratam das partes contratantes e do encontro de suas vontades, criador do vínculo jurídico que as une.

Objetivos: (i) licitude do objeto, que não pode ser contrário à lei, aos bons costumes, à moral e aos princípios da ordem pública; (ii) possibilidade física ou jurídica do objeto, ou seja, o negócio não pode apresentar objeto físico materialmente impossível; (iii) determinação do objeto, que deve ser certo

¹ O Código Civil italiano, no art. 1.372, ao tratar da eficácia dos contratos, assim dispõe: “Art. 1.372 Il contratto ha forza di legge tra le parti.” No mesmo sentido, o art. 1.134 do Código Civil francês assim determina: “Art. 1.134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.”.

ou pelo menos determinável; (iv) economicidade do objeto, que deverá versar sobre interesse de aferição econômica ou capaz de ser convertido em dinheiro. Estes requisitos dizem respeito ao objeto do contrato ou à obrigação constituída.

Formais: são os que dizem respeito à forma do contrato. Em princípio, os contratos não exigem rigorismo de forma, sendo a simples manifestação de vontades o requisito necessário para o estabelecimento do liame obrigacional entre os contraentes. Na esfera contratual, a regra é a liberdade de forma, sendo o elemento formal uma exceção, nos casos em que a lei exige a observância de aspectos formais para a validade do negócio (CC, art. 107).

Nos contratos, em regra, há a presença de duas partes contratantes, com interesses opostos, que se compõem através de uma convenção. Às vezes, nas posições antagônicas, encontram-se mais de duas pessoas, mas haverá sempre uma só parte de cada lado, embora os sujeitos possam ser mais de dois de um lado ou de ambos os lados.

Entretanto, nem sempre o antagonismo das partes é fundamental para se configurar um contrato. Às vezes, as convenções são formadas por interesses paralelos das partes, de modo que elas se obrigam mutuamente a combinar seus recursos e esforços com vistas a um fim comum. Tal é o caso do contrato de sociedade (RODRIGUES, 2004, p. 14).

2 CONTRATO DE SOCIEDADE

O art. 981 do Código Civil brasileiro assim dispõe a respeito do contrato de sociedade: “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

Nesse tipo de acordo, há uma congregação de vontades paralelas ou dirigidas no mesmo sentido, para a obtenção de um objetivo comum. Esse aspecto distingue o contrato de sociedade dos demais contratos, nos quais os interesses das partes colidem, por serem antagônicos, e nos quais a convenção surge para compor divergências (DINIZ, 2014, p. 654).

O homem é um ser complexo que não se limita a satisfazer suas necessidades básicas. Como ser social que é, define metas e traça caminhos para alcançá-las, muitas vezes, associando-se a mais pessoas, a fim de alcançar determinados objetivos. A essa conjunção de esforços e recursos dá-se o nome de contrato de sociedade.

O contrato de sociedade é um instrumento hábil para a composição de interesses de duas ou mais pessoas que pretendam desenvolver uma determinada atividade econômica. Por meio dele, as partes podem regular direitos e deveres recíprocos, como por exemplo, a contribuição de cada uma delas para a consecução do projeto comum, a distribuição de resultados, as regras de saída da sociedade, entre outras disposições.

As partes definem a forma jurídica e o grau de comprometimento que terão ao estabelecer a sociedade. A sociedade estabelecida pode revestir-se da forma de uma pessoa jurídica (sociedade empresária). Essa forma, no entender de Coelho (2014a, p. 20):

É a forma jurídica que corresponde ao mais elevado grau de comprometimento entre dois agentes econômicos. Como pessoa jurídica, ela possui patrimônio próprio, créditos a realizar, negócios com terceiros, responsabilidades perante empregados e fisco, aspectos que não podem ser desconsiderados ao término da parceria.

Caso os sócios contratantes decidam por constituir uma pessoa jurídica para empreender uma determinada empresa, eles estarão criando um verdadeiro sujeito de direitos e deveres, dotado de personalidade própria e distinta da dos seus sócios.

Aqui cabe fazer uma distinção terminológica entre empresa e sociedade.

Requião (2003, p. 60) entende que a principal distinção é a que identifica a sociedade como o sujeito de direito e a empresa, como o objeto de direito.

Nesse entendimento, a sociedade é empresária, jamais empresa. É a sociedade quem irá exercer a atividade produtiva.

Mesma linha tem Coelho (2014b, p.23), que caracteriza a pessoa jurídica ou a sociedade com o agente econômico organizador da empresa.

No seu entender, “o adjetivo <empresária> conota ser a própria sociedade (e não seus sócios) a titular da atividade econômica”.

No Brasil, a teoria da empresa é estruturada a partir do direito italiano, construído com base na definição do sujeito enquanto titular da atividade econômica. O direito brasileiro emprega esse conceito ao definir empresário no art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e de serviços.”²

Tais considerações indicam que é incorreto considerar os sócios da pessoa jurídica os titulares da empresa, pois tal qualidade é da pessoa jurídica. Os sócios são considerados aqui como empreendedores ou investidores.

Essa sutileza terminológica tem como principal fundamento o princípio da autonomia da pessoa jurídica (COELHO, 2014b, p. 23).

A principal implicação desse princípio (e que nos importa neste trabalho), é que, em função da autonomia patrimonial da sociedade, os bens, direitos, assim como as obrigações da pessoa jurídica não se confundem com os de seus sócios. É dele que decorre a definição das partes do negócio jurídico e da questão da legitimidade processual (COELHO, 2014a, p. 23).

Uma questão polêmica envolvendo o contrato de sociedade diz respeito à natureza jurídica do seu ato constitutivo. Há duas grandes correntes, com posições antagônicas entre si. De um lado, temos a posição anticontratuísta, cujos defensores entendem que o ato constitutivo da sociedade não tem natureza contratual (REQUIÃO, 2003, p.367).

Do outro lado, a teoria contratualista, cujo maior defensor é Ascarelli (2008, p. 255), entende que os atos constitutivos da sociedade são contratos plurilaterais:

Além dos contratos bilaterais, como o contrato de compra e venda e permuta, caracterizados pela contraposição

² O Código Civil italiano define empresário como aquele que “exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou troca de bens ou de serviços”: “Art. 2.082 Imprenditore. E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

de dois pólos, ou seja, pela existência de duas partes que apresentam interesses distintos e divergentes, existem os contratos plurilaterais, como o contrato de sociedade, em que não há qualquer limitação quanto ao número de partes, na medida em que o interesse individual de cada contratante é convergente à realização de uma mesma finalidade.

Para os anticontratuálistas, a sociedade é fruto de um ato coletivo, no qual há uma verdadeira fusão de vontades individuais, destinadas à realização de um fim comum. Esse aspecto específico das sociedades não corresponderia à natureza dos contratos, nos quais as vontades das partes são antagônicas.

Entretanto, conforme lembra Rodrigues (2004, p. 14), nem sempre a posição antagônica entre as partes contratantes é fundamental para a caracterização do contrato. O contrato de sociedade é um tipo contratual no qual os interesses das partes são paralelos, sendo suas vontades voltadas à realização de um fim comum. Essa peculiaridade do contrato de sociedade não o descaracteriza como um contrato.

No mesmo sentido, Requião (2003, p. 370-371) é de entendimento de que, no direito brasileiro, não se pode desconsiderar a noção de contrato para explicar as sociedades comerciais e que o conceito de contrato bilateral não se prestaria a tal explicação. Entretanto, alerta que parte da doutrina (J.X. Carvalho de Mendonça e Afonso Dionísio da Gama) classificam as sociedades mercantis como provenientes de contratos bilaterais.

De qualquer forma, essa questão está pacificada no direito brasileiro, haja vista que nosso Código Civil aderiu à teoria contratualista de Tullio Ascarelli, como se depreende da redação do art. 981 já citado.

Mesma linha segue o Código Civil italiano, cujo art. 2.247 estabelece que “Com o contrato de sociedade, duas ou mais pessoas dão bens ou serviços para o exercício de atividade econômica comum, a fim de dividir os lucros.” Do mesmo modo, o Código Civil espanhol, art.

1.665, e o Código Civil mexicano, art. 2.688, também expressam o caráter contratual da sociedade.³

Lembramos que existe uma distinção entre sociedades contratuais e institucionais. As sociedades contratuais são aquelas constituídas por um contrato entre os sócios, ou seja, o vínculo entre eles estabelecido é de natureza contratual. Assim, os princípios do direito contratual são aplicados a esse tipo de relação (por exemplo, uma sociedade limitada, art. 1.052 do Código Civil).

Existem também sociedades chamadas institucionais, para as quais os princípios da teoria dos contratos não é amplamente aplicável (por exemplo, uma sociedade anônima).

Neste trabalho, referimo-nos às sociedades do primeiro tipo, qual sejam, às sociedades contratuais, dada a aplicação da teoria dos contratos para reger as relações dos sócios entre si e destes em relação à sociedade, além da presença do *affectio societatis*.

3 ESTUDO DE CASOS HIPOTÉTICOS RELACIONADOS A CONFLITOS DE LEIS DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS DISTINTOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES FRENTE ÀS DISPOSIÇÕES DA LINDB E DO DIREITO COMPARADO – CONTRATO DE SOCIEDADE

A LINDB trata de normas sobre a aplicabilidade das leis em geral. O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo o modelo alemão, manteve a matéria numa lei introdutória (Decreto-Lei 4.657/1942, com a redação dada pela lei 12.376/2010). É um verdadeiro *direito coordenador do direito* (DINIZ, 2012, p. 22).

A LINDB contém normas de direito internacional, voltadas à solução de conflitos de leis, advindos de negócios de entes de países diversos. Para solucionar as inúmeras situações jurídicas que surjam e que

³ De acordo com o Código Civil italiano: “Art. 2.247 Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili.” O Código Civil espanhol assim expressa: “Art. 1.665 La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.” O Código Civil mexicano assim determina: “Art. 2.688 Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.”.

interessem a mais de uma ordem jurídica, a resposta a duas questões são de fundamental importância:

Qual o juízo competente para solucionar a demanda?

Qual a lei aplicável ao caso?

A resposta à primeira questão diz respeito à competência do Estado para decidir a lide. Após estabelecida a competência, passa-se à segunda questão, que será respondida pela verificação da lei aplicável ao caso (DINIZ, 2012, p.33).

Isso posto, levantaremos alguns casos hipotéticos envolvendo conflitos que interessem a mais de uma ordem jurídica, indicando possíveis soluções.

Primeiro caso hipotético. Dois sócios, um brasileiro e outro espanhol, ambos domiciliados no Brasil, decidem celebrar um contrato de sociedade com vistas a empreender determinada empresa no Brasil, por meio da constituição de uma pessoa jurídica em nosso país (registrada no Brasil). O sócio espanhol é também administrador da pessoa jurídica.

É ingressada no Brasil uma demanda questionando a capacidade jurídica do sócio espanhol para a prática dos atos de gestão.

Pergunta-se: (1) Qual o foro competente para resolver o caso? Será competente a autoridade brasileira ou a competência será da autoridade estrangeira? (2) Qual a lei aplicável ao caso em questão?

Considerando que a lide é processada no Brasil, é a lei brasileira que vai determinar quem tem competência para decidir a controvérsia e o procedimento aplicável. Neste caso, aplica-se o princípio da territorialidade, haja vista que se trata de norma de cunho processual.

De acordo com o caput do art. 12 da LINDB, “é competente a autoridade brasileira, quando o réu for domiciliado no Brasil ou aqui tiver que ser cumprida a obrigação”.

Respondendo à questão (1), considerando o exposto e que no caso em análise o réu é domiciliado no Brasil, a autoridade brasileira será a competente.

Entendemos que nesse caso a competência da justiça brasileira não é obrigatória, pois não se trata, por exemplo, de ação relativa a imóveis situados no Brasil, podendo as partes convencionar de outra forma, excluindo a competência da justiça brasileira.

No nosso caso, vamos considerar que as partes nada convencionaram a respeito, sendo competente a autoridade brasileira, nos termos do caput do art. 12 da LINDB.

Quanto à lei aplicável ao caso, há que se considerar dois aspectos: a capacidade jurídica do sócio estrangeiro enquanto administrador da pessoa jurídica e a capacidade da própria pessoa jurídica, já que o administrador a representa, praticando atos de gestão, combinando-se a norma do art. 7º caput, com a do artigo 11 da LINDB.

De acordo com o art. 11 da LINDB, “as organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”.

Assim, será com base na lei do local da constituição da sociedade que se avaliará sua personalidade. No exemplo em análise, a pessoa jurídica foi constituída e registrada no Brasil. De acordo com o art. 985 do Código Civil brasileiro, “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)”.

Considerando que nosso caso envolve uma questão relacionada à capacidade de uma pessoa (no caso, uma pessoa espanhola), será também aplicável o art. 7º da LINDB, que determina que no Brasil os direitos pessoais são disciplinados pela lei do domicílio (*lex domicilii*), conforme segue: “Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

No Brasil, o princípio domiciliar é o critério de conexão para determinar a lei aplicável a questões que envolvam o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. Dessa forma, considerando que o sócio espanhol é domiciliado no Brasil, será aplicada a lei brasileira.

O México também adota o critério do domicílio para determinar os direitos da personalidade e capacidade (art.13, II, do Código Civil mexicano).⁴

⁴ O art. 13, II, do Código Civil mexicano, dispõe sobre a direito aplicável ao estado e à capacidade das pessoas físicas: “Art. 13. II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio.”.

Há países em que o critério de conexão é o da nacionalidade, como por exemplo, a lei pessoal italiana.⁵

Diniz (2012, p. 232) considera que o critério da nacionalidade, “por ser político, convertendo a pessoa em súdito permanente de um Estado, traz problemas, pois, se a pessoa tiver várias nacionalidades, o juiz local dará prevalência a uma delas ou fará uso da *lex domicilii* para decidir a causa”. Outra situação apontada como geradora de problemas é aquela em que a pessoa é apátrida. O critério da *lex domicilii*, atualmente vigente no Brasil, atende mais adequadamente aos interesses de um país de imigração, onde o afluxo de estrangeiros é considerável. A integração mais fácil do estrangeiro à vida nacional responde mais adequadamente às demandas de um mundo globalizado, com constante fluxo de pessoas, de bens e de capital.

Diniz (2012, p. 244-245) faz a distinção entre capacidade de direito ou de gozo da capacidade de exercício ou de fato. A primeira refere-se à “aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair obrigações”. A segunda é a “aptidão de exercer por si os atos da vida jurídica, dependendo, portanto, do discernimento”. Saliencia que grande parte dos autores entende que é a capacidade de exercício que se submete ao art. 7º da LINDB, ou seja, à lei pessoal.

A jurista, faz referência ao art. 27 do Código de Bustamante para defender a posição de que o art. 7º da LINDB abrange tanto a capacidade de direito quanto a de exercício, sendo a *lex domicilii* competente para regê-las, subordinada às restrições de ordem pública (2014, p. 246).⁶

No mesmo sentido, Baptista (2010, p. 91) observa que, apesar de parte da doutrina brasileira distinguir entre capacidade de direito e de fato na aplicação da *lex domicilii*, o art. 7º da LINDB não faz qualquer distinção, o que levaria ao entendimento de que tal dispositivo seria aplicável a ambos os casos, sob a reserva da ordem pública.

⁵ Na Itália, as relações de direito internacional privado são reguladas pela Lei n.º 218/95. A capacidade jurídica da pessoa física é tratada no art. 20: “Art. 20 Capacità giuridica delle persone fisiche. 1. La capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale. Le condizioni di capacità, prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto, sono disciplinate dalla stessa legge.”

⁶ O Código de Bustamante (promulgado pelo Decreto n. 18.871/29), art. 27, submete à lei pessoal tanto a capacidade de exercício como a de direito, sem fazer distinções: “Art. 27 A capacidade das pessoas individuais rege-se pela sua lei pessoal, salvo as restrições fixadas para seu exercício, por este Código ou pelo direito local.”

Explorando mais o caso proposto. Suponhamos que em nosso caso a demanda seja ingressada na Espanha, perante a autoridade espanhola, e que a pessoa jurídica tenha nacionalidade espanhola. Nesse caso, seriam aplicáveis os arts. 9º (1) combinado com o art. 9º (11) do Código Civil espanhol.

Aplica-se a lei da Espanha. O art 9º.1. e 11. do Código Civil espanhol determinam que a lei pessoal das pessoas físicas e das pessoas jurídicas é determinada pela sua nacionalidade.⁷ Como a nacionalidade do sócio e da pessoa jurídica é espanhola, mesmo que o sócio seja domiciliado no Brasil, será aplicável a lei da Espanha.

Segundo caso hipotético. Dois sócios, um italiano e outro brasileiro, celebram contrato de sociedade para o desenvolvimento de determinada atividade, sem a constituição de uma pessoa jurídica (ou seja, não há uma pessoa jurídica empresária para empreender a atividade objeto do contrato). O contrato é celebrado na Itália e o sócio italiano é domiciliado na Itália.

Surge, no Brasil, uma lide relacionada ao contrato de sociedade celebrado e à capacidade do sócio italiano para contratar.

De acordo com a lei brasileira, quanto à forma, as obrigações convencionais regem-se pelo local onde se originaram, por força do art. 9º da LINDB que assim dispõe: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se- a lei do país em que se constituírem.”

O lugar da assinatura do contrato entre presentes não apresenta dificuldades (art. 9º, caput, da LINDB). Já os contratos celebrados à distância, a partir de uma oferta, podem trazer algumas dificuldades quanto à identificação da lei aplicável.

O §2º do art. 9º da LINDB trata do contrato celebrado entre ausentes: “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que reside o proponente”.

⁷ O art. 9º. 1. e 11. do Código Civil espanhol, que trata das normas de direito internacional privado, assim dispõe: “Art. 9º.1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior. .11. La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.”

Nesses casos, há que se identificar de qual contratante partiu a oferta. É o exame do caso concreto que irá dizer em que momento consultas, tratativas, ou um mero interesse, passaram para a afirmação da vontade de contratar (BAPTISTA, 2010, p. 108).

A *lex loci conclusionis* apresenta outras dificuldades, pois o lugar da conclusão do contrato pode ser fortuito. O negócio pode ser “fechado” em um avião, em pleno voo, ou em alto mar. Pode acontecer ainda de a parte manifestar sua vontade no estrangeiro sem se dar conta disso, caso em que não se deveria levar em conta a regra de conexão em questão, pois se estaria operando a despeito da vontade da parte (BAPTISTA, 2010, p. 109).

Dessa forma, as circunstâncias assim como outros elementos presentes quando da manifestação de vontade das partes devem se levados em consideração na interpretação da lei aplicável. No caso, se os contratantes (o italiano e o brasileiro), escolheram livremente a Itália como o local a ser firmado o contrato, quanto à forma, o mesmo será regido pelas normas italianas.

No Brasil, a questão da lei aplicável aos contratos é tema de controvérsias na doutrina.

Segundo Diniz (2012, p. 325), o art. 9º da LINDB é cogente, não podendo as partes alterá-lo. No âmbito dos contratos internacionais a autonomia da vontade consiste na liberdade contratual dentro das limitações legais, não havendo liberdade de escolha da lei de regência do contrato pelos contratantes. Entretanto, considera possível a livre manifestação das partes nessa seara se ela for admitida pela lei do local do contrato (*lex loci contractus*).

Para Araújo (2008), a questão da escolha da lei aplicável aos contratos não é tratada com clareza em nossa legislação, havendo incerteza quanto à previsibilidade de que as escolhas dos contratantes serão aceitas pelos tribunais. Aponta a jurisprudência como vacilante em matéria de uso de conceitos mais modernos e universais de direito internacional.

Valladão, citado por Baptista (2010, p. 111), privilegia a autonomia da vontade, entendendo que a regra do art. 9º só se aplica se não houver escolha de outra lei pelas partes. Lembramos que a “Quinta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado” (Cidip V), realizada no México em 1994, a qual elaborou o projeto da convenção sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, permite de forma expressa a autonomia da vontade dos contratantes.

Para os contratos regidos pela convenção, aplica-se a regra da autonomia da vontade das partes quanto à escolha da lei aplicável ao contrato, admitida a “*dépeçage*”, ou seja, a lei escolhida pode ser aplicada a parte do contrato. Na falta de escolha da lei aplicável, recomenda-se seja aplicada a lei com que o contrato apresente relações mais estreitas (BAPTISTA, 2010, p. 114).

Tal convenção não foi ratificada pelo Congresso Nacional brasileiro, não estando, portanto, em vigor em nosso país.

Araújo (2008) assinala que a doutrina posicionou-se a favor da ratificação da Convenção pelo Brasil e observa que a legislação brasileira sobre o assunto é obsoleta. A adoção da Convenção do México traria maior alinhamento da legislação brasileira com as existentes em países que participam mais ativamente do comércio internacional.

Quanto à capacidade da parte (sócio italiano), de acordo com a lei brasileira (pois a ação foi ajuizada no Brasil), o critério de conexão para reger a capacidade da pessoa física será a *lex domicilii*. No caso, será aplicável a lei italiana, local do domicílio do sócio italiano.

Lembramos que, para a lei pessoal italiana, o critério de conexão é o da nacionalidade, haja vista que, de acordo com a legislação italiana, o estado civil e a capacidade pessoal, assim como a existência e o conteúdo dos direitos da personalidade, incluindo o direito ao nome, são regidos pela lei nacional do sujeito em causa. Entretanto, como o caso é regido pela lei brasileira, aplica-se como critério de conexão para reger a questão da capacidade a *lex domicilii* prevista no art. 7º da LINDB.

Determinada a aplicação de uma lei estrangeira no Brasil (no nosso exemplo será aplicável a lei italiana), uma outra questão se coloca, qual seja, a de averiguar se a lei estrangeira ofende a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, nos termos do art. 17 da LINDB, segundo o qual, “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

Portanto, no Brasil, a lei estrangeira não será observada se ela for incompatível ou ofender o direito público ou particular do Estado, nos seus pilares básicos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Acórdão proferido em 25.2.2015, emitiu entendimento de que o art. 7º da LINDB

não pode ser lido isoladamente, mas sim, interpretado com base no disposto no art. 17 do mesmo diploma legal (TJSP, 2015).⁸

O México é outro exemplo de país que restringe a aplicação do direito estrangeiro quando contrário aos princípios fundamentais do direito mexicano e à ordem pública nacional.⁹

Vamos analisar outro caso de aplicação das regras da LINDB, envolvendo os arts. 11 e 9º da lei.

Dois sócios, um brasileiro e outro português, celebram um contrato de sociedade para desenvolver determinada atividade no Brasil, mediante a constituição de uma pessoa jurídica registrada no Brasil. Após alguns anos de funcionamento, a sociedade é resolvida pelas partes, com consequente dissolução da pessoa jurídica.

O sócio português questiona a respeito da apuração dos haveres da sociedade, quando da liquidação dos ativos e passivos.

A ação de execução é ajuizada no Brasil, em face da sociedade e do liquidante.

Diante do exposto, surgem as seguintes questões: (1) Qual o foro competente para resolver o caso? Será competente a autoridade brasileira ou a *lex fori* considera competente a jurisdição estrangeira? (2) Qual a lei aplicável ao caso em questão?

Primeiramente, considerando que a lide processa-se no Brasil, é a lei brasileira que vai determinar quem tem competência para decidir a controvérsia.

De acordo com o caput do art. 12 da LINDB, “É competente a autoridade brasileira, quando o réu for domiciliado no Brasil ou aqui tiver que ser cumprida a obrigação.”

⁸ Trata-se de Acórdão proferido em Agravo de Instrumento, nos autos de ação de investigação de paternidade envolvendo réu de cidadania e domicílio portugueses. Na decisão acerca de qual legislação deveria ser aplicada ao caso concreto, considerou-se que a LINDB não poderia ser interpretada “aos pedaços”, mas sim, levando-se em conta os princípios da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, moral e da política que orientam a respetiva legislação (TJSP, 2015).

⁹ Segundo o Código Civil Mexicano: “Art. 15 No se aplicará el derecho extranjero: I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.”

No exemplo, o réu é domiciliado no Brasil. Dessa forma, respondendo à primeira questão, será competente a autoridade brasileira, que procederá à análise de sua legislação a fim de determinar os elementos de conexão aplicáveis ao caso.

Entendemos que, nesse caso, a competência da justiça brasileira não é obrigatória, pois não se trata de ação relativa a imóveis situados no Brasil, podendo as partes convencionar de outra forma, excluindo a competência da justiça brasileira.

No nosso caso vamos considerar que as partes nada convencionaram a respeito, sendo competente a autoridade brasileira, nos termos do caput do art. 12 da LINDB.

Vale lembrar que a pessoa jurídica devidamente registrada no órgão competente tem personalidade própria, distinta da dos seus sócios. É sujeito de direitos e obrigações, podendo comparecer em juízo, etc. A pessoa jurídica dissolvida não perde por completo sua personalidade. Conserva-a na fase de liquidação de haveres, podendo, portanto, praticar os atos necessários ao atendimento da liquidação.

Respondendo à segunda questão, aplica-se a regra do caput do art. 11 da LINDB, segundo a qual “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.”

A norma acima considera que questões envolvendo assuntos relacionados à constituição, o funcionamento e a dissolução da sociedade são resolvidas mediante a aplicação do direito vigente no local da constituição da pessoa jurídica.

No caso, a sociedade foi constituída e inscrita no registro próprio, segundo as leis brasileiras, adquirindo personalidade jurídica nos termos do art. 985 do Código Civil brasileiro. Assim, a dissolução obedecerá às leis brasileiras (arts. 1.033 e seguintes do Código Civil brasileiro).

Questiona-se: a solução seria diferente se a sociedade fosse constituída e registrada no Brasil, mas o exercício da atividade se desse em outra localidade, como por exemplo, Portugal?

Mesmo nesse caso a dissolução da sociedade obedeceria à lei do Estado de sua constituição (Brasil), pois o art. 11 não faz uma exceção nesse sentido, e não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distinguiu.

Para efeito de comparação, o Código Civil de Portugal estabelece que na dissolução de pessoa jurídica (*pessoa colectiva*), aplica-se a lei

pessoal do Estado onde se encontra situada a sede principal e efetiva da sua administração (art. 33).¹⁰

Finalizamos este trabalho dizendo que os contratos ocupam um lugar importante nas relações sociais. São eles instrumentos para concretizar os mais diversos negócios entre os indivíduos, a fim de suprir suas necessidades e atender seus objetivos, os quais, como se sabe, não se limitam aos bens materiais.

O contrato de sociedade pode ser visto como instrumento para consecução dos mais diversos empreendimentos almejados pelos indivíduos sendo importante propulsor do desenvolvimento nacional.

Nesse contexto, convém lembrar dois princípios que se destacam na teoria dos contratos. O primeiro é o da autonomia da vontade. A livre manifestação da vontade das partes é imprescindível para a formação do vínculo contratual. Entretanto, em qualquer relação contratual, seja doméstica ou internacional, a autonomia da vontade sofre limitações da ordem pública, da soberania nacional e dos bons costumes.

A intervenção estatal limita a autonomia da vontade, ante a função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais (art. 421 do Código Civil). Ressaltamos que a função social do contrato limita, mas não elimina o princípio da autonomia da vontade. Seu alcance é apenas reduzido ou atenuado com vistas ao bem comum.

Outro princípio de suma importância em qualquer contrato nacional ou internacional é o princípio da boa-fé. Segundo esse princípio as partes devem agir com honestidade, lealdade, probidade e confiança recíprocas, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas. O interesse visado é o interesse social de segurança nas relações jurídicas. Está previsto no art. 422 do Código Civil.

¹⁰ O Código Civil português, art.33, assim dispõe: “(Pessoas colectivas)1. A pessoa colectiva tem como lei pessoal a lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efectiva da sua administração.2. À lei pessoal compete especialmente regular: a capacidade da pessoa colectiva; a constituição, funcionamento e competência dos seus órgãos; os modos de aquisição e perda da qualidade de associado e os correspondentes direitos e deveres; a responsabilidade da pessoa colectiva, bem como a dos respectivos órgãos e membros, perante terceiros; a transformação, dissolução e extinção da pessoa colectiva”.

O princípio da boa-fé está previsto no Código Civil espanhol (art. 1.258) e italiano (art. 1.375).¹¹

A prática internacional reconhece a necessidade da boa-fé nos contratos, que deve servir como regra de conduta para as partes além de ser instrumento de interpretação contratual. A boa-fé deve ser analisada tendo em vista as características sociais e culturais de cada Estado contratante, pois suas regras se concretizam de modo diferente em cada país (BAPTISTA, 2010, p. 152).

Em razão disso, a boa-fé do sócio da pessoa jurídica deve ser apurada levando-se em conta também as circunstâncias específicas da sociedade e do ambiente no qual se insere. Deve-se levar em conta que essa pessoa jurídica é, como o próprio nome diz, uma pessoa, dotada de deveres e direitos na esfera jurídica, diante da qual o sócio tem deveres legais.

Os efeitos dos atos da sociedade, assim como os dos sócios, são abrangentes, como por exemplo, trabalhistas, ambientais, fiscais, dentre outros, em razão dos quais os sujeitos encontrarão restrições à liberdade de contratar, haja vista que se trata de questões de ordem pública.

Assim, ao celebrar um contrato de sociedade, cada sócio deve exercer seus direitos levando em consideração também os direitos da companhia e as particularidades do país em que ela atua.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato é um dos institutos mais antigos da história da civilização. Está presente na vida social há séculos e acompanha as transformações sociais, adaptando-se a elas.

Wald (2000, p. 194) entende que nos últimos anos a doutrina assim como a jurisprudência não mais tem concebido o contrato como decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando a reconhecer a existência de um *affectio* na sua constituição. Ao invés de adversários, os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, inseridos numa relação equilibrada, com vistas a um fim comum.

¹¹ O Código Civil espanhol assim dispõe: “Art. 1.258 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.” O Código Civil italiano assim dispõe: “Art. 1.375 Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.”.

Tal característica está especialmente presente no contrato de sociedade, distinguindo-o dos contratos em geral. Seu traço mais evidente é ser ele caracterizado por uma união de vontades, dirigidas para o exercício de uma determinada atividade econômica ou para um fim comum, numa relação de direitos e obrigações recíprocos.

Os contratos internacionais, inclusive os de sociedade, ganharam especial importância após as guerras mundiais do século XX, as quais trouxeram substancial aumento do comércio internacional de bens e serviços e de investimentos recíprocos entre as nações (WALD, 2000, p. 192).

Nos últimos anos, lembra o jurista, com a transformação verificada na concepção do contrato, passa a ganhar força sua função social, prestigiando-se cada vez mais a boa-fé e o equilíbrio contratual, abandonando-se, cada vez mais, a conceituação do contrato como manifestação ilimitada da vontade individual.

Segundo Diniz (2014, p. 42) o princípio da autonomia da vontade é um princípio de suma relevância no direito brasileiro. Entretanto, tal princípio vem sendo relativizado pela supremacia da ordem pública e pela função social do contrato, a qual está positivada em nosso ordenamento jurídico no art. 421 do Código Civil.

A função social do contrato guarda relação com outro princípio geral do direito contratual, qual seja, o princípio da boa-fé dos contratantes (CC, art. 422), pelo qual é privilegiada a lealdade e a confiança recíproca das partes, em prol do interesse social de segurança nas relações jurídicas (DINIZ, 2014, p. 54).

A tendência atual de privilegiar-se a ordem pública e a função social dos contratos encontra guarida na legislação que trata da aplicação da lei estrangeira no Brasil (LINDB, art. 17).

Segundo a norma, na aplicação de uma lei ou sentença estrangeira em nosso território, em um caso concreto, o órgão judicante deverá averiguar se seus efeitos não ofendem nossa soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes, ou seja, se não contrariam a ordem social.

O princípio da boa-fé, positivado em nosso direito, também é reconhecido na prática internacional, devendo ser observado em todas as fases contratuais, desde a fase das negociações, quando da celebração do contrato, até a fase pós-contratual.

O contrato de sociedade é instrumento hábil à consecução dos mais diversos empreendimentos econômicos definidos pelas partes, cujo fundamento encontra-se no princípio da autonomia da vontade.

Os Estados têm suas políticas públicas próprias, cuja finalidade é assegurar a ordem social. Há que se evitar a edição de normas que injustificadamente cerceiem a iniciativa individual e a liberdade de contratar, o que configuraria uma intervenção indevida do Estado na esfera privada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia; JACQUES, Daniela C. **Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil**. São Paulo: Revista trimestral de direito civil, v. 34, p. 267-280, 2008.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quórum, 2008.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas de direito brasileiro. Brasília: Diário Oficial da União, 1942. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 1º fev. 2016.

_____. **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929**. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana (Código de Bustamante). Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1929. Disponível em < <http://www.advogado.adv.br/legislacao/bustamante.htm>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Câmara. **Agravo de Instrumento nº 2223272-20.2014.8.0000**. Relator J.L Mônaco da Silva. Acórdão de 25.2.2015. e-JTJ. Revista Eletrônica de Jurisprudência do TJSP, 2015. Disponível em: <<http://buscador.tjsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=default&docId=4925ae05c4767f4340210d87ee910f2cd4bf9db7&fieldName=cachedownloader?collection=default&docId=4925ae05c4767f4340210d87ee910f2cd4bf9db7&fieldName=Visualizar&extension=bht.zip#q=Lindb>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, vol. 2, 18.ed.São Paulo: Saraiva, 2014b.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 3, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julho de 1889**. *Código civil. Boletín oficial del Estado*, Madrid, 1889. Disponível em < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

EUROPEAN COMMISSION. **European judicial network in civil and comercial matters**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/index_pt.htm>. Acesso em: 29 jan. 2016.

FRANÇA. **Code civil des français**. *De l'imprimerie de la Republique*, Paris, 1804. Disponível em < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f7.item>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

ITALIA. **Regio Decreto n. 262, 16 marzo 1942**. *Il Codice Civile Italiano. GU n.79, Roma, 1942*. Disponível em < <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.regio:1942-03-16;262!vig=>>>. Acesso em: 25 jan.2016.

MÉXICO. **Decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928**. *Código civil federal. Diario Oficial de la Federación, México,DF, 1928*. Disponível em < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 47 344,de 25 de Novembro de 1966**. *Código civil português. Diário do Governo, Lisboa, 1966*. Disponível em < <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-civis/codigo-civil>>. Acesso em 30 jan. 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 14.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

EFICÁCIA IMEDIATA DA LEI N° 10.303/2001 AOS ACORDOS DE ACIONISTAS

IMMEDIATE EFFECTIVENESS OF LAW 10,303, 2001 TO SHAREHOLDERS OF AGREEMENTS

César Augusto Carra *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Lei n. 10.303/2001: Retrospectiva histórica. 2 Proposta de releitura da jurisprudência do STF. 3 Da eficácia imediata da lei n. 10.303/2001 sobre *facta pendencia*. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: Este artigo aborda a eficácia imediata das alterações produzidas nos §§ 8° e 9° do art. 118 da Lei de S.A, pela Lei n° 10.303/2001, no tocante aos acordos de acionistas celebrados antes de sua vigência. Citando as teorias do direito intertemporal, propõe a releitura de um dos principais precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, intangibilidade do ato jurídico perfeito, demonstrando que, a despeito dos termos empregados na Constituição e na da LINDB, a legislação abriu-se no sentido de admitir a teoria objetivista. Distinguindo retroatividade de efeito imediato e considerando a tramitação da Lei n° 10.303/2001, expõe que as inovações da Lei n° 10.303/2001 podem ser imediatamente aplicadas aos acordos celebrados antes de sua vigência, prescindindo de ratificação, sem que se tenha por descumprida a garantia da intangibilidade do ato jurídico, não se estando a contrariar o ajustado.

Palavras-chave: Acordo de Acionistas. Eficácia imediata. Lei n° 10.303, de 2001. Princípio da irretroatividade. Ratificação.

ABSTRACT: *This article will address the immediate effectiveness of the changes produced in §§ 8° and 9° of art. 118 of the Corporation Law, by the Law n° 10,303/2001, with regard to shareholders' agreements concluded before its term. Citing the theories of intertemporal law, propose the rereading of one of the main precedents of the Supreme Court about the theme matter, intangibility perfect legal, demonstrating that despite the terms used in the Constitution and in the LINDB, the legislation opened up to admit the objectivist theory. Distinguishing retroactivity of immediate effect and considering the processing of Law 10,303/2001, which will expose the innovations of Law 10,303/2001 can be immediately applied to agreements entered into before its term, dispensing with ratification, without having to breached the guarantee of the inviolability of the legal act, not being contrary to the set.*

Keywords: *Shareholders' Agreement. Immediate effectiveness. Law n° 10,303, 2001. Principle of irretroativity. Ratification.*

INTRODUÇÃO

Em um ambiente de mercado cada vez mais competitivo e complexo, onde se agiganta a atividade empresarial, os atores econômicos

* Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Pós-Graduado lato sensu em Direito Empresarial pela Faculdade Getúlio Vargas (FGV). Advogado.

procuram cada vez mais formas alternativas de resolução de conflitos, dando preferência a mediação ou a arbitragem.

Impelidos por questões técnicas, e racionais, bem como conscientes dos problemas correlatos à morosidade quase crônica do Poder Judiciário nacional, os anseios dos agentes econômicos não passaram despercebidos junto ao Congresso Nacional.

Editando a Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, e que efetuou significativas modificações na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações saber), o legislador ordinário previu novo mecanismo para a resolução de divergências no âmbito empresarial, qual seja, a vinculação dos contraentes ao acordo de acionista entabulado junto à companhia.

Conferindo ao Presidente da Assembleia ou do órgão colegiado da companhia a prerrogativa de não computar o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado, por mais que tenha sintonizado às companhias as tendências mundiais mais modernas, ainda remanesce uma questão a saber acerca da amplitude das disposições insertas pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, notadamente com relação aos acordos de acionistas celebrados antes de sua vigência.

É nesse sentido que, valendo-se do método dialético, este artigo, analisando o histórico da tramitação legislativa da referida lei, bem como o desiderato nela plasmado, tentará solucionar a controvérsia existente entre a retroatividade, ou não, de suas disposições, notadamente quando considera tema relevante sob a perspectiva de uma linha do programa de pós-graduação, qual seja, Direito, Mercado e Relações Internacionais.

Feitos esses prolegômenos, e ainda na etapa prodrômica, apenas para orientar o leitor é importante frisar, para não se dizer repisar que, oriunda do Projeto de Lei (PL) 3115/1997, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB/PR), a Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, alterando vários dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), teve por objetivo atualizá-la e modernizá-la as tendências legislativas vigentes à época de sua edição.

Tida por alguns doutrinadores como a principal e mais importante modificação da Lei nº 6.404/1976, a Lei nº 10.303/2001, nos dizeres de Marcelo Fortes Barbosa Filho (2004, p. 13-14), “nasceu da necessidade de entronizar novas práticas no âmbito das S/As, alterando, minimamente, seu sistema de gestão e conformando regras novas e capazes de garantir a presença da segurança adequada aos investimentos privados”.

Alterando aspectos da constituição da S/A, de seu capital social, de seus órgãos sociais, de seus acionistas, dentre outros, para efeitos de pesquisa, este trabalho se aterá à inovação trazida no art. 118 da Lei n° 6.404/1976 que, particularmente nos §§ 8° e 9°, disciplinando aspectos procedimentais, conferiu mecanismos para assegurar a efetividade de situações acordadas via acordo de acionistas, reconhecendo o que a doutrina denominava de vinculação da companhia ao acordo.

Espraiando-se sobre a possibilidade, ou não, de retrotração das inovações trazidas pela Lei n° 10.303/2001 aos §§ 8° e 9° do art. 118 da Lei n° 6.404/1976, aos acordos de acionistas celebrados antes de sua entrada em vigor, o presente artigo promoverá uma incursão sobre as principais teorias do direito intertemporal, sintonizando-as com um dos mais paradigmáticos acórdãos do Supremo Tribunal Federal em matéria de proteção do ato jurídico perfeito para, então, expondo os pontos contrários e favoráveis a esta dissertação, chegar à uma síntese para a problemática de pesquisa.

1 LEI N° 10.303/2001: RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Não constando da proposta originária, as alterações do art. 118 foram inicialmente idealizadas pelo Deputado Federal Emerson Kapaz, relator da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados que, valendo-se de suas faculdades regimentais, apresentou projeto substitutivo ao PL 3115/1997.

Consultando a doutrina de Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik (2002, p. 9), tem-se que:

Analisados os projetos em questão, o Deputado Emerson Kapaz proferiu seu voto, apresentando Substitutivo com algumas alterações e inclusões. Em seu relatório, ressaltou a importância de serem criados mercados mais competitivos nesta era de globalização, fazendo-se necessário, para tanto, “um processo de intensa reestruturação empresarial, acompanhado de forte capitalização, para o qual, uma vez mais, o fortalecimento do mercado de ações é instrumental e uma alternativa essencial (...). Sem embargo, um mercado acionário forte e verdadeiramente democratizado – alcançando toda sua potencialidade de alavancagem econômica – depende, é óbvio, de que os investidores, principalmente pequenos e médios, sintam-se protegidos e vejam defendidos seus interesses, não se permitindo a manipulação e o desrespeito a seus direitos por manobras e

políticas estabelecidas unilateralmente pelos controladores, muitas vezes, inclusive, privilegiando interesses externos à própria sociedade.

Sendo aqueles os objetivos visados, e conquanto não tenha sido o substitutivo acatado em sua integralidade pelo plenário da Câmara dos Deputados, sendo alvo de 47 emendas, a dita iniciativa é digna de nota, pois, preservada sua finalidade basilar pelas posteriores emendas ao PL 3115/1997, a ideia sagrada no substitutivo acabou sendo definitivamente incorporada à redação final da Lei n° 10.303/2001.

De importante menção, auxiliando no processo de interpretação autêntica, e por que não teleológica do diploma legal, o substitutivo de autoria do Deputado Emerson Kapaz, em sua justificação, retratou muito bem o espírito pelo qual estava imbuído o legislador, sendo este o trecho do voto que cabe destacar:

No art. 118, procurando uma vez mais em prol da transparência e pacificação de conflitos, solucionar uma série de dúvidas e problemas hoje existentes acerca da eficácia e duração do acordo de acionistas, bem como sua execução em caso de descumprimento.

Tendendo a consubstanciar meios instrumentais destinados à execução do acordo de acionistas, as modificações encetadas apenas conferiram maior efetividade ao que já era costumeiramente acertado na prática comercial.

Enfatizando o dogma que já era previsto em seu *caput*, na redação originária da Lei n° 6.404/1976, a alteração procedida no art. 118 da Lei das S/As apenas selou o entendimento de que o acordo de acionistas vinculava não somente os signatários, como também a própria companhia.

Trazendo consigo, na orientação de Modesto Carvalho e Nelson Eizirik, mecanismos de coercibilidade *interna corporis* e de exercício da autotutela, a corrente doutrinária favorável às inovações, embora não se posicionando de forma tão expressa quanto a possibilidade de retroação das disposições constantes da *novatio legis*, asseverando ter a Lei n° 10.303/2001 corroborado o que já era vivenciado na praxis comercial, não vislumbrava afronta ao ato jurídico perfeito, pois, na orientação daqueles doutrinadores, ia ela ao encontro dos anseios que emularam a celebração do acordo.

Referenciando de maneira direta o poder de controle, a doutrina favorável via com bons olhos as alterações introduzidas pela Lei n°

10.303/2001, notadamente as constantes dos §§ 8º e 9º do art. 118 da Lei nº 6.404/1976.

Em contrapondo, divergindo daquela orientação, parcela da doutrina, entendendo ilegítima as disposições encartadas nos §§ 8º e 9º do art. 118 da Lei nº 6.404, era avessa a qualquer possibilidade de aplicação.

Acreditando na inconstitucionalidade das inovações – especialmente do § 9º - e defendendo, inclusive, o desrespeito, por parte da Lei nº 10.303, ao direito de propriedade da ação, cuja importância de tão cara tem assento constitucional (art. 5º, XX), a doutrina dissidente, da qual é exemplo a capitaneada por Calixto Salomão Filho, inadmitia a aplicação da Lei nº 10.303/2001 tanto às situações presentes, quanto às passadas ou às futuras.

Pondo de lado a orientação que entendia pela inconstitucionalidade dos §§ 8º e 9º do art. 118 da Lei nº 6.404 por afronta ao direito fundamental de propriedade, fato é que para efeitos de pesquisa, alguns doutrinadores passaram a sustentar a impossibilidade de as alterações introduzidas pela Lei nº 10.303/2001 virem a alcançar os acordos de acionistas celebrados antes de sua entrada em vigor.

Invocando o regramento do ato jurídico perfeito, e resolvendo a celeuma de acordo com o modelo tradicional do direito intertemporal, a corrente contrária à retroatividade da lei, afirmando ser o acordo de acionistas um negócio jurídico, apegando-se à teoria subjetiva de Gabba, não reconhecia a eficácia imediata da Lei nº 10.303/2001.

Citando a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e confundindo retroatividade com eficácia imediata da lei, a doutrina comercial contrária acabou sendo parcialmente derrotada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que, no exercício de seus misteres, resolvendo o Processo Administrativo Sancionador CVM nº 12/03, em que eram interessados a CVM e o Banco Central do Brasil (BACEN), entendeu ser possível a aplicação imediata da Lei nº 10.303/2001, conforme se passa a ver:

26. No entanto, quando se trata de processos instaurados anteriormente à vigência da Lei nº 10.303/01 e ainda pendentes de julgamento, sobrevêm dúvidas acerca da competência "jurisdicional", bem como do normativo legal aplicável à espécie, uma vez que a lei nova não trouxe nenhuma disposição transitória que regulamentasse a questão. Daí a necessidade de procedermos a uma análise mais detida dos aspectos e implicações das leis em comento.

II – Da competência para o julgamento das infrações às normas relativas aos fundos de investimento ocorridas anteriormente à vigência da Lei nº 10.303/01

De início, cabe verificar a natureza jurídica das Leis nº 4.595/64 e nº 6.385/76, às quais, respectivamente, competia e, a partir da vigência da Lei nº 10.303/01, passou a competir, a regulamentação dos fundos de investimento.

Divergindo, em parte, do parecer exarado pela Procuradoria Federal Especializada, e que concluía, pelo MEMO/CVM/GJU-1/Nº 95/03, datado de 26.03.2003, tratar-se a Lei nº 10.303/2001 de norma de natureza indubitavelmente processual, o que autorizaria sua aplicação imediata, consoante art. 2º do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), o Colegiado da CVM, efetuando um corte lógico da legislação, refutou aquele argumento.

Sustentando que a Lei nº 10.303/2001, ao transferir à CVM a competência atribuída ao BACEN pelas Leis nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 e 6.385, de 7 de dezembro de 1976, deveria ser objeto de interpretação conjugada com os correspondentes diplomas legais, a CVM, acolhendo proposta da relatora para o caso, reconhecendo o caráter misto das ditas disposições, frisou serem elas:

em parte, de índole processual – quando trata da fixação de competências, dos ritos e procedimentos aplicáveis ao processo administrativo, do qual são partes a autarquia e o particular, sujeito ao seu poder de polícia – e, em parte, de índole material – quando define a conduta a ser seguida pelo particular, cominando penalidades no caso de descumprimento” (PAS CVM 12/03, decidido em 23.03.2004).

Sedimentando que, “dado o caráter misto das referidas normas, cumpre, por este motivo, sejam analisadas, separadamente, as implicações trazidas pela Lei nº 10.303/01”, a CVM, realizando esse corte lógico, diferenciando os aspectos processuais e materiais da Lei nº 10.303/2001, cuidou admitir pudesse, quanto aqueles, vir a lei nova a ter aplicabilidade imediata aos processos iniciados antes de sua vigência.

Sendo lícito defender inserirem-se os §§ 8º e 9º do art. 118 na parte adjetiva da Lei nº 10.303/2001, máxime quando, na visão de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra (1981, p. 15), sendo normas de instrumentalização, postas ao resguardo do direito material, as normas de direito processual cuidam “das relações dos

sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial)”, o precedente firmado pela CVM poderia ser validamente evocado para tutelar a questão aplicação imediata da Lei nº 10.303/2001 aos acordos de acionistas celebrados anteriormente à sua vigência.

Entrementes, ainda que esteja a indiciar a possibilidade de se aplicar a teoria da retroatividade mínima em matéria processual – que em verdade vigora a regra do *tempus regit actum* -, para efeitos práticos, pretende-se um estudo não tão simplório, motivo pelo qual, pautando-se por uma proposta de releitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, utiliza-se o decidido no Processo Administrativo Sancionador CVM nº 12/03 apenas para justificar o problema de pesquisa abordado neste trabalho, bem como para demonstrar o caráter multifário das hipóteses de resolução, não se colimando, por este arrazoado, esgotar qualquer discussão, mas sim incitar a reflexão sobre o tema.

2 PROPOSTA DE RELEITURA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Fixada a questão sobre a qual se pretende dissertar, e resguardado o decidido pela CVM no Processo Administrativo Sancionador nº 12/03, antes de dar início a exposição dos entendimentos formados pelo Supremo Tribunal Federal em casos práticos, tem-se por crucial a explanação acerca das duas mais famosas teorias desenvolvidas para regular o direito intertemporal, uma delas surgidas na Itália, com a denominação de teoria subjetivista, clássica ou do direito adquirido, defendida por Gabba, outra originada em França, cunhada sob a rubrica teoria objetivista, capitaneada por Paul Roubier.

Mediante a primeira teoria, cuja teve seu bojo na obra denominada *Teoria della Retroattività delle Leggi*, Carlo Francesco Gabba, em escorço sobre as injustiças que poderiam advir da aplicação retroativa da lei, colimando tutelar as situações subjetivas, idealizou um método a fim de assegurar que os efeitos de uma lei tida por posterior não viessem a alcançar efeitos dos atos jurídicos definitivamente incorporados ao patrimônio de seu titular. Significa dizer, de acordo com a noção do direito subjetivo, Gabba, no escólio de José Eduardo Martins Cardozo (1995, p. 266), entendia que “as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direitos subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos pelo seu titular”.

Repousando, segundo o citado por Cardozo (1995, p. 267), na “impossibilidade de uma lei vir a desprestigiar ‘direitos adquiridos’ sob o domínio de sua antecedente”, a teoria subjetivista, acolhida, no entender de parcela da doutrina, pelo ordenamento jurídico brasileiro, não permitiria a retroatividade da lei, permanecendo o ato jurídico jungido a lei que lhe serviu de sustentáculo quando de sua elaboração.

Contrapondo-se a corrente subjetivista, e alterando o foco de discussão para bases mais objetivas, Paul Roubier, em sua obra intitulada *Le Droit Transitoire*, divergindo do propugnado por Gabba, cuidou de se utilizar do conceito de situação jurídica, em detrimento de direito subjetivo.

Distinguindo retroatividade de efeito imediato da lei, a corrente objetivista passou a admitir a retroação da norma legal, atribuindo a tal fenômeno a denominação de eficácia imediata da lei, em oposição ao termo retroatividade.

Consistindo no nó górdio de diferenciação, admitida a existência de certa prevalência, em doutrina, da perfilhação exclusiva da ordenança jurídica brasileira à teoria subjetivista de Gabba, em verdade, pela análise acurada da redação do art. 6º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), apercebe-se que o vigente diploma civil indicia haver adotado ambas as orientações.

Coroa essa constatação a própria redação do assinalado preceptivo que, afora disciplinar em sua parte final “respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, clausula na mesma ocasião o preceito de que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral”.

Demonstrando a concorrência de posições, e sendo esses esclarecimentos essenciais para o desate da situação em debate, lançadas as bases iniciais desta argumentação, mostra-se possível a exposição de um grande precedente jurisprudencial formado pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, ADI 493, relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992, p. 14089, onde, enfrentando a situação do direito intertemporal no estatuto contratual, concluiu acerca da inadmissibilidade de se evocar a chamada retroatividade mínima, conforme se pode ver:

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer

distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.

Instado a se manifestar quanto a constitucionalidade das inovações trazidas pela Lei n° 8.177, de 1° de março de 1991, notadamente de seus arts. 18, *caput* e §§ 1° e 4°, 20, 21 e parágrafo único, 23 e §§, e 24 e §§, o Pretório Excelso, no avertado processo objetivo de controle, acatando a tese ministerial, acabou por declarar a inconstitucionalidade de tais disposições, ante a afronta ao art. 5°, XXXVI da Constituição da República.

Refutando os argumentos vertidos, à época, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e que, defendendo a constitucionalidade dos artigos questionados, dizia, dentre outros, que as alterações introduzidas pela Lei n° 8.177/1991 não estariam afrontando o princípio da intangibilidade dos atos jurídicos, isso porque, a uma, constituindo um ato misto, com alta carga de direito público, não se reduziriam à condição de normas de direito privado (únicas a prestarem subserviência ao princípio da irretroatividade das leis); a duas, pois, vinculados a moeda de conta (*Money account*), representando intervenção do Estado na ordem econômica, poderiam afetar os efeitos presentes e futuros dos contratos constituídos em momento anterior ao de sua vigência; o Supremo Tribunal Federal, em emblemático acórdão, explanando sobre os graus de retroatividade da lei, após breve incursão aos ensinamentos de Paul Roubier, definindo a interpretação do art. 5°, XXXVI da Constituição da República e do art. 6° da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, citando o *facta praeterita*

e o *facta pendentia*, não reconheceu, na parte dispositiva do aresto, a viabilidade da chamada retroatividade mínima da lei, ou seja, da aplicação da lei nova aos efeitos futuros de um ato pretérito, conforme se pode ver:

Seja como for, nos termos em que é formulada na Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil, a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido refere-se com igual força aos *facta praeterita* e aos *facta pendentia*. Nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil “a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Em outras palavras, não é possível a eficácia imediata da lei nova, quando contraria o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, de modo que, no tocante às situações jurídicas surgidas sob o domínio da lei anterior, não pode ser aplicada aos fatos que devam ocorrer em sua vigência, quando essa aplicação for inconciliável com a proteção constitucional.

Firmando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, e sendo o decidido na ADI 493/DF reproduzido em diversas outras passagens, das quais são exemplos os RE 198.304/RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 22-11-1996; RE 200.514/RS, rel. Min. Moreira Alves, DJ 18-10-1996; EDcl no AI 292.979/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19-12-2002, a não admissibilidade da retroatividade mínima, marcando a jurisprudência do Tribunal excelso, passou, para parcela da doutrina, a militar como fator de obstrução a invocação daquela proposição, com o correspondente enfraquecimento da teoria objetivista de Paul Roubier.

Entrementes, por mais que parcela da doutrina tenha colocado a vedação à eficácia imediata da lei em bases absolutas, após uma análise mais aprofundada, valendo-se das razões determinantes do acórdão, e sob os influxos do direito intertemporal, muito mais do que contradizê-la, o sodalício formulado pelo STF dá à teoria objetivista a necessária concreção.

Apta a ensejar sua releitura, a decisão formada pela Suprema Corte no julgamento da ADI 493/DF pode ser validamente chamada a tutelar o caso em tela, notadamente quando, discorrendo sobre os graus de retroatividade da lei, empós frisar a impossibilidade de aplicação imediata da lei aos *facta pendentia* e *facta praeterita* no que os contravenha, frisa que não alterando prejudicialmente a substância do ato, pode a lei nova ter eficácia imediata e geral – expressões típicas da literatura de Roubier -, excepcionando a restrição derivada do princípio da intangibilidade.

Tanto é assim que o STF, citando o Prof. Limongi França, assinalou que a regra do efeito imediato, “entre nós, é o de que a nova lei, em princípio, atinge as partes posteriores dos *facta pendentia*, com a condição de não ferir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. E completa, “a resposta é inapelavelmente a seguinte: o Direito Adquirido é o limite normal do efeito imediato, noutras palavras, as novas leis, ainda quando não expressas, se aplicam às partes posteriores dos *facta pendentia*, ressalvado o Direito Adquirido”.

Interpretando o colacionado no aresto pelo Pretório Excelso, depreende-se que o que se veda no aspecto intertemporal é a influência da lei nova nos efeitos anteriormente produzidos pelo negócio constituído sob o império da lei velha no que os contravenha, não impedindo, assim, a retroatividade mínima, que autorizaria a sujeição dos *facta pendentia* aos efeitos da *novatio legis*.

A esse respeito, ainda, nos dizeres de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 420), terá retroatividade mínima, temperada ou mitigada, a “lei nova quando atingir apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor”. E afirma, “tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, ‘de usuris’, 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei n. 22.626, de 7 de abril de 1933 [...]”.

Com apoio em Serpa Lopez (1989, p. 163), e difundida a diferença existente entre aplicação retroativa e eficácia imediata da lei, pode-se dizer que a lei, sob a perspectiva da corrente objetivista, somente será retroativa “quando ela toca no passado, quer para apreciar as condições de legalidade de um ato, quer para modificar ou suprimir os efeitos de um direito já realizado”.

Importa dizer: a eficácia imediata da lei apenas será vedada na hipótese de influenciar de maneira a desconstruir o ato jurídico *lato senso*, edificado sob a égide do diploma anterior. Caso venha a confirmar os efeitos já pretendidos pelos partícipes do ato, a lei nova, por não feri-lo, certamente haverá de se impor, dotando-se de eficácia imediata, pois, citando José Eduardo Martins Cardozo (1995, p. 279), tem-se que:

Dentro do que já definimos para o conceito de retroatividade, é evidente que a aplicação presente da lei nova não pode ser, de modo algum, confundida com sua aplicação pretérita. De fato, já vimos que retroativa é toda norma legislativa que valorativamente invade o período temporal anterior ao início

da sua vigência. Por decorrência, se deve ter por afastada do campo da temporalidade jurídica inaugurado pelo momento do início da sua vigência.

Ou seja, em conformidade com o aludido autor, a lei nova, desde que valorativamente não influa sobre os efeitos dos atos praticados anteriormente a sua vigência, poderá ter eficácia imediata e geral, do modo que, inclusive, vem previsto no art. 6º da LINDB.

E tal asserção não poderia ser diferente.

Analisando o princípio da intangibilidade em seu eido, verifica-se que o que se busca coibir é a violação à garantia da segurança jurídica – elevada, pelo preâmbulo constitucional, como genuíno valor fundante da República Federativa do Brasil – pois, consoante leciona Theiler (1950, p. 366), se a lei retrotrair suprimirá o que antes era assegurado ao indivíduo “dentro da ordem social preestabelecida, pois este, embora tenha agido de acordo com a lei vigente, é surpreendido pela norma, podendo vir a ser, inesperadamente, punido e prejudicado injustamente”.

Fitando evitar surpresas é que, no tocante a aplicação da lei no tempo, idealizou-se mecanismos de preservação do indivíduo, chegando a soar como o princípio da não-surpresa.

Ora, ainda que posta para atingir aquele desiderato, a norma da intangibilidade – que remonta a Constituição imperial de 1824 - não pode ser compreendida como um mandamento absoluto, admitindo exceções circunstanciais, notadamente quando não se esteja a contrariar o ato jurídico perfeito, mas sim a reafirmá-lo na plenitude de seus efeitos presumidos ou intencionalmente queridos pelo agente.

Consistindo numa garantia fundamental, o valor insculpido no art. 5º, XXXVI dota-se do característico da relatividade, pois, ainda que os direitos fundamentais possam ter esteio no pressuposto jusnaturalista, não se predicam eles como absolutos.

Demonstrando sua relativização, consegue-se sustentar não ser despropositada a proposta de releitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Situando o ponto nodal de diferenciação na contradição, ou não, da lei nova aos efeitos queridos ou potencialmente esperados pelos signatários do ato jurígeno, para a correta compreensão do tema faz-se necessário dissertar sobre a denotação que deva ser atribuída à modificação introduzida pela Lei nº 10.303/2001 ao art. 118 da Lei nº 6.404/1976, e se

essa se colocou em rota de coalisão ou de colisão com os efeitos derivados dos acordos celebrados em momento anterior à sua vigência.

3 DA EFICÁCIA IMEDIATA DA LEI N° 10.303/2001 SOBRE OS *FACTA PENDENTIA*

Referendando o pensamento de que, se vier a concretizar uma dada realidade fático-jurídica, a aplicação imediata da lei nova, por não ser contrária aquele ato, não quedará obstaculizada pelo princípio da intangibilidade previsto nos arts. 5°, XXXVI da Constituição da República e 6° da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, como visto alhures, para se conceber a eficácia imediata da Lei n° 10.303/2001, notadamente dos §§ 8° e 9° acrescentados ao art. 118 da Lei das S/As, tem-se por impostergável a dissertação quanto à compatibilidade, ou não, de suas disposições com os anseios vigentes à época da redação originária do art. 118 da mencionada lei.

Analisando as razões de ser da Lei n° 10.303/2001 – e que já foram parcialmente abordadas no capítulo primeiro - verifica-se que originada do Projeto de Lei (PL) 3115/1997, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Haully (PSDB/PR), posteriormente objeto de substitutivo de autoria do Deputado Federal Emerson Kapaz, o diploma em comento, ao modificar o art. 118, tinha por objetivo procedimentalizar e concretizar as disposições inscritas em acordos de acionistas, idealizando mecanismos heterogêneos de resolução das controvérsias, sem a imposição de uma autoridade estatal.

Indiciando seu caráter adjetivo, ainda que tenha forte inspiração processual – o que, conforme já decidido pela CVM, autorizaria pudesse a Lei n° 10.303/2001 produzir eficácia imediata e geral – as modificações encetadas ao art. 118 da Lei n° 6.404/1976, especialmente dos §§ 8° e 9°, transcendendo meras questões instrumentais, regularam o direito material em si.

Despiciente, neste trabalho, discorrer sobre a distinção entre norma adjetiva e norma substantiva, classificando-se como um terceiro gênero (norma híbrida), as alterações trazidas pela Lei n° 10.303/2001 ao art. 118 da Lei n° 6.404/1976, notadamente de seus §§ 8° e 9°, grassam eficácia imediata, isso porque, não contrariaram, nem influenciaram, de maneira substancial e prejudicial no ato jurídico perfeito.

Analisando os termos dos §§ 8° e 9° vislumbra-se que os mesmos, positivando práticas que já vinham sendo adotadas no âmbito

das S/As, sagraram conferir a vinculação da companhia ao acordo de acionistas, conferindo poderes ao presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação para fazer valer tal determinação; bem como previu método de autotutela aos subscritores do acordo de acionistas em decorrência do negócio firmado.

Visitando a doutrina de Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik (2002, p. 225), denota-se que a Lei nº 10.303/2001, no tocante à disciplina dos acordos de acionistas, teve como objetivo:

Reforçar os meios de coercibilidade do acordo de voto em bloco, de três diferentes maneiras, que vão desde a tutela jurisdicional (art. 118, § 3º) ou arbitral, no caso dos acionistas (art. 109, § 3º), passando pela coercibilidade interna corporis, exercida pelo presidente da mesa da assembleia geral ou especial, ou pelo presidente do conselho de administração ou da diretoria (§ 8º), terminando pelo exercício da autotutela pelas partes acordantes prejudicadas ou seus representantes que se sentirem prejudicados pela ausência ou abstenção de voto de acionista conveniente ou de administrador eleito em virtude do acordo.

Segundo o explanado por Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, evidencia-se que muito mais do que contrariá-los, as alterações introduzidas pela Lei nº 10.303/2001 vieram a reforçar às condições clausuladas nos acordos de acionistas, concebendo mecanismos de efetivar sua vinculação por parte da companhia que, segundo a teoria institucionalista, tem interesses autônomos em comparação aos de seus acionistas.

Afirmando os valores gestacionados quando da celebração dos acordos de acionistas, e grassando aplicação, no caso, a asserção lançada pelo STF nas razões de decidir, denota-se que diversamente do propugnado por parcela da doutrina, para a aplicação da Lei nº 10.303/2001 torna-se desnecessária a re-ratificação dos acordos de acionistas que lhe são anteriores, pois, não contrariando o eido das disposições, nem alterando valorativamente os efeitos pretéritos dos acordos celebrados antes de sua vigência, não está a Lei nº 10.303/2001, ao menos quanto aos §§ 8º e 9º do art. 118, obstada pelo princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito.

Coroa essa ilação a própria determinação contida no art. 6º da Lei nº 10.303/2001, e que dispõe:

Art. 6º. As companhias existentes deverão proceder à adaptação do seu estatuto aos preceitos desta Lei no prazo

de 1 (um) ano, a contar da data em que esta entrar em vigor, devendo, para este fim, ser convocada assembleia-geral dos acionistas.

E nem se diga que acaso necessário, a re-ratificação se poria como exceção, por vontade das partes, ao princípio da intangibilidade, pois, aproximando-se da confirmação do negócio jurídico anulável (art. 167 do Código Civil), tem ela natureza jurídica de negócio novo, devendo subserviência a lei vigente à época de sua prática, por lhe ser contemporânea.

Ora, se em conformidade com a proposta de releitura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o princípio da intangibilidade só abrangia leis que contrariem o direito adquirido, e tratando-se, a regra do art. 5º, XXXVI da Constituição, de norma excepcional, grassando, pois, de acordo com a hermenêutica tradicional, interpretação com resultado restritivo, demonstrado que os §§ 8º e 9º do art. 118 da Lei nº 6.404/1976, introduzidos pela Lei nº 10.303/2001, vieram a referendar uma prática correntemente observada no direito societário, tem-se que tais disposições poderão ter eficácia imediata e geral (a qual é característica da lei).

Visitando a doutrina de Orlando Gomes (1974, p. 357), tem-se que:

Em matéria contratual, os efeitos são intocáveis pela lei nova, mas os efeitos pendentes e futuros por ela se regem. Não há que falar, quanto a estes, de direitos adquiridos e, portanto, de retroatividade da lei. Se assim não fosse, isto é, se a lei nova não produzisse efeito imediato, os direitos oriundos do contrato seriam inexplicavelmente condição privilegiada, porquanto institutos como a escravidão, os censos, a enfiteuse podem ser abolidos sem que se considere retroativa a lei que os extingue, certo, como é, e assinalava Portalis, que a lei nova não pode fazer com que uma coisa existente jamais tenha existido, mas pode decidir que não existirá mais. Do mesmo modo, direitos contratuais que ainda não se exerceram, porque futuros, podem cair sob o império da lei posterior ao contrato que os modifique.

Ratificando o que já havia sido explanado por José Eduardo Cardozo, realizando uma dada ideia prevista ou querida pelas partes por ocasião da formalização do negócio, a lei poderá ter eficácia imediata, incidindo sobre os *facta pendentia*, sem arrostar, desse modo, o princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito, como forjado no art. 5º, XXXVI da Constituição e no art. 6º da LINDB.

É por essa razão que, firmes no argumento de Milton Nassau Ribeiro (2012, p. 421) de que:

Nem sempre, porém, era possível a obtenção de alguma medida cautelar ou de urgência que produzisse efeitos imediatos. Por isso, mesmo antes das alterações introduzidas pela Lei n° 10.303/2001, era comum que os estatutos sociais das companhias contemplassem regras determinando a obrigação da companhia de abster-se a registrar transferências de ações contrárias ao disposto nos acordos de acionistas arquivados em seu sede. Já nos acordos de votos, a solução almejada pelo credor antes da vigência da Lei n. 10.303/2001 era a determinação pelo juiz do cômputo dos votos do devedor considerando o conteúdo avençado pelas partes. Uma vez promovida a execução na forma do art. 641 do CPC, a sentença era arquivada no registro de empresas, de forma a complementar a ata já arquivada. Esta solução sempre foi objeto de discussão e desconforto na prática societária brasileira (...). Diante desta situação, os estatutos sociais passaram a estabelecer que o presidente da assembleia geral devesse desconsiderar os votos lançados em contrariedade com o acordo de acionistas.

Entende-se como possível a aplicação imediata da Lei n° 10.303/2001 aos acordos de acionistas celebrados antes de sua entrada em vigor, estando concordes com Modesto Carvalhosa (2003, p. 534) que, dissertando sobre o tema, assenta que:

A propósito, tratando o novo § 9° de matéria processual no campo da autotutela, produz efeitos imediatos sobre todos os acordos de voto em bloco a partir da vigência da Lei n. 10.303, de 2001, vinculando os procedimentos que estão em curso na execução desses acordos celebrados anteriormente à vigência da lei societária de 2001. Deve-se acrescentar que o dever legal contido no novo § 8° a respeito da obrigatoriedade da suspensão do voto contrário ao acordo, por parte do presidente da assembleia ou do Conselho de Administração e da diretoria, torna imperativos esses procedimentos que

anteriormente à vigência da Lei n° 10.303, de 2001, vinham sendo adotados na prática das convenções de voto em bloco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, embora predomine em doutrina a orientação de haver o ordenamento jurídico brasileiro aderido exclusivamente à teoria subjetiva de Gabba, sendo avessa à retroatividade da lei, de acordo com a proposta de releitura da principal decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, é legítimo dizer ser possível a produção de efeitos imediatos e gerais pela lei aos *facta pendentia*, desde que não contravenha e não influa de maneira valorativa e prejudicial no ato praticado sob a égide da lei anterior.

Sendo assim, embora possível sua classificação como norma adjetiva, regrado-se, portanto, sobre os critérios de temporalidade próprios das leis processuais – como assentado no Processo Administrativo Sancionador CVM n° 12/03 – confirmando uma prática comercial bastante utilizada quando ainda vigia a redação originária do art. 118 da Lei n° 6.404/1976, a Lei n° 10.303/2001, notadamente no tópico em que procedeu a inclusão dos §§ 8° e 9° ao art. 118, amoldando-se ao que a doutrina e jurisprudência convencionou chamar de eficácia da lei posterior sobre os *facta pendentia*, pode validamente incidir sobre os acordos de acionistas celebrados em período anterior à sua vigência, açambarcando tanto os efeitos presentes como futuros daí decorrente, sem a correspondente necessidade de re-ratificação, máxime quando, não ferindo o ato jurídico anterior, concede a ele a necessária conformação, e concreção, inclusive com a previsão de meios instrumentais para sua efetiva observância por parte dos signatários do acordo de acionista outrora celebrado.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **Sociedade anônima atual: comentários e anotações às inovações trazidas pela Lei n. 10.303/01 ao texto da Lei n. 6.404/76.** São Paulo: Atlas, 2004.

CARDOSO, José Eduardo Martins. **Da Retroatividade da Lei.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. v. 2. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A Nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi**. 3. ed. Torino, 1891.

GOMES, Orlando. **Questões de Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Milton Nassau. **Vinculação dos Administradores ao Acordo de Acionistas em Confronto com a Governança Corporativa**. BOTREL, Sérgio (coord.). **Direito Societário: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 417-434.

ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)**. 2.ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Forense, 2008.

SERPA LOPEZ, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. v. 1. 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

THEILER, Eduardo. **Direito adquirido**. v.47, n.130, p. 366-373, jul./ago. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1950.

UMA ESCOLA DO TAMANHO DO BRASIL: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROUNI COMO FORMA DE DEMOCRATIZAR O ACESSO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO

A SCHOOL OF THE SIZE OF BRAZIL: THE INSTITUTIONALIZATION OF PROUNI AS A WAY TO DEMOCRATIZE ACCESS TO UNIVERSITIES

Virgínia Juliane Adami Paulino *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Governo Lula – dar à escola o tamanho do país. 2 O processo político para a institucionalização do Prouni. 3 A escolha entre as alternativas viáveis. 4 Implementação da decisão. 5 Aspectos críticos do Programa e seus futuros desafios. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O estudo do Programa Universidade para Todos – PROUNI será o foco desta pesquisa que traz consigo o objetivo de concebê-lo como política pública de acesso à educação superior. Sua institucionalização que se deu mediante a Lei de nº 11.096, de 13/01/2005, é consequência de um contexto político planejado pelo Ministério da Educação, no Governo Lula, que visava à inclusão de parcela expressiva da sociedade civil para a qual o acesso ao ensino superior afigurava-se como muito difícil, um estímulo à desistência, diante da concorrência aluno/vaga numa Universidade pública e da igualmente altíssima somatória de parcelas a serem pagas num curso privado. Diante deste quadro fático, a proposta deste artigo é então de compreender a estratégia de implantação desta política pública, seu funcionamento, os benefícios reais que trouxe para a sociedade civil e os desafios que ainda precisará enfrentar.

Palavras-chave: Prouni. Política pública. Educação superior. Institucionalização

ABSTRACT: *The study of the University for All Program - PROUNI will be the goal of this research that brings order to conceive it as a public policy of access to higher education . Its institutionalization that has been done by the number of Law 11,096 of 13/01/2005 , is the result of a political context planned by the Ministry of Education, in the Lula Government, looking up at the inclusion of a significant portion of civil society to have access to higher education as it seemed very difficult, a stimulus to the withdrawal , before the competition a student or place at a public university and also the highest sum of installments to be paid in a private course. Given this context , the purpose of this article is then understand the deployment strategy of this public policy , its operation, the real benefits brought to the civil society and the challenges to be faced.*

Keywords: *Prouni. Public policy. College education. Institutionalization.*

INTRODUÇÃO

A origem do Programa Universidade para Todos está na Medida Provisória 213, de 10 de setembro de 2004, posteriormente convertida

* Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito, pela Universidade de São Paulo, USP. Mestrado em Filosofia Teoria Geral Direito. Universidade de São Paulo, USP. Graduação em Direito. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil.

na Lei 11.096/2005. Trata-se de uma política pública que visa à democratização do acesso à educação superior. Democratizar aqui significa criar a possibilidade de que os matriculados numa universidade não sejam apenas aqueles que tiveram o poder aquisitivo precedente de pagar um bom colégio e então continuar pagando por tempo indeterminado tudo o que for necessário à conquista de um diploma de nível superior. Colocada desta forma a educação converte-se num artigo de mercado voltado para a satisfação das necessidades do próprio mercado, algo pelo qual se compra e para o qual é necessário que se tenha poder aquisitivo. Ou seja, um quadro que para ser revertido pede por uma política pública, compreendida como uma das formas de intervenção estatal necessária para equalizar, daí então democratizar, diferenças impostas pela economia nas chances que cada um pode ter na vida, conforme for sua classe social, restringindo assim o livre desenvolvimento do ser humano. Com a apresentação do assunto a ser abordado, será dada sequência a este artigo, mostrando-se o percurso institucional do programa e seus resultados obtidos.

1 GOVERNO LULA – DAR À ESCOLA O TAMANHO DO PAÍS

Escola do tamanho do Brasil foi o nome dado ao programa de Lula, quando em seu primeiro mandato (2002-2005), para fazer crescer o nível educacional do país, concedendo-se a ele aspecto prioritário frente à orientação das políticas públicas. Explica seu Coordenador Antônio Palocci Filho que: “Pensar a educação como uma ação relevante na transformação da realidade econômica e social do povo brasileiro é pensar numa Escola do Tamanho do Brasil”.¹ Os objetivos de democratizar o acesso e garantir a permanência fazem parte deste programa amplo o bastante para trazer consigo o debate sobre a educação de crianças e jovens, em suas diferentes particularidades, ou seja, educação básica, profissionalizante, especial, educação escolar indígena, educação à distância e, claro, a educação superior que será nosso objeto principal de análise. A respeito desta última, ressaltou-se, no programa, que à época de sua elaboração, os dados

¹ PALOCCI FILHO, Antônio. Apresentação. In: PT, Uma Escola do Tamanho do Brasil. Programa de Governo 2002 – coligação Lula Presidente. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001806.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2014.

revelavam que apenas “7,7% dos jovens na faixa etária de 18 a 24 anos”² estavam devidamente matriculados na educação superior no Brasil, sendo que deste número 1/3 estava matriculado em instituições públicas e 2/3 em instituições privadas. Um número absurdamente pequeno indicativo da urgência de políticas públicas visando à sua alteração.

Para tanto, levando-se em conta o número expressivo de universidades privadas existentes, bem como o maior número de matrículas nelas ocorrerem, é bastante razoável que para consolidar o projeto de ampliação do acesso à educação superior, em tempo hábil, o potencial oferecido pelas universidades privadas tenha sido imenso. Neste contexto de propostas políticas é que emerge o Programa Universidade para Todos, no qual é o setor privado o principal protagonista, ao redor dele é que são construídas as medidas de democratização do acesso ao ensino superior.

Nas etapas de desenvolvimento deste programa governamental, suas ações estiveram inicialmente direcionadas muito mais para o setor privado. Após 2007, outros programas compuseram a estratégia governamental de expansão, desta vez com enfoque na rede pública, destaque dado ao REUNI - Reestruturação e Expansão das Universidades Federais. Tanto de uma maneira quanto de outra, houve esforço para o cumprimento das propostas apresentadas no Programa de Governo de 2002, quanto à educação, o que implica na percepção de um governo que se move politicamente dentro do objetivo de reduzir diferenças sociais que se conectam aos acessos e oportunidades que se pode ter em cada destino individual. O Estado contribuindo para a expansão destes acessos permite que da somatória destes destinos se construa o desenvolvimento do país. Uma política pública pode ser compreendida justamente como um instrumento governamental de construção de objetivos socialmente relevantes (BUCCI, 2006, p. 31)³. Na concepção dada por Celina Souza,

² PT, Uma Escola do Tamanho do Brasil. Programa de Governo 2002 – coligação Lula Presidente. P. 24. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001806.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³ Na definição de Maria Paula Dallari Bucci, temos a seguinte concepção de políticas públicas: “programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade da político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico”.

temos que “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, 2007. p. 69).

Enquanto política pública, o PROUNI seria inserido na meta de alcançar o percentual de 30% dos jovens entre 18 e 24 anos, em conformidade aos parâmetros estabelecidos no Plano Nacional de Educação, Lei nº 10.172, de 2001, devidamente matriculados. Buscando-se desde sua institucionalização, a conquista do objetivo governamental em função do qual foi criado: democratizar o acesso à educação superior.

2 O PROCESSO POLÍTICO PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROUNI

A gênese de uma política pública passa por uma trajetória que vai desde o estabelecimento de uma agenda, passando pela consideração das alternativas para a sua formulação. Entre elas, é feita a escolha já visando ao passo final que é o de se implementar a decisão (CAPELLA, 2007, p. 88). Dentro da agenda firmada desde o início pelo programa de governo do PT, em 2002, foram tomadas uma série de medidas pretendendo a ampliação do acesso à educação superior. O processo que desembocou na criação da Lei 11.096/05 passou antes por etapas de muita reflexão, debates e tudo o mais que caracteriza o jogo político de formação de um programa. Antes da lei final, portanto, foi alvo de discussões no Congresso o Projeto de Lei 3.582/2004 que já visava à instituição do PROUNI, o que à época significaria a concessão de bolsa de estudo integral para cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos. O processo que vai deste Projeto até a lei 11.096/05 passou pela proposta de 292 emendas feitas pelo Congresso Nacional. Expressivo número que evidencia o acúmulo de influências políticas no procedimento que faz a construção de uma norma. Neste jogo político, destaca-se a pressão exercida justamente pelas instituições de ensino privadas, face à sua presença majoritária na proporção de vagas oferecidas no ensino superior brasileiro. O “negócio educacional” atingiu, em 2004, proporções grandes o bastante para justificar sua força no processo político de votação do PROUNI. A respeito destas proporções, podem-se consultar os dados oferecidos pelo MEC/INEP/DEED, segundo os quais, em 2004, das 2.013 instituições de ensino superior existentes no

Brasil, 224 eram públicas e 1.789 eram privadas. A esmagadora maioria, portanto, a demonstrar seu poder de pressão no Congresso Nacional.

De qualquer modo, a presença das instituições privadas a influenciar o processo decisório de uma política pública, nos faz considerar de que modo se processa a escolha de uma decisão governamental, ponderando sua racionalidade, de que modo, conseqüentemente, se dá a institucionalização de uma política pública. De acordo com o estudo de Brito Guerra e Fernandes, temos que: “O argumento básico dos métodos baseados na escolha racional é que a maximização do benefício seguirá sendo a principal motivação dos indivíduos, mas que estes podem se dar conta que seus objetivos podem ser atingidos de modo mais eficaz por meio da ação institucional e assim descobrir que sua conduta é moldada pelas instituições. (GUERRA, 2009, p. 285)” Esta é uma interpretação possível ao tema, na medida em que o processo político que ocorre no interior de uma instituição é racionalizado e precisa sê-lo para que assim seja acessível, compreensível, constituído a partir de elementos capazes de serem percebidos. A partir desta perspectiva oferecida pela escolha racional, consegue-se visualizar de que maneira o ato decisório pode ser fruto de um cálculo estratégico visando a um resultado que incidirá por sobre uma maioria, sendo que este cálculo se dá no interior dos horizontes determinados pela instituição (BUCCI, 2008, p. 240). A reflexão sobre este tema, permite a conclusão de que o elemento político tem força suficiente para impedir que uma política pública seja compreendida como categoria jurídica, sua metodologia interdisciplinar nos faz ver a complexidade do mecanismo que a compõe, irredutíveis à norma, daí a colocação neste artigo das influências e jogos de interesses ocorridos no processo que levou à institucionalização do PROUNI.

Os atores políticos envolvidos nas etapas que antecedem a implementação do que foi finalmente decidido são compreendidos, na teoria da escolha racional, como indivíduos que estão inseridos no interior de uma instituição, possuindo comportamentos que se dão devido a um cálculo estratégico. Tudo isso tem repercussão no esquema que abriu este tópico, ou seja, uma política pública passa pelo estabelecimento de alternativas de formulação, a partir da agenda colocada, essas alternativas são postas num debate que mexe com a racionalidade dos atores, dependendo dela, para que o verdadeiro propósito no jogo político seja o de construção de objetivos socialmente relevantes. Na concepção de Ellen M. Immergut: “A perspectiva da escolha racional pode ser definida como a análise de

escolhas feitas por atores racionais em condições de interdependência” (IMMERGUT, 2007, p.165). Esta autora, então, coloca que o que determina a sequência de votos num Congresso é uma ação estratégica de atores racionais, no caso brasileiro, dos representantes do povo, mas esta ação estratégica, para ela, está situada dentro dos instrumentais oferecidos pela teoria dos jogos, ou seja, a somatória de votos numa decisão vai se dar mediante uma mistura de votos honestos e estratégicos. Resulta de regras de decisão específicas em jogo. Não tem a ver com uma escolha racional que se dirige necessariamente ao bem comum, vincular-se-ia muito mais com os interesses pessoais dos atores em tirar vantagem das regras de decisão específicas daquele jogo, envolvendo também os esforços dos participantes relevantes ao processo que definiram a agenda, todos buscariam então estratégias racionalmente calculadas para atingir seus objetivos.

Assim sendo, se idealmente temos no Congresso Nacional representantes do povo que deveriam agir racionalmente esperando a realização do bem comum, a prática pode revelar resultados diferentes do planejado. Melhor dizendo, é possível que a estratégia do cálculo vise a este jogo político que se move por objetivo particularistas. Ainda segundo a autora citada:

Muitas teorias sobre o Congresso partem do pressuposto de que as preferências dos parlamentares expressam as de seus eleitores. Porém, essa premissa ignora os problemas de agregação de interesses que deveriam estar tão presentes – se não mais-, no nível do eleitorado. (IMMERGUT, 2007, p. 167).

A escolha racional, portanto, pode envolver esse aspecto pernicioso a ser ressaltado, na medida em que, como já foi exposto, a pressão exercida pelas instituições de ensino privadas foi bastante forte. O procedimento que levou à institucionalização do PROUNI passou por essas etapas de jogos de interesse que envolvem toda uma teoria política já construída sobre como se dá a elaboração das escolhas individuais, como elas se processam no seio da política, como enfim desembocam numa decisão final enfim implantada. A escolha racional é uma teoria entre tantas outras, escolhida como abordagem desse tópico, metodologicamente, por ser de

orientação razoável na concepção de uma política pública, envolvendo atores, interesses múltiplos e regras institucionais.

3 A ESCOLHA ENTRE AS ALTERNATIVAS VIÁVEIS

A base constitutiva de criação do PROUNI, ou seja, o que viabilizou sua origem foi a sugestão de isenção fiscal. O idealizador foi Fernando Haddad, na época, Ministro da Educação. Uma ideia simples de regulamentar algo que já tinha previsão constitucional, nas suas palavras: “De 1988 a 2004, as instituições de ensino superior sem fins lucrativos [...] amparadas pelos artigos 150, inciso VI, alínea c, e 195, § 7º, da Constituição Federal, gozaram de isenções fiscais sem nenhuma regulação do Poder Público. (HADDAD, 2008, p. 27).” Trata-se, portanto, de um período de 16 anos no qual já existia uma isenção fiscal constitucionalmente amparada, mas sem contrapartidas a serem oferecidas por estas instituições, as quais determinavam por seus próprios critérios a maneira de se conceder bolsas de estudo. Ainda, segundo Haddad: “Resultado: raramente era concedida uma bolsa integral e quase nunca em curso de alta demanda. A isenção fiscal não resultava em uma ampliação do acesso ao ensino superior” (HADDAD, 2008, p. 27-28). A busca desta ampliação o levou a idealizar o projeto de lei sobre o qual já fizemos menção: 3.582/2004.

Antes da proposta apresentada nesse projeto de concessão de bolsa de estudo integral para cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos, pode-se apontar a existência um programa utilizado pela Prefeitura do São Paulo baseado na isenção parcial do Imposto sobre Serviços (ISS), o qual numa certa perspectiva foi um ancestral do PROUNI. Trata-se do art. 23 da Lei n. 13.701/03, no qual se prevê, conforme a letra da lei, que o "caput" do artigo 25 da Lei nº 13.476, de 2002, passará a vigorar com nova redação, revogando-se os seus parágrafos 5º e 6º, de modo a conceder isenção parcial do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, aos prestadores de serviços relativos às atividades de ensino superior e sequenciais, sob a condição de ofertarem, a título gratuito, vagas em cada um dos cursos por eles ministrados a municípios selecionados pelo Executivo Municipal, segundo critérios a serem definidos em regulamento, que observarão, dentre outros, a capacidade financeira de suportar os

custos da mensalidade, o fato de ser servidor público municipal e o grau de conhecimento do candidato, entre outras disposições⁴.

De forma inequívoca, portanto, conforme se demonstrou, o PROUNI, enquanto política pública que regulamentou disposições constitucionais já informadas, foi uma progressão incremental de programas já existentes. A respeito disso, citemos o mestre do incrementalismo, Lindblom, para o qual: “As democracias modificam suas políticas quase exclusivamente mediante ajustes incrementais. As políticas não mudam a todo instante. (LINDBLON, 2009, p. 172).” Justamente a partir de uma evolução incremental é que se pode compreender o que representou o PROUNI. Claro está que assumiu proporções nunca antes sentidas pelo país, ainda assim faz parte da trajetória de outras políticas públicas brasileiras. Para Lindblom: “[...] o incrementalismo consiste em mudança política por meio de pequenos passos” (HEIDEMANN e J. F. SALM, 2009, p. 182). Da perspectiva incremental oferecida por este autor, é que o PROUNI será nesta pesquisa interpretado (MARQUES, 2013, p. 28)⁵.

Ao projeto de lei 3.582/2004 foram então submetidas 292 emendas divididas em substitutivas, modificadas, aditivas e supressivas. Conforme já se narrou, foi grande a influência das instituições de ensino privadas no processo de votação do projeto, inclusive em razão da presença de quatro parlamentares na Comissão de Educação da Câmara que foram à época proprietários de instituições de ensino privadas, eram eles: Átila Lira (PSDB/PI), Bonifácio de Andrada (PMDB/MG), Clóvis Fecury e Murilo Zauith (PFL-MS) (GUERRA, 2009, p. 288). Inúmeras propostas de emendas claramente visavam ao benefício destas instituições,

⁴ Cf. SÃO PAULO (município). Lei Nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003. Altera a legislação do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. Secretaria do Governo Municipal, São Paulo, em 24 de dezembro de 2003.

⁵ Sobre o incrementalismo, deve-se observar que ele de início foi uma crítica que se direcionou ao caráter racional do processo decisório, crescendo a partir deste contraste, formando uma visão mais realista da maneira como se dá o processo político. Sobre esta teoria, citemos Eduardo Marques: “Para Lindblom, considerando a opacidade das informações e os custos envolvidos na própria decisão, não seria nem mesmo racional considerar que o processo de decisão se baseasse em grandes decisões racionais sobre as políticas, ponderadas a partir da análise exaustiva das alternativas e dos respectivos custos envolvidos. [...] Ao contrário do considerado até o momento, Lindblom sugeriu que meios e fins seriam escolhidos muitas vezes de forma simultânea e o processo de decisão em políticas seria ‘incremental’”.

sobretudo, no que se refere ao aumento do número de bolsas concedidas, para que assim se pudesse combater o problema das vagas ociosas e da inadimplência⁶.

Enfim, após o exaustivo trâmite parlamentar para a votação do referido projeto, submetido em maio de 2004, tem-se na data de 10 de setembro do mesmo ano, a Medida Provisória 213, em cuja exposição de motivos assinada por Fernando Haddad, então Ministro de Estado da Educação Interino, e Antonio Palocci Filho, Ministro de Estado da Fazenda, obtém-se a informação, no item 5, de que “praticamente todas as emendas sugeridas foram parcial ou integralmente contempladas e incorporadas ao texto”. Ressaltando-se ainda que “a incorporação de emendas ao projeto original refere-se a todos os partidos representados no Congresso Nacional”, não sendo exclusiva da base aliada, portanto. Demonstrando-se por fim que “tanto o debate alimentado pelos parlamentares quanto as pretensões da sociedade civil encontram amplo respaldo na reformulação do PROUNI, evidenciando significativas alterações no teor do texto, se confrontado com o Projeto de Lei de maio de 2004.”⁷ Enfim, na data de 10 de setembro de 2004, foi instituído por Medida Provisória o Programa Universidade para Todos.

Entre todas as alterações que foram feitas comparativamente entre o projeto de lei e a Medida Provisória, ressaltando-se que foram modificações que beneficiaram majoritariamente as instituições de ensino privadas, destacaremos o fato de que no PL, a previsão era a de que fossem concedidas apenas bolsas de estudo integrais a alunos cuja renda familiar per capita fosse até um salário mínimo, já na MP o limite foi alterado para um salário mínimo e meio per capita. Foram também inseridas bolsas parciais de 50% do valor da mensalidade, caso em que o limite seria o de três salários mínimos per capita. Outra mudança importante foi a de que no PL, o critério de seleção do candidato era apenas seu desempenho medido

⁶ Conforme dados oferecidos pela fonte MEC/INEP/DEED, em 2004, das 1.017.311 vagas ociosas existentes na graduação presencial brasileira, 996.061 eram do setor privado de ensino. Cf. Tabela 9. Censo da Educação Superior – 2008.

Disponível em: http://download.inep.gov.br/download/censo/2008/resumo_tecnico_2008_15_12_09.pdf. Acesso em: 26 maio 2014.

⁷ Cf. BRASIL. Exposição Interministerial nº 061/2004/MEC/MF. Medida Provisória 213, Brasília, 10 de setembro de 2004. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de setembro 2004.

a partir do ENEM. Na MP, as instituições de ensino foram autorizadas a inserir outro processo seletivo além do ENEM.

Finalmente, citemos a opinião presente no artigo de Guerra e Fernandes, segundo a qual, “o projeto final acabou refletindo o jogo político, com a atuação bastante marcada dos atores envolvidos, e no final o MEC teve de ceder e acomodar os interesses privados (GUERRA, 2009, p. 297)”. Após todo esse jogo político, finalmente, na data de 13 de janeiro de 2005, a Medida Provisória 213 foi convertida na Lei 11.096. Com isso temos a institucionalização do Programa Universidade para Todos. No texto legal, foi mantido o critério de renda per capita, nas modalidades de bolsa previstas no texto da MP, mantendo-se também os critérios de seleção dos contemplados. Enfim, na passagem da MP à Lei não foram grandes as mudanças. Instituído o programa, passemos à análise normativa.

4 IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO

Institucionalizar, despessoalizar, tornar regra jurídica, esse foi o caminho que culminou na Lei 11.096/05, a partir deste momento se pode falar do PROUNI como uma política pública institucionalizada. Esta pesquisa utilizará o termo instituição da maneira como foi abordado por Bucci, ou seja, aproximando três planos de análise do fenômeno governamental, sendo eles o macro (governo), o micro (ação governamental) e o meso institucional, no interior do qual estariam os arranjos institucionais, políticas públicas já preenchidas por um conjunto de elementos, iniciativas e normas, unidos de tal modo a estruturar a ação governamental. Ainda segunda a autora, numa outra acepção, o arranjo institucional é expressão exterior da política pública (BUCCI, 2013. p. 154). Citando-a:

A iniciativa de organizar a ação consubstancia a sua dimensão objetiva, despessoalizada, e ao mesmo tempo define papéis a cada um dos envolvidos na ação, constituindo posições subjetivas jurídicas, isto é, direitos e deveres, estabilizados por força de normas e estruturas jurídicas.

Desta perspectiva teórica, compreende-se o PROUNI como uma política pública constituída de forma legítima a partir de um desenho normativo, sobre o qual serão dados os principais elementos, para que se visualize a estratégia de sua implementação.

Bem, no Programa Universidade para todos, o direito em pauta é o direito à educação que se viabiliza a partir da concessão de bolsas de

estudos integrais ou parciais (50% ou 25%), para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituição privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos. Concedidas estas bolsas, as instituições são beneficiadas com a contrapartida de isenções fiscais, em tributos fixados no art. 8º da Lei 11.096/05.

Conforme já foi colocado, o amparo constitucional para concretizar esse programa se deve à inteligência de Haddad que pura e simplesmente agiu de forma a regulamentar infraconstitucionalmente o art. 150, IV, c e o 195, § 7º, ambos da CF/88. Noutros termos, a renúncia fiscal que é a base do programa já havia sido prevista constitucionalmente desde 88, mas foi regulamentada apenas com a criação do PROUNI. Tão somente regulamentar aquilo que já tinha um embasamento legítimo significa facilidade em termos orçamentários, ou seja, o Estado apenas prosseguiu a realizar uma renúncia que já acontecia. Claro está que com o sucesso do PROUNI esta renúncia fiscal vem sendo a cada ano maior, tendo sido calculado para o ano de 2013 um montante de aproximadamente R\$ 1 bilhão que o Estado deixou de arrecadar⁸, um ano antes, o valor já foi de R\$ 733,9 milhões referentes aos impostos e contribuições federais isentos (IRPJ, CSLL, PIS e Cofins) ⁹.

Embora o impacto orçamentário, trata-se de um demonstrativo do sucesso absoluto do programa. Para sua mais recente edição, do segundo semestre de 2014, foram oferecidas 115.101 bolsas, conforme anunciado pelo Ministério da Educação, na pessoa do ministro da Educação, Henrique Paim. Deste número, 73.601 são integrais e 41.500 são parciais. De todo modo, essa quantidade já é 28% maior do que na edição do meio do ano de 2013¹⁰. Mantendo-se um crescimento progressivo na oferta. Ou seja,

⁸ Cf. Informação obtida no seguinte artigo. MÁXIMO, Luciano. Faculdades privadas buscam inclusão na desoneração da folha salarial. *Jornal Valor Econômico*. São Paulo, 06/03/2013. Fonte: <http://www.valor.com.br/brasil/3034218/faculdades-privadas-buscam-inclusao-na-desoneracao-da-folha-salarial>. Acesso em: 10 abr.2014.

⁹ Cf. Origem da informação: Id. Com Prouni, faculdades particulares deixarão de pagar R\$ 1 bi em impostos. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, 9 de abril de 2012. Fonte: <http://www.unicamp.br/unicamp/clipping/2012/05/10/com-prouni-faculdades-particulares-deixar%C3%A3o-de-pagar-r-1-bi-em-impostos-0>. Acesso em: 10 abr. 2014.

¹⁰ Cf. PASSARINHO, Nathalia. Prouni do meio do ano vai oferecer 115 mil bolsas de estudo. *G1*, Brasília, 05 de junho 2014. FONTE: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2014/06/prouni-do-meio-do-ano-ofecera-115-mil-bolsas-de-estudo.html>. Acesso em: 03 jul. 2014.

anualmente, milhares de indivíduos são beneficiados com a criação deste programa, o que é maravilhoso, na medida em que estamos falando de pessoas que se enquadram no público alvo estabelecido no art. 2º, da Lei 11.096/05, sendo então estudantes que cumpriram o ensino médio na rede pública ou na rede privada na condição de bolsistas integrais, havendo a necessidade, para enquadramento, da renda familiar per capita ser de até um salário mínimo e meio, para o caso das bolsas integrais e de até três salários, no caso das bolsas parciais. Havendo também a previsão de se destinarem bolsas à estudante portador de deficiência, nos termos da lei, bem como a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda per capita possuída. Ressaltemos, ainda, no PROUNI, a existência de cotas, trata-se da previsão feita pelo art. 7º, II, da Lei 11.096/05, segundo o qual, deve haver um percentual de bolsas de estudos que seja reservado à implementação de políticas afirmativas concernentes ao acesso de portadores de deficiência, bem como aos autodeclarados negros e indígenas.

A forma de classificação ocorrerá mediante o desempenho no Exame Nacional do Ensino Médio – o Enem, com a média mínima de 450 pontos, sendo os critérios de seleção colocados no art. 3º, do mesmo diploma legal. Destacando-se a possibilidade das instituições de ensino superior colocarem seus próprios critérios conjuntamente ao anterior.

Desde sua criação, mais de um milhão de bolsas já foram concedidas, calcula-se um montante preciso de 1,27 milhão.¹¹ Para que se tenha uma noção de quem efetivamente se beneficia com o Programa, vamos nos remeter aos indicadores do INEP de 2012, segundo os quais, entre os contemplados, 52% eram mulheres, 49% pretos e pardos, 1% com deficiência, 1% professores de educação básica pública, 74% frequentando cursos noturnos e 4% cursos de turno integral. Além disso, quanto à

¹¹ A respeito de dados comprobatórios do rápido crescimento do PROUNI, citemos a seguinte informação de que desde sua criação até 2013, o número de vagas oferecidas cresceu em 125%. De 2005 até 2013, de 112 mil bolsas concedidas anualmente, saltou-se para mais de 252 mil. Cf. VIEIRA, Victor. Total de bolsas concedidas pelo PROUNI cresce 125% em 8 anos. Estadão. São Paulo, 29 de outubro de 2013. FONTE: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,total-de-bolsas-concedidas-pelo-prouni-cresce-125-em-8-anos,1090705> Acesso em: 04 abr. 2014.

concentração geográfica, 51% estão na região sudeste, 19% na região sul, 15% na nordeste, 10% na centro-oeste e, por fim, 5% na norte.¹²

Toda a estratégia de implementação, tem como motor principal a Lei 11.096/05, com ênfase em seu art. 5º que prevê a maneira como é estruturado o funcionamento do programa. Quanto a isso, é assinado um termo de adesão entre seus agentes, quais sejam, o governo e a instituição de ensino com ou sem fins lucrativos, oportunidade em que são definidos os critérios para concessão das bolsas e a contrapartida que é o recebimento das isenções fiscais. Devendo-se oferecer, no mínimo, uma bolsa integral para cada 10,7 estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior. Alternativamente, pode ser oferecida uma bolsa integral a cada 22 alunos inseridos no mesmo critério anterior, desde que sejam oferecidas também bolsas parciais de 50% ou de 25% na proporção necessária para que a totalidade dos benefícios concedidos atinja o montante de 8,5% da receita anual dos períodos letivos que já possuem bolsistas do PROUNI.

A Lei também já prevê, em seu art. 9º, as penalidades para o caso de descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão. Após toda a construção do desenho institucional é firmado, por fim, o papel do Poder Executivo de dar ampla publicidade aos resultados do programa, regulamentando aquilo que foi disposto nesta lei.

Enfim, após esta apresentação sintética da institucionalização do Prouni, será feita a problematização da via por meio da qual se deu a democratização do acesso à educação superior no Brasil.

5 ASPECTOS CRÍTICOS DO PROGRAMA E SEUS FUTUROS DESAFIOS

Graças às políticas de acesso à educação superior, dentre as quais, se destacou nesta pesquisa o PROUNI, o número de matrículas na educação superior, em 2012, foi de 7.058.084, antes da implementação deste programa, em 2004, esse número foi de apenas 4.278.133, conforme

¹² Estes dados extraídos do Censo INEP de educação superior -2012 foram nesta sequência organizados por Eliane Ribeiro no seguinte artigo. Cf. RIBEIRO, Eliane. O ProUni e as disputas em torno da democratização do ensino superior. *Le monde diplomatique - Brasil*, 01 de Março de 2013. FONTE: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1385>. Acesso em: 31 maio 2014.

se verifica no Censo– INEP, de 2012.¹³ Não há dúvidas, portanto, de que houve um aumento quantitativo no acesso ao ensino superior. Restam dúvidas, porém, quanto à qualidade desse acesso e a maneira por meio da qual ele foi processado.

A maior crítica ao programa se refere à sobrevida que ele teria dado às instituições de ensino superior privadas, as quais, em 2004, vivenciavam uma profunda crise financeira motivada pelas vagas ociosas e inadimplência. Estas instituições apresentaram um crescimento acelerado a partir de 1996, o que se explica em grande parte pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro do mesmo ano, a qual estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional. Nela encontramos a distinção entre instituições de ensino públicas e privadas, sendo estas últimas, em conformidade ao artigo 20, particulares, comunitárias, confessionais ou filantrópicas¹⁴. Esta lei abre a fundamentação legítima para a instituição do lucro no campo educacional, uma vez que antes dela vigorava o determinado pela Reforma Universitária de 1968, ou seja, as instituições de ensino superior deveriam ser necessariamente fundações ou associações. Foi assim legitimada a busca pelo lucro, inclusive pela edição da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cujo artigo primeiro se dispõe que o valor das anuidades ou das semestralidades é contratado entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável¹⁵. Lucro máximo, lucro da lógica empresarial, tal foi o sentido de orientação das instituições de ensino superior no Brasil a partir desta data.

Em conformidade com os dados obtidos no INEP, em 1996, havia um total de 922 instituições de ensino superior, no Brasil. Sendo que deste número, entre universidades, faculdades integradas, centros universitários e estabelecimentos isolados, havia um total de 711 que eram privadas.¹⁶ Em 2004, quando o PROUNI estava sendo discutido no Congresso, este

¹³ Cf. Planilha divulgada pelo INEP/MEC do Censo da Educação Superior 2011-2012. Disponível em: <http://www.andifes.org.br/?p=22390>. Acesso em: 03/07/2014.

¹⁴ Cf. BRASIL, Lei. Lei nº 9.394, Brasília, 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, 23 de dezembro de 1996.

¹⁵ Cf. BRASIL, Lei. Lei nº 9.870, Brasília, 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. Diário Oficial da União, 24 de novembro de 1999.

¹⁶ Dados do Inep foram obtidos em consulta à tabela de educação superior que mostram dados de 1980 até 1998. FONTE: <http://portal.inep.gov.br/web/censo-da-educacao-superior/evolucao-1980-a-2007>. Acesso em: 05 jul. 2013.

número já mostrava os reflexos da edição da Lei de diretrizes e bases da educação, existindo, então, conforme dados do INEP, 1.789 instituições de ensino superior privadas, no Brasil.

Sem dúvida, portanto, um aumento gigantesco em pouquíssimo tempo. Aumento expressivo desacompanhado de um adequado planejamento e controle por parte do poder público. O consequente baixo nível do ensino oferecido trouxe consigo reflexo em todo o panorama do ensino superior brasileiro. Ora, neste contexto, a maior crítica ao PROUNI se refere ao fato de que ele contribuiu para que estas instituições de ensino privadas sobrevivessem por um prazo muito mais longo, graças às isenções fiscais, graças, portanto, ao preenchimento de muitas de suas vagas ociosas.

Não que toda a culpa do mundo nele resida, em argumento de defesa, pode-se dizer que para que a democratização do acesso ao ensino superior ocorresse em tempo hábil, foi necessário que se aproveitassem vagas já existentes, dentro de uma previsão constitucional de isenções fiscais que já funcionava. Assim, embora a preponderância do setor privado, dos interesses privados, inclusive no próprio processo de votação do programa, conforme já se discutiu, quando foram mencionadas as 292 emendas feitas ao projeto original, claro está que o PROUNI tem beneficiado anualmente centenas de milhares de jovens cuja renda familiar per capita não seria suficiente para arcar com os valores exorbitantes que costumam ter as mensalidades. Se tomarmos, então, como medida o propósito desta política pública que era o de democratizar o acesso à educação superior, pode-se afirmar que ela foi vitoriosa.

De todo modo, ao longo do governo Lula, foram feitos também investimentos para a expansão do acesso ao ensino superior público, como foi o caso do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais – Reuni, em razão do qual foram criados mais de 2.000 novos cursos, além disso as vagas oferecidas cresceram mais do que o dobro do número oferecido em 2003. O PROUNI não pode ser criticado fora da análise conjunta de outras políticas públicas, portanto.

Enfim, como aspectos que o Programa ainda precisa enfrentar para seu pleno funcionamento, citemos a necessidade de melhor supervisão das instituições de ensino envolvidas, quanto a possíveis irregularidades na concessão de bolsas, entre outros fatores que comprometam o que ficou acordado no termo de adesão, aplicando-se as punições que forem de direito, com possibilidade de desvinculação do programa, havendo reincidência na prática de falta grave. Para esta fiscalização, a responsabilidade do

Ministério da Educação é direta, devendo, assim, agir com gravidade. Mais que isso, o maior desafio que o PROUNI precisa enfrentar é o da melhoria qualitativa das instituições de ensino superior, superando-se com medidas legais, ao máximo a lógica do lucro que maximiza a quantidade, independentemente do teor qualitativo do que é oferecido. Uma melhora na educação, fiscalizando-se estas instituições também no conteúdo oferecido deveria ser também uma responsabilidade do PROUNI, apenas assim se pode falar num acesso que foi democratizado sem a contrapartida do sucateamento educacional, trata-se de uma busca conjunta ainda a ser concretizada mediante ações governamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democratização do acesso ao ensino superior foi uma conquista proporcionada pelo PROUNI, conforme se pretendeu demonstrar ao longo da elaboração deste texto. O caminho que levou à sua efetivação foi marcado por aspectos controvertidos alheios a este propósito originário. A pressão exercida pelas instituições de ensino superior privadas foi forte o bastante para influenciar a composição da Lei 11.096/05 que instituiu o programa. Esta influência é característica da presença de interesses econômicos, no caso a busca de lucro máximo, em meio ao jogo político revestido por bandeiras coletivas, palavras de ordem e valores sociais. A ação governamental estruturada por meio desta política pública, como tantas outras, foi marcada por este conflito entre interesses públicos e privados. Redutivismo seria desprestigiar o programa em razão do benefício que trouxe às instituições privadas, dando a elas sobrevida, pois também a população civil foi beneficiada com as bolsas que foram concedidas, não apenas na figura direta dos contemplados, provenientes de camadas sociais mais pobres, como também através da elevação dos índices educacionais do país inteiro, ampliando com isso o alcance de sua cidadania, a especialização do seu mercado de trabalho e o nível geral de consciência a respeito da interpretação do mundo. Para tudo isso, é claro, que se precisa de incentivo ao estudo. O oferecimento de bolsas, mediante o desempenho no ENEM, é uma forma de se integrar quem de outra maneira seria marginalizado de diversas oportunidades de crescimento pessoal. Assim é que o balanço final do PROUNI é positivo. O objetivo desta política pública era o de ampliar o acesso ao ensino superior, isso aconteceu. De todo modo, vale lembrar que para se combater

a preponderância da influência econômica, a busca incessante de lucro, a acumulação infundável de bens, não seria mesmo através desta política pública, criticá-la nesse sentido, é absurdo. Se o desejo é o de realizar esse combate, que não se espere passivamente uma ação governamental, que se faça então uma ação coletiva, contando com a presença do povo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Exposição Interministerial nº 061/2004/MEC/MF. **Medida Provisória 213**, Brasília, 10 de setembro de 2004. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de setembro 2004.

_____. Lei. **Lei nº 9.394**, Brasília, 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, 23 de dezembro de 1996.

_____. Lei. **Lei nº 9.870**, Brasília, 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. Diário Oficial da União, 24 de novembro de 1999.

_____. Lei. **Lei nº 11.096**, Brasília, 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 14 de janeiro de 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DE MELLO, Paula Branco.

Democratização e acesso à educação superior – Parte 1. Opinião n. 7. In: GEA-Grupo estratégico de Análise da Educação Superior no Brasil. Rio de Janeiro, março de 2013.

_____. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BUCCI, O conceito de política pública em direito. In _____. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-49.

CAPELLA, A. C. N. Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas. In: Hochman, Gilberto; Arretche, Marta; Marques, Eduardo. (Org.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87-122.

Censo da Educação Superior 2008 (Dados Preliminares). Ministério da Educação - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira Brasília-DF, 2009.

Disponível em: http://download.inep.gov.br/download/censo/2008/resumo_tecnico_2008_15_12_09.pdf. Acesso em: 28 jun. 2014.

Censo da Educação Superior 2011-2012. Ministério da Educação - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira Brasília-DF. Disponível em: <http://www.andifes.org.br/?p=22390>. Acesso em: 03 jul. 2014

COSTA, Fabiana de Souza. **O Prouni e seus egressos: uma articulação entre educação, trabalho e juventude**. Tese de doutorado apresentada na PUC-SP, em 2012.

COUTINHO, Diogo, O Direito nas Políticas Públicas. In: **Política Pública como Campo Disciplinar**. Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.). São Paulo: ed. UNESP, 2013.

DE ALMEIDA, Wilson Mesquita. **Ampliação do acesso ao ensino superior privado lucrativo brasileiro: um estudo sociológico com bolsistas do Prouni na cidade de São Paulo**. Tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, em 2012.

GUERRA, Lenin Cavalcanti Brito; FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. **O Processo de Criação do Programa Universidade para Todos (PROUNI): interesses e escolhas no Congresso nacional**. Revista Política Hoje, Vol. 18, n. 2, 20.

HADDAD, Fernando. **O Plano de Desenvolvimento da Educação: Razões, Princípios e Programas**. Ministério da Educação. Brasil, Governo Federal. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro/livro.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

IMMERGUT, Ellen M. Núcleo Teórico do Novo Institucionalismo. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). **Políticas Públicas** – Coletânea. Volume 1. 2007.

LINDBLON, C. E. Muddling Through 1: a ciência da decisão comportamental. In: F. G. HEIDEMANN e J. F. SALM (Ed.). **Políticas públicas e desenvolvimento**: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora da UNB, 2009. p.161-180.

_____. Muddling Through 2: a ubiquidade da decisão incremental. In: F. G. HEIDEMANN e J. F. SALM (Ed.). **Políticas públicas e desenvolvimento**: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora da UNB, 2009. p.181-202.

MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na ciência política. _____; DE FARIA, Carlos Aurélio Pimenta. (Orgs.) **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

MÁXIMO, Luciano. **Faculdades privadas buscam inclusão na desoneração da folha salarial**. Jornal Valor Econômico. São Paulo, 06/03/2013. Fonte: <http://www.valor.com.br/brasil/3034218/faculdades-privadas-buscam-inclusao-na-desoneracao-da-folha-salarial>. Acesso em: 10 abr. 2014.

_____. **Com Prouni, faculdades particulares deixarão de pagar R\$ 1 bi em impostos**. Jornal Valor Econômico, São Paulo, 9 de abril de 2012. Fonte: <http://www.unicamp.br/unicamp/clipping/2012/05/10/com-prouni-faculdades-particulares-deixar%C3%A3o-de-pagar-r-1-bi-em-impostos-0>. Acesso em: 10 abr. 2014.

OLIVEIRA, João Ferreira; CATANI, Afrânio Mendes. A reconfiguração do campo universitário no Brasil: conceitos, atores, estratégias e ações. In: OLIVEIRA, João Ferreira (Org.). **O campo universitário no Brasil**: políticas, ações e processos de reconfiguração. Campinas: Mercado das Letras, 2011.

PASSARINHO, Nathalia. **Prouni do meio do ano vai oferecer 115 mil bolsas de estudo**. G1, Brasília, 05 de junho 2014. FONTE: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2014/06/prouni-do-meio-do-ano-ofecera-115-mil-bolsas-de-estudo.html>. Acesso em: 03 jul. 2014

PT, **Uma Escola do Tamanho do Brasil**. Programa de Governo 2002 – coligação Lula Presidente. Disponível em: [ttp://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001806.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001806.pdf). Acesso em: 22 jun. 2014.

RIBEIRO, Eliane. **O ProUni e as disputas em torno da democratização do ensino superior**. Le monde diplomatique, Brasil, 01 de Março de 2013. FONTE: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1385>. Acesso em: 31 maio 2014.

SÃO PAULO (município). **Lei N° 13.701**, de 24 de dezembro de 2003. Altera a legislação do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. Secretaria do Governo Municipal, São Paulo, em 24 de dezembro de 2003.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G; ARRETCHE, M; MARQUES, E. (org). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p. 65- 86.

VIEIRA, Victor. **Total de bolsas concedidas pelo PROUNI cresce 125% em 8 anos**. Estadão. São Paulo, 29 de outubro de 2013. FONTE: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,total-de-bolsas-concedidas-pelo-prouni-cresce-125-em-8-anos,1090705> Acesso em: 4 abr. 2014

IMIGRANTES BOLIVIANAS EM SÃO PAULO: CONDIÇÕES DE VIDA E TRABALHO

BOLIVIAN IMMIGRANTS IN SÃO PAULO: LIVING AND WORK CONDITIONS

Vanessa Gomes Zanella *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Fluxos migratórios da atualidade em direção ao sul global e ao Brasil. 2 Migrações e relações de gênero. 2.1 A teoria da interseccionalidade. 2.2 Especificidades da migração feminina. 3 Inserção laboral e social em São Paulo. 3.1 Contexto da indústria têxtil na cidade e a inserção laboral de bolivianas. 3.2 Inserção social de bolivianas na sociedade paulistana. 4 Panorama das políticas públicas em matéria migratória no Brasil. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo evidenciar as condições de vida e de trabalho de imigrantes bolivianas na cidade de São Paulo, estudando os fatores impulsionantes do movimento e atuais tendências das migrações internacionais no sul global e no Brasil, mas também, e principalmente, as particularidades da inserção social e laboral de mulheres bolivianas na sociedade paulistana, analisada a partir da perspectiva de gênero. Nota-se que a experiência migratória se dá de forma muito distinta entre mulheres e homens, e neste caso específico – de mulheres, indígenas e bolivianas – há uma sobreposição de desigualdades que as tornam particularmente vulneráveis, ainda mais em um contexto de ausência de uma política migratória consistente. Assim, faz-se necessária uma reformulação do serviço público voltado a esta população, que seja mais inclusivo, ao mesmo tempo em que considere as particularidades deste grupo social.

Palavras-chave: Migrações internacionais. Bolivianas. Interseccionalidade. Trabalho precário. Política migratória. Relações de gênero.

ABSTRACT: *This article aims to show the living and work conditions of Bolivian immigrants in São Paulo, studying the factors that motivates the movement and the trends of international migration in the global South and in Brazil, but also, and mainly, the particularities of the social and labor insertion of Bolivian women in Sao Paulo society, analyzed from a gender perspective. Note that the migratory experience occurs very differently for women and men, and in this particular case - of indigenous and Bolivian women - there is an overlap of inequalities that make them particularly vulnerable, especially in a context of lack of a consistent immigration policy. Thus, it is necessary a reformulation of the public service facing this population, which must be more inclusive and consider the specificities of the different migrant groups.*

Keywords: *International migration. Bolivians. Intersectionality. Precarious work. Migratory Policy. Gender relations*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo evidenciar as condições de vida e de trabalho de imigrantes bolivianas na cidade de São Paulo, estudando os fatores impulsionantes do movimento e atuais tendências das migrações

* Mestra em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO. Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP-Franca.

internacionais no sul global e no Brasil, mas também, e principalmente, as particularidades da inserção social e laboral de mulheres bolivianas na sociedade paulistana, analisada a partir da perspectiva de gênero.

Para tanto, fez-se necessária a divisão do presente trabalho em quatro principais eixos. O primeiro concentra-se em compreender as tendências dos principais fluxos migratórios da atualidade com direção ao sul global e ao Brasil. Num segundo momento, por meio da abordagem teórica feminista da interseccionalidade, buscaremos analisar o fenômeno migratório sob a ótica de gênero, buscando compreender a especificidade das migrações para as mulheres. Na terceira seção evidencia-se como o movimento de trabalhadoras e trabalhadores bolivianas/os com direção a São Paulo está condicionado à reestruturação econômica das relações de produção e à precarização do trabalho, próprias da fase atual do capitalismo, adentrando-se no universo produtivo da indústria têxtil paulistana, principal nicho laboral desta população migrante, além de aprofundar a abordagem sobre como as imigrantes bolivianas estão inseridas social e laboralmente na cidade de São Paulo, sendo possível analisar suas condições de vida e de trabalho. E por fim, é apresentado um panorama das políticas públicas no Brasil em matéria migratória, com o intuito de apresentar soluções viáveis para a inversão da condição de precariedade e escasso acesso a direitos desta população.

1 FLUXOS MIGRATÓRIOS DA ATUALIDADE EM DIREÇÃO AO SUL GLOBAL E AO BRASIL

Os principais fluxos migratórios contemporâneos no mundo, tradicionalmente, correspondiam a fluxos que saíam do sul em direção ao norte global. Mas, a crescente criminalização das migrações, a superexploração e flexibilização do trabalho, a discriminação e xenofobia, a escassez de direitos, a extradição compulsória, o enrijecimento das fronteiras do norte, a abstenção de responsabilidade dos Estados frente às mortes e violações decorrentes do atravessamento das fronteiras, as crises estruturais da última década, as medidas de austeridade que afetaram diferenciadamente as/os imigrantes, unidos à especificidade da realidade sociocultural dos países de origem e destino – que são, claramente, muito heterogêneos – e à preponderância política e econômica dos países emergentes em suas regiões – como os BRICS –, entre outros fatores, contribuíram para que hoje seja possível afirmar que os principais fluxos

migratórios se dão entre países do sul global (OIM, 2013). Segundo relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as migrações sul-sul e norte-sul, já representam, cada uma, 30% do total de migrações no mundo (OIT, 2013).

Dentre o evidente aumento dos fluxos intrarregionais na América Latina, podem ser identificados alguns movimentos antigos e particulares – como o de paraguaias/os no Brasil; ou a Argentina, a Venezuela e a Costa Rica como destinos preferidos (PERTICARA, 2009: 9), mas também movimentos recentes, que caracterizam o Brasil “[...] como área de recepção crescente de bolivianos, chilenos, peruanos, uruguaios e colombianos.” (OIM, 2010: 28).

Além disso, desde os anos 80, uma forte onda migratória latino-americana e africana é impulsionada com direção ao Brasil, e mais especificamente a São Paulo. De acordo com o Relatório Mundial das Migrações, realizado pela Organização Internacional para as Migrações (OIM) em 2013, 214 milhões de pessoas se deslocaram de seus países em 2010 e este número vem crescendo. Dentre elas, 87 milhões se deslocaram de países do sul global para outros também do sul, segundo a classificação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Desde a América Latina e o Caribe 7,7 milhões de pessoas imigraram em 2010 (ONU, 2013: 4). As migrações que têm o Brasil como destino cresceram 87% nos períodos de Censo, compreendidos entre 1995/2000 e 2005/2010 (IBGE, 2010 apud OIM, 2013: 79). Somente nos últimos cinco anos, foram recebidas/os cerca de 270 mil imigrantes.

Como as estatísticas governamentais são insatisfatórias, uma vez que não contabilizam as/os imigrantes indocumentadas/os, a veracidade dos dados é comprometida. Segundo estimativas da Pastoral do Migrante, entre documentadas/os e indocumentadas/os, concentram-se no Brasil um total aproximado de 1 a 1,5 milhões de imigrantes que, quantitativamente, entre os sexos, tendem ao equilíbrio (MARTES, 2009: 64).

Dentre as quatro principais origens destas/es imigrantes, duas são de países latino-americanos: Paraguai, Bolívia, Japão e Estados Unidos. O Perfil Migratório do Brasil de 2009 divulgou que no ano de 2000 totalizavam 144.234 imigrantes latino-americanas/os e caribenhas/os no Brasil (OIM, 2009: 83). Assim, o Brasil é hoje o terceiro país latino-americano que mais recebe migrantes internacionais. Recebeu cerca de 550 mil migrantes no ano de 2000, estando à sua frente somente a Argentina e a Venezuela. Após

os anos 90, as/os imigrantes sul-americanas/os predominaram no Brasil, correspondendo a quase 40% do total (PATARRA; BAENINGER, 2006: 90).

A Bolívia, objeto do atual estudo, é um país predominantemente de emigração. Cerca de 20% da população boliviana encontra-se fora do país. Parte dessa população dirige-se ao Brasil. Desta parcela, 40% tem a cidade de São Paulo como destino. Segundo dados oficiais fornecidos pelo IBGE (2010), 18,8 mil encontram-se instaladas/os na capital paulista. Este número aponta para uma superação, pela primeira vez, do grande e tradicional contingente de italianas/os e japonesas/es na cidade. Ainda assim, esse número dá indícios de ser bem superior. Segundo estimativas do Consulado da Bolívia, a população boliviana pode chegar a cerca de 350 mil somente em São Paulo, entre documentadas/os e indocumentadas/os.

A presença destas/es imigrantes passou a compor o cotidiano da cidade. Isso se deve à quantidade crescente, ao processo de espalhamento pelos bairros periféricos da cidade e também devido à atenção que a mídia tem dado a fatos que envolvem esta população migrante. Encontrar bolivianas/os nas ruas, estações de metrô ou dentro de ônibus, há pouco tempo, era apenas uma realidade daqueles que vivem ou se dirigem ao centro da cidade. Hoje, as populações dos bairros, cada vez mais convivem com bolivianas/os nas esquinas de suas casas ou fazendo compras na padaria de sempre: fazem parte, ainda que marginalmente, da cidade.

2 MIGRAÇÕES E RELAÇÕES DE GÊNERO

2.1 A teoria da interseccionalidade

A perspectiva interseccional das migrações, segundo Herrera (2013), foi evidenciada primeiramente pelas teóricas feministas e estudiosas da categoria gênero. É fruto de um giro analítico da categoria. De 1970 a 1985, aproximadamente, os estudos produzidos diziam respeito à relação de gênero, entre mulheres e homens, as relações de poder e as distintas experiências sociais de cada um de acordo com o gênero. De 1980 a 1990, os estudos voltam-se para as mulheres, para os enfoques nas tensões das diferenças. Finalmente, os trabalhos mais recentes se complexificaram, e foi introduzida a abordagem interseccional, segundo a autora:

[...] Gender not only is put at the center of migration analysis but also becomes better articulated with other axes of

*social inequality such as race, class, age, or nationality, an approach that has been described as intersectional (Lutz et al. 2011, Anthias 2012)*¹ (HERRERA, 2013, 24.2).

A interseccionalidade direciona seu olhar para os sistemas de opressão como constitutivos dos sistemas de migração. Tal abordagem examina como o gênero se entrecruza com outras categorias de desigualdade social, enfocando na centralidade do poder e na hierarquia social no âmbito dos processos de migração (ANTHIAS, 2012). A interseccionalidade tem provado ser uma abordagem muito frutífera não somente para o campo dos estudos migratórios, mas tem informado e enriquecido outras subáreas das análises sociológicas.

Nesse sentido, a interseccionalidade pode ser relacionada, também, com a crítica levantada por Wimmer & Glick Schiller (2002) sobre o nacionalismo metodológico. De acordo com este ponto de vista, as análises de migrações deveriam superar, entre outras coisas, o foco sobre as nacionalidades dos grupos de imigrantes e olhar, ao invés disso, para a intersecção entre raça, classe e gênero, a fim de compreender as diferenças e hierarquias entre os grupos internos e as relações de poder dentro e além dos campos transnacionais dos Estados. Dentro desta perspectiva, gênero e raça tornaram-se dimensões chave na análise das desigualdades sociais (HERRERA, 2013, 24.5).

Este câmbio analítico nos estudos de gênero e migrações, indubitavelmente, vem contribuindo para a compreensão tanto do fenômeno migratório como para os estudos de gênero. Vale ressaltar que a multidimensionalidade da desigualdade social – a interseccionalidade – é algo novo para as migrações, mas não tanto para os estudos de gênero. Há tempos as feministas vêm estudando estratégias para lograr mudanças nessas múltiplas desigualdades que envolvem as relações de gênero. No entanto, a riqueza da relação destas duas ciências é descobrir que, em situação de migração, estas desigualdades múltiplas são aprofundadas.

Veremos que a incorporação de imigrantes bolivianas à cidade de São Paulo, bem como suas condições de vida, diferem acentuadamente na medida em que estas acumulam categorias de desigualdade social. Assim, por exemplo, uma mulher italiana, em comparação com a mulher boliviana

¹ “O gênero não só é colocado no centro da análise de migração, mas também torna-se melhor articulado com outros eixos de desigualdade social, tais como raça, classe, idade ou nacionalidade, uma abordagem que tem sido descrita como interseccional” (tradução nossa).

e indígena, sofre as opressões advindas da categoria de gênero, mas não as advindas da categoria de raça, pois se encaixa, nesse sentido, ao tipo ideal europeu aceito pela sociedade.

2.2 Especificidades da migração feminina

Diversos são os motivos que impulsionam as pessoas a tomarem a decisão de migrar. Além de se incluir os aportes subjetivos que contemplam a realização de anseios pessoais ligados ao fenômeno da imigração, é de suma importância considerar que a imigração em massa de latino-americanas ao Brasil é, em grande parte, ocasionada pelos fatores de expulsão dos processos de globalização. A chamada globalização engendra uma série de fatores que, explicam, em muito, a mobilidade de mulheres. As mazelas sociais são inerentes a esse processo que impõe aos países chamados periféricos o capitalismo central, o desmonte de suas precárias economias, levando suas populações a situações insustentáveis de vulnerabilidade social, econômica, política e cultural, daí a saída em busca de uma vida melhor.

Este camino alterno responde también a otras variables y procesos sociales que se han ido desarrollando en el contexto de la globalización, en donde no debe minimizarse el papel de la tecnología y la información global, y la creación de nuevas redes sociales[...] (HERNÁNDEZ, 2007, p. 219).

Vemos que, na maioria dos casos, é para trabalhar que um crescente número de pessoas sai de seus países, impulsionadas pela busca por melhores salários. Sob este enfoque, as/os imigrantes não só seguem o fluxo do capital, que dita as inserções laborais, mas também tentam, mediante saída de seus países, superar a condição desigual neles existente. “*Se trata entonces de los procesos de migración y su estrecha relación con la política social y económica en los estados de Latinoamérica.*” (FISCHER-BOLLIN, 2009, p.7).

No entanto, obter uma melhor remuneração quase nunca significa melhores condições de vida e trabalho, uma vez que é a própria flexibilização, subcontratação e precarização do trabalho, também de imigrantes, que sustenta o funcionamento do sistema capitalista global. Como afirma Hirata:

[...] hoje ele [o conceito de flexibilidade] remete mais imediatamente do que no passado à questão da flexibilização

das relações de trabalho e do tempo de trabalho, e à questão mais global da precarização social induzida pela emergência de novos modelos produtivos. (HIRATA, 2007, p.92, grifo nosso).

Outro fator importante e impulsor de fluxos migratórios diz respeito à demanda por mão-de-obra de baixo custo nas grandes aglomerações urbanas com alta concentração de fluxos de capitais, como São Paulo, que se transformou em um pólo de alta absorção deste tipo de mão-de-obra e receptor de migrantes, tanto externas/os como internas/os, que vendem sua força de trabalho, em troca de salários irrisórios, e se sujeitam a jornadas de trabalho com horários cada vez mais flexíveis, sem o amparo das leis trabalhistas, sob regime de clara precariedade e exploração.

[...] num contexto de globalização dos processos econômicos e culturais, cujas características, segundo Harvey (1993), seriam a flexibilização dos mercados, dos processos de trabalho e dos padrões de consumo, surge o lado perverso desse processo, ou seja, tanto nos países industrializados como também nos países menos industrializados, como é o caso do Brasil, existe o fenômeno da crescente clandestinização da mão-de-obra. Em geral esse mercado de mão-de-obra é formado por migrantes internos, como também por imigrantes oriundos de países latino-americanos, os quais são obrigados a venderem a sua força de trabalho por salários aviltantes e sem nenhum direito contemplado pela legislação trabalhista, além de serem estigmatizados pelo fato de advirem de países pobres e regularmente associados ao tráfico de entorpecentes (SILVA, S.A., 1997, p.57).

Reconhece-se o papel fundamental do fator laboral nas migrações internacionais de mulheres, que também é regido segundo leis patriarcais. Muitas mulheres saem de seus países para trabalhar. “O trabalho é chave no contexto de imigração e traz conseqüências nas relações de gênero dos casais e no ganho de ‘poder’ da mulher dentro da família.” (PADILHA, 2007, p.128). Nos movimentos migratórios verifica-se uma rearticulação das questões de gênero, justamente pelo caráter laboral da mulher ser de grande importância no âmbito familiar, mesmo sendo a sua renda considerada, muitas vezes, como uma renda complementar à renda principal da família – a do homem – estes também acabam por acentuar estereótipos de gênero e naturalizações atribuídas às mulheres como características ligadas à atenção, ao cuidado, à delicadeza e à limpeza

(GIL, 2007, p. 704). Outras tantas vezes se inserem num outro mercado de séria desigualdade e opressão: o mercado sexual (LISBOA, 2007, p. 808)².

With female migrants, yet another component has been introduced in the migrant labor system so that it becomes even more attractive to the capitalist sectors than the employment of male workers. First, they enter traditionally female sectors. There, their wages have always been low because of the inferiority status assigned to women in the society and because their wage has never been considered to be the primary wage in the family although they still bear the brunt of the ideology of racism and the insecure political and legal status, as all migrants do. It is the articulation between the processes of gender discrimination, racial discrimination of migrant workers and class exploitation as working class (Parmar, 1982; Philzacklea, 1983; Morokvasic, 1980; Anthias, 1983) that makes their position particularly vulnerable (MOROKVASIC, 1984, p.891)³.

Assim, é importante destacar que o fenômeno das migrações internacionais apresenta-se numa complexidade que ultrapassa os limites do trabalho, pois se trata do movimento de sujeitos socioculturais. Rotular a imigração como um simples deslocamento de mão-de-obra é anular todos os aspectos da vida humana que envolvem o fenômeno, é simplificar um processo complexo que abarca as mais diversas esferas das/os sujeitas/os. Por isso que neste trabalho o elemento gênero se faz capital para

² Sobre as condições laborais das mulheres na América Latina, consultar o capítulo intitulado Inserção de mulheres no mercado de trabalho na América Latina: uma força de trabalho secundária, Abramo (2007).

³ “Com as mulheres migrantes, outro componente foi introduzido no sistema de trabalho migratório para que ele se torne ainda mais atraente para os setores capitalistas do que o emprego de trabalhadores do sexo masculino. Primeiro, eles entram em setores tradicionalmente femininos. Lá, seus salários sempre foram baixos devido ao estatuto de inferioridade atribuído às mulheres na sociedade e porque o seu salário nunca foi considerado o salário primário na família, embora elas ainda tenham que suportar o peso da ideologia do racismo e da insegurança política e status legal, como todos os migrantes fazem. É a articulação entre os processos de discriminação de gênero, discriminação racial dos trabalhadores migrantes e exploração de classe, como classe trabalhadora (Parmar, 1982; Philzacklea, 1983; Morokvasic, 1980; Anthias, 1983) que faz com que a sua posição seja particularmente vulnerável” (MOROKVASIC, 1984, p.891, tradução nossa).

compreender as migrações internacionais, já que o fenômeno não está igualmente condicionado para homens e mulheres.

Segundo a pesquisa de Teresa Lisboa (2007, p.810) sobre fluxos migratórios de mulheres para o trabalho reprodutivo, os principais motivos da imigração de mulheres são:

1) A questão socioeconômica: falta de oportunidades de emprego ou ocupações remuneradas no país de origem, bem como a desvalorização do trabalho feminino; 2) o acesso à educação ou a oportunidades de maior qualificação profissional; 3) a conquista da independência econômica e social de suas famílias de origem, principalmente as solteiras, viúvas ou mulheres que sofriam violência no local de origem; 4) a possibilidade de alcançar mobilidade social, melhorar de status em relação ao emprego que exerciam nos países de origem, ou seja, serem desvalorizadas; 5) o acesso a serviços básicos, atendimento à saúde; 6) experimentar diferentes sensações: conhecer um país diferente, divertir-se, ir a festas, sair com as amigas, aprender coisas novas; 7) ir atrás da rede familiar: de conhecidos ou amigos que já se encontram no país e motivam a emigração (LISBOA, 2007, p.810).

Nota-se que os motivos supracitados estão relacionados às consequências ocasionadas pelo sistema global excludente em que se encontram os países latino-americanos, mas também às opressões de gênero relacionadas à autonomia financeira, acesso a serviços básicos, saúde especializada e liberdade individual, como consequências do sistema patriarcal dominante.

No artigo intitulado *Os pássaros de passagem também são mulheres*⁴, Mirjana Morokvasic (1984) chama atenção para a invisibilidade do crescente fluxo de mulheres que saem de seus países em busca de melhores condições de vida e trabalho. Até então, o homem havia sido considerado o protagonista dos mais diversos fenômenos migratórios ao redor do mundo, ocupando, a mulher, o papel de passividade e de espera ou de mero acompanhamento, estando à mercê das decisões de seu irmão, pai ou marido sobre o seu destino.

Contudo, os estudos acerca do assunto não correspondiam à atual conjuntura de feminização do processo em que os fluxos migratórios se encontram. Por ser considerado um fenômeno, em geral, essencialmente masculino, a variável

⁴ Tradução nossa.

gênero não era incluída na análise e muitas mulheres tiveram a sua condição de migrantes ignorada. Entre os anos 1960 e 2000 houve um aumento de mulheres migrantes que passou de 44,7% para 50,2% do total de migrações internacionais⁵.

[...] female migration is an understudied phenomenon, it is more important to stress that the already existing literature has had little impact on policy making, on mass media presentation of migrant women, but also on the main body of migration literature, where male bias has continued to persist into the late seventies and eighties in spite of the growing evidence of women's over whelming participation in migratory movements (MOROKVASIC, 1984, p. 899)⁶.

Em seus estudos referentes à feminização dos fluxos, a autora discorre sobre o aumento dos movimentos femininos estar ligado ao fato de as migrações, para as mulheres, representarem muito mais do que um salto da pobreza, mas também uma válvula de escape de uma sociedade cada vez mais estruturada por preceitos patriarcais que geram um espaço social insuficiente para as mulheres (MOROKVASIC, 1984, p.898). Assim como o trabalho foi ao longo da história e tem sido uma conquista importante para o processo emancipatório da mulher, a imigração, muitas vezes, também desempenha esse papel ao proporcionar o empoderamento essencial para a tomada de autonomia feminina, tanto na família como no âmbito pessoal.

No entanto, essa visão a respeito dos fluxos migratórios não pode dar margem para interpretações que invisibilizem e perpetuem a opressão. Por isso que é imperativo atentar-se criticamente ao discurso emancipatório da mulher migrante, quando muitas vezes sua condição corresponde a uma "*pseudoemancipation*"⁷, nas palavras de Abadan-Unat's (MOROKVASIC, 1984, p. 893).

As mulheres migrantes, nesse contexto, além de sofrerem todas as discriminações pela sociedade receptora, simplesmente por possuírem

⁵ *World Economic and Social Survey 2004 – Informe da ONU.*

⁶ “[...] a migração feminina é um fenômeno pouco estudado, é mais importante frisar que a literatura já existente tem tido pouco impacto na formulação de políticas, na apresentação de mulheres migrantes pelos meios em massa, mas também no corpo principal da literatura de migração, onde o viés masculino continuou a persistir na final dos anos setenta e oitenta, apesar da crescente evidência da participação esmagadora das mulheres nos movimentos migratórios” (tradução nossa).

⁷ Pseudo-emancipação.

diferentes valores culturais, sofrem também a opressão de gênero, de classe, cultura e etnia, caracterizando uma quádrupla e até quádrupla opressão. Se a mulher é “o outro” do homem e o migrante é “o outro” de dada cultura, a mulher migrante é “o outro” do “outro”.

Com isso, a crescente imigração de latino-americanas e, em especial, de bolivianas para grandes aglomerações urbanas, como São Paulo, é fruto, não apenas, das exclusões provocadas pelo sistema capitalista global que provoca e ignora este fenômeno como sendo uma alternativa às desigualdades sociais, mas também das opressões de gênero que essas mulheres sofrem cotidianamente em seus países

3 INSERÇÃO LABORAL E SOCIAL EM SÃO PAULO

3.1 Contexto da indústria têxtil na cidade e a inserção laboral de bolivianas

A produção e consumo no ramo de confecções e têxtil estão intimamente ligados à inserção laboral de imigrantes bolivianas em São Paulo. A atividade da costura é considerada o nicho econômico destas imigrantes, mas também de outras de origem latino-americana (como paraguaias e peruanas, por exemplo). Em São Paulo funciona o 4º maior parque têxtil do mundo (SOUCHAD, 2012)⁸.

Para compreender a inserção de bolivianas no ramo da costura em SP, é necessário, primeiramente, compreender o contexto de transformações da indústria do vestuário na cidade. A passagem de uma economia predominantemente industrial a predominantemente de serviços; a modernização do setor industrial, que implicou o aumento da produtividade e redução relativa de mão-de-obra; a redução de seus custos para poder competir com produtos estrangeiros; a terceirização da costura, passando a produção para oficinas externas, alterando a lógica do trabalho assalariado para a prestação de serviços, em meio a uma clara diminuição dos empregos formais no setor foram algumas das transformações verificadas na indústria do vestuário em São Paulo (SOUCHAD, 2012).

⁸ Com isso, há uma forte hipótese de estar um ocorrendo um movimento inédito de recrutamento laboral, já que a “massificação” de estrangeiras/os na cidade com baixos níveis de qualificação educacional pode estar substituindo (ainda que de forma inicial) a mão-de-obra nacional.

No caso da confecção paulistana, enquanto unidades de produção desapareceram, as que se mantiveram ou, até, foram aparecendo, tiveram que passar por uma ou várias das seguintes modalidades de adaptação, muitas vezes combinadas: a deslocalização, a modernização, a reestruturação (SOUCHAD, 2012).

A deslocalização representou a transferência da produção para outros bairros de São Paulo que não os centrais, e em menor número para a região nordeste, ou para cidades do interior do estado de São Paulo, a fim de reduzir os custos imobiliários e se aproximar do mercado. A modernização representou o investimento em robotização e informatização, bastante importantes para o corte. Por fim, a reestruturação representou a aparição, difusão e consolidação de oficinas de costura de pequeno e médio porte. Esta transformação da indústria do vestuário merece atenção, uma vez que evidenciou a existência de oficinas subcontratadas e muitas vezes clandestinas, as quais envolvem tanto trabalhadoras quanto proprietárias/os imigrantes (SILVA, 2008). “Elas conseguiram um espaço crescente na cadeia produtiva por sua flexibilidade que lhes permite captar e atender os prazos curtos de uma demanda organizada em ciclos curtos” (SOUCHAUD, 2012). E esse sistema, “baseado na flexibilização do trabalho (informal) para fora do âmbito da fábrica, como dissemos, resulta num espalhamento das oficinas por vários lugares da cidade, sobretudo nas áreas periféricas” (FREIRE DA SILVA, 2008 apud XAVIER, 2012).

O aumento e consolidação da presença dos imigrantes internacionais na confecção em São Paulo é a consequência, ao mesmo tempo de uma chamada de mão-de-obra e de uma reestruturação produtiva, baseada nas oficinas subcontratadas de porte médio e pequeno e nas micro-empresas familiares informais de desenho-confecção-venda; evolução do modelo produtivo que, julgamos, foi organizada pelos próprios imigrantes (SOUCHAUD, 2012).

Pois bem, ainda que tenha havido a reestruturação no setor, as pequenas e médias oficinas atendem às demandas de grandes empresas de comércio de vestimentas. As grandes redes de lojas tem sido responsáveis pela precarização da mão-de-obra destas imigrantes. Os investimentos neste ramo estacionaram nos últimos anos, e as/os comerciantes viram no desgaste e precarização da mão de obra uma saída para que seus lucros não fossem diminuídos.

Instalou-se um regime de subcontratação da mão de obra, que se deve à terceirização das oficinas de costura em que trabalham as imigrantes bolivianas. Estas pequenas oficinas prestam serviço a empresas intermediárias, responsáveis por fornecerem os produtos às grandes marcas de vestimenta, gerando altos lucros por meio da adoção deste sistema de terceirização da mão de obra (e muitas vezes, “quarteirização”), ao mesmo tempo em que se abstém de suas responsabilidades trabalhistas para com as funcionárias que confeccionam seus produtos. São exemplos de marcas que já tiveram envolvimento em casos de subcontratação de mão de obra a Marisa, a C&A, Schutz, Pernambucanas, Collins, Gregory, M. Officer e a Zara, envolvidas em recente caso de manutenção de trabalhadoras/es em condições análogas ao trabalho escravo (MARTES, 2009: 69).

Ainda que, aparentemente, tais empresas tenham pouca representatividade econômica, considera-se que as mesmas vêm seguindo os ditames do capital internacional e da divisão internacional do trabalho, a qual determina que apenas a produção das mercadorias deslocou-se (para lugares onde os gastos são menores e a produção mais rentável), mantendo-se a transferência do capital gerado aos países de origem, mesmo que produção em São Paulo não atenda às demandas mundiais. A empresa espanhola Zara, por exemplo, é a número um mundial da indústria têxtil. Com 5.693 lojas, a Zara está presente em 85 países e em 2012, obteve um aumento de 32% em seu lucro líquido (cerca de 944 milhões de euros). Seu faturamento aumentou 17% a 7,239 bilhões de euros, enquanto o excedente bruto operacional subiu 29% a 1,621 bilhão de euros (EXAME, 2012) ⁹.

A grande diferença entre essas empresas e aquelas envolvidas com a exploração de trabalho estrangeiro na cidade de São Paulo é o mercado. Aqui, a produção de vestuário está voltada a suprir demandas do mercado interno: como exposto, as bolivianas não produzem quantidades suficientes para que a Zara ou Collins distribuam a mercadoria mundialmente. As dimensões da distribuição destas lojas vão do nível municipal ao nacional, em alguns casos, mas não são capazes de suprir as demandas do mercado externo.

⁹ Assemelha-se à conhecida exploração de trabalho infantil e de mulheres asiáticas em fábricas de grandes marcas de artigos esportivos, como é o caso da Nike, Reebok, Adidas, Asics etc. Trabalhadoras/es em regime de exploração e provenientes da China, Indonésia, Tailândia e Coréia do Sul, têm revertido altos lucros ao empresariado. A exemplo disso, em 1993, o lucro da Nike chegou ao recorde de US\$ 298 milhões, valor triplicado em cinco anos (ENLOE, 1996).

Tal limitação está relacionada, em parte, à fiscalização do Ministério do Trabalho e Ministério Público, os quais interrompem sucessivamente as cadeias produtivas de exploração assim que descobertas; a grande mobilidade de imigrantes, devido à vasta oferta de oficinas; o alto número de clientes e entregas de cada oficina (não há uma grande oficina que produza somente para a Zara, e sim uma série de pequenas oficinas que se comprometem a entregar mercadorias a cinco ou seis lojas, de pequeno a grande porte).

No entanto, ainda que programadas para produzir o suficiente para o mercado interno, tal método que visa, por meio da superexploração do trabalho, a extração máxima da mais-valia, possibilita que as redes de lojas consigam diminuir o valor de suas mercadorias sem prejudicar a qualidade ou volume da produção. Com valor reduzido de seus produtos, passam a competir mais acirradamente no mercado e a obter lucros elevados, conforme vimos no caso da Zara.

A maioria das imigrantes bolivianas que seguem para São Paulo não sabem qual será sua carga horária de trabalho, onde irá morar e em que condições, quanto tempo permanecerá no ramo da costura; sabem apenas que terão melhores salários no Brasil, que estarão perto de amigos ou familiares, que terão que trabalhar muito para pagar a viagem e ainda juntar dinheiro para enviar à Bolívia.

Acontece que, mesmo após anos da existência do fluxo migratório Bolívia-Brasil e, com isso, a conformação de redes de parentesco, muitas migrantes são surpreendidas com realidades muito distintas daquelas apresentadas no momento da viagem.

A principal forma de entrada no Brasil se dá pela fronteira com o Estado de Mato Grosso, onde vão de trem da cidade de Santa Cruz de la Sierra chegando a Corumbá. Depois realizam a travessia da fronteira a pé ou de táxi (MARTES, 2009: 69).

Na fronteira, donas/os de oficinas de costura em São Paulo, que até lá se deslocam para recrutar trabalhadoras, são responsáveis pela viagem. Até mesmo moradoras/es da região, que em troca de alguns dólares, informam sobre as condições da nova jornada. A maior parte dos contratos é assinada ainda em solo boliviano.

A informação que recebem sobre o salário é a de que o mesmo irá girar em torno de US\$ 500,00. Também são informadas que será oferecida alimentação, moradia e os gastos com a viagem, a serem pagos com o

próprio trabalho nas confecções. Somente após o pagamento das dívidas da viagem que passam a receber um salário (SILVA, S. A. 1997: 90).

O valor contrastante do salário prometido em relação ao diminuto salário mínimo boliviano calculado, aproximadamente, em apenas US\$ 44, atrai a atenção de milhares de bolivianas e bolivianos que passam a considerar o deslocamento para São Paulo uma forma de melhorar de vida, e talvez, conseguir juntar dinheiro suficiente para montar um negócio próprio ao voltarem para a Bolívia (SILVA, S. A. 1997: 95). Cerca de 50% das/os imigrantes são mulheres. Muitas de origem cochabambina, por exemplo, afirmam que antes de migrarem passavam o dia “[...] à espera de alguém que as contrate, geralmente no trabalho doméstico, recebendo uma quantia de US\$ 2 (dólares) por um dia de serviço.” (SILVA, S. A., 1997: 34).

Estimam sempre um prazo de regresso, sendo o período de quatro anos o tempo máximo aceitável. Neste período, estimam ser possível arrecadar o suficiente para instalarem um negócio próprio na Bolívia.

Em São Paulo, a relação entre empregadora/dor e empregada é de parentesco, de favores ou de amizade, estando as últimas de certa maneira vinculadas às primeiras devido a uma necessidade inicial de acolhimento. A existência da constante sensação de endividamento, pelo fato de a/o empregadora/dor financiar a viagem, a estadia e a alimentação na cidade de destino cria uma relação de fidelidade no trabalho, o que cerceia a liberdade de muitas imigrantes mudarem de oficina caso apareça uma oportunidade melhor (SILVA, S. A., 2003: 293). Ainda assim, ao fim do pagamento da dívida, as imigrantes possuem maior liberdade para mudarem de oficina, e como já mencionado, tal mudança tem ocorrido com maior frequência nos últimos anos. Algumas/uns donas/os de oficinas proibem as imigrantes de saírem sem prévia autorização e não são raros os casos de assédio sexual às mulheres. O horário de comer, dormir e de ir ao banheiro também são controlados, tudo para mantê-las a maior parte de seu tempo no comprimido espaço da oficina, produzindo.

Os espaços em que as imigrantes trabalham são os mesmos em que moram, nos quais os objetos pessoais misturam-se com as os tecidos e máquinas de costura. São compreendidos em sua maioria em pequenas oficinas, em locais escondidos – na parte subterrânea de casas, ou ao fundo das mesmas – e insalubres devido à ausência de janelas e ventilação, vezes porque as/os donas/os das oficinas não possuem recursos para manterem melhores instalações, ou porque a intenção é que a instalação da oficina obstaculize a localização e acesso da fiscalização trabalhista.

A jornada de trabalho é extensa e exaustiva com início às 8h e fim às 21h. O salário não é fixo, e a flexibilização da jornada bem como do pagamento – feito de acordo com a quantidade de peças confeccionadas diariamente, podendo variar entre US\$ 0,20 e US\$ 2,00 por peça – são condicionantes para a precarização do trabalho destas/es imigrantes. O salário inicialmente esperado cai drasticamente para um valor mensal quatro vezes menor, aproximadamente, R\$ 250,00.

A precarização do trabalho imigrante é ainda mais marcante para o universo feminino.

No caso das mulheres o trabalho é ainda pior, porque elas devem ajudar nas tarefas da cozinha, lavando a louça, que em geral não é pouca, posto que o número de pessoas que vivem e trabalham nessas oficinas é grande. Para as casadas com filhos, a situação é ainda pior, pois em suas mãos está a administração da cozinha, o que significa a compra e a preparação dos alimentos, além do cuidado dos filhos, da roupa e outras responsabilidades. Assim sendo, como constatou Thompson, o ritmo de trabalho da mulher do lar ainda obedece aos parâmetros de sociedade pré-industrial (cf. E. P. Thompson, op. Cit., p.270) (SILVA, S. A., 1997: 143).

As mulheres bolivianas também inserem-se laboralmente no trabalho doméstico. São cozinheiras, babás e empregadas domésticas, sendo que essas tarefas são extensões umas das outras, uma vez que a babá geralmente cuida da casa e cozinha, a cozinheira limpa e olha as crianças e com a empregada doméstica a dinâmica também é semelhante.

Em pesquisa de campo, identificou-se uma ausência de reconhecimento da condição de exploração. Uma das migrantes entrevistadas naquela ocasião dizia não considerar que estava sendo explorada, porque o patrão lhe oferece comida, moradia e contas pagas, além de pagar um salário acima da média geral para a mesma função. Luísa¹⁰ é empregada doméstica e babá de duas crianças. Trabalha de segunda a sábado, tendo descanso somente aos domingos. Sem hora para terminar o serviço, tem seus horários de descanso controlados pelos patrões e não possui carteira assinada.

Assim como Luísa, muitas outras migrantes moram e trabalham nas casas de seus patrões, o que lhes confere uma estendida jornada de trabalho e acúmulo de funções. O âmbito privado é característico da inserção laboral de bolivianas: nas casas ou nas oficinas.

¹⁰ Nome fictício. Entrevista concedida por imigrante em pesquisa de campo, 2011.

3.2 Inserção social de bolivianas na sociedade paulistana

Mulheres migrantes, em decorrência da compressão espaço temporal, têm tido menos acesso às informações para a regularização migratória. Muitas vezes falta tempo (e lugar) às migrantes para buscarem informações sobre trâmites para regularização, e acabam “perdendo a viagem” indo à polícia federal sem a documentação completa. Organizações de apoio à/ao migrante, como é o caso do Centro de Apoio ao Migrante (CAMI), Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC) e Pastoral do Migrante, oferecem auxílio e informações, principalmente às recém-chegadas. No entanto, muitas imigrantes têm somente o final de semana para se deslocarem pela cidade e dirigirem-se a estes locais. Frequentemente, não possuem dinheiro para o transporte, ou não possuem tempo, pois mesmo aquelas que trabalham em oficinas de costura durante a semana costumam desempenhar outras atividades aos finais de semana, a fim de arrecadar uma renda extra. Além disso, o final de semana é o tempo que possuem para os afazeres domésticos e lazer.

Com isso, não são raros os casos em que bolivianas são enganadas por pessoas aproveitadoras ou pela própria polícia que prometem regularizá-las, ou então denunciá-las ao governo pedindo grandes montantes de dinheiro. Pessoas que se aproveitam da falta de informação, cobram altos valores por procedimentos simples, como emissão de RG ou certidão de nascimento. Como as imigrantes não sabem que se tratam de direitos garantidos, acabam efetuando o pagamento. As rádios que ouvem durante o dia de trabalho nas oficinas são o meio mais eficaz de divulgação de informações a esta população. São, em geral, rádios piratas bolivianas, que transmitem a programação de lá e as quais as migrantes tem acesso contínuo. A internet também tem operado como uma importante fonte de informações e comunicação. No entanto, o acesso a este meio é limitado.

A ausência de tempo também afeta outras áreas da condição de imigrante: o lazer e a formação. Por exemplo, as imigrantes que trabalham em ambientes mais particulares, como as costureiras, cozinheiras, babás e empregadas domésticas que moram no mesmo ambiente em que trabalham e que têm suas folgas aos finais de semana, muitas vezes permanecem em casa por não terem para onde ir, comprometendo o essencial contato com a sociedade brasileira.

Por não se sentirem à vontade ou por desconhecimento, muitas preferem ficar em casa quando têm oportunidade de frequentar centros de

formação à imigrante aceitando permanecer no ambiente privado por ser, talvez, o único lugar que se sentem amparadas.

Em relação ao lazer, em geral, as imigrantes, por não terem vínculos afetivos no Brasil, quando podem desfrutar de seu horário de descanso não o fazem por falta de opções. Em estudo de Sidney Silva (2007: 78), o autor constata que a comunidade boliviana já conquistou espaços públicos, como a Praça Kantuta no Canindé e Rua Coimbra, na zona central, os quais têm a oportunidade de ouvir a música boliviana e comer as comidas típicas, mas nem sempre ir a estes lugares é uma opção: sua proximidade do centro é um obstáculo às instaladas nas zonas periféricas da cidade.

O futebol é uma atividade de lazer que os imigrantes, homens, têm praticado com frequência. Já as adolescentes e mulheres imigrantes alegam falta de opções de lazer na cidade de São Paulo aos finais de semana. Reservam seus dias de descanso para realizarem os afazeres de casa, ou trabalham na Praça Kantuta, vendendo tecidos bolivianos e comidas típicas.

Notou-se, em pesquisa bibliográfica, que a bebida tem se apresentado como um grande problema às/aos bolivianas/os, em geral aos homens. Nem todas/os praticam esportes ou compõem os grupos folclóricos com ensaios semanais. Sem opções, acabam por beber em grande quantidade quando possuem tempo livre. Inúmeros casos de brigas foram registrados. Em entrevista, revelou-se que beber tem sido uma forma de escape à carga de trabalho e às difíceis condições que possuem, ao dinheiro apertado no final do mês, ao peso do cotidiano.

Outra forma de escape tem sido o envolvimento crescente de bolivianas com entidades religiosas e, principalmente, de matriz evangélica. O que parecia ser um positivo refúgio espiritual acaba por excluir e segregar ainda mais a comunidade migrante. Muitas/os empregadoras/es só contratam imigrantes com a condição de serem também religiosas. O mesmo ocorre quando necessitam alugar imóveis em imobiliárias ou com proprietárias/os evangélicas/os. Isso obriga muitas pessoas a se converterem para encontrar trabalho e para conseguirem moradia. As imigrantes acabam por se deixarem levar e se dedicam integralmente aos programas e cultos religiosos aos finais de semana: não sobra tempo para outras atividades. Além disso, tem o pago do dízimo, que nem sempre é revertido com responsabilidade e que compromete a já frágil e vulnerável condição financeira das imigrantes.

A tendência é que o número de fiéis imigrantes cresça, principalmente devido ao fácil acesso a estes locais. A região central de São Paulo, a qual concentra muitas imigrantes bolivianas que ali vivem e trabalham recepcionou, recentemente, a inauguração do Templo de Salomão da Igreja Universal do Reino de Deus, maior templo religioso construído no Brasil. O bairro vive um *boom* sem precedentes do turismo religioso e do mercado da fé: já recebe diariamente o dobro de visitantes do Cristo Redentor, um total de 13.300 pessoas. Num raio inferior a quatro quilômetros, o Brás concentra seis megatemplos evangélicos e 14 igrejas.

Somada a todas as mazelas laborais vivenciadas pelas imigrantes, a recepção paulistana não tem se mostrado das mais calorosas. A maior metrópole da América do Sul costuma caracterizar-se por um ambiente árduo, de muito trabalho, cansaço e estresse urbanos. Se para as migrantes internas, como as nordestinas, a vida metropolitana é carregada de inúmeras dificuldades dentre elas a discriminação e o preconceito, para as migrantes externas esta situação se acentua drasticamente. Isso também se deve ao fato de que “[...] a metrópole se caracteriza, em geral, por ser um espaço social e cultural onde as diferenças individuais tendem a diluir-se no anonimato da grande massa humana que compõe a cidade” (SILVA, S. A., 2007: 78).

Em comparação com às imigrantes bolivianas, nota-se uma condição social diferenciada que italianas e japonesas, por exemplo, vivenciam na sociedade paulistana (SILVA, S. A., 2007: 81). Recém-chegadas ao Brasil, as imigrantes seduzidas pelo discurso de hospitalidade, de acolhimento e de boa receptividade da sociedade brasileira, se deparam com uma realidade cruel e de profunda discriminação e marginalização de sua cultura, sendo esta estigmatizada por “[...] atributos profundamente depreciativos.” (GOFFMAN, 1975 apud SILVA, S. A., 1997: 17). Os estigmas que as classificam como “índias”, “clandestinas”, “morenas” e muitas vezes como “traficantes”, ressaltam sua condição de desigualdade e de “intrusas” ou de “indesejadas” na sociedade de estranhamento brasileira (SILVA, S. A., 1997: 17).

A evidente desigualdade atribuída aos diversos grupos migratórios é consequência, por um lado, do desconhecimento paulistano a respeito da história sociocultural e até mesmo, da geografia desses países. Para as/os paulistanas/os, as latino-americanas que residem na cidade, particularmente as mais morenas, são todas bolivianas (SILVA, S. A., 2007: 81). Por outro lado, há uma centralidade do elemento europeu na construção da identidade

paulistana. Identificou-se, assim, três categorizações de percepção dessas migrantes bolivianas: a indianidade, a cultura e a metáfora do trabalho escravo (VIDAL, 2012). Em um país de “collas” e “cambas”, o elemento indígena incomoda.

[...] a Bolívia, ao lado da Guatemala, é um dos países da América Latina com a maior proporção de indígenas na sua população total. Em 2001, os indígenas representavam 50% da população do país, então divididos em 36 povos representados por grupos linguísticos. Considerando a classificação por autopertencimento, teríamos 62% da população que se autoidentifica com algum povo originário, de acordo com os dados do Censo 2001 (INE, 2006) (XAVIER, 2012).

Assim, a herança da percepção europeia e colonial se faz sentir no cotidiano da cidade. A sociedade paulistana valoriza a presença do europeu, homem, branco, rico, italiano, espanhol, alemão na cidade. Discrimina aquelas que vêm de lugares considerados periféricos, de economia subdesenvolvida, países pobres com tradições culturais indígenas, como é o caso das imigrantes bolivianas, mas também de peruanas, paraguaias, equatorianas.

A situação de estranhamento é agravada quando acrescida ao fato de estes grupos de latino-americanas não mais se localizarem em bairros centrais, pois, nos últimos anos, houve uma desconcentração devido aos altos aluguéis das regiões em que antes haviam se instalado, como o Brás, Pari e Bom Retiro. Manifesto é o incômodo das/os moradoras/es de bairros mais afastados, como na Zona Norte onde aos domingos bolivianas realizam atividades comerciais e culturais no espaço público da Praça Kantuta, no Canindé. As/os moradoras/es culpabilizam as imigrantes pelos problemas da cidade, do bairro e da vizinhança, demonstrando o profundo desconhecimento acerca do verdadeiro papel dessas pessoas na cidade e no país.

As mulheres migrantes enfrentam todos os desconfortos citados acima além de terem que lidar cotidianamente com o medo, com a desconhecida e violenta atmosfera urbana e com a opressão machista praticada por brasileiros, pelos próprios conterrâneos e por imigrantes de outras nacionalidades, num contexto em que muitas vezes, só podem contar com elas mesmas. Geralmente, quando sofrem algum tipo de agressão não revelam à polícia, talvez às/aos colegas das entidades de defesa de direitos humanos, que as orientam. Assim, aquelas que estão irregularmente no

país, raramente recorrem à rede de proteção à mulher. Aliás, este tem sido um grande obstáculo para a melhoria de vida dessas pessoas. O medo de serem deportadas ou terem que pagar altas taxas para a regularização impede seu acesso a uma série de serviços.

Em relação aos serviços de saúde, por exemplo, em casos de enfermidades mais graves dirigem-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mas como a identificação na hora do atendimento é obrigatória, muitas evitam ir aos hospitais públicos: por serem estrangeiras acreditam não terem direitos ou que serão capturadas como “ilegais”.

A busca por melhores condições de vida e trabalho entre as migrantes bolivianas é constante, e mesmo que nem todas estejam engajadas em uma luta coletiva, a ação individual para modificar sua própria realidade é notável. Buscam, em sua maioria, realizar cursos no Brasil, se especializarem em algum outro ramo que não seja costura, e procurarem emprego em locais distintos, com possibilidade de ganharem, pelo menos, um salário mínimo. No entanto, mais obstáculos as freiam. Necessitam, para ingressarem em cursos de especialização e até em universidades, primeiramente, estudarem e dominarem o idioma português, caso contrário as chances de serem aprovadas em um desses cursos são irrisórias. Além disso, aquelas que conseguem estudar sofrem grande preconceito. A recente conquista destas imigrantes na área de educação, que possibilitou que todas as crianças bolivianas tenham direito e acesso ao ensino público na cidade, possui outra face da moeda: o *bullying* e preconceito nas escolas. Tais ofensivas estão intimamente ligadas às três percepções supracitadas da sociedade paulistana em relação às migrantes bolivianas.

A segurança também tem sido um problema a mais para enfrentarem na cidade. Recentemente, foi realizado um acordo entre a prefeitura e o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, para facilitar a abertura de contas de imigrantes em situação temporária em São Paulo. Contudo, até então, guardavam o dinheiro em suas próprias casas, embaixo

de colchões ou em gavetas, o que figura sua vulnerabilidade extrema a assaltos ¹¹.

Com a presente exposição, conclui-se que as imigrantes ocupam um papel marginal na cidade pelo fato de serem estrangeiras. Porém, não somente a categoria estrangeira as coloca em posição de inferioridade, mas o conjunto interseccional estrangeira, pobre, indígena, latino-americana, irregular, mulher.

4 PANORAMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA MIGRATÓRIA NO BRASIL

As precárias condições de vida das imigrantes bolivianas – mas também de imigrantes de muitas outras nacionalidades – em São Paulo, são reflexo, em grande parte da (ausente) política migratória brasileira. Ao longo da história do Brasil, o qual transitou entre as categorias de país de imigração no século XIX, de emigração no fim do século XX, de migração de retorno e de imigração novamente no século XXI, a única e ainda vigente legislação que vem regulamentando as migrações no Brasil, além de alguns dispositivos definidos na Constituição Federal de 1988 (para além de decretos, portarias ministeriais, convenções, resoluções e outras leis que a complementam) é a Lei nº 6815/1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro.

O referido estatuto é um instrumento legal construído pelo e em favor do aparato político-militar do período ditatorial brasileiro. Como sabido, neste período a regulação da política migratória era conduzida por uma forte ideologia de proteção dos interesses nacionais e de garantia da segurança nacional, a qual era responsável por zelar pelos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil. Nessa perspectiva, a/o estrangeira/o era entendida/o como uma ameaça à ordem nacional e aos empregos das/os brasileiras/os. Assim, o Estatuto não apenas legitima

¹¹ Esta situação foi palco do assassinato no menino Brayan, em junho de 2013, na região de São Mateus, zona leste de São Paulo. Cinco homens mascarados entraram na casa da família de Brayan, e armados com facas e revólveres durante a madrugada, levaram cerca de 3,5 mil reais. Brayan assustado, chorava muito, e um dos homens mascarados, irritado com a atenção que chamava com o choro, atirou na cabeça do garoto de 6 anos, que morreu no colo de sua mãe. Este episódio chamou atenção para um fenômeno que já estava ocorrendo há tempos na cidade: a insegurança e vulnerabilidade de estrangeiros na capital paulista.

a condição “clandestina” como impõe uma série de obstáculos para a superação de condições de exclusão e dominação e para o usufruto de direitos já assegurados e ratificados por tratados internacionais de direitos humanos e pela Constituição Federal, demonstrando uma clara incompatibilidade a estes instrumentos jurídicos.

Na prática, os princípios de igualdade e prevalência de direitos humanos têm sido preservados como prevê a Constituição Federal? Veremos que, apesar dos avanços recentes, a realidade ainda deverá percorrer um longo caminho para se tornar o espelho da lei de migrações que se enseja para o Brasil.

A se iniciar pela distribuição das competências institucionais aos órgãos de administração pública. A atual divisão de competências para a atuação em assuntos migratórios foi estabelecida a partir do Estatuto do Estrangeiro. O nível elevado de discricionariedade tem operado como um grande obstáculo para a padronização de ações, agilidade, transparência e desburocratização dos procedimentos.

Como sabido, também há ausência de ingerência aos demais níveis públicos de poder, restando, em sua maior parte, os entes federais como os únicos responsáveis pela implementação de políticas em benefício da população migrante no país. Dada a sua extensão, abundância de fluxos e diversidade dos mesmos, indubitavelmente, o alcance social de tais políticas fica a mercê da “boa vontade” dos governos estaduais e municipais.

Por fim, vale ressaltar que um dos grandes problemas institucionais em relação às migrações no Brasil é a forma como se dá o contato com a ponta. A responsável pelo primeiro contato com os imigrantes quando atravessam as fronteiras brasileiras é a Polícia Federal, composta em sua maioria, por funcionários terceirizados e pouco capacitados.

Está claro que a atuação dos agentes da PF na tramitação dos documentos dos imigrantes deveria estar vinculada ao previsto por lei, tendo em conta que nesta etapa não cabem avaliações sobre o interesse nacional, ou considerações de conveniência e oportunidade. Na ausência de diretrizes que regulamentem a atuação da polícia federal, esta continua atuando a partir de uma concepção de investigação, desconfiança e combate à criminalidade (ILLES, MARINUCCI, BARALDI, 2011).

Assim, além da necessidade de ações de cunho estrutural, que gerem maior transparência tanto nos processos quanto na divisão das atribuições, tornou-se evidente uma imperativa reforma institucional que crie um órgão civil encarregado do tema e que possa articular melhor

as diversas competências relativas a ele, atualmente dispersas em três ministérios diferentes¹².

Em relação à regularização documental, o Brasil e as imigrantes aqui residentes também são prejudicadas pela atual legislação. A situação de indocumentação das imigrantes e a falta de informações sobre direitos trabalhistas abrem brechas para que as/os patroas/patrões abusem da inadimplência e para a formação de um ciclo de exploração de seu trabalho. O lucro sobre a mais valia é dilatado quando os descontos com impostos e pagamento de outros direitos trabalhistas são subtraídos ao lhes ser negada a assinatura em carteira. Sem carteira de trabalho a imigrante acaba por não se enquadrar na maioria dos programas de regularização migratória do país, com exceção apenas daqueles que envolvem reunião familiar.

A ausência de amparo legal por serem indocumentados lhes priva, por último, terem direitos básicos assegurados pelo Estado como a educação, a saúde, o acesso ao mercado de trabalho, à assistência social. Estar em situação irregular é encontrar-se cerceada de liberdades cotidianas, como de ir e vir, de utilizar o transporte público ou o sistema de saúde: a imigrante irregular passa dias de angústia por, eventualmente, ser abordada “*sin papeles*”.

Há também, consequências jurídicas devido à irregularidade migratória. Sabe-se que entrar ou permanecer de maneira irregular no Brasil, é um delito. Considera-se esta uma infração administrativa que tem como consequência jurídica a deportação¹³.

Em 2009, foi apresentado no Congresso Nacional um projeto de lei que visava a substituição do vigente estatuto do estrangeiro. O PL 5655/2009, ainda em trâmite, não substituiria satisfatoriamente o EE, apenas o atualizaria.

No âmbito internacional, o Brasil carece de investimentos em criação de mecanismos jurídicos, regionais, bilaterais e multilaterais, para a proteção e garantia dos direitos humanos das imigrantes. O Brasil

¹² Há uma série de propostas conflitantes a respeito da natureza deste órgão. Os movimentos sociais, em sua maioria, defendem a criação de uma Secretaria de Política Migratória, com status de ministério e ligada à Presidência da República, como é o caso da Secretaria dos Direitos Humanos, por exemplo. Já o governo e algumas entidades da sociedade civil propõe a criação de uma Agência Nacional, uma autarquia subordinada ao Ministério da Justiça, como é o caso do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

¹³ Ver art. 57 e art. 64 do EE.

não ratificou a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os trabalhadores migratórios e seus familiares de 1990. Tampouco ratificou as convenções da OIT de números 143, 151 e 181¹⁴. Considerando a importância de tais mecanismos, é muito grave que o Brasil ainda não os tenha incluído na legislação nacional.

Outro direito da/o imigrante, reconhecido internacionalmente, e que não está previsto na Política Migratória Brasileira é o direito político de votar e ser votada/o no país em que reside. Nesse sentido, o Brasil destoa em relação aos vizinhos sul-americanos que efetivamente reconhecem esses direitos políticos às/aos imigrantes, como é caso de: Argentina, Bolívia, Chile e Paraguai, países que permitem a participação política da/o imigrante residente; Chile e Uruguai permitem ao/à imigrante o exercício do voto pleno, ou seja, em todos os níveis de eleições, desde que, dentre outras exigências, sejam residentes há pelo menos 5 e 15 anos, respectivamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos anteriormente que o acesso a direitos econômicos, sociais e culturais, de imigrantes no Brasil, também é precário. Imigrantes cumprem jornadas de trabalho análogas ao trabalho escravo, e quase não há uma ampla divulgação e conscientização sobre seus direitos laborais, bem como o aumento da fiscalização de irregularidades no cumprimento das leis conquistadas pelas/os trabalhadoras/es. Além disso, não há uma sensibilização ou especialização de agentes públicos para o atendimento/tratamento à/ao imigrante, sendo esta/e, muitas vezes discriminada/o. Tampouco há política pública voltada para a/o imigrante de acesso à moradia.

Nota-se que a experiência migratória se dá de forma muito distinta entre mulheres e homens, e neste caso específico – de mulheres, indígenas e bolivianas – há uma sobreposição de desigualdades que as tornam particularmente vulneráveis, ainda mais em um contexto de ausência de uma política migratória consistente. Parece, olhando para este cenário, não haver alternativas à costura ou ao trabalho doméstico, mesmo que queiram e possam se especializar e se dedicar a atividades não precarizadas. Parece, na verdade, não haver alternativas à situação degradante (em seus os vários aspectos), das imigrantes em São Paulo.

¹⁴ Para mais informações ver: www.ilo.org.

No entanto, a partir das análises aqui apresentadas, propõe-se que há, ao menos, três importantes ações base para a alteração desta realidade. São ações *base*, pois sem estas o caminho para a transformação e acesso pleno aos direitos será muito mais árduo: i. a existência de uma militância de imigrantes, que faz frente ao Estado e que pleiteia uma série de reivindicações, deve ser fortalecida; ii. faz-se necessária uma reformulação do serviço público voltado a esta população, que seja mais inclusivo (ou seja, que inclua as/os imigrantes nas políticas sociais já existentes e que contemplem as/os brasileiras/os) ao mesmo tempo em que considere as particularidades deste grupo social; iii. deve-se investir em políticas mais efetivas de igualdade de gênero, como por exemplo, sendo incorporado pelo Estado e pelo mercado laboral a responsabilidade pelo cuidado e por todo o trabalho reprodutivo, tão importante para a reprodução da vida e para a sustentação do trabalho produtivo.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís. Inserção de mulheres no mercado de trabalho na América Latina: uma força de trabalho secundária. In: HIRATA, Helena; SEGNINI, Liliana. (Org.). **Organização, trabalho e gênero**. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2007.

ENLOE, C. Margins, silences and bottom rungs: How to Overcome the Underestimation of Power in the Study of International Relations. In: SMITH, Steve (ed.) **International theory: Positivism and beyond**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

EXAME. **Lucro da Zara dispara no primeiro semestre**. 19 de setembro de 2012. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/lucro-da-zara-dispara-no-primeiro-semester>>. Acesso em: 25 jan. 2014

FISCHER-BOLLIN, Peter. Prefacio. In: _____. (Coord.). **Migración y políticas sociales en América Latina**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009.

GIL, Carmen G. “Trabajando honestamente en casa de familia”: entre la domesticidad y la hipersexualización. **Estudios Feministas**, Florianópolis, v.15, n. 3, p. 699-716, set/dez. 2007.

HERNÁNDEZ, Berenice. ¡Pues para Europa! la migración latinoamericana a Alemania – desde una mirada de género. In: YÉPEZ, Isabel; HERRERA, Gioconda. **Nuevas migraciones latinoamericanas a Europa: balances y desafíos**. Quito: Flacso-Ecuador, 2007.

HERRERA, Gioconda. “Gender and International Migration: Contributions and Cross fertilizations” en *Annual Review of Sociology*, Vol. 39, 2013. Pg. 471-489.

HIRATA, Helena. Flexibilidade, trabalho e gênero. In: _____; SEGNINI, Liliana. (Org.). **Organização, trabalho e gênero**. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2007.

IBGE. **Censo Demográfico 2010: Resultados gerais da amostra**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Resultados_Gerais_da_Amostra/resultados_gerais_amostra.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2012.

ILLES, Paulo; MARINUCCI, Roberto; BARALDI, Camila et al. Informe Brasil: Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC). **Políticas Migratorias e integración en América del Sur**, 2013.

LISBOA, Teresa K. Fluxos migratórios de mulheres para o trabalho reprodutivo: a globalização da assistência. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v.15, n. 3, p.805-821, set/dez, 2007.

MARTES, Ana Cristina Braga. Gestión pública de la inmigración en Brasil. In: FISCHER-BOLLIN, Peter. (Coord.). **Migración y políticas sociales en América Latina**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009.

MOROKVASIC, Mirjana. Birds of passage are also women. **International Migration Review**, Staten Island, v. 18, n. 4, p. 886-907, winter, 1984.

OIM. **World Migration Report: Migrant Well-Being and Development**, Geneva 2013. Disponível em: <http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2013_EN.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

_____. **Perfil migratório do Brasil 2009**. Geneva, 2010.

OIT. **Migración Laboral y Desarrollo**: Documento de base para la discusión em la Reunión Técnica Tripartita sobre las Migraciones Laborales. Ginebra, 2013. Disponível em: < http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/migra%C3%A7%C3%A3olaboral_1101.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.

PADILHA, Beatriz. A imigrante brasileira em Portugal: considerando o gênero na análise. In: MALHEIROS, Jorge M. (Org.) **Imigração brasileira em Portugal**. Lisboa: Paulinas, 2007.

PATARRA, N. L.; BAENINGER, R. Mobilidade espacial da população no Mercosul:

metrópoles e fronteiras. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.21, n.60, fev./2006.

PERTICARA, Marcela. El fenómeno migratorio en América Latina. In: FISCHER-BOLLIN, Peter. (Coord.). **Migración y políticas sociales en América Latina**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009.

SILVA, Sidney Antônio da. **Costurando Sonhos**: trajetória de um grupo de imigrantes bolivianos em São Paulo. São Paulo: Paulinas, 1997.

_____. Imigrantes hispano-americanos em São Paulo: perfil e problemática. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; MALATIAN, Teresa. **Políticas migratórias**: fronteiras dos direitos humanos no século XXI. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Hispânico ou Latino: faces de um processo identitário entre imigrantes sul-americanos em São Paulo. In: PAIVA, Odair da Cruz. **Migrações internacionais**: desafios para o século XXI. São Paulo: Memorial do Imigrante, 2007.

_____. Faces da latinidade: hispano-americanos em São Paulo. **Textos Nepo**. n.55, Fevereiro, 2008.

SOUCHAD, Sylvain. A confecção: nicho étnico ou nicho econômico para a imigração latino-americana em São Paulo? In: BAENINGER, Rosana. (org.) **Imigração boliviana no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos População-Nepo/Unicamp; Fapesp; CNPq; Unfpa, 2012.

VIDAL, Dominique. Convivência, alteridade e identificações. Brasileiros e bolivianos nos bairros centrais de São Paulo. In: BAENINGER, Rosana. (org.) **Imigração boliviana no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos População-Nepo/Unicamp; Fapesp; CNPq; Unfpa, 2012.

XAVIER, I. R. A inserção socioterritorial de migrantes bolivianos em São Paulo. Uma leitura a partir da relação entre projetos migratórios, determinantes estruturais e os espaços da cidade. In: BAENINGER, Rosana. (org.) **Imigração boliviana no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos População-Nepo/Unicamp; Fapesp; CNPq; Unfpa, 2012.

WIMMER, A; GLICK SCHILLER, N. 2002. Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences. *Glob. Netw.* 2(4):301–34.

A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A ATIVIDADE JUDICANTE DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: UMA ORIENTAÇÃO NO CENÁRIO DE POPULISMO PUNITIVO

THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION AND THE JUDGE ACTIVITY IN THE YOUTH COURT: AN ORIENTATION IN TIME OF PUNITIVE POPULISM

Érica Babini Lapa do Amaral Machado *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Criminalidade juvenil: uma construção seletiva. 2 A doutrina da proteção integral e cenário de transformação social. 3 A realidade da doutrina da proteção integral e a materialização da sociedade punitiva. 3.1 Sociedade punitiva: da construção de modelos à falência de promessas. 4 O papel do juiz da infância e juventude face a sociedade punitiva. Considerações finais: A doutrina da proteção integral como máximo vetor interpretativo no sistema da criança e do adolescente. Referências.

RESUMO: O artigo visa discutir como sentimentos de insegurança e violência acerca da criminalidade juvenil, ensejam manipulações políticas, justificando políticas criminais emergenciais, violadoras de garantias fundamentais; e como esse modelo de sociedade punitiva é reproduzido pela magistratura brasileira. Para realizar esta reflexão será realizada revisão bibliográfica, a partir da criminologia crítica e uma abordagem dedutiva com pesquisas sobre o perfil da magistratura. No entanto, no Estado Democrático de Direito, é o Poder Judiciário a última instância de salvaguarda de direitos fundamentais que não poderia, em hipótese alguma, assumir o papel de segurança pública. Em razão dessa contradição, o trabalho propõe o manejo do princípio da proteção integral como máximo vetor de interpretação da atividade judicante e proposta de contenção do paradigma da sociedade punitiva.

Palavras-chave: Doutrina da Proteção Integral. Magistratura. Populismo punitivo

ABSTRACT: *The problem presented in this paper intends to discuss how feelings of insecurity and violence of juvenile criminality can lead to choices of the emergency criminal politics which infringes human rights and if/how this society model is replicated in the magistracy. Methodologically, a literature review, theoretically orientated by criminology critic and researches about the profile of the judiciary will indicate some contradictions. From this on, the author discusses how the principle of integral protection can stop the growing of the punitive society, at least in the Judiciary.*

Keywords: *The doctrine of integral protection. Magistracy. Punitive populism.*

Fique claro: as eventuais críticas à magistratura representam, antes de mais nada e acima de tudo, profunda declaração de amor a ela: acredito que o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com

* Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco e mestre pela mesma instituição. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professora da Universidade Católica de Pernambuco, atuando principalmente na área de Criminologia, Direito Penal e Direito da Criança e do Adolescente, com ênfase no sistema socioeducativo de adolescentes. Advogada Autárquica do Instituto de Assistência Social e Cidadania do Recife – IASC.

potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem. É amor e não ódio (ou ‘amoródio’, como diria um psicanalista). É respeito e não desdém, é confiança na dignidade da função (CARVALHO, 2002, p. 4.).

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa compreender o real e ideal papel do julgador na concretização da Doutrina da Proteção Integral, fundamento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), face ao cenário, cada vez mais radical, de uma sociedade punitiva.

É lugar comum, nos dias atuais, as discussões acerca do elevado índice de criminalidade por parte da população juvenil¹, banalizando-se sentimentos de medo e insegurança, configuradores de pânico social. A consequência é o manejo de políticas criminais proibicionistas, fundamentadas nesse quadro de emergências, ensejando o que a criminologia radical convencionou denominar de populismo punitivo.

Diante desse quadro, implica questionar como se realiza, por parte dos magistrados, o processo de criminalização secundária dos adolescentes em conflito com a lei. São, de fato, os postulados da Doutrina da Proteção Integral respeitados ou, estando esses atores do sistema penal imersos num discurso social punitivo, terminam por reproduzir as características de um populismo punitivo, afastando-se das pretensões daquele princípio?

Não obstante a importância do questionamento, o conhecimento das características de uma sociedade punitiva, legitimadora de políticas criminais de tolerância zero, não pode ser obtido por meio da criminalidade real, dada a inexistência de mecanismos de mensuração, face às cifras ocultas; de modo que tais características devem ser aferidas pelo índice de aprisionamento oficial, o que, no caso de adolescentes em conflito com a lei, é dado com medidas socioeducativas de internação.

Entretanto, é bem verdade que os índices de encarceramento não são suficientes para indicar o nível de punitivismo, vez que uma sociedade pode não ser considerada punitiva por ter baixas taxas de encarceramento, mas em termos de controle social informal ser bastante

¹ Será tratado aqui, especificamente, os considerados adolescentes, aqueles que segundo art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente têm 12 anos completos a 18 anos incompletos.

intolerante com o desvio, fator que possibilitaria que fosse adjetivada de punitivista (NELKEN, 2005).

Por outro lado, sentimentos de impunidade e insegurança não podem ser seguramente mensurados, dada a volatilidade destes. Entretanto, é certo que terminam por produzir mecanismos de criminalização primária (produção legislativa) e, naturalmente secundária, momento em que os índices oficiais surgem como possíveis ferramentas metodológicas de averiguação da reação social face ao delito.

Nesse contexto, o papel dos atores sociais – especialmente magistrados – pode ser tornar fundamental para a concretização dos anseios punitivos da sociedade, por meio da criminalização secundária. Isto é, “o ato judicial, mormente a sentença penal, apenas consolida a série de inúmeras decisões político-criminais que são tomadas pelos operadores jurídicos ao longo da persecução penal” (CARVALHO, 2010, p. 60).

Assim, é prudente questionar se esta figura do sistema punitivo (juiz) tem o papel de defender a sociedade, como reputa a demanda da sociedade punitiva ou de integralizar esse adolescente infrator, demandando mais tolerância, pro-atividade e engajamento da sociedade.

Portanto, são essas as considerações que este trabalho pretende abordar em quarto itens. Com o objetivo de alertar magistrados e sociedade em geral sobre suas atuações junto a adolescentes infratores, a fim de que possam compreender o real sentido da política criminal punitiva e as idealizações, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que está inserida a Doutrina da Proteção Integral como máximo vetor interpretativo das incursões práticas.

1 CRIMINALIDADE JUVENIL: UMA CONSTRUÇÃO SELETIVA

Os dados de encarceramento de adolescentes no Brasil apresentam uma progressiva tendência de enrijecimento da política em relação a esse público. Segundo Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei, em 2010 existiam 20.666.575 adolescentes infratores no país, dos quais 18.107 sofrem algum tipo de medida socioeducativa que implica privação de liberdade. Além desses,

40.657 (BRASIL, 2010)² cumprem alguma medida em meio aberto³, o que representa uma proporção de um adolescente encarcerado para cada dois em liberdade (1:2).

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2015) aponta um crescimento de 443,36% de medidas socioeducativas de internação entre 1996 e 2013, que, em números absolutos saiu de 4.245 adolescentes para um total de 23.066 adolescentes em 2013.

Em termos de taxa de crescimento, no triênio 1996-1999 houve um crescimento no percentual de 102,09% nas medidas de internação, dez anos após, de 2006 para 2007, 7,18%, de 2007 para 2008, 2,01%, de 2008 para 2009, 0,43% e de 2009 para 2010 4,50%, o que aparenta certa estabilidade e posterior crescimento da demanda encarceradora. No entanto, quando se compara o quadro brasileiro com diversos países do mundo, essa ilação passa a ser questionada.

Os dados internacionais⁴, cuja metodologia para cálculo e medição foi recém lançada pela Unicef, apontam que o Brasil em 2007, apresentava, em termos de taxa, 0,10535 adolescentes encarcerados (BRASIL, 2010). Na Europa, em países em que a responsabilidade criminal dá-se entre 14 e 18 anos, nesse mesmo período, existiam 0,00304 na Áustria, 0,00120 na Bélgica, 0,01632 na Alemanha, 0,03173 na Turquia. Na Inglaterra, em que a responsabilidade criminal inicia aos 10 anos, 0,01883 (AEBI, 2009).

Isto é, em termos de indicadores internacionais, o Brasil teria muito mais adolescentes encarcerados do que vários países da Europa conjuntamente.

Outra comparação dá-se com o Afeganistão que possuía em 2009, um número de 600 crianças encarceradas, o que representa, em termos de indicadores, 0,006. Considerando que, nesse universo, existem cerca de 80 meninas encarceradas por crimes considerados moralistas, como fugir de casa ou praticar adultério (KIMBERLEY CY, 2010).

² “Vale ainda ressaltar que tais dados podem estar subdimensionados, pois não foi possível agregar os programas de Liberdade Assistida e Prestação de Serviço à Comunidade financiados apenas pelos estados ou municípios sem a participação do MDS”.

³ São as medidas socioeducativas: advertência, reparação de dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida – art. 112, ECA.

⁴ Manual para a mensuração de indicadores de justiça juvenil. Nações Unidas, Nova Iorque, 2006. Indica que o índice internacional deve ser calculado com o número absoluto da população de crianças (menores de 18 anos) encarceradas (o eu no Brasil são os casos de medidas socioeducativas de internação, semiliberdade e internação provisória).

É evidente que esses dados comparativos não representam exatidão, afinal, a população de adolescentes no Brasil é muito maior do que esses outros países europeus, demograficamente considerados velhos; além do fato de a população, no continente sul, ser muito maior do que naqueles países. Mas uma questão é importante ser alertada: quem é essa juventude brasileira?

Segundo o IBGE (2006), em 2005 e 2006, o Brasil possuía 24.461.666 de adolescentes entre 12 e 18 anos, representando 15% da população nacional, entre os quais existe discrepante diferenças sociais. Há maior pobreza nas famílias dos adolescentes não brancos do que naquelas de brancos - cerca de 20% dos adolescentes brancos vivem em famílias cujo rendimento mensal é de até dois salários-mínimos, enquanto a proporção correspondente a adolescentes não brancos é de praticamente o dobro, 40%. Além disso, enquanto aproximadamente 40% dos adolescentes brancos estão em famílias com faixa de renda mensal superior a cinco salários-mínimos, apenas 18% dos adolescentes não brancos vivem em famílias nessa situação de rendimento mensal. Por fim, no extrato das famílias sem rendimento mensal ou com rendimento de até um salário-mínimo, encontram-se aproximadamente 6% de adolescentes brancos, ao passo que a proporção de adolescentes não brancos correspondente a esta faixa de rendimento é o dobro do universo de adolescentes brancos (SILVA, 2003).

Essas referências servem para alarmar o quanto o Brasil caminha no sentido de uma cultura punitivista e que a juventude brasileira vive discrepantes situações sociais.

Por outro lado, entre os atos infracionais praticados pelos adolescentes predominam o roubo, que representa 42% do total de atos infracionais registrados no ano de 2013 em todo o país, seguido pelo tráfico de drogas, 24,8%, homicídio, com 9,2%; furto, 3,6%; a tentativa de homicídio, 3,1%; porte ilegal de arma de fogo, 2,4%; e o latrocínio, com 2,0% (FBPS, 2015, p. 125) .

O último Mapeamento Nacional acerca das medidas socioeducativas com demonstração do perfil dos socioeducandos mostram que, no ano de 2002, os adolescentes que estão submetidos às medidas socioeducativas são 90% do sexo masculino; com idade entre 16 e 18 anos (76%); da raça negra (mais de 60%); não freqüentavam a escola (51%), não trabalhavam (49%) e viviam com a família (81%) quando praticaram o delito. Não concluíram o ensino fundamental (quase 50%); eram usuários de drogas (85,6%); e consumiam; majoritariamente, maconha (67,1%);

cocaína/crack (31,3%); e álcool (32,4%). Além disso, os principais delitos praticados por esses adolescentes foram: roubo (29,5%); homicídio (18,6%); furto (14,8%); e tráfico de drogas (8,7%) (PAIVA, 2002).

Mais recentemente, pesquisas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ 2013; 2015) sobre o perfil de adolescentes em conflito com a lei em cumprimento de medida de internação, confirmam esses dados.

Como se percebe, a maioria dos atos infracionais praticados pelos adolescentes relacionam-se à aquisição de renda e a maioria dos adolescentes internados são negros e pobres, não integrantes dos sistemas escolar, laboral e familiar. Além disso, a “contribuição de adolescentes para a taxa total de homicídios no Brasil é pequena, e que boa parte deles acaba submetida de forma célere a medida socioeducativa de internação de até 3 anos” (AZEVEDO, 2015, p. 126).

Essas estatísticas fariam presumir que os adolescentes que têm esse perfil teriam maior propensão à delinquência, se partisse do pressuposto que o sistema penal é de fato igualitário e não seletivo. Isto é, é legítimo supor que as variáveis socioestruturais podem determinar a criminalidade como comportamento do sujeito. No entanto, é também legítimo supor que essas variáveis funcionam “como atividade seletiva do sistema de controle social baseada no *status* social do adolescente, de modo que a própria origem da filtragem do processo de criminalização produz a clientela do sistema de controle social” (SANTOS, 2002, p. 124).

O que existe, como se vê, é um processo de criminalização que mais significa um processo de produção social da criminalidade que varia conforme a escolarização deficiente e o desemprego; o que mostra que o controle social atua sobre o que considera jovens socialmente deficitários, concluindo que a criminalização depende muito mais da posição social do que do fato punível.

Desse modo, o crime é uma realidade social construída, num processo de criminalização que funciona como mecanismo atuante decorrente de estereótipos, preconceitos etc., filtrando a população criminoso.

Existe uma população enorme de adolescentes infratores, no entanto, o controle social somente recai sobre aqueles que de alguma forma incomodam o sistema social. E isso não é moderno, ao revés é histórico; o que faz compreender o que “A história da infância é a história de seu controle” (GARCÍA MENDEZ, 1991).

Anteriormente, esse controle era justificado pela Doutrina da Situação Irregular, fundamento do Código de Menores de 1979, em torno

da categoria menor. Foi uma tendência nascida da corrente filosófica do positivismo, segundo a qual a situação de abandono criava uma situação protetiva ao considerar o menor objeto de compaixão e repressão ao mesmo tempo (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996). A teoria considerava que os menores sempre estariam em situação irregular e por isso mereceriam a segregação, sem nenhuma preocupação com o seu desenvolvimento, incapacidades de socialização e potencialidades. Na sua vigência, as garantias individuais eram desprezadas sob o falacioso argumento de que incidiam apenas no processo de adultos, não tendo razão para sua incidência no campo do Direito do Menor.

Menores eram aqueles supostamente⁵ abandonados, excluídos, ao passo que os incluídos em famílias e suas escolas eram crianças e adolescentes, a partir de um processo de construção estigmatizante. Assim, as infrações dos incluídos eram resolvidas no âmbito da esfera privada, mesmo se constituísse um delito, posto que a amplitude judicial e poder direcional do juiz resolveria de forma particular, mas se fosse um ato de menores, é porque estavam em situação irregular e demandavam a tutela do Estado para serem corrigidos, educados.

Liana de Paula (2015) aponta a pobreza⁶ como categoria catalizadora do tratamento do adolescente em conflito com a lei, que, em si, tornou-se um campo de discursos e práticas, organizado em torno da criminalidade urbana. De fato, é isso que os dados apontam.

No entanto, os períodos equivalentes ao controle e a consideração da criança enquanto objeto foram superados com os documentos

⁵ Supostamente porque o estado de abandono era decretado por juízes rotineiramente apenas fazendo uma relação com a carência de recursos materiais, independentemente de fatos infratores. Não é por outra razão que os textos clássicos da cultura menorista referem-se ao juiz como um pai de família que não podendo forçar o estado em suas políticas públicas, deve institucionalizar a criança para protegê-la.

⁶ Como salienta Michel Misse (2011), pobreza e criminalidade são variáveis, tidas, pelas ciencias sociais, como causas a partir do século 19, substituindo a patologia médica (lombrosiana) pela patologia social.

internacionais inauguradores de uma nova fase – A Doutrina da Proteção Integral, que reconhece a Criança e o Adolescente enquanto sujeito de direito.

2 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E CENÁRIO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

A interseção de novos valores e reconhecimento integral da pessoa humana em sua integralidade foi incorporada nos documentos internacionais; de modo que em 1979 estabelecia a ONU o Ano Internacional da Criança, instalando trabalhos para uma nova convenção que foi aprovada dez anos depois, em 1989 - a Convenção dos Direitos da Criança (DOLINGER, 2003).

Apesar desse não ter sido cronologicamente o primeiro documento a tratar da nova postura, é o marco fundamental que se convencionou denominar de Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança⁷. O documento reconhece a criança como de sujeito de direito, protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua condição peculiar de desenvolvimento.

O Brasil foi o primeiro país da América Latina a incorporar o modelo na Constituição de 1988, consagrando, pela primeira, vez artigos específicos sobre a matéria (arts. 227 e 228). Todavia, a Carta Magna conflitava com o Código de Menores de 1979 ainda vigente, e por isto impulsionou a edição da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O ECA incorporou, em sua estrutura, os mecanismos de emancipação cultural e política da criança em desenvolvimento, garantindo-lhe prioridades de atendimento, liberdade individual, convivência comunitária e familiar como regras gerais. Além disso, a municipalização de atendimento e, sobretudo, a segregação somente em razão da prática de atos infracionais, jamais em razão da desigualdade⁸, como o antigo Código de Menores autorizava, foram fundamentais.

⁷ Engloba a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores (Regras de Beijing), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência (Diretrizes de Riad).

⁸ Como evidência desse raciocínio, o ECA contém um dispositivo expresso proibindo consequências à família por falta ou carência de recursos materiais Art. 23, ECA.

Nesse sentido, toda a estrutura normativa pauta-se na ideia de emancipação a partir da inclusão, razão pela qual as medidas socioeducativas em meio aberto devem ter prioridade à segregação. Até porque não se pode olvidar que o núcleo familiar deve ter proteção prioritária por parte do Estado, cabendo aos adultos a defesa e proteção do ser em crescimento, e não o Estado. Aliás, o encorajamento da família na proteção e consagração dos direitos da criança deve ser estratégia para a própria efetividade desses direitos, porque quando “se faz necessária a presença do Estado para defender uma criança, ele chega sempre tarde” (JUNQUEIRA, 1989, p. 71).

A proteção de crianças e adolescentes passa a ser incorporada como programa de concretização de direitos humanos (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996), reconhecendo o interesse superior da criança.

Com o novo cenário, confirma-se a tese de que os direitos humanos não são ontológicos, mas políticos, dependem da concreta consciência social da sua concretização. Isto é, resulta de complexa luta em planos econômicos, políticos, culturais, jurídicos, de modo que a proteção e salvaguarda desses direitos, muito mais do que seu reconhecimento formal, especialmente relativas a crianças e adolescentes representa a “fidelidade do Estado na implementação dos compromissos assumidos tanto em sua ordem interna quanto perante a comunidade das Nações e isto representa a realização dos compromissos das presentes gerações com o futuro do nosso país” (MELLO FILHO, 2008, p. 124).

Todo esse arcabouço protetivo perpassa, necessariamente, pela consagração da liberdade e do devido processo legal, sendo, nesse sentido, excepcionais as hipóteses de internação, tal como delineado no art. 122 do ECA. Isto é, com a Doutrina da Proteção Integral dá-se a implementação e efetivação do princípio da legalidade.

Assim, as garantias individuais são regidos por alguns princípios. Princípio da culpabilidade, do qual se depreende que não pode ser castigado qualquer adolescente sem culpa e que a pena não pode passar de sua pessoa, estabelecido na Convenção sobre os direitos da criança, art. 40.2.I e nas regras Mínimas das Nações Unidas nos artigos 2.2 e 5.1.

Princípio de humanidade, proibição de penas cruéis e degradantes, e em casos de internação da forma mais reduzida possível, tal como dispõe a CIDC, art. 37, inc. a, c; e nas Regras Mínimas de Beijing, art. 1, inc.4, 17, inc. 2 e 3.

É exatamente isto que faz o ECA ao estabelecer o período máximo de internação – até 03 (provisória 45 dias)⁹, especificando a determinação constitucional (art. 227, §3º, V) de brevidade, e excepcionalidade da medida devido ao respeito da condição peculiar de desenvolvimento.

Princípio da legalidade indica que somente uma lei previa pode tornar uma conduta punível penalmente – arts. 37, inc b; 40 inc 2 da CIDC e art. 2, 2b; art. 17.17 ib das Regras Mínimas de Beijing. O conceito de ato infracional definido no art. 103 do ECA consagra o princípio em apreço.

Princípio da jurisdicionalidade pressupõe os caracteres da jurisdição, como juiz natural independência, imparcialidade, garantido no art. 37, inc d; art. 40, incs 2 III da CIDC. No âmbito do ECA é idealizada uma justiça especializada – as Varas da Infância e Juventude, art. 145 do ECA.

Como decorrência, tem-se o princípio do contraditório que estabelece uma relação de contrariedade entre os diversos e específicos atores processuais – Ministério Público, Magistrados, Defensores. Consagrado na legislação internacional nas CIDC, art. 40, inc. 2 b e nas regras Mínimas de Beijing, art. 7, inc 1 e 13, inc 1.

No âmbito do ECA, esses papéis são definidos no momento do processamento dos atos infracionais, os quais devem impedir uma atuação mais ativa do magistrado que, em tese, deve agir com imparcialidade na apuração da verdade os fatos.

Todas essas garantias representam uma adesão substancial do Brasil aos postulados da Doutrina da Proteção Integral. No entanto, o quadro de verificações fáticas, parece apresentar uma relação eufemista entre as pretensões da doutrina e as práticas punitivas, tal como apresentado com os dados encarceradores.

Essa hipótese decorre da associação entre a assistência social e socioeducativa, promovida pelo ECA, cabendo-lhes a transformação da realidade das populações que vivem na pobreza, investindo em sua inclusão social por meio do acesso a direitos sociais.

Na verdade, “a manutenção do público alvo a quem essa proposta se destina reitera o pressuposto de que os destinatários dos discursos e das práticas de correção de desvios são os adolescentes pobres” (DE PAULA, 2015, p. 41), como uma permanência, com outras roupagens, da questão do menor.

Se assim o é, naturalmente, já com uma ironia, a magistratura tem consigo a antiga missão de ser o juiz “um bom pai de família” (ROSA,

⁹ Art. 121, §3º;183 do ECA.

2011), que, diante do problema social - adolescência pobre e marginalizada – deve intervir. Porém, não poderia ser essa a postura da magistratura, a quem compete velar pelos direitos e garantias fundamentais.

3 A REALIDADE DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A MATERIALIZAÇÃO DA SOCIEDADE PUNITIVA

Conforme apresentado no primeiro item, existe um número enorme de aplicação das medidas socioeducativas em meio fechado, violando, além do próprio princípio da legalidade, que dispõe que as medidas podem ser aplicadas apenas em casos específicos (hipóteses taxativas do artigo 122), a própria pretensão de responsabilização e conscientização para essas pessoas em estágio específico de desenvolvimento.

Pesquisa realizada nesta área com análise de recursos e observação de audiências realizadas nas Varas Especializadas em Recife, Salvador, São Paulo e Porto Alegre no período de janeiro de 2008 a julho de 2009, evidenciou profundas violações aos postulados da Proteção Integral.

Tomando o estado de Pernambuco, que ocupa o terceiro lugar nos estados mais encarceradores – tem 1.456 adolescentes internados¹⁰ (BRASIL, 2013), para exemplificar essa conclusão, a pesquisa encontrou apenas 11 recursos (apenas um havia sido interposto pelo Ministério Público, sem provimento e todos os demais pela defensoria pública), no período relacionado, dos quais tratavam de ato infracional relativo a roubo, 38,4%, ameaça, 15,4%, 7,7%, furto e tráfico de entorpecente, cada e 15,4% de outros delitos.

Em alguns casos, há nítido julgado *contra legem*, flexibilizando a única garantia que tem o adolescente em caso de internação provisória, como apresentado abaixo:

(...) construção jurisprudencial, considerando as peculiaridades do caso *sub examen*, vem abrandando o posicionamento de que o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a que alude o art. 108, do E.C.A., não pode ser ultrapassado sob nenhuma hipótese (BRASIL, 2010, p. 20).

¹⁰ Pernambuco perde apenas para São Paulo que apresenta o número de 6.814, algo inclusive explicado pela população paulista que é muito maior do que a pernambucana.

Em outros momentos, exclui-se o caráter penal da reprimenda das medidas, buscando a ideia de tutela, com a qual a Doutrina da Proteção Integral é incompatível, como abaixo se verifica:

Isto porque o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) não está ligado ao caráter punitivo da reprimenda. Ao contrário de visar a punição do menor infrator, pretende assegurar-lhe proteção e educação, através de medidas socioeducativas, sem critérios rígidos de duração. Assim como não é aplicada a pena prevista no delito análogo à infração praticada, também não há que se falar em aplicação de regras que são afetas à pena cominada, como atenuantes e conduta social do adolescente sentenciado (BRASIL, 2010, p. 26).

Não obstante, os argumentos de imputação, muitas vezes, nada tem relação com a “necessidade imperiosa da medida” (art. 108, parágrafo único), prevista pelo ECA para aplicação de internação provisória.

Outrossim, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em recurso interposto pela Defensoria Pública por decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco entendeu-se pela flexibilização do art. 122:

(...) 3. Muito embora a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes não conduza, necessariamente, à aplicação da medida mais gravosa, tendo em vista que tal conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa, o adolescente trabalhava como "olheiro" de boca-de-fumo e segurança, e foi apreendido na posse de arma de fogo. (STJ, 2010).

O mais grave é que a violação ao princípio da legalidade tem sido reiteradamente considerada para aplicação de novos casos:

(...) Diante do recente julgamento da Sexta Turma, em que se decidiu pela possibilidade de, dependendo do caso concreto, mitigar o disposto no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz-se necessário suprir a omissão do acórdão e avaliar se, na hipótese, a imposição de medida socioeducativa de internação foi devidamente justificada. (...) O acórdão embargado, que anulou a sentença de primeiro grau, deve ser mantido, pois o magistrado a quo impôs a medida mais gravosa apenas em razão da gravidade abstrata do delito de tráfico, ressaltando os malefícios que causam à sociedade. Tal fundamento não é suficiente para

excepcionar o disposto no art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (STJ, 2011).

Além disso, existe em Pernambuco um *déficit* de 64,17% de vagas no sistema de internação (CNJ, 2011), sem falar no fato de “situações nas quais não foi possível localizar, ou mesmo não havia processos judiciais em relação a adolescentes internados. Registrou-se, por exemplo, que no CENIP de Petrolina, 40% dos adolescentes se encontravam internados sem que houvesse decisão judicial a respeito”, violando o art. 175 e parágrafos do ECA que determina a pronta apresentação do adolescente (até 24h) para fins de eventual oferecimento de representação e internação provisória.

Enfim, como se observa, os postulados da Doutrina da Proteção Integral parecem não se realizar na prática, beirando a ideia de que a consagração deste modelo deveu-se apenas por um “pacto de cavalheiros”, para que o Brasil figurasse, em cenário internacional, como avançado (GARCÍA MENDEZ, 2004, p. 67).

Diante desse quadro, questiona-se: quais os fatores que ensejam a adesão a essa política encarceradora? Quais os fundamentos dessa postura e como ela é imiscuída no Judiciário?

3.1 Sociedade punitiva: da construção de modelos à falência de promessas

Enveredar pela investigação do que enseja essa demanda encarceradora e enrijecedora do sistema punitivo implica partir do pressuposto de que os operadores do direito e do senso comum têm em comum a crença da infalibilidade da lei nas soluções de conflito e da sua (da lei) capacidade de contenção da criminalidade - “vontade de punir” (CARVALHO, 2008, p. 35)¹¹.

O ideal moderno toma a racionalidade como única ferramenta apta a pensar e compreender a realidade, desqualificando quaisquer outras. É que a racionalidade funciona como o controle da narrativa para o oferecimento de segurança, isto é, o impulso explicativo visa circunscrever o desconhecido, construindo referenciais, a fim de que o método impere para potencializar a universalização da ciência.

¹¹ Expressão cunhada por Salo de Carvalho para se referir aos valores de promessa de segurança jurídica e previsibilidade das decisões (conquistas da Ilustração) que justificam a intervenção na esfera privada do sistema punitivo como instrumento idôneo da promessa de racionalização.

É assim que o paradigma dominante da racionalidade presente desde a revolução científica do século XVI foi levado às ciências sociais no século XIX, pautando-se numa racionalidade como modelo totalitário, posto que só seria científico aquele saber que se ajustasse aos princípios epistemológico e regras metodológicas. Afinal, “ordem e estabilidade do mundo soa a pré-condição da transformação tecnológica do real” (SANTOS, 1998, p. 16).

Neste sentido, a fetichização pelo texto legal enseja a ideia de que a dogmática penal, na interpretação e aplicação da norma, é o mecanismo absoluto de contenção da criminalidade e de realização de justiça.

O legado da racionalidade instrumental é a de construção de modelos políticos e científicos totalitários a partir de fórmulas para reduzir complexidades, gerando estabilidade e segurança.

Entretanto, as promessas da modernidade não se concretizaram. No século XX o liberalismo entrou em colapso com a Primeira Guerra Mundial. Apesar de a modernidade ter engendrado grandes transformações, tivera seus anteparos sombrios¹², os quais não foram previstos (GIDDENS, 1991, p. 77).

Enfim, a modernidade, nas condições da globalização, ampliou tanto as oportunidades quanto as incertezas e os perigos; daí a sensação de mal-estar e de desorientação. O mundo tornou-se, cada vez mais, um lugar inseguro e essa insegurança é sentida pelo indivíduo em sua mais remota comunidade. A experiência da modernidade em tempos globais colocou por terra as certezas.

Associado a isto, deu-se a crise do *welfare state*, ensejando profundas transformações no cenário político e econômico mundiais, especificamente a implementação de políticas neoliberais no final de século XX. O realinhamento político é verificado nas mudanças vivenciadas por todas as democracias industriais ocidentais pós Segunda Guerra Mundial que se acentuaram de 1960 em diante, e na crise do Estado de bem-estar, especialmente nos símbolos dos USA e Grã-Bretanha nos finais dos anos 70.

O que anteriormente à guerra, especialmente com a Depressão, havia engendrado um previdenciarismo penal, com apoio populacional para o correcionalismo penal, com as frustrações das promessas não cumpridas, ocorreu uma reação totalizante.

¹² Anthony Giddens traduz as consequências da modernidade pela metáfora do Carro de Jagrená, onde o período como um mundo perigoso, assemelha-se a um veículo desgovernado, o qual não é possível controlar, mas também não tem como “pular fora”.

Classes sociais numerosas que um dia haviam apoiado as políticas estatais de bem-estar (por interesse próprio, bem como em razão da solidariedade entre classes) passaram a pensar e sentir tais questões diferentemente. Mudanças demográficas, na estratificação social e nas alianças políticas levaram importantes setores das classes média e trabalhadoras a modificar sua atitude com relação a muitas dessas políticas – encarando-as como incompatíveis com seus interesses atuariais e beneficentes de grupos cada vez mais perigosos, que nas as mereciam. Neste novo contexto político, as políticas previdenciárias destinadas aos pobres foram sendo paulatinamente consideradas luxos onerosos, que os contribuintes trabalhadores não podiam mais sustentar. O corolário disso foi que as medidas penais-previdenciárias para os criminosos foram tachadas de absurdamente indulgentes e inócuas (GARLAND, 2009, p. 182).

As novas exigências sociais decorrem do aumento de crimes registrados (sem desconsiderar que as estatísticas ganham o incremento metodológico de maior eficácia de comunicação e registro). E no caso dos adolescentes tem-se o aumento da população jovem – grupo etário mais propício ao comportamento desviante, devido à própria passagem de idade para a individuação – ensejando a cultura do *baby boom* que “cresceu numa cultura universalmente comercial experimentou novas formas de desejo, expectativas e demandas por prazer instantâneo, forneceu a maior parte dos futuros protagonistas do *boom* criminal” (GARLAND, 2009, p. 204).

Esse alarme emergencial tem no sistema punitivo o instrumento privilegiado para responder aos anseios por segurança, legitimando, por consequência o Direito Penal que se expande e se rearma como resposta ao medo, passando a assumir algumas características (CALLEGARI, 2010).

A primeira característica é a maior identificação da coletividade com as vítimas, porque, dado o medo de tornar-se uma delas. Assim, o Direito Penal clássico – contenção do poder punitivo – passa a ser instrumento de defesa dos cidadãos, sendo cada vez mais reivindicado.

Na década de 90, o Brasil, apesar dos avanços democráticos de eleições livres não conseguiu conter o sentimento de medo e insegurança ante o crescimento da criminalidade¹³, pois diante de estatísticas criminais

¹³ As estatísticas criminais são matéria controvertida. No entanto, diversas análises apontavam para uma tendência mundial de crescimento de crimes relativos à integridade física dos indivíduos, de modo ser esta uma afirmativa relativamente consensual na sociologia criminal. (ADORNO, 1999).

oficiais que demonstravam o crescimento das modalidades de violência individual e urbana - homicídio, roubo à mão armada, sequestros e estupros – só cabia à população a exigência de políticas de segurança pública.

Na década de 80, o influxo de crimes violentos foi ascendente¹⁴, não somente no Brasil, como em várias capitais mundiais. Por exemplo, Washington em 1990 tinha uma taxa de 77,8 homicídios/cem mil habitantes; em 1986, este mesmo delito é registrado no Rio de Janeiro na variação de 50/cem mil habitantes (ADORNO, 1994). Alba Zaluar (1989) mapeou que entre 1980-1991 foram vitimados 722 jovens de 13 a 25 anos em Cidade de Deus, conjunto habitacional popular no Rio de Janeiro, na “guerra perversa” contra as drogas.

As violências praticadas por jovens e contra jovens é marcante. Em São Paulo no ano de 1990 estimou-se a morte de 2,7 jovens assassinados/dia, com emprego de arma de fogo, sem mencionar os linchamentos (ADORNO, 1999).

Ao lado disso, convive-se com práticas de violência institucional pelo Estado. A exemplificação da transição democrática inacabada é marcada em episódios violências de proporções internacionais. No mesmo período da superação dos arbítrios militares, conviveu-se com o massacre do Carandiru, da Candelária, de Vigário Geral, de Corumbiara e El Dourado dos Carajás, todos eles, emblemáticos, para não mencionar os extermínios diários que têm em comum a presença de agentes do Estado, supostamente encarregados de fazer cumprir a recém Constituição Federal e seus direitos fundamentais, emblematicamente postos no núcleo intangível do art. 5º (dentre outros) (BELLI, 2004).

Ao lado da violência institucional, o crescimento da criminalidade é marcada pela migração rural-urbana, a retenção de

¹⁴ Não se olvida o fato de que a construção de estatísticas, não obstante pretender ser neutra, uma ferramenta científica para o conhecimento da realidade social, é resultado de uma construção com visões particulares, como os números oferecidos a seguir que, em sua maioria resultam de registros oficiais da Polícia Civil, “cujas práticas e percepções particulares da criminalidade moldam a elaboração dos registros”. Além das implicações das cifras ocultas. (CALDEIRA, 2000, p. 9). Também são problemáticas as fontes que servem de subsídio para mensurar os dados, por exemplo, os números de homicídio. Os registros de mortalidade no Sistema de Informação sobre Mortalidade/SIM abrange, estima-se, 75% dos casos, com grandes deficits regionais. Há uma elevada proporção em causas mal definidas, inflacionando categorias de análise, levando à indefinição quanto à natureza da violência. (ADORNO, 1999).

bolsões de conflituosidade social por arbítrios, de modo que a segurança pública passou a ser uma demanda da opinião pública, imersa em sentimentos de insegurança, apoiado pelos meios de comunicação de massa (AZEVEDO, 2005).

Nesse cenário, a população assustada e imersa no medo, considerando que a “fala do crime é contagiante”, reage com a demanda de mais segurança pública e no sentido da autoproteção, materializada na simbologia do muro, uma estratégia que simbólica que materialmente tem efeitos semelhantes: “elas estabelecem diferenças, impõem diversas distâncias, constroem separações, multiplicam regras de evitação e exclusão e restringem os movimentos” (CALDEIRA, 2000, p. 9).

O fato é que a opinião pública passou a polarizar direitos humanos x segurança pública, reclamando um incremento punitivo geral respondendo ao apelo midiático e social por punição em uma sociedade ávida por soluções emergenciais para a criminalidade e tomada pela cultura do medo (além da herança da cultura política do autoritarismo social da sociedade brasileira). Aliás, “[...] as policias militares conquistaram autonomia e poder a ponto de se sentirem legitimadas junto a expressivos segmentos da população quando abatiam cidadãos suspeitos de haver cometido crimes, sob alegação de resistência à ordem de prisão” (ADORNO, 1999).

O cidadão, embebido nesse contexto de medo e pânico visualiza-se como futura e potencial vítima (vitimização), preocupando-se exageradamente com formas individualizadas de criminalidade. E, não obstante ser bem diferente a percepção subjetiva criada e a existência objetiva dos delitos (já demonstrada por dados no primeiro capítulo), as consequências sociais que decorrem deste panorama podem ser mais graves do que a própria delinquência.

Em nível individual, promove alterações na conduta – agressividade, por exemplo – e em nível coletivo redundam no abandono dos espaços públicos, quebras de confiança e rompimento dos laços do controle social informal (GALLEGARI, 2010).

Com isso, a vítima é uma figura representativa da coletividade, e quem fala em nome dela, fala em “nome do povo”, e esse instrumento associado aos meios de comunicação ensejam a segunda característica deste “novo” Direito Penal que é a sua politização. Por meio da utilização política da noção de segurança, simplificando a política criminal, sendo reduzida e volatilizada por campanhas eleitorais, oscilando conforme conjunturas

midiáticas, em detrimento de programas efetivamente emancipatórios. O discurso criminal é legitimado na maior expansão.

A opinião pública, captada por pesquisas específicas, é explorada e multiplicada pelos meios de comunicação. A catalisação do medo é apropriada como política pública, fazendo com que os valores de confiança e combate ao crime sejam usados como expressão da racionalização da justiça. Afinal, “a difusão do medo é mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social” (BATISTA, 2003, p. 51).

Os meios de comunicação têm papel fundamental nessa empreitada porque dispersa a informação massificada, sem abrir espaço para a discussão pública sobre os problemas sociais mais relevantes (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003), de modo que os destinatários, como receptores universais, sem individualizações, permanecem dóceis. Na verdade, “trata-se de um trabalho de engenharia social no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares” (CASTRO, 2005, p. 201).

O crescimento dos meios de comunicação fomenta uma opinião diversa do real, porque o interesse periodístico vai selecionar, estereotipadamente qualquer fato distante da normalidade, provocando uma mistificação de mundo, com isso imprime uma sensação de medo (HULSMAN, 1989), demandando a proteção policial do Estado, no sensacionalismo de novas repressões. Afinal - o símbolo se converte em mito, despertando “a fantasia e a emotividade [...] relacionado aos grandes princípios: o princípio da dicotomia entre bons e maus” (CASTRO, 2005, p. 209).

Com tudo isso a sociedade demanda mais intervenção penal para a contenção da criminalidade, por acreditar ser ele o instrumento capacitado para tanto, muito mais do que políticas públicas ou a intervenção do Direito Civil ou Administrativo, por exemplo.

No entanto, a expansão penal resulta “remediar com ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro, como do Segundo mundo” (WACQUANT, 2001, p. 7). O Estado, aproveitando-se da função simbólica do Direito penal, torna-se máximo, ao passo que torna-se mínimo no campo social (Direito Previdenciário e do Trabalho), “que é precisamente o campo vital, o campo mais nobre para a construção da cidadania, de modo que a caricatura do estado mínimo equivale a sistema penal máximo x cidadania mínima, para alguns” (ANDRADE, 2003, p. 27).

Nesse contexto, é inversamente proporcional a repressão penal, a legitimidade e a confiança social (LARRAURI, 2009). Quanto mais há confiança entre cidadãos menor a legitimidade de repressão penal, ao passo que *“en las sociedades menos legítimas el gobierno parece tener una mayor necesidad de recurrir a actos ‘propagandísticos’ de combate del delito para ganar legitimidad entre la población”* (LAPPI-SEPPÄLÄ, 2008).

Aliás, o que bem caracteriza o populismo punitivo é a submissão das agências oficiais à opinião pública: *“creemos que la ‘línea causal’ más bien refuerza la hipótesis según La cual no es la opinión pública la que marca la dirección de las preocupaciones o respuestas, sino más bien los políticos quienes focalizan la agenda política en el tema de la delincuencia, y a partir de este momento se produce un aumento de la preocupación de la gente”* (LARRAURI, 2009).

Outrossim, a estrutura punitiva é também identificada nos legisladores e agentes públicos que parecem perder o controle do sucesso das políticas públicas, adotando uma série de decisões que fogem da racionalidade pragmática e o fazem por pressão da opinião pública, submetendo-se ao sabor de suas modificações.

Neste sentido, considerando que a criminalidade juvenil representa percentual muito menor do que a criminalidade adulta, como visto, é possível afirmar que a sociedade tem “medo de coisas erradas” (GLASSNER, 2009). Na verdade, os fatores apresentados superdimensionam um imaginário social sobre crime, criminalidade e punição, o qual por sua vez desemboca nas demandas punitivas.

Considerando que o crime resulta de um processo de criminalização, como já demonstrado, e que, no Judiciário, o magistrado realiza a criminalização secundária, importa ponderar: qual deve ser o papel desse ator no âmbito da infância e juventude, e qual deve ser o seu principal vetor interpretativo para evitar a interferências do padrão punitivo?

4 O PAPEL DO JUIZ DA INFÂNCIA E JUVENTUDE FACE A SOCIEDADE PUNITIVA

Ao partir do pressuposto de que há a configuração de uma sociedade punitiva, como demonstrado no capítulo anterior, e que os atores do sistema punitivo não podem incorporar aquelas práticas, pois, “serão os atores judiciais das agências de punitividade os que, conforme o seu maior ou menor grau de identificação (ou de resistência) com o projeto político-

criminal, (des)legitimam sua aplicação, visto serem os sujeitos que detêm a capacidade de efetivar as reformas”(CARVALHO, 2010, p. 25).

É no ato judicial que as pressões do populismo punitivo se manifestam, e pior, legitimadas, pela racionalidade jurídica instrumental que imprime. Entretanto, se essa racionalização é verdade, o fundo em questão no sistema de atos infracionais é perigoso, posto que a decisão, pautada em meta-regras da sociedade punitiva, enseja profundas violações a direitos fundamentais, implicando condicionamentos estigmatizantes para o futuro, gerando reincidência.

Aliás, foi esta a conclusão a que chegou a pesquisa já referida ao asseverar que o discurso

(...) dominante presente nas fundamentações das decisões, princípios e argumentos que aparecem de forma recorrente na jurisprudência brasileira, quando o tema é a imposição de medida socioeducativa de internação de adolescente autor de ato infracional, e que, com frequência, revelam posicionamentos ideológicos, valorativos, extrajurídicos que, alheios ao mundo do direito, coadunam-se com as visões do senso comum sobre a criminalidade em geral e, em particular, sobre a delinquência na adolescência (BRASIL, 2010).

E neste sentido, que se devem tais conclusões?

A crise do Judiciário brasileiro, enuncia Faria Costa (2004), decorre, em termos históricos, de instituições com feições inquisidoras, implementadas na colônia pelo Estado português, forjando, no âmbito criminal, um pensamento inquisitivo que se consolidou ao longo do processo de formação do Estado nacional; de modo que a elaboração dessa matriz processual é tão genial que permanece em vigor nos dias atuais, com pequenas alterações, pois mudam os sinais, mas não a lógica de um sistema totalitário.

Outrossim, contribui para este perfil, a compreensão social sobre os regimes de solução conflito, de modo que se a sociedade percebe o conflito como fonte de desordem e ruptura, sem qualquer tolerância ao desvio. Assim, a sentença final deve demarcar a solução do caso concreto, em que o Estado-juiz revela a verdade: “o juiz, não mais o estado, é visto como um ser superior, capaz de formular um julgamento racional, imparcial, neutro, que descubra não só a verdade real dos fatos, mas as verdadeiras intenções dos agentes” (LIMA, 1994, p. 176).

O juiz é o solucionador de conflitos, e somente isto!

A própria categoria se coloca como protagonista do combate à criminalidade. Em pesquisa realizada entre 2005 e 2006 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), os dados apontam para tais afirmações. Foram entrevistados cerca de três mil juízes em vários estados, e indagados, por exemplo, sobre os aspectos que influenciam a impunidade no país responderam como sendo decorrente do excesso de garantias penais e processuais, como excesso de recursos (86,1%), prazos prescricionais (44,1%); sendo favoráveis, portanto, a diminuição da idade penal (61%), aumento do tempo de internação (75,3%), aumento das hipóteses de internação de menores (73,8%) etc. (AMB, 2006).

Ora, se isso é verdade, também o é que os magistrados, apresentando-se como responsáveis pela solução do conflito, entendem que depende deles a diminuição da impunidade. E assim sendo tem-se terreno fértil para a incorporação do punitivismo, tornando legítimas as demandas populistas.

Aliás, levando em consideração que 50% da população brasileira concorda com a afirmação de que “bandido bom é bandido morto” (FBSP, 2015), a pressão sobre a magistratura para que proceda sempre à punição, é esperada.

Nesse sentido, a volatilidade de conceitos, abre espaços para valorações morais e impressões pessoais sobre o estilo de vida dos adolescentes, ilações acerca de seus deveres e responsabilidades, entre outros (CARVALHO, 2010). Assim,

A cultura de inclinação ao encarceramento juvenil se revela posicionamento recorrente na jurisprudência brasileira, fundamentada (não na lei, mas) numa suposta periculosidade atribuída aos antecedentes dos adolescentes, à falta de respaldo familiar, ao desajuste social, ao uso/abuso de drogas, no que se reconhece na medida de internação uma forma de segregação e uma estratégia de ressocialização, ou ainda, a coloca em meio ao discurso do “benefício” ou da “correção” atribuído como justificativa à aplicação de medida de internação: “isolar para tratar” (BRASIL, 2010).

E se tudo isso é verdade, além de violentar todos os postulados da Proteção Integral, os magistrados apresentam-se como obstáculos à efetivação democrática implantada pela Constituição de 1988. Isto aliás representa um verdadeiro paradoxo, uma vez que a valorização da criança e do adolescente, enquanto sujeitos de direito, apenas se deu com

a incorporação da Doutrina da Proteção Integral pela Constituição Federal de 1988 no artigo 227¹⁵.

Por isso, tem plena razão a pesquisa do Ministério da Justiça, ao concluir que existe uma dupla crise do ECA – de implementação e interpretação.

Ou seja, as normas estatutárias estão expostas a uma crise de interpretação e de igual modo a uma crise de implementação. É dizer, alguns eufemismos que perpassam a legislação como um todo e, em especial, por exemplo, a definição da medida privativa de liberdade como internação em estabelecimento educacional (artigo 116 do ECA) favorecem que sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa interpretação de que a medida de internação constitui-se em uma “benesse” e reveste-se de caráter protetivo afasta sua verdadeira índole penal e, conseqüentemente, os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados neste campo (BRASIL, 2010).

Portanto, o que existe é uma espécie de continuísmo da Situação Irregular, escamoteada, porém, por um arsenal de metáforas do controle. Existem contradições manifestas. Naquele período os menores não tinham direitos porque não eram sujeitos, hoje, na Proteção Integral, são sujeitos, mas sem direitos reais, mas eufemisticamente previstos, como se os preceitos tivessem a função simbólica de fazer crer que funcionam.

Entretanto, esses atores da rede político-criminal devem resistir ao populismo punitivo, e assim o farão na medida da resistência a ele. O magistrado no ato de criminalização secundária deve deixar de se perceber como fundamental ao combate ao crime, afastando-se do ativismo judicial, senão se torna mero agente de segurança pública, resgatando as matrizes de um sistema inquisitivo.

É necessário, portanto, repensar o papel do juiz, especialmente da infância e juventude, para se multiplicar novas práticas para a modificação das percepções do senso comum. É imprescindível mudar,

¹⁵ É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

posto que a democracia substancial só se consagrará com novos ares, e neste caso, especificamente, com a observação absoluta da Doutrina da Proteção Integral.

Se é verdade que metade da população brasileira acredita que “bandido bom é bandido morto”, como dito, é igualmente fato, que é preciso repensar o sistema de justiça, uma vez que a outra

(...) metade da população reitera a falta de legitimidade dessas ações que, para além do desrespeito ao estado de direito, violam todas as convenções de direitos humanos das quais o Brasil é signatário. Mais do que isso, metade da população expressa a necessidade de se repensar a estratégia de enfrentamento que prevalece nas políticas de segurança pública, cujas estatísticas criminais e de violência, apresentadas neste anuário, são evidências de que essa estratégia é ineficiente e ineficaz (HANASHIRO, 2015, p. 117).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO MÁXIMO VETOR INTERPRETATIVO NO SISTEMA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os magistrados são atores jurídicos, e não operadores, como se costuma denominar, pois não são imparciais. Não são simples observadores distanciados da realidade, inserido numa virtualidade. Ao revés, o juiz é um protagonista, participa dos fatos ao interpretá-lo; e, na posição de interlocutor não pode descompromissa-se eticamente, pois suas decisões geram dor e sofrimento.

O contrário, como a demanda punitiva, dá-se a ilegitimidade da política populista, a qual torna todos vítimas. Vítimas de delitos individuais, bem como vítimas de segurança de agressões de todas as índoles – integridade física, saúde, propriedade, de segurança para garantir o movimento, o crescimento; segurança nutricional, habitacional, de emprego e de educação (CASTRO, 2007).

É imprescindível não olvidar que a promoção dos Direitos Humanos, assim como pretende o ECA com a Doutrina da Proteção Integral, já foi concretizada, mas a materialização dos mesmos depende de reivindicações, o que por sua vez depende do reconhecimento do ser enquanto sujeito, e não objeto. Não foi por outra razão que a Convenção dos Direitos da Criança consagrou direitos de participação.

Deve-se compreender a marginalidade social brasileira, pois os adolescentes que se apresentam nos Departamentos de Polícia da Criança e do Adolescente não são da classe média e classe alta. E aqueles são mais comuns, não porque têm maior tendência ao crime, lombrosianamente falando; mas porque são mais alvos da polícia do que aqueles que estão em colégios e ginásios, submetidos à ordem.

Os atores sociais, essencialmente os juristas, devem acordar dos sonhos dogmáticos, afastando-se de uma ética formal para a busca de uma ética material de libertação onde a vida é real, e não nefelibata (andar nas nuvens). Sem isso, produz-se vítimas. A intervenção deve ser o de trazer o adolescente para o seio da sua família e da sociedade, e esta deve ser a maior preocupação do juiz, abjurando da condição de disciplinador e da cruzada pela salvação moral. Não seria impertinente o alerta de Agostinho Ramalho: “quem salva os adolescentes da bondade dos bons?”.

Por tudo isso a pretensão deste trabalho foi tentar esclarecer que o número de atos infracionais é menor do que se imagina, que a maioria não possui gravidade, conforme anunciado, que o número de condenações não é baixo e que as medidas socioeducativas impostas não são benevolentes; ao revés, são em geral de internação. Com isso, quem sabe, seria possível aliviar o medo e a tensão sobre a questão criminal.

Com essas providências, os próprios juízes ficarão menos pressionados, porque menos responsabilizados pela violência que se assola, evitando o clichê de que são indulgentes com a criminalidade.

Busca-se, portanto, aqui fomentar a consciência cidadã, tão importante para a materialização dos Direitos Humanos, apresentando situações de calamidade social que implicam indignação, pois somente esta pode propiciar a cidadania ativa, inserindo nas subjetividades uma nova cultura, própria do respeito à condição peculiar de desenvolvimento.

Nesse sentido, cabe à magistratura conscientizar-se do seu papel de reconhecer no adolescente um sujeito de direito, blindando as interferências do populismo punitivo; e a única forma de assim os juízes

procederem é através da extrema obediência dos princípios da Doutrina da Proteção Integral.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Insegurança *versus* direitos humanos. Entre a lei e a ordem. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, São Paulo, 11 (2): 129-153, out. 1999.

_____. Violência, controle social e cidadania: Dilemas da Administração da Justiça Criminal no Brasil. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 41, Dezembro, p. 101-127, 1994.

AEBI, Marcelo F.; DELGRANDE, Natalia. Institut De Criminologie Et De Droit Pénal. **Council of Europe annual penal statistics**. Strasbourg, 24 March 2009. Disponível em <http://www.ojji.org/documental_ficha.php?cod=81&total=276&tampag=10&vis=C&pags=9&pag=030700>. Acesso em 29.08.11.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa Amb**. Brasília, 2006.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan-jun, 2005.

_____. Adolescentes em conflito com a lei – Atos infracionais e medidas socioeducativas. In: Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 9. São Paulo, 2015.

BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência . **La Niñez y la adolescência em conflicto con la ley penal**.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BELLI, Benoni. **Tolerância Zero e democracia no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no HC 180924**. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 16/03/2011.

_____. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010. Brasília, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 148791**. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 16.03.2010.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **Habeas Corpus 173.636**. Min. Og Fernandes. DJE 01.10.2010.

_____. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Projeto Pensando o Direito. **Responsabilidade e Garantias ao Adolescente Autor de Ato Infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência**. Brasília, 2010.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.) **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34; Edusp, 2000.

CALLEGARI, André Luís. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 87, 2010.

CARVALHO, Salo. **O papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Antimanual de Criminologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008

CASTRO, Lola Aniyar. Direitos Humanos: delinqüentes, vítimas , todos vítimas. Discursos Sediciosos. **Crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: 2007.

_____. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Pesquisa.** Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Brasília, 2015.

_____. **Panorâma Nacional.** A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação. Justiça ao Jovem. Brasília: 2012.

DE PAULA, Liana. Da “questão do menor” à garantia de direitos. Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. **Civitas**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 27-43, jan.-mar. 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPPOTERO, Luis A.; NEUMANN Ulfrid, MARTIN, Adan (Coord.). **Crítica y justificación de derecho penal en el cambio de siglo.** Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado:** a criança no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, n. 18 (51), 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** Ano 9. São Paulo, 2015.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. **Infância: de los derechos y de la justicia.** Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

_____. Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos En américa latina. In: **Ser niño en America Latina. De las necesidades a los derechos.** Galerna: Unicri, 1991.

GARLAND, David. **A cultura do controle.** Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GLASSNER, Barry. **The culture of fear: why americans are afraid of the wrong things.** 30.ed. New York: Baxic Books, 2009.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

HANASHIRO, Olaya. Uma janela de oportunidades. In: Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 9. São Paulo, 2015.

IBGE / **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) – 2005/2006**.

JUNQUEIRA, Lia. Aspectos sócio-jurídicos na intervenção. **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. São Paulo: Iglu, 1989.

MELLO FILHO, José Celso de. Adolescentes e Integra do pronunciamento feito durante o lançamento no Supremo Tribunal Federal do Prêmio Sócio-educando. **Revista do Ilanud**, n. 12, 2008.

LARRAURI, Elena. La economía política Del castigo. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2009, núm. 11-06, p. 06 -22. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>>. Acesso em 05.09.11

LAPPI-SEPPÄLÄ, T. Trust, Welfare, and Political Economy. Explaining Differences in Penal Severity”. **Crime and Justice: A Review of Research**. Tonry, M. (ed) Vol. 37 Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

LIMA, Kant de. **A Polícia na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Pmerj, 1994.

MOURA Esmeralda. Crianças operárias na recém-industrializada São Paulo. In: **História das Crianças no Brasil**. Mary Del Priore (org.). 2.ed. São Paulo: Contexto, 2000.

MISSE, Michel. Crime e pobreza: velhos enfoques, novos problemas. In: Michel Misse. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NELKEN, David. “When is a society non punitive? The Italian case”. In: PRATT, J. *et. al.* (eds). **The New Punitiveness**. Cullompton: Willan Publishing, 2005.

PAIVA, Denise Maria Fonseca. **Mapeamento Nacional Da Situação Do Atendimento Dos Adolescentes em Cumprimento de Medidas Sócioeducativas**. Brasília, 2002.

ROSA, Alexandre Morais; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao Ato Infracional**. Princípio e Garantias Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 10.ed. Porto: Afrontamento, 1998

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Boiteux, 2002.

SILVA Enid Rocha Andrade; GUERESI Simone. **Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2003.

TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias evolutivas em la proteccion del niño y del adolescente: de la situacion irregular a la proteccion integral, **Capítulo Criminológico**, v. 24, n, 2, p. 119-136, 1996.

ZALUAR, Alba. Nem líderes, nem heróis: a verdade da história oral. **Presença. Revista de Cultura e Política**, n. 14, p. 111-128, 1989.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

“ENTRE JUNHOS”: DAS MANIFESTAÇÕES AOS MEGAEVENTOS, A ESCALADA DA REPRESSÃO POLICIAL

“BETWEEN JUNES”: FROM THE PROTESTS TO THE MEGA
EVENTS, THE INCREASE OF POLICE REPRESSION

Eduardo Saad Diniz *

Luíza Veronese Lacava **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A criminalização dos movimentos sociais e sua herança histórica no Brasil. 2 Os novos movimentos sociais e a atualidade do Brasil. 3 As “jornadas de junho” e a repressão às manifestações. 4 “Entre junhos”: a escalada da repressão policial e os megaeventos. Conclusão. Referências.

RESUMO: Nesta pesquisa, analisa-se de que modo a ação do aparato repressor do Estado brasileiro interfere na garantia dos direitos fundamentais e abre margem para a instauração de um “estado de exceção permanente” (Agamben). A análise é demonstrada por meio das práticas excepcionais promovidas pelo Estado e como refletem a manutenção e a garantia do Estado Democrático de Direito. Ao final, estabeleceu-se uma genealogia da repressão estatal no país, com foco nos movimentos sociais e manifestações de caráter urbano, e especial ênfase na atuação do aparelho repressor em dois momentos distintos: os protestos ocorridos em junho de 2013 e a Copa do Mundo de Futebol de 2014.

Palavras-chave: Criminalização. Movimentos sociais. Repressão policial. Protestos urbanos.

ABSTRACT: This paper aims to examine how the action of Brazilian state repressive forces interferes with the guarantee of fundamental rights and makes room for the establishment of a “permanent state of exception” (Agamben). The analysis is demonstrated through the exceptional practices promoted by the State and how they reflect the maintaining and the warranty of the Democratic Rule of Law State. In the end, this paper establishes a genealogy of state repression in the country, focusing on social movements and urban manifestations, with special emphasis on the role of the repressive apparatus at two different times: the protests in June 2013 and the World Cup 2014.

Keywords: Criminalization. Social Movements. Police Repression. Urban Protests.

INTRODUÇÃO

No dia 12 de julho de 2014, véspera do final da Copa do Mundo de Futebol, a polícia do Rio de Janeiro efetuou 37 prisões de indivíduos

* Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Bolsista Doutorado Sanduíche DAAD/Capes na Universidade de Regensburg, Alemanha; Especialização em Vitimologia pela Universidade de Sevilha, Espanha. Foi Professor Substituto MS-3 de Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp-Franca.

** Graduanda na Universidade de São Paulo (USP).

supostamente relacionados a manifestações marcadas para o fim do evento, em operação que mobilizou 80 policiais e até uma aeronave. Destas, 26 realizadas por meio de mandado de prisão temporária, 2 flagrantes e 16 “prisões para averiguação”, modalidade não prevista pela constituição vigente e resgatada do período de Ditadura Militar no país. Juntamente com as prisões, que abarcaram jornalistas, professores, radialistas e midiativistas, foram apreendidos objetos como jornais, revistas e bandeiras de movimentos sociais, que segundo a polícia seriam suficientes para comprovar o envolvimento dos indivíduos com as manifestações, alguns dos quais indiciados por formação de quadrilha armada¹ (art. 288 do Código Penal) (BBC Brasil, 2014).

No país em que há um ano assistiu-se a maior onda de protestos das últimas décadas, a chegada dos Megaeventos também representa o aperfeiçoamento dos sistemas punitivos e o recrudescimento do aparato repressor. Em um Estado Democrático de Direito, como garantir as liberdades constitucionais e assegurar o direito à manifestação pública? Quando o Estado de exceção é na verdade a regra (BENJAMIN, 2005), o direito de ir e vir e o direito de propriedade se sobrepõem às garantias fundamentais, criando artimanhas para a desmobilização e neutralizando reivindicações populares.

Neste artigo, pretende-se analisar de que modo a ação do aparato repressor do Estado brasileiro interfere na garantia dos direitos fundamentais e abre margem para a instauração de um “estado de exceção permanente”, na concepção de Giorgio Agamben. Segundo o filósofo, o estado de exceção estabelece-se no ténue limiar entre o direito público e o fato político, entre a ordem jurídica e a conjuntura social, ou nas palavras do autor, é “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004). Fruto de uma situação excepcional, em tese limitada no tempo e no espaço, ele se insere e se integra no corpo do direito vigente, perpetuando as práticas circunstanciais e instalando-se no Estado Constitucional. Aquilo que foi concebido como prática emergencial, ao ser aplicado normalmente à administração da vida, eleva-se ao patamar de paradigma de governo nos estados democráticos (LUIZ, 2014). Como base teórica, Agamben utiliza-se das concepções de Estado de Exceção provenientes de Carl Schmitt e Walter Benjamin.

Procura-se determinar em que medida as práticas excepcionais promovidas pelo Estado refletem sobre a manutenção e a garantia do Estado

1

Democrático de Direito. O conceito é aqui entendido sob a ótica de José Afonso da Silva, como a junção entre o Estado de Direito, que impõe a todos os cidadãos de forma igualitária o respeito à lei; e o Estado Democrático, garantidor da cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político e efetiva participação social. O Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma organização política que preza pela justiça e transformação social, conforme disposto no artigo 1 da Constituição Federal de 1988.

Procurou-se estabelecer uma genealogia da repressão estatal no país, com foco principalmente nos movimentos sociais e manifestações de caráter urbano, para enfim analisar a atuação do aparelho repressor em dois momentos distintos: os protestos ocorridos em junho de 2013 e a Copa do Mundo de Futebol. O método utilizado foi a síntese histórica aliada à análise de relatos, não apenas jornalísticos mas também de indivíduos envolvidos nos conflitos.

1 A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS E SUA HERANÇA HISTÓRICA NO BRASIL

Marcado pela célebre declaração do último presidente republicano, Washington Luís, “A questão social é caso de polícia”, o período da Primeira República (final do século XIX e início do século XX) assistiu ao surgimento dos primeiros movimentos sociais organizados do Brasil, que despontaram no campo e nos recém-estruturados centros urbanos. Em sua maioria, eram frutos das más condições de vida nas cidades, concentração de terras e exploração do trabalho no campo e de um processo generalizado de marginalização social, herdado do período imperial e mantido pelos governos republicanos. Diferentemente dos movimentos do campo, que apresentavam caráter mais esparsos e em muitos casos vinculados a fatores religiosos, os movimentos urbanos se apoiavam no crescimento da economia industrial, que deu ensejo à formação de uma classe trabalhadora nas cidades.

De caráter anarcossindicalista e fomentado pelas lideranças de imigrantes de origem italiana, o movimento operário protagonizou em São Paulo e na então capital Rio de Janeiro uma onda de greves por melhores condições de trabalho, entre os anos 1917 e 1920, sendo a maior delas a greve geral de 1917. Assim como ocorria nos movimentos sociais do campo, as greves foram duramente reprimidas pelo aparelho estatal. Prisões encheram-se de operários supostamente anarquistas, organizações

de trabalhadores foram impedidas de funcionar, casas foram invadidas e cerca de 200 trabalhadores foram mortos durante a repressão (TOLEDO, 2007). No âmbito legal, destaca-se em 1921 a aprovação pelo Congresso de duas leis que instrumentalizaram a repressão: a primeira permitindo a expulsão de estrangeiros cuja conduta fosse considerada nociva (levando à deportação de muitas das lideranças), e a segunda visando ao combate ao anarquismo, considerando crime condutas que ameaçassem a ordem pública (FAUSTO, 1994).

Na chamada “Era Vargas”, período que se seguiu às Repúblicas Oligárquicas, observa-se uma mudança estratégica nos meios repressivos a mobilização social. Enquanto na República ignoravam-se as reivindicações dos trabalhadores e a resposta do Estado sempre vinha em forma de repressão e violência física, Vargas deu início a uma política de concessão de direitos e controle estrito dos sindicatos e organizações de trabalhadores. Em uma tentativa de antecipar-se à esquerda e assegurar a lealdade dos trabalhadores, institui vasta legislação trabalhista e de bem estar social, como a regularização do trabalho das mulheres e menores, a concessão de férias e o limite de 8 horas para a jornada de trabalho (FAUSTO, 1994).

A nova estrutura inaugurada pelo presidente era administrada sob controle estrito do Ministério do Trabalho, que dava legitimidade aos sindicatos e instituía seus agentes (batizados de “pelegos”) em posições de liderança, minimizando a ação de militantes operários independentes, em grande parte comunistas e anarcossindicalistas (SKIDMORE, 1967). Deste modo, Vargas pôde instituir um governo de caráter paternalista e controlar os movimentos operários urbanos. Entretanto, uma ressalva é necessária quanto aos movimentos do campo, cujas demandas não foram de maneira nenhuma contempladas pelo presidente. As três décadas que se seguiram ao governo Vargas foram marcadas pela restrição do direito de greve e pela frágil aceitação aos partidos de esquerda, que ora saíam ora retornavam à ilegalidade.

No período da Ditadura Militar (1964-1985) observou-se no Brasil e em diversos países da América Latina um grande recrudescimento da repressão física a movimentos organizados e a setores da sociedade pró-democracia. Esta extrema radicalização da repressão foi marcada pelos mais bárbaros crimes contra a humanidade e a dignidade humana, sendo os sequestros, torturas e mortes de militantes fatores comuns durante o regime. Neste período, a repressão tinha como embasamento ideológico a chamada “Doutrina da Segurança Nacional”, largamente difundida pelos

Estados Unidos no contexto da Guerra Fria para contenção de suposto avanço comunista, e reproduzida pelos militares brasileiros no contexto nacional (FERNANDES, 2009). A materialização dessa teoria veio em 1967 pela Lei de Segurança Nacional, concebida para possibilitar, dentro da ideologia militar, a proteção do Estado contra o “inimigo interno”.

Em 1968, sob o governo do General Arthur da Costa e Silva, baixasse o mais repressor entre os Atos Institucionais do período Ditatorial, o Ato Institucional nº 5 (AI-5). Entre as medidas, estava o fechamento provisório do Congresso, a liberdade para Tribunais Militares julgarem crimes civis e a medida que possibilitou o chamado “terrorismo de Estado”: a suspensão do *habeas corpus* (FAUSTO, 1994). Combinadas, as referidas medidas legais deram subsídios para alguns dos maiores massacres da história brasileira, tais como o da chamada Guerrilha do Araguaia – movimento armado dos militantes de esquerda (em sua maioria jovens estudantes) na região do Araguaia, Norte do Brasil, que culminou em um confronto direto com as forças militares, ocasionando a morte de aproximadamente 70 militantes, além dos desaparecimentos (MIRANDA, TIBÚRCIO, 2008). No fim do período militar (1983) foi promulgada a última e mais recente Lei de Segurança Nacional, que vigora até os dias de hoje.

Em 1985, o desgaste do regime militar e as diversas reivindicações populares por eleições diretas (movimento conhecido por “Diretas Já!”) deram início ao processo de redemocratização, marcado por uma série de reivindicações sociais, como o movimento pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita e a volta dos exilados políticos. Nesse contexto surge em 1988, fruto de um Congresso Constituinte, a Constituição Federal de 1988, batizada de “Constituição Cidadã”. De fato, a CF/88 veio trazer diversas garantias sociais e direitos fundamentais, consolidados no seu Art. 5. Importante ressaltar, entretanto, que apesar de muitos temas terem recebido tratamento progressista, este não foi o caso da relação civil-militar (ZAVERUCHA, 2005).

Neste âmbito, foram mantidos diversos dispositivos legais do regime militar, tais como o Estatuto dos Estrangeiros, que veda a participação de estrangeiros residentes na vida política e nos negócios públicos do país; as políticas de desenvolvimento para a Amazônia, que prezam por grandes projetos de mineração e energia, desconsiderando anseios ecológicos e de proteção ambiental; a maior parte das normativas administrativas, que aprofundaram a divisão entre administração direta (órgãos subordinados a ministérios) e indireta (autarquias e fundações), dificultando a participação

civil na administração pública; e a Lei da Imprensa, que até hoje cria entraves para a atuação de jornalistas e empresas de mídia. O maior legado, entretanto, é a manutenção de uma polícia militar no Brasil, que garante a perpetuação da ideologia militar no aparelho repressor estatal, resultando em uma das polícias mais violentas e letais do mundo.

Segundo relatório da Ouvidoria da Polícia de São Paulo, entre os anos de 2005 e 2009 a polícia da cidade matou sozinha 6% mais que todas as polícias dos EUA juntas. Na mesma medida, o relatório Força Letal – Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo, lançado em dezembro de 2009 pela ONG internacional Human Rights Watch, indica que o índice de mortes por prisões cometidas pela polícia de São Paulo é 108 vezes maior que o da polícia Norte Americana (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2014). Entre os mecanismos que legitimam esses índices, está o chamado “auto de resistência”, ou “resistência seguida de morte”, modalidade não prevista pelo Código de Processo Penal e utilizada para mascarar e dificultar a averiguação de execuções sumárias, protegendo os agentes infratores.

Nos anos que se seguiram ao regime militar, confirmando uma tendência econômica internacional, adotou-se no governo Fernando Henrique Cardoso o modelo neoliberal, tido como única opção para o processo de abertura econômica do país após o protecionismo do regime militar. Em consequência, paulatinamente houve o sucateamento de boa parte das estruturas sociais e setores vulneráveis da sociedade ficaram desprotegidos (NOBRE, 2013). Neste cenário, destacaram-se os movimentos sociais do campo, com ênfase para o Movimento Sem Terra (MST), que atingiu o seu ápice de articulação nacional durante a década de 90, com o maior número de desapropriações de propriedades rurais (STEDILE, FERNANDES, 2012). O período, entretanto, foi marcado por um grande recrudescimento das relações entre o Estado e os movimentos do campo, dando origem a massacres como o de Eldorado dos Carajás (1996), no qual 19 militantes sem-terra morreram em confronto com a polícia.

A despeito das singularidades que marcaram cada período histórico brasileiro, perdura a incapacidade por parte do estado em estabelecer um diálogo eficiente com os movimentos sociais e as reivindicações populares. Da república à redemocratização, a história é permeada por episódios violentos e duras repressões, escancarando a tendência do poder público em utilizar do aparato de poder na resolução de conflitos, sejam eles agrários ou urbanos. Essa mentalidade punitiva e a falta de

comunicação com movimentos sociais, embora revista, não sofreu grandes transformações no *modus operandi* do estado brasileiro nos dias de hoje.

2 OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E A ATUALIDADE DO BRASIL

O período de redemocratização e as recém-adquiridas liberdades individuais, castradas nos países da América Latina durante as ditaduras (tais como a liberdade de pensamento, de expressão e a liberdade de reunião), trouxeram consigo movimentos sociais de caráter diferenciado. Os novos movimentos sociais desviaram o foco das históricas reivindicações de classe, ligadas a forças políticas e ao poder sindical, e permitiram a ascensão de novos agentes políticos, ligados a questões identitárias (de reconhecimento de gênero, etnia e orientação sexual) e de ocupação do espaço urbano, movimentos de moradia, transporte, e acesso à educação (GOHN, 2002). Enquanto questões partidárias e de projeto político davam lugar à reivindicações individuais e coletivas de caráter muitas vezes difuso e multifacetado, ampliavam-se também os meios de participação política e dissolviam-se os formatos originais de reivindicação social.

Difundidos e modificados os meios de representação, também tinham que o ser os meios de repressão e controle social. Se antes observava-se uma repressão baseada em a) isolamento político; b) cooptação de lideranças e c) repressão pura (SAUER, 2008), era necessário reformular os instrumentos de controle para que comportassem uma sociedade na qual os novos meios de comunicação impossibilitam o isolamento, as lideranças são difusas ou inexistentes e a repressão tradicional já não consegue conter manifestações.

Intensificada a repressão na sua forma pura, principalmente no que se refere à contenção de manifestações urbanas, as novas formas de repressão social se manifestam por meio da criminalização pela opinião pública, manipulação de grandes mídias, criminalização da pobreza e marginalização da população, militarização dos territórios e pela utilização do sistema judiciário, criando condições legais para legitimar a repressão física, restringindo o acesso à políticas públicas e direcionando a atuação discriminatória dos tribunais.

Entre as novas formas de repressão adotadas pelo Estado para manter a ordem social e as diversas manifestações que despontaram em diferentes partes do mundo desde a Primavera Árabe em 2010, destacam-

se alguns fatores comuns. A descrença nas vias tradicionais de participação política, em grande parte sustentada pelos grandes meios de comunicação, levou a uma desqualificação da política e dos agentes políticos em si, o chamado “*system blame*” (SOUZA, 1988), que contribuiu em grande parte para que reivindicações pontuais evoluíssem para críticas ao sistema político. As reivindicações, portanto, não param quando atingido o objetivo principal, evidenciando o caráter estrutural que enseja as manifestações (ZIZEK, 2013). Aliado a isso, encontra-se a crise de representação das velhas mídias, que embora ainda permaneçam como o maior veículo de transmissão de informações, perdem espaço e protagonismo em grande velocidade para as mídias alternativas. Neste contexto de queda e ascensão de novos atores, surgem as mobilizações brasileiras de junho de 2013, que se desdobraram em mobilizações cada vez mais frequentes no país.

3 AS “JORNADAS DE JUNHO” E A REPRESSÃO ÀS MANIFESTAÇÕES

No dia 6 de junho de 2013, 5 mil manifestantes fecharam a Avenida Paulista, em São Paulo, em protesto contra o aumento da tarifa de ônibus na cidade, de R\$3,00 para R\$3,20. Menos de um mês depois, 1,5 milhão de pessoas saem às ruas em diferentes capitais do país, multiplicando não apenas a adesão, mas as reivindicações, que extrapolaram em muito a questão do transporte urbano (G1, 2014c). Surpreendidos pela súbita esfera de mobilização nacional e despreparados para atuar em manifestações de grande escala, governantes e aparato repressor funcionaram como os principais catalisadores que garantiram as proporções das agora chamadas “jornadas de junho”.

Convocadas pelo “Movimento Passe Livre” (MPL), organização composta principalmente por jovens estudantes, que defende a tarifa zero para o transporte público e a inclusão social por meio da mobilidade urbana, as primeiras passeatas que deram ensejo às manifestações contavam com baixa adesão da população e a falta de apoio da opinião pública, que se colocava contrária aos atos de “vandalismo” praticados por parte dos manifestantes. Esses atos se resumem principalmente à pichações com expressões de protesto e depredação do patrimônio público e privado, especialmente de instituições-chave do sistema financeiro, como agências bancárias e caixas eletrônicos (ato tipificado pelo Art. 163 do Código Penal brasileiro, como crime de dano).

Em semana decisiva para o rumo dos protestos, o movimento convocou cinco atos (G1, 2014), nos quais houve o progressivo recrudescimento da atividade policial. No dia 13 de junho, um confronto entre as tropas de choque da polícia militar e os manifestantes culminou em mais de 200 detidos e 4 indiciados por depredação ao patrimônio e formação de quadrilha (G1, 2014a). A utilização em grande parte indiscriminada de armamentos de baixa letalidade, tais como a bala de borracha e a bomba de gás lacrimogêneo, resultou em milhares de manifestantes feridos, entre eles jornalistas e membros da imprensa. Inflados em grande parte devido às mídias alternativas, imagens e vídeos da violência policial varreram as redes sociais do país e alcançaram os jornais internacionais, forçando a opinião pública a reconsiderar sua posição. A violência policial, antes seletiva e restrita aos bairros marginais e favelas, causou indignação quando direcionada a jovens de classe média, e em questão de poucos dias o país assistia a maior mobilização pública das últimas décadas.

No Estado Democrático de Direito, é certo que conflitam-se constantemente direitos e garantias fundamentais, tornando-se muitas vezes nebulosa a fronteira entre a garantia de um direito e a lesão de outro. Como conciliar a garantia fundamental à segurança pública (Art.144 da Constituição Federal) e o direito de ir e vir (Art.5, inciso XV) ao direito constitucional de reunião e de livre manifestação de pensamento (Art.5, título II, incisos XVI e IV da Constituição)? A despeito deste aparente impasse, é possível distinguir e refrear as condutas restritivas de liberdades e ofensivas aos direitos promovidas pelo poder público. A identificação destes comportamentos é essencial na medida em que coíbe a formação de um estado punitivo, e a estruturação de um direito baseado na garantia social mínima, porém penalização máxima. Analisam-se aqui alguns dos dispositivos utilizados para tipificar condutas de manifestantes no decorrer dos protestos, sendo eles a associação criminosa para constituição de milícia privada (art. 288-A, CP), a Lei de Segurança Nacional e a “prisão para averiguação”.

Para a correta interpretação do tipo da associação criminosa para constituição de milícia privada (art. 288-A, CP), impossível não considerar o contexto político e social que deu ensejo a sua formulação, qual seja, a contenção do tráfico e a proteção da população vulnerável nas favelas do Rio de Janeiro. Buscando compreender o fenômeno das “milícias privadas”, Ignácio Cano (2008) conduziu a pesquisa “Seis por Meia Dúzia? Um estudo exploratório das Milícias no Rio de Janeiro”, o qual destaca

as suas principais características: a) domínio territorial e populacional de áreas de vulnerabilidade por grupos armados; b) coação dos moradores; c) motivação de lucro individual; d) discurso de legitimação relativo a libertação do tráfico. Está presente a interpretação extensiva incriminadora ao se aplicar o tipo, que se configura como o delito coletivo de punição mais rigorosa do sistema, aos manifestantes, em claro ferimento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e veemente desconsideração do contexto em que deve ser aplicado (JUNIOR; GOMES; SILVESTRE; SILVA, 2014). A finalidade da tipificação de formação de milícias privadas é justamente a proteção do bem jurídico paz pública, sendo direcionada a crimes gravíssimos, incongruente quando aplicada a integrantes de movimentos sociais cujos crimes via de regra são de menor potencial ofensivo, a exemplo dos crimes de dano. No mesmo sentido mostra-se esquizofrênico o indiciamento de militantes pelos crimes de formação de quadrilha (art.299, CP) e quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, CP), também verificados durante as manifestações (O GLOBO, 2014).

A já referida Lei de Segurança Nacional, sancionada em dezembro de 1983, portanto durante a vigência da Ditadura Militar, foi ressuscitada recentemente como forma de contenção dos protestos. Suas bases são a geopolítica (Nação como projeto único do Estado), a bipolaridade (maniqueísmo e polarização do mundo entre Ocidente democrático e bloco comunista) e a Guerra Total (o combate ao inimigo da nação deve mobilizar todos os setores da sociedade), constituindo assim instrumento de defesa do Estado contra o cidadão (COMBLIN, 1978). O dispositivo, que nunca foi sequer revisto, prevê penas altíssimas como a restrição de liberdade de até 4 anos por “incitar a animosidade entre Forças Armadas e as classes sociais” e 10 anos por “sabotagem a meios de comunicação”. O mais preocupante, entretanto, é o indiciamento de manifestantes com base em dispositivos extremamente abertos e de alto caráter subjetivo, como o “emprego de violência contra a ordem” e o “incitamento à subversão da ordem nacional”, que dão ensejo a diversas arbitrariedades e instauram a insegurança jurídica.

O mais anacrônico dispositivo utilizado para criminalizar as manifestações foi, entretanto, a “prisão para averiguação”. Utilizada durante o regime de exceção e não recepcionada pela Constituição de 1988, a obsoleta normativa justificou a prisão de mais de 150 manifestantes em apenas um dia de protestos, não obstante a Constituição Federal e o Código de Processo Penal preverem a prisão apenas em casos de flagrante

delito, por ordem expressa de autoridade judiciária, ou no curso do processo em virtude de prisão preventiva ou temporária (CF art.5, LXI e CPP art. 283). Ressaltam os ministros Celso de Mello e Celso Bastos (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013) que a dita “prisão para averiguação” só é possível em situação em que se encontrem suspensas as garantias constitucionais por força de estado de defesa ou estado de sítio, então como admitir a sua utilização para detenção de manifestantes em via pública, exercendo seu direito constitucional em pleno Estado Democrático de Direito?

Na esteira das prisões inconstitucionais, assistiu-se também ao surgimento da cômica modalidade “prisão por porte de vinagre”, artefato utilizado pelos manifestantes para neutralizar os efeitos de ardência nos olhos e garganta, produzidos pelas bombas de gás lacrimogêneo lançadas pela polícia. No protesto do dia 13 de junho em São Paulo, marcado pelo maior recrudesimento policial até então, 40 indivíduos foram conduzidos a delegacias antes mesmo do início do ato, sob a alegação de “portarem vinagre” (CARTA CAPITAL, 2014).

Mais que os tipos penais destacados para conter os manifestantes, é necessário chamar a atenção para o modo como foi conduzida a repressão dos protestos em si. A utilização indiscriminada de armamentos de baixa letalidade (tais como spray de pimenta, bomba de gás lacrimogêneo e bala de borracha), e a ausência de uma legislação no país que regule de forma específica e pormenorizada o uso desse tipo de munição deram margem a diversos abusos. Casos emblemáticos como a bala de borracha que atingiu o olho da repórter Giuliana Vallone, enquanto cobria o ato do dia 13 de junho (UOL NOTÍCIAS, 2014), e a não tão noticiada morte da gari Cleonice Vieira de Moraes por intoxicação de gás lacrimogêneo durante o protesto do dia 21 do mesmo mês (O ESTADO DE S. PAULO, 2014) evidenciam o despreparo das tropas de choque da polícia militar para conter manifestações que iniciam, via de regra, de modo pacífico.

Esse quadro se acentua uma vez que a Lei 13.060, recém aprovada em dezembro de 2014 e a primeira que legisla sobre o uso de instrumentos de menor potencial ofensivo no Brasil, possui uma redação extremamente ampla e que não estabelece de maneira restrita os parâmetros ou limites de uso destes artefatos, delegando a um futuro regulamento a ser editado pelo Poder Executivo a “classificação” e “disciplina” do uso das armas menos letais (Art.7º da Lei), e apenas reforçando de forma vaga alguns

princípios e estipulações quanto à atuação de agentes policiais.² Embora a utilização destes instrumentos vise a uma tentativa de neutralizar as ameaças sem fazer uso de armas de fogo, e portanto reduzir o número de mortes em confrontos com a polícia, o treinamento insuficiente dispensado aos agentes quanto ao manuseio e utilização dos dispositivos, e o precário rastreamento e averiguação do modo e circunstâncias em que foram empregados dá margem para que a munição “não letal” se torne igualmente ofensiva (IZABEL, 2014). Além de não regulados, muitos dos artefatos utilizados nos protestos também apresentavam data de validade vencida e portanto risco incerto para a população, a exemplo das bombas de gás lacrimogêneo, conforme denúncia da agência de jornalismo Repórter Brasil, na ocasião dos protestos (REPÓRTER BRASIL, 2014).

Intensamente utilizados em manifestações urbanas, os armamentos de baixa letalidade foram concebidos, em sua maioria, para uso em conflitos de grande porte. A exemplo da bomba de gás lacrimogêneo, desenvolvida durante a segunda guerra mundial e considerada Arma Química pelas ONGs internacionais Anistia Internacional e Físicos pelos Direitos Humanos, e o “spray” de pimenta, que tem seu uso proibido em guerras pela Convenção de Armas Químicas (1993 – Art.1), por ser considerado método de tortura. Apesar da falta de regulamentação legal e de seu potencial letal já comprovado durante os protestos de junho, o Brasil vem se configurando como um dos maiores produtores mundiais de armamentos não letais. A empresa Condor S.A Indústria Química, detentora da fabricação no país, foi responsável pelo fornecimento de grande parte das bombas de gás lacrimogêneo utilizadas na Turquia nos protestos de 2013, durante a primavera árabe, e será a maior provedora dos armamentos a serem utilizados durante a realização dos Megaeventos

² A exemplo do Art. 2º, que embora estabeleça que os agentes de segurança pública devam priorizar o uso de armamentos de baixa letalidade, se limita a vincular este uso aos princípios da legalidade, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, não estabelecendo entretanto parâmetros concretos que tornem possível identificar quando e em quais situações o seu uso extrapola estes princípios e pode ser considerado abusivo.

no Brasil (AGÊNCIA PÚBLICA DE REPORTAGEM E JORNALISMO INVESTIGATIVO, 2014).

4 “ENTRE JUNHOS”: A ESCALADA DA REPRESSÃO POLICIAL E OS MEGAEVENTOS

Durante os preparativos para as Olimpíadas e a Copa do Mundo em Seul, Coréia do Sul (1988 e 2002, respectivamente), estima-se que mais de 720 mil pessoas tenham sido removidas de suas casas, totalizando aproximadamente 15% dos cidadãos residentes na cidade (CATHOLIC INSTITUTE FOR INTERNATIONAL RELATIONS, 1956, p. 56). Em 2010, quando sediou o Mundial, a África do Sul assistiu a remoção de 20 mil pessoas (BBC BRASIL, 2014). Segundo estimativas da Articulação Nacional dos Comitês Populares da Copa (ANCOP), organização destinada a fiscalizar os abusos cometidos durante a realização do evento no Brasil, o número de remoções, em sua maioria forçadas e irregulares, pode chegar a 220 mil. Apesar dos esforços de embelezamento promovidos pelos governos, os megaeventos via de regra escondem uma faceta de drástica violação aos direitos humanos e desrespeito a constituição dos países-sede, comumente locais de legislação pouco consolidada e portanto mais vulnerável às exigências da realização dos eventos. No Brasil, o legado mais proeminente da realização do Mundial parece ser um *upgrading* dos aparelhos coercitivos e a ampliação da – já vasta – zona de suspensão de direitos (ARANTES, 2014).

Em seu livro “Estado de Exceção”, Giorgio Agamben explora os limites das situações ditas “excepcionais”, tais como guerras, estados de sítio e eventos de mobilização mundial, e o potencial para perpetuar suas práticas para muito além do efeito temporário, criando uma espécie de “jurisprudência muda”, que embora não seja claramente enunciada, é efetivamente seguida (SAFATLE, 2014). Nas palavras de Agamben:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma guerra civil mundial, o estado de exceção tende sempre mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição.

No Brasil, essas “exceções” foram verificadas na forma de aprovação de leis, que abriram verdadeiras fossas abissais na Constituição para possibilitar a realização dos megaeventos, atendendo a exigências de entidades internacionais. A chamada Lei Geral da Copa (LGC), nº 12.663/2012, fruto de um acordo firmado entre governo brasileiro e a FIFA, instituição privada, prevê diversos dispositivos que vão frontalmente de encontro à legislação nacional e ferem abertamente a sua soberania, tais como a restrição do direito de greve a partir de três meses antes do evento, a criação de “zonas limpas” de comércio exclusivo da FIFA que restringem o comércio popular, a responsabilização da União por prejuízos causados por terceiros e fenômenos da natureza, a isenção da instituição e suas subsidiárias do pagamento de custas e despesas judiciais, entre outras determinações. A um mês do início do Mundial, o Supremo Tribunal Federal cede a pressões políticas e considera improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4976, de autoria da Procuradoria Geral da República, que questionava a validade de diversos dispositivos da Lei, permitindo que ela seja aplicada na íntegra até 31 de dezembro de 2014. A despeito da Lei “Geral”, cidades onde ocorreram os jogos reforçaram sua legislação aprovando leis de segurança, isenção fiscal, transferência de potencial construtivo e restrição territorial (G1, 2014d).

A privatização dos espaços públicos e a proteção do patrimônio dão margem ao entendimento de que é necessário promover a “manutenção da ordem”, constantemente alimentado pela moderna estrutura social que promove a insegurança como princípio de organização da vida coletiva, das trocas econômicas e dos comportamentos individuais (WACQUANT, 2006). Esse sentimento de insegurança generalizada contribui para conferir legitimidade social e dar ensejo a formulação de normativas restritivas de liberdade. Neste sentido, em dezembro de 2013 o Ministério da Defesa publicou a portaria normativa nº 3461/MD, intitulada Garantia da Lei e Ordem. O documento estabelece as situações nas quais será possível acionar as Forças Armadas para operações de segurança pública, ainda que esta atribuição não esteja prevista no Art. 144 da Constituição Federal, relativo à instituição. Entre as “ameaças”, encontram-se diversas modalidades de manifestação e protesto social, abrangente a qualquer situação considerada “distúrbio”, que legitima a convocação e contenção pelo Exército, Marinha e Aeronáutica.

No início de 2014, aproveitando-se da histeria social causada pela morte do jornalista Santiago Andrade, atingido por um rojão durante

uma manifestação contra o aumento da tarifa no Rio de Janeiro, o Senado voltou a examinar o Projeto de Lei 499/2013, a “Lei Anti-Terror”. Embora todas as infrações previstas no PL já estejam tipificadas no Código Penal (como sequestro, homicídio, apologia ao crime), elas aparecem no projeto atreladas a um tipo penal até então inexistente, o crime de “terrorismo”. Com redação aberta e genérica, o projeto que tipifica a ação terrorista dá margem para o autoritarismo das forças de segurança e possibilita a perseguição política, marcando um imenso retrocesso nas conquistas democráticas. A discussão do projeto trás à tona um duplo oportunismo: de um lado, a falsa garantia da segurança pública, em um ano de eleições, mediante o recrudescimento dos tipos penais; de outro, a ampliação do leque de criminalização, oportuno a proximidade dos Megaeventos no país.

Ainda assim, o legado mais palpável do mundial tem sido, sem dúvida, o aperfeiçoamento dos aparelhos coercitivos. Segundo o Ministério da Defesa, o governo destinará o valor de 2,32 bilhões para a segurança dos megaeventos, entre compra de equipamentos, construção de novas instalações e capacitação de agentes (OBSERVATÓRIO DE METRÓPOLES, 2014). O investimento, que será dividido entre a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, sustenta a dita “inovação de gestão” prevista para a segurança pública. Novos órgãos como os Centros de Integração de Comando e Controle e a Secretaria Extraordinária de Segurança Pública para Grandes Eventos garantem a interligação dos aparatos coercitivos, e destes com as Forças Armadas, sem mencionar o equipamento tecnológico antidistúrbio adquirido em massa para a ocasião. Segundo apuração realizada pelo Exército, a União adquiriu da empresa Condor S/A R\$ 46,5 milhões em armas menos letais destinadas às cidades-sede da Copa do Mundo, distribuídos em Kits Operacionais, que contêm maletas com espingardas de bala de borracha, bombas de gás lacrimogêneo e de efeito moral, armas de eletrochoque, entre outros aparatos. Segundo o levantamento, a munição química e não letal adquirida seria suficiente para efetuar 797 disparos de bala de borracha e 819 lançamentos de granadas de gás por dia entre junho de 2013 e julho de 2014, data da realização do Mundial (G1, 2014d).

Em 30 de junho de 2013, quando ocorreu na cidade do Rio de Janeiro o final da Copa das Confederações, a União teve a oportunidade de colocar em prática aquele que foi o maior esquema de segurança planejado até então para um evento esportivo na história do país. Foram mobilizados 10.000 policiais (sendo 1,2 mil do batalhão de choque) e outros 7.400

militares do exército, distribuídos em pontos estratégicos da cidade, além de veículos blindados, helicópteros e a cavalaria (O ESTADO DE S. PAULO, 2014). Contrariando as expectativas, números da polícia militar evidenciaram a presença de apenas 5 mil manifestantes no período da manhã, e 1,2 mil durante o jogo, nos dois protestos marcados para o dia. Mesmo na desproporção de quase 3 policiais para cada manifestante, a noite do jogo foi marcada por intensa repressão por parte dos agentes, com o uso despropositado de armas químicas, chegando os jogadores a afirmar posteriormente que teriam sentido os efeitos do gás no interior do estádio do Maracanã, durante a partida³.

Realizado o teste, e visando atingir os padrões de segurança estipulados pela FIFA, autoridades julgaram necessário quase que triplicar o número de homens destinados à segurança pública durante a Copa do Mundo em relação à Copa das Confederações, chegando a 170 mil agentes (GAZETAWEB, 2014). Os protestos, entretanto, mais uma vez demonstraram a desproporcionalidade entre aparato repressor e ameaça real. No dia 12 de junho, marcado para a cerimônia de abertura do Mundial em São Paulo, as manifestações contaram com pouco mais de 700 pessoas (IG, 2014). Embora tenham começado pacíficos, os protestos terminaram com 31 pessoas detidas e diversos feridos, entre eles as repórteres Shasta Darlington e Barbara Arvanitidis, correspondentes da CNN no Brasil, que foram atingidas por estilhaços de bombas de efeito moral (G1, 2014b). O despreparo dos agentes públicos na contenção de manifestações que se propõem pacíficas, e o uso indiscriminado da força aliado ao de armamentos antidistúrbio configuram um cenário de recrudescimento e aparelhamento dos sistemas coercitivos, voltado à contenção e repressão da manifestação popular.

CONCLUSÃO

A participação popular na vida política do país configura-se como o principal alicerce na construção do Estado Democrático de Direito. A partir da década de 80, com supressão dos regimes autoritários na América

³ “Eu e outros jogadores estávamos com os olhos queimando. Perguntei se tinham espirrado algum spray de pimenta por ali”, declarou o atacante Hulk em entrevista para o jornal O Estado de S. Paulo. Disponível em: <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,rio-mobiliza-10-mil-policiais-para-seguranca-na-final-no-maracana,1048157>>. Acesso em 13 de set. 2014.

Latina, a presença dos cidadãos na tomada de decisões públicas e na garantia dos direitos constitucionais se firmou como instrumento de promoção da democracia, assim como salvaguarda contra os abusos do poder estatal (PARENTE, 2014). Cabe ao Estado conferir os meios que possibilitem e estimulem essa participação, como expressa José Afonso da Silva:

Este (o Estado Democrático de Direito) se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não seu completo desenvolvimento. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A capacidade e a garantia do direito de dissentir, expressar livremente opinião e resistir às forças repressoras do Estado são condições necessárias à democracia. A livre manifestação, em uma sociedade plural, permite que haja melhor distribuição do poder entre os grupos de pressão, possibilitando a cada segmento social a reivindicação de direitos e melhorias sociais (MERLIN, 2004). No que diz respeito ao direito penal, sua função primordial é garantir que sejam penalizados com mais rigor os delitos que obstaculizam ou impedem a efetivação desses direitos e a concretização dos objetivos do Estado Democrático, ou seja, o direito penal objetiva funcionar como instrumento de promoção da democracia, e não como fator dificultador e criminalizante (FOSCARINI, 2014).

O indiciamento de manifestantes por crimes coletivos de alto teor punitivo, a ausência de lastro probatório e a desconsideração do contexto que configura o tipo penal correspondente, a utilização de tipos arcaicos e de caráter excepcional para o enquadramento de crimes comuns e o excessivo uso da força na contenção de manifestações populares demonstra uma tendência de criminalização a movimentos políticos e de recrudescimento repressor, um retrocesso no amadurecimento do regime democrático. Essa tendência tem ainda o efeito nefasto de provocar a desmotivação e descrença quanto à efetividade de manifestações pacíficas, ameaçando um dos principais meios de reivindicação popular e aumentando os riscos de radicalização, ainda que por parte de pequenos grupos. Aquela que seria ferramenta de construção transforma-se então em potencial agressor das instituições e ameaça a estabilidade social.

A individualização das condutas e a minuciosa apuração da autoria dos delitos deve estar presente nas investigações de ações promovidas

tanto por civis quanto por agentes públicos. Não se pode admitir, em nenhum momento, que maior ou menor rigor seja empregado na busca por responsabilização. No mesmo sentido, não se pode aceitar que tipos penais de caráter amplo sejam utilizados com vistas a reprimir ações sem que haja a devida caracterização das circunstâncias e do contexto em que ocorreram.

Por fim, nunca é demais ressaltar que a legislação existente já fornece a tipificação necessária para coibir e punir atos de violência praticados dolosamente durante protestos públicos, sendo, em sua maioria, desnecessárias e oportunistas as tentativas de recrudescimento legislativo. É imperativo, sim, que o Estado dê vazão às reivindicações da população, garantindo os direitos constitucionais e estruturando uma polícia que promova a cidadania e a participação popular.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL. Disponível em: <<http://anistia.org.br/>>. Acesso em: 13 set. 2014.

ARANTES, Paulo. **Democracia de baixa intensidade militariza gestão social** – quatro perguntas para Paulo Arantes. Disponível em: <http://www.blogdoims.com.br/lms/legado-da-copa-e-mecanismos-de-repressao-quatro-perguntas-para-paulo-arantes>. Acesso em: 13 set. de 2014.

Bomba brasileira na pele turca. **Agência Pública de Reportagem e Jornalismo**. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/06/gas-lacrimogeneo-brasileiro-utilizado-pela-policia-na-turquia/>>. Acesso em: 13 set. 2014.

BORIS, Fausto. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2012.

BRASIL. Decreto nº 2.977 de 1 de março de 1999. Promulga a Convenção Internacional sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Estocagem e Uso de Armas Químicas e sobre a Destruição das Armas Químicas Existentes no Mundo, assinada em Paris, em 13 de janeiro de 1993. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**.

BRASIL. Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**.

_____. Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**.

_____. Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**.

_____. PLS – Projeto de Lei do Senado nº 499 de 2013. Define crimes de terrorismo e dá outras providências. **Portal Atividade Legislativa**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115549>. Acesso em: 20 set. 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. São Paulo: Campus Jurídico, 2011.

CANO, I; IOTT, C. **Seis por meia dúzia?:** Um estudo exploratório do fenômeno das chamadas milícias no Rio de Janeiro - segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://br.boell.org/downloads/Relatorio_Milicias_completo.pdf>. Acesso em: 13 set. 2014.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I.; STRECK, L. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CATHOLIC INSTITUTE FOR INTERNATIONAL RELATIONS. **Disposable people: forced evictions in South Korea**. Londres: Catholic Institute for International Relations, 1988.

COMBLIN, Joseph. **A ideologia da segurança nacional – o poder militar na América Latina**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

Copa pode provocar despejo de 250 mil pessoas, afirmam ONGs. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130614_futebol_despejos_cm_bg>. Acesso em: 20 set. 2014.

Dossiê Violações de Direitos Humanos. 2 ed. Disponível em: <http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=198:dossi>. Acesso em: 13 set. 2014.

Em 5 anos, PM de São Paulo mata mais que todas as polícias dos EUA. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13905-Em-cinco-anos,-PM-de-Sao-Paulo-mata-mais-que-todas-as-policias-dos-EUA>> Acesso em: 13 set. 2014.

Em São Paulo, PM usa bombas de gás vencidas contra manifestantes. **Repórter Brasil**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/06/em-sao-paulo-pm-usa-bombas-de-gas-vencidas-contra-manifestantes/>>. Acesso em: 13 set. 2014.

Em São Paulo, vinagre dá cadeia. **Carta Capital**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/em-sao-paulo-vinagre-da-cadeia-4469.html>>. Acesso em: 13 set. 2014.

FERNANDES, Ananda Simões. A reformulação da doutrina de segurança nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. **Antíteses**, Londrina, ano 1, n. 4, vol. 2, p. 831-856, jul./dez. 2009.

FOSCARINI, Tatiana. A criminalização dos movimentos sociais e o sistema judiciário. In: **Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUC-RS, III**. 2008. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/III mostra/CienciasCriminais/62784%20-%20LEIA%20TATIANA%20FOSCARINI.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2014.

GOHN, M. G. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo**. Petrópolis: Vozes, 2014.

Irmãos presos em manifestação confessam e são indiciados por quadrilha armada. **O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/irmaos-presos-em-manifestacao-confessam-sao-indiciados-por-quadrilha-armada-10476826>>. Acesso em: 20 set. 2014.

IZABEL, Tomaz Amorim. Novos mercados da violência no Brasil. **Carta Capital**. Disponível em: <<http://negrobelchior.cartacapital.com.br/2013/08/28/novos-mercados-da-violencia-no-brasil-as-armas-nao-letais/>>. Acesso em: 13 set. 2014.

JUNIOR, A. P.; GOMES, E. X.; SILVESTRE, F. G.; SILVA, N. M. **A utilização do direito penal como ferramenta política na repressão de manifestações públicas**. Disponível em: <<http://www.ammmp.org.br/inst/artigo/Artigo-86.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2014.

LOWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio: uma leitura das teses “sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

LUIZ, J. V. R. **“Estado de exceção como regra”**: o impasse contemporâneo à resistência política no pensamento de Giorgio Agamben. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/jose_luiz_33.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. **O município e o federalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MIRANDA, Tibúrcio. **Dos filhos deste solo - mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado**. 2 ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2008.

Morre em Belém gari que inalou gás lacrimogêneo em protesto. **O Estado de S. Paulo**. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,morre-em-belem-gari-que-inalou-gas-lacrimogeneo-em-protesto,1045335>>. Acesso em: 20 set. 2014.

NOBRE, Marcos. **Imobilismo em movimento**: da abertura democrática ao governo Dilma. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PARENTE, Lygia Bandeira de Mello. **Participação social como instrumento para a construção da democracia**: a intervenção social da administração pública brasileira. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054994.PDF>>. Acesso em: 13 set. 2014.

Policiais e manifestantes contrários à Copa entram em confronto na Lapa. **IG**. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2014-06-12/policiais-e-manifestantes-entram-em-confronto-na-lapa.html>>. Acesso em: 20 set. 2014.

Portal Popular da Copa e das Olimpíadas. Disponível em: <<http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php>>. Acesso em: 13 set. 2014.

Prisões na véspera da final da Copa despertam críticas. **BBC Brasil.** Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/07/140712_wc2014_prisoies_rio_jp>. Acesso em: 20 out. 2014.

Protestos contra abertura da Copa deixam feridos e detidos em SP. **G1.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/06/protestos-contrabertura-da-copa-deixam-feridos-e-detidos-em-sp.html>>. Acesso em: 13 set. 2014.

Quatro continuam detidos após protesto desta quinta-feira em SP. **G1.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/cinco-permanecem-detidos-apos-protesto-de-quinta-em-sp.html>>. Acesso em: 13 set. 2014.

Repórter da TV Folha é atingida no olho por bala de borracha durante protesto em SP. **UOL Notícias.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/13/reporter-da-tv-folha-e-atingida-no-olho-por-bala-de-borracha-durante-protesto-em-sp.htm>>. Acesso em: 13 set. 2014.

Resultados das manifestações de junho: veja quais foram as principais demandas, a linha do tempo dos protestos e como os poderes reagiram a eles. **G1.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>>. Acesso em: 20 set. 2014.

Rio mobiliza 10 mil policiais para segurança na final do Maracanã. **O Estado de S. Paulo.** Disponível em: <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,rio-mobiliza-10-mil-policiais-para-seguranca-na-final-no-maracana,1048157>>. Acesso em: 13 set. 2014.

SAFATLE, Vladimir. Legado para não esquecer. **Folha de S. Paulo.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/vladimirsafatle/2014/07/1486026-legado-para-nao-esquecer.shtml>>. Acesso em: 13 set. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MÉSZÁROS, István; WACQUANT, Loïc; LOWY, Michael; PIALOUX, Michel; BEAUD, Stéphane. **Margem esquerda, west side story: um bairro de alta insegurança em Chicago.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

SAUER, Sérgio. **Processos recentes de criminalização dos movimentos sociais populares**. Disponível em <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/sala-de-midia/opiniao/processosrecentes-de-criminalizacao-dos-movimentos-sociais-populares/>>. Acesso em: 30 maio 2014.

Segurança na Copa: 170 mil homens e investimento de R\$ 1,9 bilhões. **GAZETAWEB**. Disponível em: <<http://gazetaweb.globo.com/mobile/noticia.php?c=362043&e=3>>. Acesso em: 13 set. 2014.

Segurança pública nos megaeventos do Rio. **Observatório das Metrôpoles**. Disponível em: <[http://www.observatoriodasmetropoles.net/index.php?option=com_k2&view="](http://www.observatoriodasmetropoles.net/index.php?option=com_k2&view=)

item&id=263%3Aseguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-nos-megaeventos-do-rio&Itemid=164&lang=pt>. Acesso em: 13 set. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1945)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Maria do Carmo Campello. In: STEPAN, Alfred (Coord.). **Democratizando o Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

STEDILE, J. P.; FERNANDES, B. M. **Brava gente: a trajetória do MST e a luta pela terra no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2012.

TOLEDO, Edilene. A trajetória anarquista no Brasil na Primeira República. In: **As esquerdas no Brasil: a formação das tradições**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Visando à Copa, PMs aumentam estoque de armas não letais. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/05/visando-copa-pms-aumentam-estoque-de-armas-nao-letais.html>>. Acesso em: 13 set. 2014.

ZAVERUCHA, Jorge. **FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia (1999-2002)**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ZIZEK, Slavoj. Problemas no Paraíso In: ARANTES, Paulo (Coord.) **Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

ASPECTOS DA TRATATIVA JURÍDICA DO SUICÍDIO ASSISTIDO NO BRASIL E NO EXTERIOR

LEGAL ASPECTS OF DEALINGS ASSISTED SUICIDE IN BRAZIL AND ABROAD

Sérgio Rodrigo Martínez *

Livia Gava Bersot **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Noções gerais sobre o suicídio assistido. 2 A situação do suicídio assistido no Brasil. 3 A experiência internacional em relação à tratativa legal do suicídio assistido. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar o suicídio assistido no ordenamento jurídico brasileiro e no exterior. Procura-se estabelecer uma distinção entre conceitos básicos, como eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido. Apresenta-se o enquadramento legal do suicídio assistido no Brasil, a partir das normas existentes. Por último a experiência internacional com relação ao suicídio assistido. O trabalho demonstra ser possível a relativização do direito à vida. Para tanto, a metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica comparativa e a legislação em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Suicídio assistido. Dignidade humana. Autonomia. Direito comparado.

ABSTRACT: *The goal of the article is to analyze the assisted suicide in the Brazilian legal system and abroad. Wanted to distinguish between basic concepts as euthanasia, medical futility, orthothanasia and assisted suicide. It presents the legal framework assisted suicide in Brazil, from the existing standards. Finally the international experience with respect to assisted suicide. The work shows it is possible to relativize the right to life. Therefore, the methodology used is the comparative literature and the law of the Brazilian legal system.*

Keywords: *Assisted suicide. Human dignity. Autonomy. Comparative law.*

INTRODUÇÃO

Os avanços na medicina tornaram possível um aumento significativo da expectativa e qualidade de vida, contudo, os progressos trouxeram consigo a obstinação terapêutica, à medida que a vida poderia a ser prolongada a todo custo, independente do grau de qualidade ou dignidade vivido pelo paciente durante o prolongamento artificial.

* Estágio Pós-doutoral em Direito Econômico e Sócio-ambiental pela PUC-PR. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com estágio de doutorado-sanduíche (CAPES) na Universidade de Coimbra. Mestre em Direito das Relações Negociais pela UEL. Especialista em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra. Professor Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

** Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

O atenuar o sofrimento é um dos grandes desafios da medicina e do direito, que assume novos contornos em razão dos avanços da medicina intensivista.

O tratamento médico possui uma linha tênue entre os tratamentos úteis ao conforto e à sobrevida do paciente terminal e o excesso de tratamento, caracterizado como distanásia.

Tem-se que a distanásia caracteriza-se pelo excesso de tratamento, busca-se prolongar a quantidade de vida, em uma espécie de combate com a morte. O objetivo primordial é manter o paciente vivo, mesmo que a custo da dignidade.

Como consequência dos avanços na medicina coube à Bioética e ao Biodireito o estudo dos limites da aplicabilidade dos avanços das ciências médicas, no tocante ao prolongamento artificial da vida do paciente terminal.

Nessa seara, encontra-se o chamado suicídio assistido, que se contrapõe à distanásia, no sentido de buscar permitir ao paciente terminal decidir sobre sua morte. A partir do momento que sentir o agravamento de sua patologia, passando a vivenciar muitas dores, sofrimento e, portanto, indignidade.

Atualmente, o suicídio assistido é tipificado no Brasil como crime, caracterizado como “auxílio ao suicídio”, conforme o art. 122 do Código Penal brasileiro.

O presente artigo visa a questionar e demonstrar a tratativa de sua temática despenalizadora no direito comparado, a partir da experiência estrangeira, nos países em que é aplicável tal instituto.

A construção teórica dessa pesquisa foi focada no método descritivo. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de levantamento de dados de material bibliográfico nacional e estrangeiro.

O presente trabalho, no primeiro capítulo, busca elucidar os conceitos básicos sobre o assunto e sua aplicabilidade no Brasil.

Em uma segunda parte demonstra em quais países o suicídio assistido é aceito e de que forma sua tratativa jurídica é realizada.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O SUICÍDIO ASSISTIDO

Apesar dos inúmeros problemas éticos que resultaram dos avanços tecnológicos na área da saúde, as dificuldades em encarar o assunto estão relacionadas, muitas vezes, com a insuficiente informação. Especialmente

ao se diferenciar eutanásia de suicídio assistido, os juristas ainda encontram dificuldades em entender o correto enquadramento.

Eutanásia em sua etimologia histórica, é um vocábulo de origem grega (*eu*, que significa *boa*, e *thanatos*, que significa *morte*), pode-se dizer que significa uma morte tranquila, sem sofrimento (VIEIRA, 1999, p. 80).

Nessa versão histórica, o termo eutanásia, conforme Santos (1998, p. 105), designaria a chamada “morte misericordiosa ou piedosa”, aplicada nos casos de patologias incuráveis e penosas, “visando a suprimir a agonia lenta e dolorosa” do paciente, com fulcro na “piedade e compaixão”.

Por muito tempo, o termo eutanásia foi utilizado dessa forma genérica, na história das sociedades ocidentais, para designar qualquer forma de morte provocada por terceiro, cuja finalidade seria a de abreviar o sofrimento (BARROSO, 2012).

Nesse sentido, historicamente, a palavra eutanásia poderia ser considerada um chavão, utilizada para indicar o ato consciente e inequívoco de provocar a morte por compaixão no que tange a um doente incurável, pondo fim aos seus sofrimentos (VIEIRA, 1998, p. 80).

Enquanto procedimento antigo, entre os povos mais primitivos sacrificavam-se os velhos, débeis e doentes, muitas vezes, publicamente, numa espécie de ritual aceito como útil e necessário (FRANÇA, 1998, p. 302).

Existem relatos que em Esparta, os recém-nascidos malformados eram sacrificados na Ilha de Cos. Outro exemplo encontrado é o dos idosos espartanos que eram convidados à uma festa, onde ao final um veneno lhes era oferecido (PEREIRA, 2009).

No mundo moderno, a palavra eutanásia foi utilizada pela primeira vez, por Francis Bacon, no século XVII, ao referir-se a atitude do médico que, ao ser procurado pelo moribundo sem esperanças e em agonia, realizava um procedimento para dar ao paciente uma morte doce e tranquila (SIQUEIRA, 2004).

O Brasil não é exceção quando o assunto é eutanásia, os índios da tribo Yanomami, que ocupam parte dos Estados de Roraima e do Amazonas, praticam culturalmente o infanticídio desde tempos imemoriais.

Para essa tribo, a mulher é livre para escolher matar ou deixar a criança viver. Um dos métodos de matar a criança é asfixiá-la com folhas logo após o parto. Um fato interessante é que ninguém da aldeia tem o poder de interferir no processo da escolha da mãe, nem mesmo o pai. As razões que motivam o infanticídio são diversas, dentre elas deficiências,

malformações congênitas, bebês com sexo indesejado pelos pais, e até mesmo controle da população (YANOMAMI, 2005).

Com o advento do genocídio do povo judeu na Segunda Guerra Mundial e com a posterior Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, é que o conceito mundial de eutanásia ganhou novas feições. Segundo Santos (2011, p. 80), foi a partir desse momento que, historicamente, uma nova perspectiva humanista passou a ser aplicada ao conceito de eutanásia.

Para Sá (2005, p. 41), a eutanásia passou a ser vista como de caráter criminoso, para se proteger o bem jurídico tido como mais valioso e que havia sido enormemente vilipendiado durante a Segunda Guerra Mundial: a vida.

Então, isso provocou uma perda do conceito original do instituto, o qual passou a ser tido enquanto homicídio e não mais como ato misericordioso ou piedoso, movido pela compaixão em face de um enfermo em agonia irreversível.

Restou ao tempo um novo espaço de reconfiguração do tema, que surge com os avanços da medicina, especialmente no tocante ao prolongamento artificial da vida, pelo uso de equipamentos, novas técnicas e medicamentos.

Aqui não se discute mais o direito à vida, já consagrado e que deve ser respeitado enquanto valor fundamental dos direitos humanos internacionalmente. O que se discute, contemporaneamente nos países desenvolvidos, principalmente, é qual o mínimo de dignidade que deve ser garantido para se viver. No caso dos pacientes terminais, até qual seria o limite da indignidade de se obrigar a manter uma vida em agonia e sofrimento.

Analisando a evolução da medicina e da tecnologia, novas questões surgiram, como por exemplo, os questionamentos levantados por Sá (2012, p. 70), acerca da qualidade e dignidade da vida: “Pacientes terminais têm direito de morrer em paz e com dignidade? Ou devem sobreviver, mesmo que vegetativamente, até a parada respiratória ou a morte encefálica?”.

O ser humano tem outras dimensões, que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, e ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer. (SÁ, 2012, p. 70).

Nesse sentido, o direito à vida deve ser protegido, mas ele não é um direito absoluto. A dignidade humana deve acompanhar toda a vida do sujeito de direito, desde o nascimento até a morte.

Martel (2010, p. 155) traz em sua tese que a compreensão da dignidade humana como autonomia está ligada à ideia da dignidade como *fundamento e justificação* dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

“A dignidade como autonomia não se limita apenas ao respeito pela habilidade humana de empreender escolhas, mas abrange as condições para que tal habilidade possa desenvolver-se em plenitude” (MARTEL, 2010, p. 155).

Dworkin (2009, p. 342) trabalha essa questão da dignidade humana ligada à ideia de liberdade e de qualidade de vida, aceitando o espaço autônomo humano para tomar “decisões individuais sobre a própria morte”, quando não houver mais dignidade de se viver.

Sarlet (2008, p. 63) elaborou um conceito para dignidade humana:

[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as **condições existenciais mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (grifo nosso).

Assim ressurgiu internacionalmente o antigo conceito de eutanásia enquanto “boa morte”, a partir do princípio universal da dignidade humana, que deve balizar valores outros, inclusive o direito à vida.

Tal contexto levou ao surgimento de dois novos termos conceituais, a partir da etimologia clássica do termo eutanásia: a ortotanásia e o suicídio assistido.

O termo ortotanásia surge dos prefixos gregos *orthós* (correta, normal) e *thanatos* (morte). É o procedimento que busca uma morte no curso natural da doença, sem prolongamentos desproporcionais do processo de morrer, respeitando-se a dignidade do paciente (SWIDEREK, 2007, p. 88).

Na ortotanásia busca-se a humanização do processo de morrer, com o alívio das dores e do sofrimento, não se permitindo o prolongamento artificial e obstinado da vida indigna, com a aplicação de meios tecnológicos desproporcionais, que imporiam sofrimentos adicionais ao paciente (SWIDEREK, 2007, p. 88).

Atualmente, a ortotanásia é admitida no meio médico, estando prevista na Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina. A Resolução está amparada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que estabeleceu o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal resolução permite que o médico limite ou suspenda tratamentos que estão apenas prolongando a vida do paciente.

O art. 1º da Resolução nº 1.805/2006 estabelece que:

Art. 1º. É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave ou incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. (RESOLUÇÃO CFM 1.805/2006).

Nesse sentido, Sá (2005, p. 134) argumenta que a ortotanásia:

Pode ser traduzida como mero exercício regular da medicina e, por isso mesmo, entendendo o médico que a morte é iminente, o que poderá ser diagnosticado pela própria evolução da doença, ao profissional seria facultado, a pedido do paciente, suspender a medicação utilizada para não mais valer-se de recursos heroicos, que só têm o condão de prolongar os sofrimentos (distanásia).

Assim, a ortotanásia reestabelece a morte ao seu curso natural, sem interferências médicas excessivas e inúteis. Observa-se que, nesses casos, os tratamentos aplicados são apenas os paliativos, ou seja, aqueles que buscam amenizar a indignidade e gerar conforto ao paciente terminal.

No Brasil e no exterior a ortotanásia é reconhecida também no chamado *Living Will*, ou testamento vital, no qual os pacientes terminais podem declarar, com autonomia, os limites dos tratamentos a que desejam ser expostos.

Villas-Bôas (2009), em seu trabalho de análise da ortotanásia e o Direito Penal brasileiro, entende que a restrição de recursos artificiais não é crime se eles não representam benefício efetivo para o paciente. A indicação ou contra-indicação de determinados tratamentos seria uma decisão médica, em que o paciente e a família poderiam intervir, sempre em busca da garantia da dignidade da pessoa humana, mesmo que no final da vida.

Logo, entende-se que na ortotanásia há uma humanização e aceitação da morte, sem que haja abreviação da vida, muito menos prolongamento irracional.

Por fim, cumpre destacar que o suicídio assistido ocupa a outra parte daquele conceito histórico de eutanásia perdido no tempo, renascido como o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de permitir ao paciente a escolha do momento final de sua vida, com auxílio ou assistência de terceiro (MARTEL, 2010, p. 336).

Conforme análise de Santos, o suicídio assistido ocorre quando uma pessoa não consegue alcançar sozinha sua intenção de morrer e acaba precisando para tanto de auxílio (SANTOS, 2011, p. 15).

Nos Estados Unidos, o médico Jack Kerkovian, conhecido como “Doutor Morte”, auxiliava as pessoas enfermas que lhe procuravam a morrer. Para tanto, ele criou uma máquina que inseria na veia do paciente doses letais de fármacos.

Kerkovian defendeu leis que permitissem o suicídio assistido e pôs em prática suas ideias, ajudando 130 pessoas a pôr fim à sua vida. Ele só foi acusado, julgado e condenado por assassinato de segundo grau depois de ter permitido a divulgação, no programa *60 Minutes* da rede de televisão CBS, de um vídeo que o mostrava em ação, aplicando uma injeção letal em um homem que sofria da síndrome de Lou Gehrig. (SANDEL, 2012, p. 92).

Dworkin (2009, p. 51) relata o caso de pessoas que pediram pelo suicídio assistido:

[...] como Lillian Boyes, uma inglesa de setenta anos que agonizava devido uma forma terrível de artrite reumatoide, com dores tão lancinantes que nem mesmo os analgésicos mais poderosos conseguiam mitigar. Lillian gritava de dor quando seu filho, delicadamente, lhe tocava as mãos com as pontas dos dedos. Algumas pessoas querem morrer porque não querem continuar vivas da única maneira que lhes resta.

Desse modo, o entendimento mais moderno difere a eutanásia do suicídio assistido, uma vez que este ocorre quando o paciente, em razão do sofrimento apresentado, pede pelo fim de sua vida, e o médico, movido por compaixão, e sabendo da impossibilidade de melhora ou reversão no quadro do paciente terminal, intencionalmente ajuda o paciente a cometer o ato de pôr fim à sua vida.

Logo, o suicídio assistido ocorre quando, por decisão de consciente em face de doença terminal, cuja deterioração do quadro resulta o poderá resultar rapidamente em intenso e desnecessário sofrimento, o

paciente opta pela morte assistida. “O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer disponibilizando os meios e condições necessárias à prática” (MARTEL, 2010, p. 339).

Demonstra que a ortotanásia, considerada a “boa morte”, é o procedimento em que o médico tem a possibilidade de suspender ou limitar procedimentos e tratamento que apenas prolonguem com sofrimento e desnecessariamente a vida do doente em fase terminal. Por último, diferencia o suicídio assistido da eutanásia, aquele ocorre quando o paciente, consciente do sofrimento resultante de sua condição terminal, opta pelo suicídio. Nessa modalidade, o médico colabora com o ato, disponibilizando os meios e condições à prática, respeitando a decisão que cabe única e exclusivamente ao paciente.

Como visto o final da vida pode ser enfrentado de diversas maneiras, a depender de cada caso prático, como bem salientou o doutrinador:

“O novo problema é este: a moderna tecnologia médica, mesmo que não possa curar, aliviar ou comprar um prazo adicional de vida que valha a pena, por mais curto que seja, pode retardar de múltiplas maneiras o final mais além do ponto no qual a vida assim prolongada valha a pena ao próprio paciente, incluindo mais além do ponto em que ele pode valorá-la” (JONAS, 2013, p. 2).

2 A SITUAÇÃO DO SUICÍDIO ASSISTIDO NO BRASIL

A Constituição Federal, logo em seu primeiro artigo, estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Mas o que seria a dignidade da pessoa humana?

[...] Para os estóicos, o verdadeiro conceito da palavra dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente à natureza do ser humano, o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, tal interpretação adquiriu maior força, tendo em vista que, sendo a dignidade uma característica inerente tão somente ao ser humano – e em razão do fato deste ser sido criado à imagem e semelhança de Deus – violar a dignidade desta criatura sagrada equivaleria a uma violação à vontade do próprio Criador. (JAQUES; KRAU, 2014, p. 3).

Segundo a doutrina (MORAES, 2007, p. 60).

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico: deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Por sua vez, Sarlet (2012, p. 63) conceitua dignidade da pessoa humana:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além, de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O que se percebe é que o homem é colocado em uma posição central. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a dignidade da pessoa humana e o direito à vida como pontos primordiais, mas até que ponto o direito à vida deve ser protegido?

De acordo com o pensamento jurídico moderno, uma das funções essenciais do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos – bens essencialmente tutelados em razão de sua importância para a manutenção da convivência social (SWIDEREK, 2007, p. 26).

O direito protege a vida desde a formação embrionária, mas, iniciado o parto, a conduta de suprimir-lhe a vida já é tipificado como crime de homicídio. Por fim, o Código pune quem *induz, instiga ou auxilia* outrem a suicidar-se, embora o suicídio, em si mesmo, não seja punível, conforme será exposto a seguir (BITENCOURT, 2011, p. 45).

Nesse sentido o art. 121 do Código Penal prescreve como conduta típica o ato de *matar alguém*. O bem jurídico tutelado, no crime de homicídio, indiscutivelmente é a vida humana (BITENCOURT, 2011, p. 47). Não importa a situação em que se encontra a vida humana, configura

delito de homicídio a morte dada a qualquer pessoa, ainda que ela esteja prestes a morrer (PRADO, 2010, p. 78).

O § 1º do referido artigo apresenta hipóteses que minoram a sanção aplicável ao homicídio, são causas de diminuição de pena. A doutrina chama o homicídio com pena atenuada de *homicídio privilegiado*. As duas primeiras figuras privilegiadas do § 1º, estão relacionadas aos motivos determinantes do crime, no caso, relevante valor moral ou social (BITENCOURT, 2011, p. 69).

Considera-se privilegiado o homicídio se o agente: a) é impelido por motivo de relevante valor social; b) é impelido por motivo de relevante valor moral; c) atua sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima. (PRADO, 2010, p. 81).

Bitencourt (2011, p. 69), na obra *Tratado de Direito Penal*, define relevante valor moral como sendo:

Aquele que, em si mesmo, é aprovado pela ordem moral, pela prática, como, por exemplo, a compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento da vítima. Admite-se, por exemplo, como impelido por motivo de relevante valor moral o denominado homicídio piedoso.

No mesmo sentido, para Cunha (2004, p. 26), o relevante valor moral liga-se aos interesses individuais, particulares do agente, os quais dentre eles poderão estar os sentimentos de misericórdia, compaixão e piedade.

“Assim, o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam goza de privilégio da atenuação da pena.” (CUNHA, 2004, p. 26).

Assim, o Direito brasileiro, embora não apresente um dispositivo expresso tipificando o homicídio a pedido da vítima, abarca tal conduta no próprio homicídio simples ou privilegiado (ROXIN, 2003, p. 22).

Roxin (2003, p. 13), na obra *A tutela penal da vida humana* entende por eutanásia todas as formas de encurtamento da fase final da vida humana a pedido do falecido.

O caso de eutanásia mais difícil e controvertido internacionalmente refere-se à “eutanásia ativa” (suicídio assistido), na qual o médico mata o paciente, de modo direto, a pedido deste, por exemplo, por meio de uma injeção (ROXIN, 2003, p. 22).

Por outro lado, o suicídio é entendido como a deliberada destruição da própria vida (PRADO, 2010, p. 94) ou a morte de si mesmo (CASSORLA, 1985, p. 9).

Por razões que se voltam à impossibilidade de punição do suicídio e à política criminal, não se incrimina a prática de suicídio (MIRABETE, 2009, p. 46).

Apesar de não se reconhecer ao ser humano a capacidade de dispor da própria vida, a ação de matar-se foge à consideração do Direito Penal. A não incriminação do suicídio não exclui, contudo, seu caráter ilícito. Se o fato se consumou, o suicida deixou de existir; por outro lado, se eventualmente, o suicida falhar em sua tentativa, qualquer sanção que lhe pudesse ser imposta serviria somente para lhe reforçar a liberação de morrer (BITENCOURT, 2011, p. 123).

No Direito Penal o suicídio não é considerado uma conduta delitativa, embora a participação em atos dessa natureza seja punível na maioria das legislações penais. Assim, a lei brasileira, em especial, incrimina fatos em que qualquer pessoa vá contribuir no suicídio de outrem (MIRABETE, 2009, p. 46).

O art. 122 do Código Penal define o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio:

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Diferentemente do que ocorre no crime de homicídio, no delito em discussão o agente não extingue a vida de outrem, mas por meio da indução, da instigação ou do auxílio colabora para que o sujeito passivo provoque a destruição da própria vida (PRADO, 2010, p. 96).

Para que ocorra tal delito é indispensável que o sujeito passivo tenha capacidade de discernimento, isto é, exige-se que se compreenda a natureza do ato praticado. Pois, caso a vítima não realize o ato de forma consciente e voluntária, estará caracterizado o crime de homicídio.

Uma vez que, segundo a *teoria da acessoriedade limitada*, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a punibilidade da *participação em sentido estrito*, que é uma atividade secundária, exige que a conduta principal seja típica e

antijurídica. A despeito dessa correta orientação político-dogmática, as legislações modernas, considerando a importância fundamental da vida humana, passaram a prever uma figura *sui generis* de crime, quando alguém, de alguma forma, concorrer para realização do suicídio. (BITENCOURT, 2011, p. 124).

Os verbos nucleares do tipo penal do art. 122 – *induzir, instigar e auxiliar* possuem conotação diferente daquele que têm quando se referem à *participação em sentido estrito*.

Não está se falando de participação como atividade acessória secundária, como ocorre no instituto da participação *stricto sensu* – mas de atividade principal, que representa a conduta proibida lesiva do bem jurídico vida (BITENCOURT, 2011, p. 124).

Haverá auxílio no ministrar instruções sobre o modo de empregar os meios para matar-se, no criar as condições de viabilidade do suicídio, no frustrar a vigilância de outrem, no impedir ou dificultar o imediato socorro. Em todos esses casos, o agente prestou auxílio, ajudou, favoreceu, facilitou a prática do suicídio. (MIRABETE, 2009, p. 48).

Por exemplo, seria punido no Brasil o médico que receita o medicamento para a realização do suicídio assistido. Tal ato não seria punido em outros países, uma vez que, para esses casos, de morte piedosa, faltariam elementos para preencher a tipologia do ilícito.

Importante lembrar do princípio da lesividade, Sarrule (1998, p. 98) afirma que:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito.

Assim, o Direito Penal não pode incriminar uma conduta que permaneça apenas no âmbito individual, do próprio autor, sem produzir lesão a bens jurídicos de terceiros (BATISTA, 1996, p. 92-94). Desta forma, o suicídio assistido não deveria ser considerado crime no Brasil.

No Brasil, auxilia quem dá ao suicida o revólver ou o veneno; quem ensina ou mostra o modo de usar a arma; quem impede a intervenção de pessoa, que poderia frustrar o ato de desespero (NORONHA, 1979, p. 43).

O auxílio pode ocorrer desde a *fase da preparação* até a *fase executória* do crime, ou seja, pode ocorrer antes ou durante o suicídio, desde que não haja intervenção nos atos executórios, caso contrário estaremos diante de homicídio. (CUNHA, 2004, p. 27).

Logo, se levado em consideração o direito brasileiro, há uma diferenciação entre tipos penais, envolvendo o conceito moderno de eutanásia. Um voltado a indicar a ocorrência de homicídio, quando o terceiro provoca o ato, mesmo a pedido do paciente terminal. O outro, identificado enquanto suicídio assistido, quando o terceiro somente auxilia ao paciente a cometer o ato.

3 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL EM RELAÇÃO À TRATATIVA LEGAL DO SUICÍDIO ASSISTIDO

Atualmente, vários países aprovaram ou discutem a possibilidade de se legalizar o suicídio assistido. A exemplo da Espanha, que ganhou o noticiário com o famoso e verídico caso narrado no filme *Mar Adentro*, onde um jovem, após um acidente fica tetraplégico, permanecendo 28 anos em uma cama. Ramón, o personagem principal, passa a lutar na justiça pelo direito de pôr fim a própria vida.

Para Ramon, em suas alegações, o caso deveria ser considerado suicídio assistido, uma vez que, o acidente que lhe transformou em objeto, pois não lhe retirou somente os movimentos de todo o corpo, mas também lhe retirou a dignidade de viver. Logo, sua situação estaria a ferir o “Princípio da Dignidade Humana”, em conflito com o “Direito à Vida”. Para ele, não se poderia falar em vida sem dignidade, então, em seu caso, a única saída seria o suicídio. (MARTINEZ, 2014, p. 151).

O filme narra toda a batalha judicial, e mostra como o debate acerca do suicídio foi aflorado na Espanha. Embora isso, a suprema corte espanhola negou o direito ao suicídio assistido, por acreditar ser um caso de eutanásia. O debate mostra que se passou a pensar numa quebra do princípio da proteção absoluta da vida.

Em outro sentido está a Holanda, que publicou, em 12 de abril de 2012, a chamada “Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido” (ALBUQUERQUE, 2009, p. 108).

A lei publicada não abre caminho à arbitrariedade, o art. 293 da referida lei, estipula que “a ação de pôr fim à vida de outrem não é passível de pena na medida em que for realizada por um médico que satisfaça os critérios” (MASCHINO, 2006).

Os critérios a serem observados são: 1) deve haver uma solicitação voluntária e bem pensada da parte do paciente, bem como o médico deve estar convencido de que se trata de uma solicitação voluntária; 2) o paciente deve ser esclarecido sobre a sua doença e as perspectivas de vida; 3) deve-se concluir que não há outra atitude razoável a ser tomada; 4), o médico deve informar a real situação da saúde do enfermo, e ainda, o paciente deve ser informado das consequências de sua escolha (SANTOS, 2010, p. 53).

Uma informação importante é que após a aprovação do projeto de lei, a eutanásia continuou a ser crime, o que houve foi uma exclusão de ilicitude para os médicos.

A lei faz sempre referência a “término da vida sob solicitação” e “suicídio assistido”, dois conceitos que ela não define. Albuquerque relata em seu artigo que o direito holandês criou uma distinção difícil de ser compreendida, entre eutanásia ativa e passiva.

A eutanásia ativa, à primeira vista, parece querer remeter ao fato de um médico ter viabilizado o término da vida sob solicitação e o suicídio assistido, ao ministrar medicamentos específicos ao paciente que levaram ao seu falecimento. A eutanásia passiva, por outro lado, ocorreria quando se bloqueasse o tratamento do paciente como, por exemplo, a interrupção do fornecimento de oxigênio. Noutros casos, ambos os termos parecem assumir uma projeção distinta. A eutanásia ativa passa a designar o comportamento do médico que viabiliza o término da vida do paciente sem a solicitação deste; e eutanásia passiva significaria o término da vida sob solicitação do paciente. (ALBUQUERQUE, 2009, p. 358).

Assim, Albuquerque (2009, p. 358) refere que o assunto ainda é eticamente complexo e extremamente delicado, a utilização de expressões com significados cambiantes pode servir para maquilar uma realidade que poucos querem encarar. Ao longo da lei utiliza-se a expressão eutanásia, mas, na verdade, está sendo feita uma referência ao “término da vida sob solicitação” e ao “suicídio assistido”.

Em 28 de maio de 2002, a Bélgica também legalizou a prática da eutanásia e do suicídio assistido, seguindo basicamente as mesmas regras estabelecidas na Holanda (SANTOS, 2011, p. 26).

A diferença em relação a Holanda é que Bélgica não estabeleceu um limite de idade para que o suicídio assistido seja realizado, ou seja, há uma ampla liberdade no procedimento (AZEVEDO, 2014). Por outro lado, a Holanda apenas permite que o suicídio assistido seja realizado em maiores de 12 anos.

Como visto, na Europa, Holanda e Bélgica autorizam a prática do suicídio assistido e no mesmo sentido, a Suíça também aceita o procedimento.

A base legal do direito suíço está no art. 115 do Código Penal, que só considera a ajuda ao suicídio crime se a motivação for egoísta. Um motivo egoísta seria, por exemplo, alguém que auxiliasse uma pessoa a morrer com o objetivo de ficar com a herança (SANTOS, L. F., 2012, p. 24).

Atualmente existem três associações ativas voltadas para o suicídio assistido na Suíça. A Exit, localizada na Suíça alemã, com sede em Zurique, e a Exit, localizada na Suíça francesa, sediada em Genebra, ambas fundadas em 1982. E, ainda, a Dignitas, fundada em 1998 em Zurique (COUTO, 2008).

Tudo começou no ano de 1984, quando a associação *Right-to-die (Exit-Deutsche Schweiz)* resolveu analisar melhor o art. 115, no que diz respeito ao suicídio assistido. O raciocínio foi no sentido de que se a ajuda ao suicídio estava penalizada apenas nos casos em que houvesse motivação egoísta, não haveria implicação legal punitiva em ajudar doentes a cometerem suicídio, desde que o motivo fosse altruísta (SANTOS, L. F., 2007, p. 133).

Com base nesse raciocínio, desde 1998 existe em Zurique (Suíça) a clínica Dignitas, especializada na assistência ao suicídio. Segundo o próprio site da organização o objetivo fundamental é assegurar uma morte digna aos seus membros.

Atualmente a Dignitas conta com mais de 5.500 membros em 60 países diferentes (DIGNITAS, 2014). Durante o tempo de atuação já ajudou mais de 1.700 pessoas a realizarem o suicídio assistido com segurança, sem risco, e, geralmente, na presença de membros da família/amigos¹.

¹ “During this time DIGNITAS has also helped more than 1,700 people to end their lives gently, safely, without risk and usually in the presence of family members and/or friends” (DIGNITAS, 2014).

Algumas pessoas pensam, erroneamente, que a Clínica realiza o suicídio de forma livre e sem requisitos. Mas existe todo um processo a ser seguido.

Primeiro, a pessoa que deseja o suicídio entra em contato com a Dignitas, informando que deseja tornar-se membro a fim de apoiar a instituição ou que deseja se submeter ao suicídio assistido. O primeiro contato pode ser realizado por e-mail, telefone, correio ou reuniões pessoais. A pessoa deve realizar um pedido expresso e juntar a documentação médica que comprove todas as questões relacionadas à sua saúde.

A Dignitas também exige um relatório da vida pessoal, informando a situação do paciente com os familiares e com o trabalho. Apenas após esses procedimentos iniciais é que o pedido será analisado. Muitas vezes, o pedido inicial não é aceito, e o meio encontrado pela Dignitas de atenuar o sofrimento do paciente é a recomendação da terapia e/ou cuidados paliativos.

O site da Clínica estabelece quais são os princípios norteadores da prática do suicídio assistido e estabelecem o respeito a liberdade e autonomia como ponto central, e, ainda, a solidariedade aos indivíduos mais fracos.

Outra clínica que existe na Suíça, é a Exit, fundada em 1982, com aproximadamente 70.000 membros, voltada especialmente para cidadãos suíços ou pessoas residentes na Suíça (DIE ORGANIZATION, 2014).

A Exit também possui alguns critérios para que uma pessoa possa desfrutar do suicídio assistido. O primeiro critério é que o pedido deve ser sério e repetido durante algum tempo. O segundo critério é que o paciente deve estar acometido de uma doença incurável, com morte previsível, e, ainda, que essa doença provoque sofrimentos psíquicos e físicos insuportáveis.

A Exit designa um acompanhamento personalizado para o paciente. Os acompanhantes são voluntários que estudam o caso, conversam com familiares e amigos. Somente após essas análises é que será marcada uma data para a realização do procedimento (COUTO, 2008).

Mas não é apenas na Europa que o suicídio assistido foi permitido, nos Estados Unidos cinco Estados federados permitem o procedimento.

No ano de 2014, o caso da jovem Brittany Maynard, de 29 anos, comoveu o mundo. Ela foi diagnosticada com câncer cerebral terminal, tendo pouco tempo de vida. Em razão da doença, das fortes dores, e da impossibilidade de realizar o Suicídio Assistido em seu Estado, Brittany mudou-se com sua família para o Estado de Oregon, a

fim de realizar o suicídio assistido, tendo realizado o procedimento em 1º de novembro de 2014.

O Estado norte-americano do Oregon, em 1994, aprovou a Lei sobre a Morte Digna, sendo a primeira legalização do suicídio assistido nos EUA. No ano de 1999, de acordo com dados oficiais, 33 pessoas que desejavam o suicídio assistido tiveram suas solicitações atendidas. Destas, 27 morreram após realizarem a ingestão das drogas letais. As outras 6 pessoas faleceram antes de terem o desejo atendido (GOLDIM, 2010).

Nos Estados Unidos existe a instituição Compassion & Choices, da qual Brittany fazia parte. Um dos objetivos da instituição é ajudar as pessoas a enfrentarem a morte da melhor forma possível. A instituição oferece aconselhamento gratuito, recursos de planejamento e orientação aos pacientes há mais de 30 anos. A instituição busca reduzir o sofrimento das pessoas em seus últimos dias de vida (COMPASSIONANDCHOICES, 2015).

Existem requisitos para que uma pessoa realize o suicídio assistido no Estado de Oregon: ela precisa ser adulta, residir em Oregon, ser lúcida, capaz e estar em estado terminal de uma doença sem perspectiva de cura.

O segundo Estado a permitir o suicídio assistido foi Washington, ainda no ano de 2009 (DIÁRIO DO GRANDE ABC, 2009). O Estado de Montana também passou a permitir o suicídio assistido, a legislação do referido Estado passou a permitir que os médicos prescrevessem doses fatais de medicamentos a pacientes com expectativa de vida menor que seis meses (SANTOS, 2010, p. 34).

E o Estado de Vermont, localizado na região nordeste dos Estados Unidos, ainda no ano de 2013, passou a autorizar o suicídio assistido (O GLOBO, 2013). No ano de 2014, o Estado americano do Novo México também passou a autorizar tal prática (REVISTA VEJA, janeiro, 2014).

Por sua vez, a Corte Constitucional da Colômbia, em 15 de maio de 1997, julgou uma demanda contra o art. 326 de seu Código Penal, que punia o auxílio ao suicídio. Foi decidido, a partir desse julgamento, que o auxílio ao suicídio, desde que realizado por médico, de forma a apoiar o paciente terminal, não configuraria crime a ser apenado pelo Código Penal (ARAÚJO, 2010, p. 115).

Esses são alguns exemplos de países e Estados americanos que, manifestadamente, aceitam o suicídio assistido e, para tanto, possuem vários critérios, como, por exemplo, ser portador de uma doença grave e incurável.

Como visto, tal prática está cada vez mais comum nos países progressistas. Com o tempo e o envelhecimento da população mundial, com o conseqüente aumento das doenças crônicas e degenerativas, esse rol dos países poderá ser ampliado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso científico na área da medicina passou a interferir nas formas de tratamento dos pacientes terminais. Ocorre que os progressos demandam novas reflexões e estudos, principalmente por parte da medicina e do direito.

É senso comum que a vida humana é sagrada e que a morte é um evento certo. A partir de tal ideia é importante que os profissionais do Direito atuem de forma possibilitar menores sofrimentos em um dos estágios mais difíceis da vida humana.

Como visto, o conceito histórico de eutanásia foi alterado na história após a Segunda Guerra Mundial em razão do genocídio nazista. Aquilo que era considerado um ato misericordioso, movido por compaixão, utilizado apenas em caso de pacientes terminais, passou a ser um crime de homicídio.

Não obstante, dois conceitos contemporâneos vieram resgatar aquele antigo conceito de eutanásia, enquanto “boa morte”, a partir da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ortotanásia e o suicídio assistido.

Ortotanásia, entendida enquanto a limitação permitida ao paciente e ao seu médico em adotar procedimentos supérfluos e artificiais, capazes de prolongar artificialmente a vida, evitando assim, gerar sofrimentos adicionais. Basicamente, a ortotanásia permite que o médico limite ou suspenda procedimentos e tratamentos que apenas prolonguem a vida do doente terminal, deixando que a morte siga seu curso natural, sem interferências médicas excessivas.

Enquanto isso, o suicídio assistido é entendido com expressão da autonomia individual, de forma a possibilitar que o paciente terminal decida pela retirada da própria vida, com o auxílio ou assistência de terceiros, nos casos em o agravamento de sua patologia provoque um sofrimento intenso e indigno de ser vivido.

Como visto, atualmente a ortotanásia é permitida no Brasil, com posicionamento favorável Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.805/2006.

Por outro lado, o Código Penal brasileiro tipifica o suicídio assistido, caracterizado como crime o auxílio ao suicídio. O que não ocorre em outros países, como a Bélgica, Colômbia, Suíça, Holanda e cinco Estados dos EUA.

Nesses países, a autonomia individual e o princípio da dignidade humana são elegidos ao valor mais alto a ser preservado pela sociedade. O que se percebe é a busca pela humanização do processo de morrer.

O Brasil deveria tratar do assunto com mais profundidade, não se restringindo apenas aos cuidados paliativos e a ortotanásia. Como visto, a dignidade humana é um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Razão pela qual é importante lembrar que o ser humano, em especial o enfermo, não pode ter sua liberdade, dignidade e autonomia limitadas, especialmente quando estiver em situações de vulnerabilidade *in extremis*, como, por exemplo, nas situações de pacientes terminais.

A admissão da antecipação da morte, por meio da despenalização do suicídio assistido é, portanto, nos países que a tratam legalmente, uma forma de se manter a dignidade humana, e mais, garantir a efetividade do princípio da autonomia, ou seja, uma forma de se garantir a liberdade dos indivíduos.

No Brasil, os profissionais do direito devem ser chamados a essa reflexão. Respeitando-se os fundamentos do Estado Democrático de Direito, em se tratando de valores laicos, individualidades e dignidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. A lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido e a Constituição Holandesa. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n. 47, p. 108-117, 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1318/1305>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

ARAÚJO, Walkiria Benedeti Cardozo. **Termo de consentimento em eutanásia**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp144271.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

AZEVEDO, Reinaldo. Bélgica aprova eutanásia em crianças. **Veja**, 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/belgica-aprova-eutanasia-em-criancas>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: a dignidade e a autonomia no final da vida**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte especial 2: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. **Âmbito Jurídico**, 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://reid.org.br/arquivos/00000236-14-09-bomtempo.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Publicado em novembro de 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

CAETANO, Alexandre. **A balada de Narayama**. 2009. Disponível em: <<http://artigosdecinema.blogspot.com.br/2009/12/balada-de-narayama-narayama-bushi-ko.html>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

CASSORLA, Roosevelt M. S. **O que é suicídio**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

CARVALHO, Gisele Mendes. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

COMISSÃO pró-Yanomami. **Yanomami na imprensa**. Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pag=noticia&id=3980>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

COUTO, Rodrigo Carrizo. **Mitos e realidades sobre o suicídio assistido na Suíça**. 17 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/eleitor-rejeita-restri%C3%A7%C3%B5es-a-suic%C3%ADdio-acompanhado/30240852>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Dos crimes dolosos contra a vida**. Salvador: Edições JusPODIVM, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Declaracao%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos-%201948.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

DIÁRIO DO ABC. **Estado de Washington promulga lei do suicídio assistido**. 2009. Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/233970/estado-de-washington-promulga-lei-do-suicidio-assistido?referencia=navegacao-lateral-detalhe-noticia>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

DIE Organization Exit. **Verein**. Disponível em: <<http://www.exit.ch/wer-ist-exit/verein/>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

DIGNITAS. **Who is Dignitas**. Disponível em: <http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=1&lang=en>. Acesso em: 16 ago. 2014.

DOGDE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia – aspectos jurídicos. **Revista Bioética**. 2009. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/299/438>. Acesso em: 10 jun. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

EMILIO SARRULE, Oscar. **La crisis de legitimidade del sistema jurídico penal (abolicionismo ou justificación)**. Buenos Aires: Editora Universidad, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GLOBO. **Vermont é o 3º estado a aprovar o suicídio assistido.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/vermont-e-o-terceiro-estado-americano-a-aprovar-suicidio-assistido.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

GOLDIM, José Roberto. **Suicídio assistido – Oregon EEUU.** 2010. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanore.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética:** sobre a prática do princípio responsabilidade. São Paulo: Paulus, 2013.

KRAUSE, Priscila Tahisa; JAQUES, Marcelo Dias. **Direitos fundamentais e dilemas de bioética:** o direito à vida versus a dignidade da pessoa humana na eutanásia. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4422/3421>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis:** os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Dissertação de Doutorado. Rio de Janeiro: 2010.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Direito de partir:** bioética da sustentabilidade e gestão sucessória. Foz do Iguaçu: Clube de Autores, 2014.

MASCHINO, Maurice T. A Europa já aceita a morte digna. **Le Monde Diplomatique Brasil.** 2006. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=1895&tipo=acervo>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e a legislação constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal.** Parte especial. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Parte geral. Parte especial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Preventing suicide – a global imperative**. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/131056/1/9789241564779_eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 15 set. 2014.

PACHECO, Maria Theresa de Medeiros. Eutanásia. **Revista Saúde, Ética & Justiça**, v. 1, n. 1, 1996.

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

PEREIRA, Barbara Martins; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A vida humana e dignidade: a polêmica eutanásia. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1997/2167>>. Acesso em: 15 set. 2014.

PESSINI, Léo. Distanásia: Até quando investir sem agredir? **Revista Bioética**, v. 4, n. 1, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte especial. 9 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ROXIN, Claus. **A tutela penal da vida humana**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Laura F. **Hoje não posso, é o dia que o meu pai escolheu para morrer**: a morte voluntária assistida na cultura ocidental do século XXI. Coimbra: Instituto Superior Miguel Torga, 2012, n. 22, p. 7. Disponível em: <<http://www.interacoes-ismt.com/index.php/revista/article/view/223/230>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo a bioética e a lei**. São Paulo: Ícone, 1998.

SANTOS, Sandra Cristina Patrício. **Eutanásia e suicídio assistido**: o direito e a liberdade de escolha. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <<https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/19198/1/SANDRA%20CRISITNA.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SIQUEIRA, Rodrigo Batista; SCHRAMM, Roland Fermin. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004>. Acesso em: 4 ago. 2014.

SWIDEREK, Laura. **Em busca da morte digna**: uma análise jurídico-penal. Porto Alegre: 2007. Tese domínio público.

VEJA. Novo México autoriza médicos a abreviar vida de pacientes terminais. **Revista Veja**, 14 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://direitodepartir.blogspot.com.br/2014/01/novo-mexico-autoriza-medicos-abreviar.html>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Bioética**, v. 16, n. 1. 2009. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/56/59>. Acesso em: 14 ago. 2014.

WUSCH, Guilherme e SCHIOCCHET Taysa. A sutil arte de dizer adeus ou sobre a dificuldade de se viver e morrer com dignidade. **Revista da Faculdade de Direito FURG**, v. 16, 2011. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3424>>. Acesso em: 7 jul. 2014.

O DIREITO A ÁGUA E SUA AFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL PARTINDO DO SENTIDO DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

THE RIGHT TO WATER AND ITS CLAIM JURISPRUDENTIAL LEAVING THE DIRECTION OF A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

Aline Oliveira Mendes de Medeiros *

Vinicius Almada Mozetic **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A definição de meio ambiente conforme os preceitos da carta maior de 1988. 2 Partindo da análise geral do meio ambiente para o exame de um elemento indispensável ao ser humano: a água. 2.1A água no viés de um direito humano fundamental. 3 Autoafirmação jurisprudencial da água como um direito humano fundamental. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A presente pesquisa pretende analisar o direito à água e sua afirmação jurisprudencial partindo de seu posicionamento jurídico como um direito humano fundamental, enfatizando que este bem, mesmo não encontrando posicionamento no art. 5º da Constituição, consubstancia-se em direito fundamental, abrindo possibilidade para sua busca jurisdicionalmente e aproveitamento gratuito, em razão do direito a fruição de uma vida com dignidade. No intuito de verificar uma resposta a essa temática, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: É possível que a água, bem componente do meio ambiente natural, seja considerada como um direito humano fundamental, mesmo não encontrando expressão nas linhas do art. 5º da Carta Magna e que sua fruição seja

* Graduada em Direito pela UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA (UNOESC); Autora do Blog Direito em Estudo. Pesquisadora na área de direitos fundamentais com ênfase em segurança pública, militar e ambiental.

** Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - (UNISINOS); Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Pós-graduação em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Pós-graduação em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Pós-graduação em Gestão Ambiental pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Pós-graduação pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC. Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Chapecó; Professor-visitante do curso de Pós-graduação em Direito pela UNIVALI-Itajaí/SC; Membro ativo da Equipe Federal de Trabalho - Argentina; professor-visitante da Charles University, Praga -República Tcheca; professor-visitante da People's Friendship University, Moscou - Rússia; professor-visitante da UAB, Barcelona - Espanha e membro do grupo de pesquisa sobre direitos fundamentais - UAB-Barcelona; professor-visitante da Cardinal Stefan Wyszyński University, Varsóvia - Polônia. Membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da UNOESC, Chapecó - Brasil (Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais). Advogado.

Como citar: MEDEIROS, Aline de Oliveira Mendes de; MOZETIC, Vinicius Almada. O direito a água e sua afirmação jurisprudencial partindo do sentido de um direito humano fundamental. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-15, jan-jul., 2016. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

garantida gratuitamente aos hipossuficientes através do sistema judiciário? Visando responder ao problema proposto, o trabalho tem por objetivo geral discutir a possibilidade de este bem afirmar-se jurisprudencial e doutrinariamente como um direito humano fundamental promovendo o resgate da sensibilidade do magistrado em materialização do direito à uma vida digna. E, por objetivos específicos estudar: a) a definição que a Constituição de 1988 estabeleceu ao meio ambiente; b) examinar o posicionamento da água dentro desta ramificação que compreende o meio ambiente; c) analisar a água através do viés de um direito humano-fundamental; d) examinar o posicionamento que a jurisprudência tem garantido a este bem. O aprofundamento teórico do estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura de diversas obras, apoiando-se em um método dedutivo.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Meio ambiente. Água como direito fundamental. Teoria do mínimo existencial.

ABSTRACT: *This research analyzes the right to water and its jurisprudential statement starting from its legal position as a fundamental human right, emphasizing that this well, even not finding placement in art. 5 of the Constitution, embodied in fundamental rights, opening possibility for your search jurisdictional and free use, because the right to enjoyment of a life with dignity. In order to verify a response to this issue, it formulated the following research problem: It is possible that the water and part of the natural environment is treated as a fundamental human right, not even finding expression in the lines of art. 5 of the Constitution and that their enjoyment is guaranteed free of charge to hyposufficient through the judicial system? Aiming to respond to the proposed problem, the work has the objective to discuss the possibility of this well be said jurisprudential and doctrinally as a fundamental human right by promoting the recovery of the magistrate's sensitivity in materialization of the right to a dignified life. And by studying specific objectives: a) the definition that the 1988 Constitution established the environment; b) examine the positioning of the water within this branch that comprises the environment; c) analyze the water through the bias of a human-fundamental right; d) examine the position that the law has guaranteed this right. The theoretical study of the agenda up study in the literature, based on the reading of several works, relying on a deductive method.*

Keywords: *Human dignity. Environment. Water as a fundamental right. Theory of existential minimum.*

INTRODUÇÃO

O respectivo manuscrito retrata o meio ambiente no viés de um direito humano fundamental exigível como cláusula pétrea, porquanto, encontra-se enraizado na dignidade da pessoa humana, sendo desta indissolúvel. Por este motivo, será tratado acerca da visão que a Constituição Federal de 1988 expressa com relação a este bem, elucidando sobre seu alcance, suas raízes e delimitações da sombra de seus ramos protetivos.

Para iniciar a discussão sobre o meio ambiente, o direito à água será expresso no sentido de um direito humano fundamental que garante dignidade à vida humana e por este motivo pode ser auferida judicialmente, por estar interligada à questão do mínimo existencial, que nos preceitos de um Estado Democrático de Direito, garante ao homem, mais que o direito de não sucumbir, mas de viver com dignidade.

Esta dignidade somente pode ser alcançada se houver condições que coloque o cidadão em igualdade com seu semelhante, posicionando-o de forma equânime aos demais, garantindo-lhes direitos como a saúde e a higiene, dentre outros, questão esta, que está entrelaçada à disposição da água potável, sendo, portanto, inegável suas características de direito fundamental e, diante disso, sua exigibilidade por via judicial.

1 A DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE CONFORME OS PRECEITOS DA CARTA MAIOR DE 1988

Ocorre que a Carta Magna de 1988 inovou ao trazer a expressão meio ambiente em seu núcleo protetivo, mencionando-a em diversas linhas de seu Caderno de Leis, premiando-a, inclusive com um Capítulo próprio (Capítulo VI), onde dá enfoque explícito a este bem, retratando-o, especialmente, no art. 225, esculpindo em letras douradas no seu *caput* que, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Por meio da locução todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, extrai-se que o direito ao meio ambiente equilibrado é do conjunto global, abrigando em seu abraço protetivo desde as pessoas, até os demais seres vivos (animais, plantas e etc.), devido ao fato de que “o pronome indefinido *todos* alarga a abrangência da norma jurídica, pois não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se excluam quem quer que seja”, conforme preceitua Machado (2012, p. 148).

Por tal motivo é que o meio ambiente é um direito transindividual, adentrando a categoria de interesse difuso, irradiando a sombra de seus ramos jurídicos para todos os seres, seja natural, artificial ou cultural, porquanto constitui um direito subjetivo, disponível *erga omnes*, que por constituir uma totalidade complexa, precisa ser analisado em seu conjunto, para que, somente então, seja possível averiguar todas as suas faces, e então, poder atuar no seu corpo, abrigando-o e moldando-lhe em conformidade das necessidades dos seres humanos.

Em razão de que, a irradiação dos raios da Constituição da República Federativa do Brasil espalha-se por todo o território, vinculando a interpretação do discípulo forense, o qual ao analisar as peculiaridades

referentes a este bem, deve considerar o fato de que, conforme as peculiaridades de cada região, o meio ambiente se transforma e se molda, modificando suas necessidades e possibilidades de ação pelo homem.

Pode-se afirmar que a “insegurança ecológica” tem-se tornado um dos maiores desafios do Estado Constitucional, posto que “o Direito Ambiental brasileiro se situa na confluência das decisões políticas que implicam, sobretudo na escolha de valores éticos, jurídicos, culturais, econômicos e sociais novos”, em conformidade com Krell (2013, p. 2078), que continua sua explanação lecionando que:

[...] como expressão do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estende e reforça o significado dos direitos *à vida* (art. 5º, *caput*) e *à saúde* (arts. 6º e 196 e s.), além da *dignidade* da pessoa humana (art.1, III), para garantir uma vida saudável e digna a ser vivida que propicie o desenvolvimento humano.

Assim, o meio ambiente constitui um bem imaterial, que para efetivar-se depende da colaboração de toda a sociedade, partindo dos instrumentos legais e administrativos individuais para o âmbito da solidariedade, por se encontrar no rol de direitos da terceira geração, e estar agarrado ao espírito da fraternidade e da solidariedade, porquanto, “o relacionamento entre o meio ambiente equilibrado e os direitos fundamentais do homem é *recíproco*: aquele é requisito essencial para a eficácia deste, já que o desenvolvimento da vida humana ocorre ‘ambientalmente’”, como destaca Krell (2013, p. 2078).

Todavia, seu caráter supra-individual, não invalida sua face individual, o que torna imperativo analisar este bem sob estes dois prismas, por constituir expressão de um único ser. Este também é o posicionamento do STF¹:

[...] os *direitos de terceira geração*, que generalizam poderes de *titularidade coletiva* atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto *valores fundamentais indisponíveis*, pela nota de uma essencial *inexauribilidade*.

¹ STF, MS 22.164-0 SP, Trib. Pleno, j. 30.10.1995, Rel. Min. Celso de Mello, p. 20 ss. Disponível em: www.stf.gov.br.

[...] o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

No entendimento de Machado (2013, p. 150) o meio ambiente compreende um direito fundamental da pessoa humana, devido a sua relação intrínseca com a preservação da vida e da dignidade humana, em razão de que sua destruição influencia a vida dos seres humanos de forma frontal, produzindo reflexos diretos sobre a existência de todos os elementos vivos.

Por sua fundamentalidade, este direito possui aplicação imediata (art. 5º, §1º) e o fato de sua hierarquia brotar do solo constitucional, para apenas então, espalhar-se para o restante do ordenamento jurídico, lhe confere posição privilegiada, e lhe insere a possibilidade, inclusive, de anular leis ou atos que possam lhe ferir, como denota Krall (2013, p. 2083).

A interpretação do direito deve respeitar os bens naturais, de maneira a demonstrar sua importância jurídica, o que faz com que os legisladores fiquem obrigados a observar seus preceitos no uso de suas atribuições, conferindo aos parlamentares o dever de acatar seus aspectos protetivos no ato de regulamentar as atividades de sua competência.

Este entendimento guia a sociedade à proibição do retrocesso ambiental, concedendo-lhes o direito a “um mínimo existencial ecológico que é juridicamente exigível e corresponde à existência de um núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e à qualidade de vida”.

Por decorrência, “os limites deste mínimo devem ser definidos em cada caso concreto, mediante ao emprego do método de ponderação das posições jurídicas, bens e interesses envolvidos, a partir dos princípios da *integração* e da *máxima efetividade*”, no entender de Krell (2013, p. 2083).

Estes dados são efeitos que a consagração deste bem a nível fundamental determina aos agentes públicos ou privados, proibindo-lhes a diminuição da importância deste bem.

Em conformidade, a ideologia da Constituição Ecológica de 1988 determina que:

[...] as normas da CF sobre proteção ambiental exercem as funções de *limite* e de *impulso* em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo com que os órgãos estatais concretizadores das políticas públicas não podem agir

em contrário destes dispositivos e, ao mesmo tempo, são obrigados a tomar positivamente as medidas administrativas e políticas em conformidade com os enunciados impositivos da Lei Maior sobre o tema.

O modelo correspondente do *Estado ecológico* aponta para formas novas de participação política (“democracia sustentada”, “cidadania ambiental”), com o fim de garantir o desenvolvimento econômico que seja ambientalmente justo e duradouro; os atos deste tipo de *Estado ambiental* tendem a privilegiar os princípios da *cautela*, da *cooperação* e da *ponderação*. Os efeitos concretos desta construções doutrinárias ainda ganharam pouca nitidez, visto que exigem alterações profundas na própria compreensão da formação da ordem jurídica, de suas funções, seus atores e valores e bens protegidos. (KRELL, 2013, p. 2085).

Por decorrência, por equilíbrio ecológico entende-se “o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que forma um ecossistema ou *habitat*, suas cadeias tróficas, vegetação, clima, micro-organismo, solo, ar, água, que pode ser desestabilizado pela ação humana”, no ponto de vista de Machado (2013, p. 151).

No entanto, esta locução não significa inalterabilidade dos estados naturais destes elementos, mas harmonia deste conjunto, ou seja, aqui o objetivo consiste em utilizar o meio ambiente de forma harmônica e equilibrada.

Do termo bem de uso comum do povo, extrai-se que sua abrangência ultrapassa a linha demarcadora entre o público e o privado, instante em que o poder público passa a agir não como detentor, mas como gestor deste bem, devendo administrar e prestar explicações à sociedade sobre sua gestão, conforme conduz a Constituição através dos arts. 1º, 170 e 225.

Neste andar, por bem essencial à sadia qualidade de vida, depreende-se que viver uma vida com saúde e qualidade depende da capacidade que o meio ambiente possui para revelar-se, por isto, o imperativo de não estar poluído ou degradado, já que seu estado reflete no viver do homem, formando uma aliança entre todos os seres vivos como forma de consagrar a fruição de uma vida plena.

Afinal, em todas as Constituições a vida foi apregoada como um direito fundamental, porém, apenas na Constituição Cidadã de 1988, é

que este direito apareceu vinculado à questão da dignidade humana, como marca o art. 1, inc. III de suas páginas.

São direitos alicerçados constitucionalmente e dependentes um do outro, compreendendo pedra basilar para a construção do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, usufruir de saúde e bem-estar, não significa simplesmente não ter doenças, vai além, porque depende de um complexo atuante sobre a vida do ser humano que determina o seu estado físico e psicológico, e dentro deste complexo, o meio ambiente compreende um objeto intrínseco e basilar para o encaminhamento desta condição de existência, daí se extrai o imperativo de protegê-lo.

Ademais, assevera Mendes (1997, p. 69), que como meio de assegurar a integridade da Constituição o constituinte originário incluiu alguns direitos como cláusulas pétreas, impedindo que futuras reformas viessem a ocasionar sua destruição, enfraquecimento ou modificações profundas, porquanto isto desestabilizaria a continuidade e firmeza da ordem jurídica fundamental, e abriria margens para que o constituinte derivado decorresse a suspender ou suprimir a própria Carta Magna.

A previsão da imutabilidade encontra-se expressa no art. 60, § 4º da CF/88, determinando que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.

Insta analisar se o meio ambiente, no viés de direito constitucional, compreenderia ou não um direito fundamental e com isto, uma cláusula pétrea.

Nesta direção Alexy (1997, p. 74) enfatiza que há um diferencial entre norma e texto normativo, pois esta última vai além do entendimento de um texto literal, visto determinar-se em conjunto da realidade social, porque interpretar a norma apenas no seu sentido linguístico, compreenderia uma mentira vital, por este fato, a única forma de extrair o sentido completo de uma norma é penetrar em cada um de seus núcleos para efetuar uma interpretação sistêmica.

É por este motivo que doutrinadores como Alonso Júnior (2006, p. 48) sinalizam que, para alcançar a aferição de uma lei, e delimitar seu conteúdo de direito fundamental ou não, é necessário que o apreciador jurídico inicie seu caminho de conhecimento pelo preâmbulo constitucional, sugando cada palavra contida em suas linhas como meio de auferir seus entendimentos, até que procedesse com a interpretação de seu último

artigo e de sua última linha, podendo então, definir um posicionamento sobre suas elementares.

Absorvendo desta sucção, os objetivos embasados neste documento de lei, descobrindo neste percurso analítico o sentido que este caderno de leis dá ao operador jurídico, cujo qual conforme o entendimento de Alonso Junior (2006, p. 48) visa “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional”, sendo possível coletar neste caminho do saber que:

Negar proteção pétreia ao direito difuso do meio ambiente é afrontar a Lei Maior com negativa de proteção aos demais direitos fundamentais (individuais), porquanto não há como cindir a íntima correlação do direito à vida, à saúde, de desenvolvimento sustentável, dentre outros, com a necessidade de um ambiente sadio. Impossível dissociar. (...) não há como separar a proteção de um direito a um meio ambiente equilibrado dos demais, como também é impraticável ver ao direito social ao trabalho garantido em sua plenitude se as condições de segurança e saúde do trabalhador não são propícias.

Posto que no entendimento de Alexy (2009, p. 11) “o direito não é igual às leis escritas”, indo além das mesmas. Neste itinerário:

Pergunta-se qual conceito de direito é correto ou adequado. Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da *legalidade* conforme o ordenamento, o da *eficácia* social e o da *correção* material. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista (ALEXY, 2009, p. 15).

Ademais o entendimento positivista divide a norma em dois aspectos: interno e externo, sendo que no aspecto externo esta norma brota efeitos sempre que esteja escrita, porém, no seu caráter interno,

esta norma apenas produz resultados se for acatada pela sociedade, porquanto, não basta estar escrita, precisa ser respeitada, precisa produzir motivação ao público para obedecê-la, o que significa que o direito não compreende somente ao que está escrito, mas sim, o que produz efeito psicológico de coerção social.

Portanto, estando expressa a norma e conforme a profundidade dos efeitos sociais que produza em seu território de ação, será possível verificar o caráter que ela detém frente a sua nação, pois a garantia ao direito à vida possui importância diferente da abonação ao direito do sufrágio universal, por exemplo.

Deste exposto, verifica-se um alargamento no rol de direitos fundamentais, posto que, sendo estes direitos intrínsecos ao conceito de dignidade da pessoa humana, tudo que a ela esteja atrelado umbilicalmente, automaticamente compreenderá um direito fundamental, afinal se o Estado Democrático de Direito garante aos seres humanos uma existência com dignidade (art. 1º, III da CF/88) e esta somente será possível se contar com a fruição de um meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225 da CF/88), não há como negar a este bem (meio ambiente) seu caráter de direito fundamental.

Outrossim, no que reporta ao meio ambiente, constata-se que este bem conserva em si a esfera de direito objetivo e subjetivo, e por este motivo, estender o abrigo protetivo de suas ramificações jurídicas para além do homem, pois se encontra interligado à fecundação da vida, visto que a árvore da vida sucumbe se estiver impedida de colher do solo, o elemento vital de suas raízes, do ar, o ânimo vital de seus ramos, do sol, o vigor de sua existência. Ou seja, para que um direito ganhe vida no plano prático é necessário a existência de um conjunto de ações sobre o mesmo.

Fato este arrebatador na questão da inclusão deste bem como direito fundamental e cláusula pétrea, pois a sua existência é fator determinante para a essência dos demais seres vivos, como elemento indispensável à vida humana, cita-se, como exemplo, a água, acerca da qual será expresso o próximo item.

2 PARTINDO DA ANÁLISE GERAL DO MEIO AMBIENTE PARA O EXAME DE UM ELEMENTO INDISPENSÁVEL AO SER HUMANO: A ÁGUA

Conforme explana Milaré (2011, p. 261):

A água é outro valiosíssimo recurso diretamente relacionado à vida. Ela participa com elevado potencial na composição dos organismos e dos seres vivos em geral; suas funções biológicas e bioquímicas são essenciais, pelo que se diz simbolicamente que a água é elemento constitutivo da vida. Dentro do ecossistema terrestre, seu papel junto aos biomas é múltiplo, seja como integrante da cadeia alimentar e de processos biológicos, seja como fator condicionante do clima e dos diferentes *habitats*.

Apesar de $\frac{3}{4}$ de a superfície terrestre ser coberta por água, apenas 2,5%, deste total, constitui água doce, e, a maior parte concentra-se nos oceanos, tendo que passar por diversos mecanismos de tratamento para tornar-se potável para a vida humana. Agora, considerando o fato de que 80% da água doce encontram-se condicionada nas geleiras ou na criosfera, conclui-se que a água não representa um recurso nem abundante, tampouco barato.

Não obstante, 12% da água utilizável se encontram em terras brasileiras, porém, encontra-se mal distribuída geograficamente, ademais à poluição neste cenário é assombrosa, posto que 90% dos esgotos domésticos e 70% das descargas industriais são lançadas na água.

Neste sentido, os brasileiros jogam cerca de 40% de água potável fora, enquanto em outros países este percentual situa-se no plano de 10%. No Nordeste, ponto brasileiro mais carente, o desperdício atinge o índice de 60%, isto é, perdem-se mais nos canos antes de chegarem às residências do que se consome. Dessarte, considerando as limitações do ciclo hidrológico com o aumento da demanda populacional, surge à questão fundamental de como administrar este bem.

Falta consciência ambiental à população. Fato este que poderá ser sanado por meio da educação ambiental, da consciência cívica e de políticas públicas. Salienta-se que a lei que retrata os recursos hídricos (Política Nacional de Recursos Hídricos) foi promulgada apenas em 1997 (Lei nº 9.433), instituindo o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, fator que denota que a preocupação com a água é recente frente à

fundamentalidade deste recurso, produzindo pouca efetividade comparada à necessidade e urgência vivenciadas por este bem.

Nada obstante no ano de 1934 foi promulgada uma lei sobre as águas (Código de Águas/Lei nº 24.643), porém, atualmente encontra-se desatualizada e insuficiente para suprir com as necessidades, e, se compará-la aos desperdícios e danos sofridos pela água, será facilmente perceptível que a mesma trouxe pouca eficácia, devido a sua carência de coerção, visto ter se dotado de normatividade, somente por estar escrita, visto que não conteve capacidade suficiente para vincular os atos humanos em suas diretrizes, urgindo por alterações em sua letra e uma descortinação pela sociedade sobre a importância de sua matéria.

Ocorre que “o domínio da quantidade submete-se ao da qualidade”, no entender de Milaré (2012, p. 264), pois com relação a este bem a qualidade encontra-se em primeiro plano, e por isto, o uso da água precisa ser regrado com a efetivação de sua proteção, nunca o uso estando superior ao nível de proteção conferido a este bem, sob pena de escassez deste elemento e morte dos seres vivos dependentes de sua existência.

Porém, a qualidade da água encontra-se permanentemente ameaçada através da contaminação por microorganismos patogênicos e por meio da modificação das características químicas e físicas de seus corpos, é como se o homem se encaminhasse para o seu fim conscientemente.

Ao deparar-se com as inúmeras categorias de poluição atuantes nas águas, percebe-se o imperativo de mergulhar em sua fonte, para descobrir a origem destas poluições e cessar-lhes a capacidade de ação, exercendo vigilância sobre as origens destas mazelas, que podem referir-se a esgotos domésticos, aos agrotóxicos, às efluentes industriais, aos pesticidas, a mineração, aos detergentes sintéticos, a poluição térmica, e demais fontes não específicas e dispersas atreladas à pecuária, agricultura e etc.

O fator mais preocupante acerca da matéria é que os organismos humanos são sensíveis aos efeitos da poluição hídrica, o que robusta a necessidade por qualidade.

Por decorrência cerca de 80% das doenças mundiais provém de patologias ligadas à água (veiculação hídrica), além de a mesma prestar para aderir mosquitos e transmissores de epidemias e endemias (ex. dengue). Para alcançar o padrão de qualidade exigido por lei (OMS- Organização Mundial da Saúde), é imprescindível agir por meio do monitoramento, levantamento de dados e vigilância constante, de maneira a controlar a qualidade de água.

Porém, esta incumbência cabe não somente ao Poder Público, mas, também, ao cidadão, visto que é este quem circula mais próximo e constantemente dos meios hídricos, obtendo mais possibilidades de deparar-se com problemas relacionados ao tema e podendo proceder através de denúncias sempre que necessário ou, até mesmo elaborando programas simples de limpeza e cautelas com relação a águas paradas e etc.

Irrompe que a quantidade de água que é consumida é maior que a capacidade que o ciclo hidrológico possui, devido ao fato de que grande parcela da água encontra-se em estado sólido nas geleiras ou vaporizadas na atmosfera, além de que, os lagos e rios, além de possuírem volumes comprometidos, reservam pouco desta parcela, sobrando para consumo somente às águas subterrâneas, ou seja, 0,6% do total da água doce.

Fato este que enseja uma especial atenção a poluição dos aquíferos, e a fiscalização sobre a omissão dos órgãos ambientais que atuam de maneira insuficiente, indo de encontro aos preceitos que a Ordem Maior promulga aos brasileiros.

Que já no art. 20, proclama como propriedade da União, “III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais” e ainda “V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial” transcrevendo um pouco adiante, no art. 22, inc. IV a competência privativa da União para legislar sobre este bem.

A passos largos, verifica-se no art. 26 a competência dos Estados para legislar sobre “I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”, assim, no que diz respeito a esta matéria o Estado com suas leis federais poderá criar políticas públicas protetivas e sustentáveis, restringindo o consumo desregrado, porém, como o Município possui competência concorrente para legislar sobre o meio ambiente, este ente possui a possibilidade de adentrar no mérito federal e de auxiliar o Estado no que tange à questão.

Como lei infraconstitucional, tem-se o já citado Código de Águas (nº 24.643/1934), que não foi totalmente recepcionado pela Lei Maior, o Código Florestal (nº 4.771/1965) que trata de maneira reflexa ou indireta, o Código da Pesca (Dec. Lei nº 221/1967- alterado através da Lei nº

11.959/2009), que aborda acerca da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Agricultura e da Pesca.

Destaca-se também a Resolução do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos – CNRH, 91, de 05.11.2008 publicada na data de 06.02.2009, que adota procedimentos de ordem geral sobre o enquadramento de corpos de águas subterrâneas e superficiais, baseando-se no CONAMA 357/2005 e 396/2008 definindo as classes de águas.

Saindo do mérito da ação, para adentrar no plano prático no que tange à matéria, verifica-se através de notícias recentes, que o Brasil tem tomado medidas extras no que reporta à escassez de água que abala o país, uma delas constitui o sistema de dessalinização, que vem sendo utilizado em nove Estados brasileiros, e, possui o custo cinco vezes mais alto que o tratamento normal em água poluída.

Este método consiste em extrair, através de uma máquina, o sal da água do mar. Este processo serve, também, para regiões como do Estado do Ceará onde a água do subsolo é salobra, o resultado é que a cada hora o dessalinizador torna potável mil litros de água.

Ademais, o Estado do Rio de Janeiro pretende instalar uma usina de dessalinização na região metropolitana, com capacidade de abastecimento para um milhão de cidadãos, a ideia já esta implantada em vinte e cinco países e carrega em si bons resultados. No entanto, a maior, mais eficaz e econômica medida acerca da questão, consiste, na conscientização pelo homem, acerca da unicidade e imprescindibilidade deste bem, sendo primordial ao cidadão atuar racionalmente, baseado na sustentabilidade, instigando a consciência da sociedade sobre a fundamentalidade deste bem.

2. 1 A água no viés de um direito humano fundamental

Um direito humano fundamental compreende aquele que é nato de toda e qualquer pessoa pelo simples fato desta ser um ser humano. Tais direitos, devido a sua supremacia constitucional, possuem aplicação imediata, constituem cláusulas pétreas e possuem hierarquia constitucional, e têm como pedra basilar a dignidade da pessoa humana.

Esta por sua vez, na concepção de Marmelstein (2013, p. 16), “é violada sempre que um indivíduo seja rebaixado a objeto, (...), sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada ou desconstituída de direitos,” ideia esta aberta e insuficiente para acolher todos os âmagos deste princípio, por

isto, como forma de robustar este entendimento é que o doutrinador Sarlet (2002, p. 62) profere que:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as constituições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético, verificável em seu aspecto material, e um conteúdo normativo (formal), por isto para um direito compreender-se no núcleo de direitos fundamentais é preciso que o mesmo, além de estar formalizado nas páginas de um caderno de leis, detenha em seu núcleo um conteúdo ético, valorizado pela sociedade, por isto, a necessidade de que este direito encontre-se expresso na Constituição de seu país e detenha em si valores morais e éticos de cunhos basilares aos seus cidadãos.

Estes valores possuem ligação direta com a limitação do poder estatal e à ideia de dignidade humana, que ao expressarem-se nas constituições, terão capacidade para fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico existente, irradiando seus raios para todo o Estado, vinculando-o em seu véu.

No entender de Moraes (2013, p. 22) tais direitos possuem como características a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, universalidade, inviolabilidade, efetividade, complementaridade e interdependência. Os mesmos possuem, “normas constitucionais irrevogáveis e vinculantes, de observância obrigatória, com aplicação direta e eficácia imediata, capazes de se irradiar por todos os ramos do direito” conforme as palavras de Marmelstein (2013, p. 246), possuem capacidade de efetuar a jurisdição constitucional (MARMELESTEIN, 2013, p. 249).

Ocorre que o estabelecimento de um direito humano fundamental não compreende sua simples positivação no ordenamento jurídico, mas “o conjunto de valores éticos, preexistentes, que estão relacionados à dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões,” conforme assegura Baez (2010, p. 17), visto que a ação do ordenamento jurídico não compreende a atitude de criar direitos, mas sim, de declará-los e protegê-los.

Por este motivo não é possível efetuar uma interpretação restritiva acerca do objeto, porquanto o que fornece vida a estes direitos não são

suas expressões em leis, mas sim, “a própria existência humana e sua característica inconfundível de racionalidade e autonomia” na expressão de Baez (2010, p. 17).

Com relação à água constata-se que a conscientização sobre seu valor é recente, assim a clarificação global a respeito de sua inadequada disponibilidade e acesso apenas atualmente foi enfocada como um fenômeno crítico e ameaçador.

Por consequência afirma Machado (2013, p. 505) que a humanidade se encaminha para o momento em que será acolhida a teoria de que tudo que possui vida, automaticamente, compreende um sujeito detentor de dignidade, mesmo que este não constitua um sujeito de direito, mas que “necessite dos seres humanos para defenderem seus direitos”, e que constituam base para a existência da vida.

Nesta acepção, a água é vista como um direito humano fundamental por compreender um bem único, com propriedades exclusivas, com capacidade singular de satisfazer as necessidades humanas vitais. Desta feita o direito a utilização da água para consumo pessoal constitui parte intrínseca à vida, pois sem este bem não há existência.

Nesta acepção a Conferência de Berlim de 2004 traz em seu art. 17 que “cada indivíduo tem o direito de acesso à água, de forma suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e oferecida, para alcançar as necessidades humanas vitais do indivíduo”, necessidades que podem ser relacionadas em três, para bebida, para preparo alimentar e para a higiene.

Por esta lógica, Machado (2013, p. 506) afirma que “o ser humano esta vinculado à água de forma indissolúvel, pois ele não pode passar mais de quatro dias sem líquido.

A água faz parte do direito à vida e, portanto, negar a água a uma pessoa, ou dificultar-lhe o acesso ou não colaborar na sua obtenção é condenar essa pessoa a morte,” assim também é o entendimento implícito (MARMELSTEIN, 2013, p. 22) do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Ocorre que o acesso à água não é algo utópico, porém depende de fatores como o número de pessoas e a quantidade de água disponível, desta feita, hidrologia e demografia precisaram estar conectadas.

O acesso individual à água merece ser entendido como um direito humano universal, significando que qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, pode captar usar ou apropriar-se da água para o fim específico de sobreviver, isto é, de não morrer pela falta de água, e, ao mesmo tempo, fruir do

direito à vida e do equilíbrio ecológico. A noção do direito de acesso à água não requer que nele se insira, necessariamente, a gratuidade ou o pagamento de água consumida. Quem puder pagar a água, por ela pagará; mas a quem não puder pagá-la, não se pode permitir que se lhe negue o acesso para as necessidades vitais, ou seja, o acesso à “água vital”. (MACHADO, 2013, p. 506).

É nesta logicidade que se orienta o Protocolo sobre Água e Saúde de Londres/1999, arraigado em seu princípio 5º, inc. 1, que expressamente define que à água potável, por compreender um bem vital, é assegurada a todos, indistintamente, na mesma direção encaminha-se a Conferência de Berlim de 2004, e também, a ONU, por meio da Resolução 64/292, de 28.07.2010, que se coadunam em reconhecê-la como bem vital.

Torna-se imprescindível que a água seja reconhecida como um direito humano fundamental que o és, para que este bem possa ser então, assegurado sem resistência e com a devida dimensão que precisa.

3 A AUTOAFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA ÁGUA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

É inegável à água o seu caráter de direito fundamental, entendimento este, alicerçado através das decisões magistras brasileiras, que garantem através da jurisdição a distribuição deste bem de forma plena e adequada, em sua dimensão de serviço público essencial, devendo ser prestada de forma digna, de forma a suprir as necessidades humanas, como garante a Constituição Cidadã.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. ABASTECIMENTO DE ÁGUA EM ALDEIA INDÍGENA.

1. O direito ao fornecimento de água de forma plena e adequada é serviço público essencial. Isto é, sendo o direito à água direito fundamental de todos os indivíduos, este deve ser prestado de forma digna, contemplando as necessidades básicas do ser humano. Toda a população tem direito ao acesso à água em padrão de qualidade adequado ao uso. Não basta que o fornecimento de água seja feito de forma insuficiente e insustentável como vem sendo realizado em relação à aldeia Vera Tupã'i. (Rel. MARGA INGE BARTH TESSLER. TRF4. 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 05.05.2014.).

As decisões deste Egrégio tribunal apenas reforçam o que fora exposto no decorrer do texto, afirmando que “sendo o fornecimento de água direito fundamental de todos os indivíduos, este deve ser prestado de forma digna, contemplando as necessidades básicas do ser humano.”²

Ou seja, a água vista por este prisma compreende um dever prestacional do Estado de não apenas disponibilizá-la a todo e qualquer cidadão, mas de fazê-lo de forma digna, suprindo as necessidades básicas, e, garantindo a prestação de um mínimo existencial.

Hodiernamente muito se discute sobre o tema da dignidade humana ou da vida digna, porém, há pouca concordância doutrinária acerca do objeto. Desta forma, Sarlet (2007, p. 33) argumenta que viver com dignidade abrange mais que a garantia de simples sobrevivência.

Registre-se, então, que a dignidade humana apenas se efetiva, no instante que seja possível a materialização completa do rol de direitos fundamentais no plano prático. Neste entendimento, qual seria o conteúdo deste mínimo existencial? E qual a possibilidade de seu alcance?

Em resposta, o respectivo autor emprega o termo *mínimo existencial*, que compreende as condições materiais mínimas para a existência de um ser humano, que para além de conferir uma proteção básica, garante o direito de inserção social, estando conectado intimamente ao direito à vida e à dignidade, substanciado através do princípio da igualdade.

Este por sua vez, não se confunde com o mínimo vital ou fisiológico, cujo qual apenas garante o direito à vida (ou não sucumbência), indo além, este último engloba em seu núcleo a garantia da qualidade de vida. Porquanto, impedir que alguém sucumba à sede, indubitavelmente é o primeiro passo para o encontro de uma vida digna, no entanto, não é suficiente, é preciso que esta água seja potável e em quantidade suficiente para suprir as necessidades.

Por decorrência, reduzir o mínimo existencial para um mínimo fisiológico poderia ser perigoso à sociedade por estar induzindo o Estado a prestar somente as condições mínimas aos cidadãos, garantindo aos mesmos, apenas as condições que lhes impeçam de desfalecer. Importante ponto a ser ressaltado é que a dignidade precisa ser respeitada e promovida através do Estado, razão pela qual, determinadas prestações tornam-se indissociáveis das mãos deste ente

² TRF-4 - AG: 14410 RS 2008.04.00.014410-0, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 27/08/2008, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 15/09/2008.

público. Importa destacar que a garantia a um mínimo existencial independe de expressão legal, visto que decorre do princípio da dignidade humana.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Via de regra não cabe ao Judiciário interferir nas escolhas relativas a políticas públicas, pois a destinação dos recursos estatais, em face de sua escassez, compete ao Poder Executivo, legitimado democraticamente para tal. Contudo, em situações excepcionais, configurada omissão que atinja direitos fundamentais dos cidadãos, como o de saúde decorrente da higiene, ou existindo grave lesão a bens coletivos de hierarquia constitucional, como a proteção ao meio ambiente, pode e deve o Judiciário intervir quando provocado. Danos ambientais causados à vegetação e ao curso d'água existentes em área de preservação permanente. Despejo de resíduos sólidos e esgoto doméstico sem tratamento em recurso hídrico. Existência de moradias em área de risco de inundação e desabamento. APELO DO AUTOR PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053993200, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 23/10/2013).

Por meio da referida apelação civil foi possível extrair que o judiciário não pode ficar omissos frente à desproteção dos direitos fundamentais, estando ele legitimado a agir, mesmo sem respaldo legal, motivado pela inércia do ente competente acerca da matéria, sem que com isto esteja desrespeitando o princípio da separação de poderes.

Deste conflito que se estabelece devido ao judiciário efetivar um direito prestacional sem a devida intervenção legislativa, surge um paradoxo que Marmelstein (2013, p. 311) prolata:

Se os direitos fundamentais não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, eles correm o risco de serem transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Assim é que as questões do âmbito jurídico nunca se encerram, porém, sempre alcançam concordância, pois que, negar a aplicação e materialização dos preceitos da Carta Magna é o mesmo que negar-se ao

Estado Democrático de Direito, ou seja, impossível, sob pena de quebra do Estado, devendo o judiciário estar encaminhando-se sob a premissa de que as leis estão para a nação e não o povo para as leis, posto que são as leis que servem e colocam ordem à população, não de forma autoritária mas de estruturação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste manuscrito foi analisada a água no viés de um direito humano fundamental, instante em que foi discorrido sobre a unicidade deste bem para a população, e decorrente disto, a possibilidade de que o cidadão venha a pedir sua prestação juridicamente, posto que, devido a sua fundamentalidade ela torna-se exigível através do Estado, e este por sua vez, como se encontra impossibilitado de extrair a vida do homem, não pode ficar omissivo vendo seu cidadão sucumbir de sede.

Tal teoria baseia-se na dignidade da pessoa humana e na questão do mínimo existencial, considerando que em um Estado cuja Constituição esculpe em suas páginas 250 artigos, garantir ao homem o direito a uma mera sobrevivência seria negar totalmente sua irradiação ao plano material.

Tal posicionamento foi reforçado através de decisões magistras, que conscientes da essencialidade deste bem, encontram-se concordantes em não apenas, disponibilizá-las judicialmente, mas garanti-la de maneira digna.

Ademais, analisar o texto constitucional para verificação de um direito compreender ou não uma norma fundamental vai além de analisar sua redação, mas abrange analisar todo o seu corpo minuciosamente, visto que nem sempre um direito fundamental se encontra expresso em lei, mas nem por isso deixa de ser capital, porquanto, não é a sua expressão e formalidade que fazem de um direito uma regra fundamental, mas o seu núcleo protetivo.

A premissa que se vale, é a de que, são as leis que são feitas para o homem e não o contrário, por decorrência o direito é mutável tal como as necessidades do ser humano e por este motivo, não pode um direito que leva em si, algo único e fundamental, com capacidade de determinar

e acondicionar a própria vida, estar excluído de valorização como direito fundamental que és, por seu valor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1997.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés ... [et al.]; trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito Fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: **Dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais**. BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Coord.); Rogério Gesta Leal; Orides Mezzaroba. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BOM DIA BRASIL. Sistema de dessalinização de água já é usado em nove estados do Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/09/sistema-de-dessalinizacao-da-agua-ja-e-usado-em-nove-estados-no-brasil.html>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Decreto Lei nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

CANOTILHO, J.J Gomes ... [et al.]. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ESTADÃO, notícias. Rio estuda implantar usina de dessalinização contra crise da água. Disponível em:< <http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/governo-do-rio-estuda-implantacao-de-usina-de-dessalinizacao/>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da Revisão Constitucional. In: **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. Ano 5, n° 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: comentários aos arts. 1 ao 5 da constituição da república federativa do brasil, doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NANOTECNOLOGIAS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: IMPLICAÇÕES TECNOLÓGICAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

NANOTECHNOLOGIES AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT: TECHNOLOGICAL IMPLICATIONS TO FUNDAMENTAL RIGHTS

Mateus de Oliveira Fornasier *

Marcele Scapin Rogerio **

SUMÁRIO: Introdução; 1 Nanotecnologias e suas possibilidades para a obtenção de novas formas de energia; 2 O desenvolvimento sustentável na ordem jurídica internacional de direitos humanos; 3 O desenvolvimento sustentável na ordem constitucional brasileira; 4 A exploração eficiente e sustentável da nanotecnologia: políticas públicas brasileiras relacionadas ao desenvolvimento nanotecnológico; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: Pretende-se analisar potencialidades e concretizações das nanotecnologias, e seus possíveis reflexos na efetivação de direitos fundamentais (desenvolvimento sustentável, principalmente). O problema norteador foi: que reflexos são identificáveis na efetivação de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana em virtude do desenvolvimento nanotecnológico? Como hipótese, propôs-se que as nanotecnologias apresentam potencialidades (especialmente como novas formas de energia) que contribuam para a efetivação do desenvolvimento sustentável. Contudo, faz-se necessária uma guinada no desenvolvimento de políticas públicas, que deverão contemplar de modo mais significativo o investimento público em nanotecnologias.

Palavras-chave: Nanotecnologias. Desenvolvimento Sustentável. Energia.

ABSTRACT: *We aimed to discuss potentialities and achievements of nanotechnology, as well as its possible effects on the effectiveness of fundamental rights (especially sustainable development). Our guiding problem was: what reflexes are identifiable in the effectiveness of fundamental rights linked to human dignity because of nanotechnological development? As a hypothesis, we proposed that nanotechnologies have potential (especially regarding to the exploration of new forms of energy) that contribute to the realization of sustainable development. However, a shift in public policy development is needed, which should include more significantly public investment in nanotechnology. We used deductive methodology to do so.*

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Brasil. Professor e Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação "stricto sensu" (Mestrado) em Direitos Humanos e da Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), Ijuí/RS e da Graduação em Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS), Porto Alegre/RS.

** Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Doutoranda em Ambiente e Desenvolvimento pela Unidade Integrada Vale do Taquari de Ensino Superior - UNIVATES. Advogada devidamente inscrita na OAB/RS sob nº 86.481.

Como citar: FORNASIER, Mateus de Oliveira; ROGERIO, Marcelle Scapin. Nanotecnologias e desenvolvimento sustentável: implicações tecnológicas aos direitos fundamentais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-20, jan-jul. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo geral estabelecer uma relação entre desenvolvimento nanotecnológico (no tocante a novas formas de energia) e a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Mais especificamente, apresentar um conjunto de fatos importantes, comunicados pela ciência, acerca das potencialidades das nanotecnologias para uma exploração eficiente e sustentável; expor as políticas públicas brasileiras relacionadas ao desenvolvimento nanotecnológico, comparando seu “estado de arte” àqueles de países considerados mais avançados na área (principalmente EUA, Japão e União Europeia) e estudar a evolução da ordem jurídica internacional de direitos humanos – e da ordem constitucional brasileira – no que diz respeito ao direito humano fundamental ao desenvolvimento sustentável.

O problema de pesquisa pode ser descrito como: que reflexos podem ser identificados na efetivação de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana em virtude do desenvolvimento nanotecnológico? A metodologia empregada na investigação é hipotético-dedutiva, eis que se partirá de uma hipótese principal (acima descrita) e, a partir de sua apresentação, se observarão as possibilidades de sua confirmação a partir dos argumentos elencados. A abordagem será monográfica, eis que se tratará de uma questão específica, numa tentativa de abarcar em um todo, de modo não manualesco ou doutrinário (mas sim, exploratório e não pretendendo esgotar o tema de modo tratadista). A técnica de pesquisa será a bibliográfica, que remete ao estudo de fontes doutrinárias, como textos de livros, da legislação, o que proporciona possibilidade de discussão e reflexão dos fatos com vistas à transformação.

As nanotecnologias são inovações tecnológicas mediante as quais se torna possível manipular átomos e moléculas numa escala que medeia entre 1 e 100 nanômetros. Existem argumentos que tratam da possibilidade de mitigar impactos ambientais e sociais do processo produtivo através das oportunidades tecnológicas, como a biotecnologia e a nanotecnologia, por meio da inovação incrementada ou revolucionária (MARTINS, 2009).

A preocupação notória com o meio ambiente e com a qualidade de vida no planeta encaminhou o surgimento de um novo padrão da sociedade moderna, a sustentabilidade. Desenvolvimento sustentável, na concepção de Derani (2001, p.132), deve estabelecer uma harmonia entre economia

e ecologia, implicando “no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustados na correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico”.

Para viabilizar esse desenvolvimento, e para assegurar a qualidade de vida da população e o desenvolvimento econômico, a geração de energia é fator primordial, e o consumo de energia um dos principais mecanismos para o progresso de todos os setores produtivos (REIS, 2003). Como tecnologia em desenvolvimento crescente, com expectativas de melhorias em diversas áreas, entre elas, a do meio ambiente, a nanotecnologia pode atingir de forma significativa o nosso modo de viver e ver o mundo. O meio ambiente, o funcionamento de nosso organismo e de outros seres vivos, bem como, a procura de uma nova matriz energética já estão e, aceleradamente, continuarão sendo o foco de estudos e pesquisas nanotecnológicas, tendo em vista o progresso da ciência (VALADARES; CHAVES; ALVES, 2005).

A fim de melhor concretizar o objetivo geral do texto, dividiu-se o mesmo em quatro objetivos específicos, cada um deles representado por um dos capítulos a seguir. No primeiro deles, busca-se elencar as possibilidades, comunicadas pela Ciência, de desenvolvimento de vários âmbitos técnicos a partir das nanotecnologias. Já o segundo intenta apresentar o desenvolvimento sustentável na normatização dos Direitos Humanos na ordem internacional, demonstrando-se como esse grande princípio é reconhecido e positivado por diversos Estados. O terceiro, por sua vez, apresenta o desenvolvimento sustentável na ordem constitucional brasileira de 1988, como sendo corolário não apenas da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), mas também, de toda uma deontologia para o comportamento dos entes privados em relação ao meio ambiente. Por fim, apresentam-se as já existentes políticas públicas brasileiras relacionadas ao desenvolvimento nanotecnológico, bem como as propostas em andamento para o referido assunto.

1 NANOTECNOLOGIAS E SUAS POSSIBILIDADES PARA A OBTENÇÃO DE NOVAS FORMAS DE ENERGIA

É interessante que a imaginação de grandes cientistas e filósofos exercite na ficção prováveis variáveis para o futuro. Nesta senda, é interessante analisar a obra *2038: flagrantemente da vida no futuro* (2007), escrita por João Antônio Zuffo, a qual aguça sobremaneira qualquer

imaginação otimista em relação ao futuro tecnológico, principalmente para os leitores brasileiros, pelo fato de seu autor ter realizado um esforço, em cerca de setenta contos curtos inter-relacionados, de focalizar o que seria o cotidiano dos habitantes das grandes cidades brasileiras de São Paulo (principalmente) e Rio de Janeiro (em menor escala) – o que é uma raridade com relação a tal tipo de obra, pois geralmente são escritas localizadas em um mundo fictício distante do contexto de um país em desenvolvimento.

Na referida obra, inovações extremamente significativas são apresentadas como possíveis, integrando o cotidiano (ZUFFO, 2007, p. 20-21). São descritos clones eletrônicos dotados de inteligência artificial que exercem tarefas tediosas do dia-a-dia profissional das pessoas; tratamentos de saúde que rejuvenescem verdadeiramente corpos envelhecidos; a cibernética invade praticamente todos os campos da socialização humana; e uma internet extremamente rápida, estável e poderosa sustenta a infosfera, acessível a partir de qualquer lugar por qualquer pessoa, concretizando um ideal de conhecimento coletivo. Mas o autor também trata das nanotecnologias em produtos cosméticos, de higiene pessoal humana e de limpeza de ambientes. Microbôs e nanobôs acionáveis pela infovia automática habitam o dia-a-dia dos brasileiros de todas as classes econômicas, escovando seus dentes, cobrindo seus corpos para a exposição segura ao sol, trocam automaticamente as fraldas de bebês, banham “virtualmente” seus corpos, fazem micromassagens para seu relaxamento. Também é relatado seu uso para a decoração de ambientes, acalmar perseguidos caso queiram reagir à prisão e, ainda, para a higienização de ambientes (inclusive com ação biocida). Além dessas funções, a vigilância da saúde física (acusando sintomas e ministrando remédios) seria realizada por estes maravilhosos aparatos nanoscópicos.

Obviamente o próprio autor trata de advertir, na introdução de sua obra, o caráter fictício e literário de tal trabalho, realçando se tratar de um escritor de espírito otimista, mas de forma alguma ingênuo quanto aos avanços científicos de um porvir não muito distante (apenas três décadas separariam o presente desta realidade futura por ele criada). Várias questões fluem na mente do leitor um pouco mais informado acerca da realidade científica das nanotecnologias, contudo, quando em contato com os textos tão bem escritos ora em discussão.

Primeiramente, é intrigante o fato de um país como o Brasil, rico em potencialidades econômicas, mas tão díspar tanto em relação aos países já considerados desenvolvidos quanto em relação às suas próprias

classes sociais poder colocar as nanotecnologias no cotidiano de todos (o autor faz questão de examinar os cotidianos das classes econômicas A, B, C, D e E em sua obra). Haverá a concretização de forma tão democrática desta possibilidade futura?

Em segundo lugar, por mais que se ressalte que seja “possível que alguns deles [os avanços científicos] não ocorram no prazo aventado de 30 anos” (ZUFFO, 2007, p. 20), a experiência já ressabiada com tantas promessas das tecnologias provoca a descrença da inserção tão significativa de tais tecnologias no contexto da vida comum. Não se quer, aqui, acusar o autor de falso otimismo – mas certamente um olhar muito mais crítico deve ser operacionalizado quando se trata de algo tão poderoso.

Desta feita, cumpre realizar, a partir deste momento, uma breve análise do estado da arte, das promessas e dos riscos oferecidos pelas nanotecnologias. Abordar-se-á, portanto, o que são as nanotecnologias, quais são suas principais linhas de desenvolvimento técnico-científico e aplicações possíveis no cotidiano – conforme, obviamente, o que já se conhece acerca dos seus usos e aplicações.

Não apenas no campo da literatura como forma de arte as previsões certas de gênios da humanidade são verificáveis. Também a literatura científica apresenta grandes visionários coerentes, cujos trabalhos de “clarividência” podem ser tão coerentes quando qualquer texto realizado sob métodos científicos eficazes e bem aplicados. Note-se que também as nanotecnologias têm seu “profeta literário” – se for considerado, obviamente, não como literatura o seu trabalho, mas como previsão do futuro bem feita.

A ideia inicial do desenvolvimento nanotecnológico, no século XX, se dá com a palestra *There's Plenty of Room at the Bottom*, proferida em 29 de dezembro de 1959, por Richard Feynman (2004, p. 137-155). Neste trabalho o referido gênio lançou na contemporaneidade a infinita gama de possibilidades obteníveis com a exploração do universo nano. A fim de se aproximar do cotidiano do seu público, o referido cientista apresentou uma possibilidade técnica concreta que tornaria plausível escrever todos os volumes da Enciclopédia Britânica (com vinte e quatro volumes na época) na cabeça de um alfinete – com letras cerca de 25.000 (vinte e cinco mil) vezes menores do que o seu tamanho comum. A técnica usaria reversamente as lentes de um microscópio eletrônico (mas o cientista já previa a utilização de técnicas ainda mais elaboradas, rápidas e, talvez, mais baratas para tal).

Aliás, seu raciocínio continua com a redução da soma das maiores bibliotecas de sua época: do Congresso Norte-Americano, do Museu Britânico e a Nacional da França (o que somaria cerca de 24 milhões de exemplares) em uma área do tamanho de 35 páginas de um livro normal. Até mesmo a produção inteira da humanidade caberia, segundo seus cálculos, em um cubo de “material com um ducentésimo de polegada de largura” (FEYNMAN, 2004, p. 142).

Neste mesmo texto visionário, o físico propõe ainda a probabilidade de grandes melhoras para as pesquisas (e técnicas) da física, da biologia, da química e da informática, robótica, engenharia de materiais, medicina – enfim, praticamente todos os campos das ciências “duras” seriam diretamente beneficiados com tais técnicas. Em outras palavras: o gênio visionário do homem da ciência previa uma verdadeira revolução que poderia passar a ocorrer mais concretamente a partir do ano 2000.

O conceito de nanotecnologia se apresenta como um conjunto de tecnologias, de variadas áreas, que possuem em comum a manipulação de átomos e moléculas numa escala que medeia entre 1 e 100 nanômetro e que, juntamente com a nanociência, engloba projeto, manipulação, produção e montagem no nível atômico e molecular (FERNANDES; FILGUEIRAS, 2008). O termo nanotecnologia é constituído por três radicais de origem grega: *nano* significa anão; *tecno* se refere à arte (técnica); e *logia* diz respeito a discurso (saber ou ciência) (SIQUEIRA-BATISTA *et al*, 2010). A expressão nano se refere a uma medida, que corresponde a bilionésima parte de um metro, ou um milhão de vezes menor que o diâmetro da cabeça de um alfinete, ou 80.000 vezes menor que a espessura de um fio de cabelo e, em uma representação numérica, 0,000 000 001 do metro (ALVES, 2005).

A nanotecnologia é, basicamente, transdisciplinar, envolvendo conhecimentos relacionados à Química, à Física, à Biologia, a várias Engenharias (de Materiais, Química, computacional, Elétrica, etc.) e Farmácia. Nanociência é “o estudo dos fenômenos e a manipulação de materiais nas escalas atômica, molecular e macromolecular, onde as propriedades diferem significativamente daquelas em uma escala maior”; já nanotecnologia é “o design, a caracterização, a produção e a aplicação de estruturas, dispositivos e sistemas controlando forma e tamanho na escala manométrica” (MCT, 2004).

Os objetivos das pesquisas e estudos em nanoescala tendem à imitação, à melhoria e à recriação de aspectos naturais da matéria (ENGELMANN, 2011), e o diferencial destas pesquisas é o potencial

de se criar coisas com a manipulação de moléculas, pois estas, na escala pequena, não agem como nada na escala grande, uma vez que seguem as leis da mecânica quântica. Então, quando se desce de escala e se manipula com os átomos, há atuação de leis diferentes e, assim, espera-se fazer coisas diferentes e produzir de maneiras diferentes (FEYNMAN, 1959).

A nanotecnologia está permeando quase todo o setor produtivo mundial, mesmo que de maneira pronunciadamente incremental do que revolucionária, se incorporando aos portfólios de várias empresas, sejam as genuinamente nanotecnológicas, bem como as que estão se adequando a esta nova tecnologia. Os setores que mais tem se destacado no lançamento de produtos obtidos através da nanotecnologia, ou contendo-a embarcada, são os de energia, iluminação, automobilístico, embalagens, cosméticos, tecidos, fármacos, esportes (ABDI, 2010).

Observa-se que são diversas as áreas do conhecimento em que há estudos de manipulação nanotecnológica e, da mesma maneira, há diversas ações específicas e com o intuito de promover a conexão entre a nanotecnologia, sustentabilidade e mudanças climáticas. Espera-se que, nesta área, serão inúmeras as oportunidades de pesquisa, desenvolvimento de tecnologias e negócios, mormente nas questões relativas à água, aos desenvolvimentos de novos materiais para construção e ao aproveitamento de resíduos urbanos, agricultura, consumo de energia e meio ambiente (ABDI, 2010). No setor energético, destaca-se o desenvolvimento de produtos relacionados a sistemas fotovoltaicos, células solares e baterias (ABDI, 2010).

Considerando o aumento do consumo de energia global, consequência do crescente contingente populacional e da dependência humana a coisas que demandam consumo de energia, é evidente a importância do desenvolvimento da nanotecnologia no que diz respeito à materiais que favoreçam a obtenção de novas formas de energia. A energia consumida no mundo, em sua maioria, é derivada da conversão de energia de combustíveis fósseis, como o petróleo, gás e carvão, recursos naturais disponíveis na natureza, mas que diminuem com o uso, pois são recursos finitos. Além da possibilidade desses recursos esgotarem, os gases liberados para a atmosfera na produção de energia causam impactos ambientais e intensificam o efeito estufa (DAI *et al*, 2012).

O aquecimento do clima global é um dos mais relevantes impactos das emissões de gases na atmosfera. Gases como o dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, ozônio troposférico e clorofluorcarbonos,

absorvem a radiação infravermelha criada quando a luz visível do sol bate na Terra. Essa absorção e re-irradiação evitam que parte do calor seja devolvido ao espaço, causando a elevação da temperatura na superfície da Terra (INATOMI; UDAETA, 2007).

A obtenção de energia, principalmente a que se utiliza de fontes de combustíveis fósseis, provoca diversos impactos ambientais e, mesmo que a produção de energia seja primordial para o desenvolvimento pleno do ser humano, é necessário que se encontrem alternativas para que a geração de energia, tão fundamental para o desenvolvimento, não degrade o meio ambiente, que é o gestor dos recursos naturais essenciais à vida (INATOMI; UDAETA, 2007). Os graves efeitos ambientais para uma sociedade que têm como base a utilização de combustíveis fósseis na geração de energia exigem alternativas para substituição dos recursos energéticos, a fim de que se desenvolvam possibilidades de obtenção de energia com fontes de energia renováveis, que não se esgotam e não poluam (RATIER *et al*, 2012).

Consideram-se recursos renováveis ou perpétuos a energia geotérmica, energia hidráulica, biocombustíveis – etanol e biodiesel -, energia solar, energia eólica e biomassa (VICHI; MANSOR, 2009). Por considerar que os estudos desenvolvidos em escala nano referentes a células solares fotovoltaicas contendo nanomateriais estejam em constante evolução, destaca-se neste trabalho a obtenção de energia solar por meio destes dispositivos fabricados em escala nano.

O sol é um recurso natural, fonte de energia renovável, que não se esgota e não possui efeito nocivo ao meio ambiente. O cientista e físico Alexandre-Edmond Becquerel, no ano de 1839, descobriu o efeito fotovoltaico, o qual permite passar da energia solar para a energia elétrica (VIEIRA; FERRARI; SCHIAVON, 2014). Desde então, cientistas e engenheiros dedicam-se em pesquisas a fim de poderem converter a energia solar diretamente em eletricidade por meio do efeito fotovoltaico.

Após o desenvolvimento da primeira célula solar de silício cristalino, a qual foi patenteada na década de 1950, as investigações tecnológicas referentes às potencialidade de painéis fotovoltaicos aumentaram depois da crise petrolífera desencadeada em meados de 1970 (TORGAL, 2012). Embora a energia solar seja uma alternativa capaz de substituir a utilização de combustíveis fósseis para geração de energia, sua aplicação ainda não é economicamente viável considerando o seu custo elevado de produção e de processos complexos de fabricação se comparado

com fontes de energia tradicionais, o que limita o uso generalizado dessa tecnologia em painéis fotovoltaicos (PEET *et al*, 2009). Devido a crescentes avanços tecnológicos na área, espera-se que o custo da energia solar diminua cerca de 10% ao ano na próxima década, o que poderá igualar o custo da energia solar a dos combustíveis fósseis (DILLON *et al*, 2010).

Os materiais utilizados na fabricação de células solares podem colaborar significativamente para o avanço no uso mais eficiente da energia solar. Diferentes nanomateriais têm composto a estrutura de células solares fotovoltaicas e algumas especificidades estão sendo observadas, como a simplicidade do processo de síntese, larga faixa de absorção de luz e capacidade para conceber painéis solares flexíveis. Variadas nanoestruturas têm sido elaboradas para que sejam construídos dispositivos fotovoltaicos, a fim de se alcançarem rendimentos de conversão cada vez maiores com preços diminuídos. Levando em conta esta perspectiva, grupos de pesquisas estão desenvolvendo novos materiais com propriedades específicas para serem utilizados no aumento da eficiência de células fotovoltaicas e de dispositivos de armazenamento de energia (PEET *et al*, 2009).

A nanotecnologia possibilitou a manipulação de materiais capazes de aprimorar e desenvolver novas técnicas de caracterização e síntese de nanomateriais, e entre eles destacam-se os nanomateriais de carbono (NMCs) e pontos quânticos (PQs), que possuem propriedades interessantes tanto do ponto de vista científico quanto tecnológico. Comparando os nanomateriais com materiais convencionais, esses possuem características específicas dependendo do seu tamanho e superfície (morfologia, propriedade elétrica, óptica e mecânica) capazes de melhorar a conversão e armazenamento de energia (RATIER *et al*, 2012).

Nesse sentido, a nanotecnologia tem demonstrado intenso desenvolvimento no que se refere à pesquisa e manipulação de materiais para compor a estrutura de dispositivos fotovoltaicos, capazes de contribuir com a obtenção de energia solar para ser revertida em energia elétrica, promovendo o desenvolvimento sustentável baseado no desenvolvimento energético com fontes de energias renováveis.

Observou-se, neste primeiro capítulo, grandes possibilidades de desenvolvimento técnico, industrial e científico a partir das nanotecnologias. Porém, não apenas um desenvolvimento como crescimento econômico deve ser concretizado, nesta senda: é fundamental que se siga a sustentabilidade, mormente no que tange ao meio ambiente e à saúde humana. Em outras palavras: parte-se para o estudo do que seja o desenvolvimento sustentável

em termos gerais, começando-se a partir da ordem jurídica internacional, a fim de, logo após, explorar as possibilidades jurídico-normativas e políticas no que tange a tal forma tecnológica.

2 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

O ser humano foi condicionado e educado para impor sua atitude sobre todas as coisas que existem. Essa ânsia de dominar tudo gerou conseqüências negativas e agora o homem está sujeito a um ambiente degradado (ZAMBERLAM; FRONCHETI, 2001). O homem desdenha qualquer dependência em relação a uma ordem natural. A natureza sujeita-se ao ser humano, pois a visão humana não tem medidas de equilíbrio, tem somente o próprio homem como referência única de todas as coisas, como centro do Universo. Foi com supedâneo nessa visão que se desenvolveu o modelo técnico-científico, iniciando-se a degradação ambiental a partir da Revolução Industrial no século XVIII, pois se acreditava que a natureza era uma fonte inesgotável de recursos, estes usados com a finalidade de acúmulo de capital (SEGURA, 2001).

Contudo, com o desenvolvimento tecnológico, o aumento demográfico populacional, a exploração demasiada dos recursos naturais, a poluição, a desigualdade social, dentre outros fatores, os problemas ambientais foram se acentuando, gerando uma insustentabilidade ambiental que, por fim, revelou a crise ambiental, inflando o surgimento de reflexões sobre a preservação dos recursos naturais em níveis mundiais (BRUGGER, 2004).

A partir da segunda metade do século XX, a necessidade de conservação dos recursos naturais deu causa ao movimento ambientalista, que passou a reclamar um desenvolvimento que fosse sustentável, ante o crescimento econômico mundial que desconsiderava os impactos ambientais. No plano internacional, na Conferência sobre a Biosfera, promovida pela UNESCO, em 1968, discutiu-se a fundamentação científica do uso e da conservação dos recursos naturais. Em 1971, em Founex, na Suíça, houve um memorável encontro onde se analisou a relação intensa e circular entre meio ambiente e desenvolvimento (SACHS, 1993). No mesmo ano, a UNESCO criou o programa O Homem e a Biosfera visando a engajar a comunidade científica no estudo das relações entre os seres humanos e o seu meio, com foco na conservação ambiental (LE PRESTE, 2000).

O autor prossegue explicando que, com a acentuação dos problemas ambientais globais, a ONU realizou a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano de 1972, objetivando ressaltar a responsabilidade do ser humano para a preservação do equilíbrio ambiental no planeta. Nessa Conferência foram definidos vinte e seis princípios, considerando, principalmente, as desigualdades sociais entre as nações, pelo que o desenvolvimento econômico seria pré-condição para o progresso na qualidade de vida e, conseqüentemente, para a redução da degradação ambiental (PASSOS, 2009). Quanto à diversidade biológica, afirmou-se que os recursos naturais deveriam ser protegidos para as presentes e futuras gerações, considerando a fauna e a flora como patrimônio da humanidade (MAGALHÃES, 1995).

Nacidade de Cocoyoc, México, em 1974, aconteceu uma conferência promovida pela ONU reunindo especialistas internacionais para discutir a utilização dos recursos, meio ambiente e estratégias de desenvolvimento. A declaração de Cocoyoc foi publicada no final desta conferência e continha uma mensagem de esperança em relação ao planejamento e à implementação de estratégias ambientais viáveis para a promoção de um desenvolvimento socioeconômico equitativo (SACHS, 1993).

Em 1980, a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN) lançou a Estratégia Mundial para a Conservação, visando às problemáticas dos países em desenvolvimento e à conciliação dos conceitos de conservação e desenvolvimento sustentável. Seus princípios foram reafirmados em 1982, na Carta Mundial da Natureza, escrita pela UICN e confirmada pela ONU, avultando a necessidade de proteção dos habitats, da avaliação dos impactos ambientais e do direito à informação (QUINTÃO, 1983).

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), estabelecido em 1972, pela ONU, foi criado para buscar uma conscientização ambiental e a implementação dos programas ligados a essa temática, destacando-se pela promoção e continuação das reuniões internacionais, realizadas desde a década de 80 (UNEP, 2000). No ano de 1983, a ONU criou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMED), para promover o diálogo e a cooperação entre as nações sobre as questões ambientais e de desenvolvimento. Assim, em 1987, foi lavrado o Relatório Brundtland – texto preparatório à Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (ECO-92), popularmente – *Nosso Futuro Comum* –, no qual a ideia de desenvolvimento sustentável

surgiu como a capacidade de garantir as necessidades das gerações futuras (ALMEIDA, 1990).

Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável, apesar de criticado como sendo um conceito insuficiente para a atualidade (DIEGUES, 1992), se apresentou como um grande avanço no campo das concepções de desenvolvimento e nas abordagens tradicionais, relativas à preservação dos recursos naturais, como um resgate da ideia de progresso e avanço tecnológico, socialmente justo, economicamente viável, ecologicamente sustentável e culturalmente aceito. O Relatório Brundtland, precursor da Convenção sobre Diversidade Biológica, foi o primeiro documento a evidenciar que o meio ambiente e a sua qualidade são temas coletivos, pois apontam para um futuro comum da humanidade (CENCI, 2012).

O Protocolo de Montreal foi assinado em 1987 e tratou sobre o acúmulo de substâncias agressivas à camada de ozônio, lançando os conceitos jurídicos dos princípios das responsabilidades comuns e da precaução que, posteriormente, foram incorporados na referida Convenção (LE PRESTE, 2000). Ainda, o Fundo Mundial para o Meio Ambiente foi criado em 1990, com o desígnio de apoiar projetos relacionados às mudanças climáticas, à rarefação da camada de ozônio, à poluição dos oceanos e à redução da biodiversidade – PNUMA.

Logo, na segunda metade do século XX, se firmou o compromisso com o desenvolvimento sustentável, uma manifestação inquestionável sobre a necessidade de se encontrar um modo de crescimento que seja menos lesivo ao meio ambiente (VEIGA; EHLERS, 2010). Nesse sentido, afirmou-se a necessidade de os bens ambientais serem reconhecidos como a base de sustentação de todos os seres vivos, o que levará à composição da questão ambiental. Portanto, a compreensão da sustentabilidade do planeta depende, além da preservação dos recursos naturais, de seu uso, com reserva, e do seu acesso como direito público e universal (SILVA; VEIGA JÚNIOR, 2011).

Vale referir que o equilíbrio ambiental e a sustentabilidade se enquadram no rol de direitos humanos de terceira dimensão (WOLKMER, 2003), considerando os direitos humanos um construído axiológico, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, fundamentado em um espaço simbólico de luta e ação social (ARENDDT, 1979). Os direitos humanos, assim, compõem a racionalidade de resistência humana, traduzindo espaços de luta pela dignidade por meio da esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão (FLORES, 2004).

Dessa feita, as reflexões sobre as circunspectas consequências da exploração descomedida do meio ambiente natural permitiram a divulgação da necessidade de proteção e conservação da natureza, e da restauração dos espaços destruídos, para afiançar a perpetuação de um ambiente saudável e adequado para o desenvolvimento de todos os seres vivos. E essas reflexões foram positivadas em pactos e convenções reconhecidas e ratificadas por vários Estados – dentre eles, o Brasil –, detendo força normativa, no que tange à fixação de políticas públicas que venham a normatizar o desenvolvimento sustentável. Com isso, parte-se para a análise dos reflexos que esse reconhecimento significou no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Desenvolvimento sustentável, na concepção de Fiorillo, deve estabelecer um equilíbrio entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais, como segue:

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, p. 28, 2009).

A Convenção sobre Diversidade Biológica, estabelecida durante o evento ECO-92 - Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992, e que passou a vigorar a partir de dezembro de 1993, foi o principal Instrumento, de cunho internacional, voltado às questões relacionadas ao meio ambiente, tendo sido assinada por mais de 160 (cento e sessenta) países (MACHADO, 2013).

Os direitos assegurados em documentos de alcance internacional são considerados fundamentais, válidos para todas as pessoas indistintamente, pois o próprio ser humano é o fundamento de todos os valores (BOBBIO, 2004). Nessa seara, oportuno definir desenvolvimento e sustentabilidade. Desenvolvimento significa crescimento econômico e o termo sustentabilidade, para a acepção de desenvolvimento sustentável, conceitua-se como sustentabilidade ecológica, política e social, com

enfoque na racionalidade ambiental e na busca por estratégias para se atingir a sustentabilidade (MENDES, 1993).

A noção de sustentabilidade funda-se em pelo menos dois critérios, onde as ações humanas são ponderadas quanto à incidência das consequências diante do tempo cronológico, pois os efeitos são analisados no presente e no futuro; bem como, ao se elaborar um prognóstico do futuro, é necessária a pesquisa sobre quais efeitos perpassarão, e suas consequências. Portanto, o conceito de sustentabilidade passa a qualificar, ou caracterizar, o desenvolvimento (MACHADO, 2013).

Assim, o desenvolvimento somente poderá ocorrer ao se considerar a questão intergeracional e a busca pela erradicação das desigualdades, pelo que a Convenção sobre Diversidade Biológica conceituou utilização sustentável como:

[...] a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender as necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras (CDB, 1992).

O Estado Democrático de Direito tem como característica a democracia efetiva na política e a existência de leis admitidas pela sociedade. A sustentabilidade visa à conservação dos recursos naturais e à uma qualidade de vida satisfatória, sendo ela um dever jurídico e uma escolha política (DERANI, 2001). A definição largamente divulgada de sustentabilidade é a sugerida pela Comissão Brundtland, como informa Bursztyn (2001, p.78), qual seja “desenvolvimento sustentável é aquele que faz face às necessidades da geração presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades”.

Em relação aos Brasil, a Constituição Federal de 1988 a premissa de proteção ao meio ambiente está elencada em seu artigo 225, caput, que assegura a todos o direito ao gozo de um meio ambiente equilibrado ecologicamente, determinando a obrigação de todos para essa manutenção e busca, a fim de assegurar às coletividades, atuais e futuras, qualidade de vida e bem-estar (BRASIL, 2004). Esse dispositivo legal define e especifica os responsáveis pela sua defesa e preservação. Nesse sentido, coloca que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2004).

Referido dispositivo de lei define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um dos direitos fundamentais juntamente com os demais direitos reconhecidos pelo legislador e elencados no rol do artigo 5º da Carta Magna, abarcando os direitos basilares das pessoas frente as suas posições jurídicas – individual, coletiva ou social; ainda, em sentido material, como sendo os que, mesmo não constantes no rol do referido artigo, mereçam, por conta de seu conteúdo e relevância, a equiparação aos direitos formais fundamentais (BRAUN, 2002).

A questão ambiental não é tratada, apenas, no Capítulo VI da Constituição, destinado ao Meio Ambiente, mas está presente em diversos capítulos, como na economia, desenvolvimento agrário, valorização das práticas culturais, evidenciando que as políticas públicas ambientais devem ser transversais. Isso quer dizer que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está elevado à condição do uso comum do povo (MACHADO, 2003), essencial à sadia qualidade de vida e como um direito humano de terceira dimensão. Apesar disso, é possível constatar que os direitos humanos no Brasil, incluindo o direito ao meio ambiente, ainda não recebem o devido tratamento e o respeito do Estado e da sociedade, mesmo que previstos na legislação constitucional e infraconstitucional.

Em sendo direito e obrigação de todos em zelar pela preservação ambiental, há o descumprimento das premissas constitucionais sempre que uma atividade, tanto do Poder Público, quanto da coletividade, degrada e/ou causa desequilíbrios no ambiente (MACHADO, 2009). Por isso, é possível, nos limites legais, exigir do Poder Público a proteção do ambiente no exercício de sua competência, como também a participação direta da sociedade na defesa desse patrimônio da humanidade (SIRVINSKAS, 2005), pelo que se destaca o Direito Ambiental como um ramo do direito que visa a regular a ação do homem e seus meios de produção com a natureza (BARROS, 2008, p.33).

O Direito Ambiental é fundamentado por princípios que proporcionam autonomia e dinâmica ao sistema normativo. Destacam-se os princípios do direito sustentável o da prevenção, da precaução, da função ambiental da propriedade, do poluidor pagador, da informação, da solidariedade intergeracional, da cooperação internacional. Diante do fato de o Direito Ambiental ser orientado por princípios, aliá-lo às premissas do sistema jurídico, tomando-o como norte, significa torná-lo um sistema legal em prol da preservação ambiental (BARROS, 2008).

É evidente que o princípio do desenvolvimento sustentável possui grande importância, ainda mais em uma sociedade desregulada, à mercê de parâmetros da livre concorrência e iniciativa, fatores que encaminham para o caos ambiental, inexoravelmente. Não existem dúvidas de que o desenvolvimento econômico também possui valor precioso na sociedade. No entanto, a conservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de maneira que um não acarrete a anulação de outro (FIORILLO, 2009).

Portanto, como visto, tanto as disposições legais de cunho internacional quanto as previsões contidas na Carta Magna brasileira, em especial, no artigo 225, são importantes instrumentos para se promover a proteção dos ambientes naturais e se alcançar a proposta do desenvolvimento sustentável, capaz de satisfazer as necessidades presentes e, ao mesmo tempo, assegurar que as futuras gerações, igualmente, possam usufruir de um meio ambiente equilibrado e sustentável. Mas ainda resta o questionamento: de que forma os postulados constitucionais acerca do desenvolvimento sustentável podem refletir (ou refletem) nas políticas públicas já existentes (ou ainda em vias de proposição) no Brasil? É sobre isso que versa o próximo trecho desse trabalho.

4 A EXPLORAÇÃO EFICIENTE E SUSTENTÁVEL DA NANOTECNOLOGIA: POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS RELACIONADAS AO DESENVOLVIMENTO NANOTECNOLÓGICO

A sustentabilidade do Planeta é o objetivo das determinações legais ambientalistas elaboradas pela sociedade mundial, em vista da notória degradação ambiental, muitas vezes declarada irreversível, por conta da exploração desmedida em favor de um desenvolvimento econômico considerado essencial e, ao mesmo tempo, devastador aos bens naturais. Como discorrido em liça, encontra-se na atualidade um desafio energético no sentido de encontrar alternativas que possibilitem viabilizar economicamente outros meios de obtenção de energia, em substituição aos combustíveis fósseis, como a captação de energia solar através da tecnologia científica.

A constante busca de energia a nível mundial colabora para o desenvolvimento insustentável da Terra. Calcula-se que até o ano de 2030 a procura de energia deva crescer 40%, aumento relacionado ao aumento da população mundial e ao fato do aumento de pessoas com acesso à

eletricidade. O consumo de energia baseado no uso de reservas fósseis não renováveis tem a face menos visível e com maior impacto ambiental devido às emissões de carbono (TORGAL, 2012). A singularidade verificada em materiais fabricados em escala nano permite que sejam construídos artificialmente dispositivos que podem ajudar na preservação do meio ambiente, colaborando com a diminuição de custos para obtenção de novas fontes de energia, especialmente a energia solar, apontada como alternativa ao uso de combustíveis fósseis.

As investigações tecnológicas sobre painéis fotovoltaicos intensificaram-se após a crise petrolífera desencadeada na década de 70. Um dos fatores que impedem que a tecnologia fotovoltaica atinja níveis satisfatórios de utilização é a reduzida eficiência de conversão, que demonstra o quociente entre a potência da luz solar incidente na célula e a potência elétrica gerada. Quanto maior for este parâmetro menor será a área de painel fotovoltaico necessário para gerar potência elétrica considerável e menor o investimento inicial. A primeira patente de uma célula fotovoltaica atingia um nível de eficiência aproximado de 4,5% de conversão e, embora esse índice tenha aumentado progressivamente, ainda apresenta um nível de apenas 15-22% para células de silício cristalino produzidas industrialmente (TORGAL, 2012).

A nanotecnologia tem demonstrado potencialidades que poderão, a curto prazo, contribuir para um aumento substancial da eficiência de conversão, e, para exemplificar esta capacidade, alguns experimentos utilizando-se de *quantum dots* apontaram para uma eficiência teórica de 63% de conversão (RAZYKOV, *et al*, 2011). Este fato apresentado é importante para evidenciar a extraordinária capacidade que a nanotecnologia possui em possibilitar a exploração da fonte de energia solar com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Um aspecto importante que deve ser considerado no desenvolvimento nanotecnológico é a possibilidade de sua interação com as políticas públicas, principalmente nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Suas incontáveis potencialidades comportam indicar novas soluções para diversos e importantes problemas, entre eles problemáticas ambientais debatidas internacionalmente, no qual existe um espaço grande para a atuação da nanotecnologia no que se refere ao armazenamento, produção e conversão de energia (ABDI, 2010).

Em relação às políticas públicas brasileiras que versam, de alguma forma, sobre nanotecnologia, já existem instrumentos normativos em vigor,

embora sejam poucos. Ainda, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) dispõe sobre medidas e significado dos termos relacionados à nanotecnologia. Entre as normas, relaciona-se o Decreto nº 6.112/2007, o qual promulga o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Comunidade Europeia, celebrado no ano de 2004, em Brasília, que designa, entre outros, a cooperação entre as partes em atividades com uso das micro e nanotecnologias (FORNASIER, 2013).

Ainda, elenca-se a Convenção Coletiva de Trabalho da Federação dos Trabalhadores do ramo químico da CUT do Estado de São Paulo (FETQUIM-CUT), alterada pelo “Termo Aditivo” de 2012/2013, cuja modificação garante a informação aos membros da CIPA e do SESMT quando há utilização de nanotecnologia no processo industrial, bem como acesso a eles e aos trabalhadores de informações sobre riscos existentes à saúde e as medidas de proteção que devem ser adotadas. Há também a Portaria nº 245, instituída em 2012 pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, que estabelece o Sistema Nacional de Laboratórios em Nanotecnologias (SisNANO), o qual é regido pela Instrução Normativa nº 2, elaborada no mesmo ano (FORNASIER, 2013).

Embora já existam normas que buscam abarcar o tema, ainda não está em vigor uma lei estatal brasileira específica que regule o desenvolvimento e o risco nanotecnológico. Está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.133/2013, de autoria do Deputado Federal Sarney Filho, do qual a proposição está sujeita à apreciação conclusiva pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) e, após, seguirá para apreciação das Comissões de Defesa do Consumidor e Constituição e Justiça e de Cidadania. Caso seja aprovado, versará sobre a regulamentação da rotulagem de produtos contendo nanotecnologia e a justificativa apresentada para a rotulagem é o direito de informação ao consumidor sobre possíveis riscos dos produtos “obtidos por processo nanotecnológico” (BRASIL, 2013).

Ainda, existe o Projeto de Lei nº 6.741 de 2013, o qual propõe a criação de uma política pública nacional de gestão dos riscos do desenvolvimento da nanotecnologia, observados os princípios da informação, transparência, participação social, precaução, prevenção e responsabilidade social (ENGELMANN; ALDROVANDI; BERGER FILHO, 2013). Referido projeto está aguardando deliberação na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), e após

seguirá para deliberação das comissões de Seguridade Social e Família, Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática e Constituição e Justiça e Cidadania (BRASIL, 2013).

Apesar de já haver projetos de lei que pretendem regulamentar o desenvolvimento da nanotecnologia no Brasil, os investimentos nessa área ainda são insipientes e pouco incentivados pelo poder público se comparados com países desenvolvidos, como os Estados Unidos, países europeus e Japão. Cita-se como exemplo o impulso à pesquisa promovido pelo governo dos EUA, que no ano de 2000 lançou, no California Institute of Technology, a National Nanotechnology Initiative, com investimentos aproximados de US\$ 495 milhões frente à nova revolução científica prometida pela nanotecnologia. O investimento estadunidense permitiu que outros programas nacionais ambiciosos ligados à área fossem deflagrados, sendo que no período do ano de 1997 e 2002, agências do governo de todo o mundo revelaram um crescimento de cinco vezes nos investimentos em pesquisa e desenvolvimento em nanotecnologias (FEYNMAN, 2004).

Observa-se que nos países que despontam em pesquisas nanoescalares os investimentos aplicados são altos, enquanto que no Brasil apenas em 2005 houve investimento significativo para tais pesquisas, embora inexpressivo se comparado com potências na área (FORNASIER, 2013). O Programa Nacional de Desenvolvimento da Nanociência e Nanotecnologia foi criado em 2005 pelo governo federal e por meio dele houve liberação de recursos no valor de US\$ 30 milhões para o biênio 2005/2006 destinados à investigações nanotecnológicas (TOMA, 2005). Outro país onde as nanotecnologias estão em ritmo acelerado de desenvolvimento é o Japão, considerado o segundo país em ranking de investimentos em pesquisas em nanoescala. Enquanto no Brasil o investimento em 2005 foi de US\$ 30 milhões, no Japão, entre os anos de 2000 e 2003, a cifra investida saltou dos US\$ 245 milhões para US\$ 810 milhões (FORNASIER, 2013).

Através da Iniciativa Brasileira de Nanotecnologia (IBN), promovida pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) em 2013, que diz respeito a um conjunto de ações que objetivam criar, integrar e fortalecer as atividades governamentais e os agentes embasados na nanociência e na nanotecnologia, a fim de promover o desenvolvimento tecnológico e científico do setor, com foco na inovação, foram liberados recursos que correspondem há, aproximadamente, R\$

440 milhões, a serem investidos entre os anos de 2013 e 2014 (COELHO; GRESPLAN; LEÃO, 2013).

Em países como EUA, Japão e integrantes da União Europeia, nações consideradas desenvolvidas, o investimento em qualquer campo tecnológico, mormente à nanotecnologia, é destinado não somente em pesquisas, mas também em formação de profissionais capacitados para trabalhar com nanotecnologias, tanto na iniciativa privada como na pública, sendo que a aplicação de recursos nesse sentido é maior do que em países em desenvolvimento, como o Brasil (REDIGUIERI, 2009).

A análise das significações éticas, das implicações tecnológicas, políticas e sociais concernentes à introdução das nanotecnologias no Brasil e de seus desafios na legislação, na política e na ética, bem como a avaliação de suas oportunidades e possibilidades requerem a superação de obstáculos amparados no dogma da diferença epistemológica e metodológica entre as ciências humanas e naturais (SILVA, 2003). Por isso a importância da elaboração adequada e abrangente de normas que regulamentem pesquisas desenvolvidas em nanotecnologia, bem como que sejam divulgadas informações coerentes diante das possibilidades a serem alcançadas com materiais produzidos em escala nano, e dos efeitos que estes poderão causar ao meio em que a sociedade está inserida.

O equilíbrio ambiental e o bem-estar social é essencial para o progresso, e mesmo na sociedade de risco, onde as necessidades da humanidade exigem que se recorra aos avanços tecnológicos que, por sua vez, geram riscos, as pessoas precisam estar informadas para definirem se querem correr estes riscos. Apesar de o desenvolvimento tecnológico e o econômico ser imprescindível e desejável, não pode vir desacompanhado das preocupações éticas, sociais e jurídicas, em descompasso com o comprometimento da qualidade de vida das gerações presentes e futuras (SEBASTIÃO, 1998).

Nesse ínterim, é essencial que se desenvolvam políticas públicas adequadas ao desenvolvimento nanotecnológico, a fim de regulamentá-lo e incentivá-lo, aliando a máxima tecnológica com vistas ao desenvolvimento sustentável, posto que as inovações em escala nano poderão contribuir na busca pela eficiência energética renovável e para a proteção do meio

ambiente, salvaguardando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a geração de energia é importante para assegurar a qualidade de vida da população e o desenvolvimento econômico, sendo o consumo de energia um dos elementares mecanismos que promovem o progresso de todos os setores da produção. Observou-se, principalmente, a necessidade de se prever alternativas que possibilitem o uso racional de recursos naturais para a geração de energia, buscando a sustentabilidade econômica e favorecendo um desenvolvimento sustentável que promova o direito humano de viver em um ambiente sadio.

O Estado Brasileiro evidencia o teor do artigo 225 da Constituição Federal, de crucial importância para a preservação do meio ambiente equilibrado, ante a abrangência de sua tutela, determinando a preservação, a recuperação e a preocupação com a manutenção do meio ambiente, diante dos constantes impactos causados pelas mais diversas ações antropogênicas, entre elas a geração de energia com a utilização de recursos naturais não-renováveis.

As pesquisas em escala nano revolucionaram o mundo científico por meio do alto potencial tecnológico empregado, o que possibilita a sua extensiva utilização e aplicação, nos mais diversos ramos, especialmente no setor energético. Já são fabricados dispositivos fotovoltaicos com produtos nanotecnológicos, os quais são usados em painéis de captação de energia solar, uma alternativa que promove o uso racional de recursos naturais na captação de energia em substituição aos combustíveis fósseis, o que poderá colaborar com a vida humana e a estrutura do planeta, posto que não gera efeitos poluentes.

Nesse sentido, é possível que os produtos fabricados por meio da nanotecnologia contribuam com o desenvolvimento sustentável – no caso, painéis de energia solar para captação de energia limpa e renovável –, e causem reflexos na efetivação de direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O desenvolvimento sustentável, além de colaborar com o aprimoramento de novas técnicas energéticas, também poderá cooperar para a transformação a um mundo mais sustentável.

Assim, é evidente a necessidade de se buscar, através de políticas públicas renovadoras e eficientes, fontes de energia limpa e renováveis, a fim de assegurar à toda a humanidade – gerações presentes e futuras - uma vida mais salutar, e, da mesma forma, buscar o desenvolvimento sustentável pela efetividade do direito fundamental à sadia qualidade de vida. Nesse sentido, restou demonstrado que a nanotecnologia apresenta potencialidades, mormente no que concerne à exploração de novas formas de energia, no caso a energia solar, que podem contribuir para a efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável e para a perpetuidade desta sociedade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). **Cartilha sobre Nanotecnologia**. Campinas/SP: Fundação de Desenvolvimento da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP/FUNCAMP), 2010. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/Estudo/Cartilha%20nanotecnologia.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2015.

ALMEIDA, Jalcione. **Projetos agrícolas alternativos e de diversificação**: em direção ao fim de um modelo de desenvolvimento? Paris: Mémoire de D.E.A., 1990.

ALVES, Oswaldo Luiz. **Nanotecnologia e Desenvolvimento**. Laboratório de Química em Estado Sólido–LQES. Unicamp, 2005.

ARENDT, Hannah. **As Origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 6.112, de 12 de maio de 2007.** Promulga o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Comunidade Europeia, celebrado em Brasília, em 19 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2007/Decreto/D6112.htm> Acesso em: 04 abr. 2015.

_____. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT). **Desenvolvimento da Nanociência e da Nanotecnologia.** Proposta do Grupo de Trabalho Criado pela Portaria MCT n.º 252 como subsídio ao Programa de Desenvolvimento da Nanociência e da Nanotecnologia do PPA 2004-2007. Brasília: MCT, 2004.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 245, de 5 de abril de 2012.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, ano 149, nº 68, seção 1, p. 5.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Gabinete do Ministro. **Instrução Normativa nº 2, de 15 de junho de 2012.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, ano 149, nº 123, seção 1, p. 4.

BRAUN, Helenice. **O Brasil e os Direitos Humanos.** Ijuí: Unijuí, 2002.

BRUGGER, Peter. **Educação ou adestramento ambiental?** Florianópolis: Ed. Argos: 2004.

BURSZTYN, Marcel (Org.). **A difícil sustentabilidade: Política energética e conflitos ambientais.** Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

CENCI, Daniel. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana In BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). **Cidadania, direitos humanos e equidade.** Ijuí: Unijuí, 2012.

COELHO, Denise; GRESPAN, Isadora; LEÃO, Fernanda. **Iniciativa Brasileira de Nanotecnologia: Iniciativa Brasileira de Nanotecnologia estimula inovação em empresas.** Brasília, 2013. Disponível em: <<http://nano.mct.gov.br/noticias/iniciativa-brasileira-de-nanotecnologia-2013-08-20/>> Acesso em 10 abr. 2015.

DAI, Liming *et al.* Carbon Nanomaterials for advanced energy conversion and storage. [S.l.], **Small**, v. 8, n. 8, p. 1130-1166, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2 ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DIEGUES, Antônio Carlos S. Desenvolvimento sustentável ou sociedades sustentáveis: da crítica dos modelos aos novos paradigmas. **Revista São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação Seade, p. 22-29, 1992.

DILLON, Anne. C. *et al.* Carbon Nanotubes for Photoconversion and Electrical Energy Storage. Washington: **Chemical Reviews**, v. 110, n. 11, p. 6856-6872, 2010.

ENGELMANN, Wilson. **As nanotecnologias e os novos direitos**: a (necessária) revisão da estrutura das fontes do Direito. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, ano XVII, p. 383-396, 2011.

ENGELMANN, Wilson; ALDROVANDI, Andrea; BERGER FILHO, Airton Guilherme. Perspectivas para a regulação das nanotecnologias aplicadas a alimentos e biocombustíveis. Rio de Janeiro: **Vigilância Sanitária em Debate**, v. 1, n. 4, p. 115-127, 2013.

FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO QUÍMICO DA CUT DO ESTADO DE SÃO PAULO (FETQUIM-CUT). **Termo Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho FETQUIM-CUT 2012/2013, de 19 de abril de 2012**. Setor Farmacêutico. Disponível em: <http://www.sindusfarma.org.br/informativos/Aditivo_ABCD_2012_2013.pdf> Acesso em: 05 abr. 2015.

FERNANDES, Maria Fernanda Marques; FILGUEIRAS, Carlos A. L. Um panorama da nanotecnologia no Brasil (e seus macro-desafios). Rio de Janeiro: **Química Nova**, v. 31, n. 8, p. 2205-2213, 2008.

FEYNMAN, Richard Phillips. **Plenty of Room at the Bottom**. 1959. Disponível em: <<http://www.its.caltech.edu/~feynman/plenty.html>> Acesso em: 01 mar. 2015.

_____. **Há mais espaço lá embaixo**. Tradução de Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa. Brasília: Revista Parcerias Estratégias, n. 18, p. 137-155, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. **Diálogo ultracíclico transordinal: possível metodologia para a regulação do risco nanotecnológico para o ser humano e o meio ambiente.** Tese de doutorado. São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade, e Racionalidade de Resistência In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LE PRESTE, Philippe. **Ecopolítica internacional.** São Paulo: Senac, 2000.

INATOMI, Thais Aya Hassan; UDAETA, Miguel Edgar Morales. **Análise dos impactos ambientais na produção de energia dentro do planejamento integrado de recursos.** São Paulo: Editora da USP, 2007.

MACHADO, Carlos José Saldanha. **Recursos hídricos e cidadania no Brasil: limites, alternativas e desafios.** Campinas: Ambiente e Sociedade, 6.2: 122-136, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAGALHÃES, Antônio R. Um estudo de desenvolvimento sustentável no Nordeste semi-árido. In: CAVALCANTI, Clóvis. (Org.). **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável.** São Paulo: Cortez, 1995, p. 254–262.

MARTINS, Paulo. Nanotecnologia e meio ambiente para uma sociedade sustentável. **Estudios Sociales**, Sonora, v. 17, n. 34, p. 291-309, 2009.

MENDES, Armando Dias. **Breve itinerário dos ecossistemas à ecopoesia: Achegas para o seu traçado.** São Paulo: Brasiliense, 1993.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Convenção sobre Diversidade Biológica.** Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de. **A Conferência de Estocolmo como ponto de partida para a proteção internacional do meio ambiente**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, 2009. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewArticle/18>> Acesso em: 03 abr. 2015.

PEET, Jeff. **“Plastic” solar cells: self-assembly of bulk heterojunction nanomaterials by spontaneous phase separation**. Washington: Accounts of chemical research, v. 42, n. 11, p. 1700-1708, 2009.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Divisões de leis e convenções do meio ambiente**. Disponível em: <<http://www.pnuma.org.br/interna.php?id=56>> Acesso em: 04 abr. 2015.

QUINTÃO, Ângela Tresinari B. **Evolução do conceito de parques nacionais e sua relação com o processo de desenvolvimento**. Brasília: Brasil Florestal, v. 13, n. 54, p. 13-28, 1983.

RATIER, Bernard *et al.* Organic Solar cell materials and active layer designs- improvements with carbon nanotubes: a review. Londres: **Polymer International**, v. 61, n. 61, p. 342-354, 2012.

RAZYKOV Takhir et al. Solar photovoltaic electricity: Current status and future prospects. Austrália: **Solar Energy**, v.85, n. 8, p. 1580-1608, 2011. Disponível em: <<http://ac.els-cdn.com/S0038092X1000366X/1-s2.0-S0038092X1000366X-main.pdf?tid=7b6ed37c-e2ca-11e4-9888-00000aab0f6c&acdnat=1429032181a7811504e78512958261c475868f659a>> Acesso em 13 abr. 2015.

REDIGUIERI, Carolina Fracalossi. Study on the development of nanotechnology in advanced countries and in Brazil. São Paulo: **Brazilian Journal of Pharmaceutical Sciences**, v. 45, n. 2, p. 189-200, 2009.

REIS, Lineu Belico dos. **Geração de Energia elétrica: tecnologia, inserção ambiental, planejamento, operação e análise de viabilidade**. 3 ed. Barueri, SP: Manole, 2003.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Studio Nobel – Fundação do desenvolvimento administrativo, 1993.

SARNEY FILHO, José. **Projeto de Lei da Câmara nº 5.133, de 2013.** Regulamenta a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567257>> Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. **Projeto de Lei nº 6.741, de 2013.** Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>> Acesso em 03 abr. 2015.

SEBASTIÃO, Jurandir. **A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição.** Minas Gerais: Revista Jurídica Unijus, v.1, n.1, p.1-272, 1998.

SEGURA, Denise de Souza Baena. **A educação ambiental na escola pública:** da curiosidade ingênua à consciência crítica. São Paulo: FAPESP, 2001.

SILVA, Ildete Regina Vale da; VEIGA JÚNIOR, Celso Leal da. Sustentabilidade e fraternidade: algumas reflexões a partir da proposta de um direito ambiental planetário. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 8, n. 15, p. 25-42, 2011.

SILVA, Marise Borba da. Nanotecnologia: considerações interdisciplinares sobre processos técnicos, sociais, éticos e de investigação. Piracicaba: **Revista IMPULSO**, v. 14, n. 35, p. 75-93, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual do Direito Ambiental.** 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo et al. Nanociência e Nanotecnologia como temáticas para discussão de ciência, tecnologia, sociedade e ambiente. Minas Gerais: **Revista Ciência e Educação**, v. 16, n. 2, p. 479-490, 2010.

TOMA, Henrique E. Interfaces e organização da pesquisa no Brasil: da química à nanotecnologia. São Paulo: **Química Nova**, v. 28, p. S48-S51, 2005.

TORGAL, Fernando Pacheco. **Contributos da nanotecnologia para os Nearly Zero Energy Buildings (NZEB).** Universidade do Minho: Maquinaria, v. 221, p. 58-63, 2012.

VALADARES, Eduardo C.; CHAVES, Alaor S.; ALVES, Esdras G. **Aplicações da física quântica:** do transistor à nanotecnologia. São Paulo: Livraria da Física, 2005.

VEIGA, José Eli da Veiga; EHLERS, Eduardo. **Diversidade biológica e dinamismo econômico no meio rural.** MAY, Peter (Org). Economia do meio ambiente: teoria e prática, 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2010.

VICHI, Flavio Maron; MANSOR, Maria Teresa Castilho. Energia, meio ambiente e economia: o Brasil no contexto mundial. São Paulo: **Química Nova**, v. 32, n. 3, p. 757-767, 2009.

VIEIRA, Kayo de Oliveira; FERRARI, Jefferson Luis; SCHIAVON, Marco Antônio. Preparação e caracterização de nanomateriais contendo pontos quânticos de CdTe e nanotubos de carbono para aplicações em dispositivos fotovoltaicos. Minas Gerais: **Revista Vozes dos Vales**, n. 06, 2014.

UNEP. **Sustaining life on Earth:** how the Convention on Biological Diversity promotes nature and human well-being. 2000. Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-sustain-en.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2015.

ZAMBERLAM, Jurandir; FRONCHETI, Alceu. **Agricultura ecológica:** preservação do pequeno agricultor e do meio ambiente. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos** In WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZUFFO, João Antonio. **2038:** flagrantés da vida no futuro. São Paulo: Saraiva, 2007.

A EXTRADIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: CONFLITO ENTRE NÓRMAS INTERNAS CONSTITUCIONAIS FRENTE AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

EXTRADITION IN BRAZILIAN LAW: INTERNAL CONSTITUTIONAL RULES AND INTERNATIONAL CRIMINAL COURT CONFLICT

Ignácio Nunes Fernandes *

SUMÁRIO: Introdução. 1 O instituto da extradição. 2 A extradição no direito brasileiro. 3 Extradição vs entrega: uma análise da hipótese de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. 4 A extradição no âmbito do direito comunitário. 5 A extinção da extradição no âmbito Europeu?. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente ensaio busca traçar um panorama entre o atual sistema vigente brasileiro da extradição, bem como mostrar o outro lado do mesmo discurso presente na EU, Entrega e Detenção, que aparece como uma evolução da extradição. Nesse contexto, buscamos também contrapor a ideia de entrega ao TPI, que também consiste em uma evolução à burocratizada dinâmica da extradição. Considerando esses três horizontes, buscaremos identificar qual deles estaria mais próximo de uma justiça social, orientada à proteção do indivíduo e apta a fazer justiça.

Palavras-chave: Extradição. Tribunal Penal Internacional. Ordem de entrega e detenção.

ABSTRACT: *This essay intends to draw a panorama between the current situation of Brazilian system of extradition as well as to show the other side of this same subject at the EU, delivery and detention, that emerges as an evolution of extradition. In this context we seek also to oppose the idea of delivering to ICC which also consists in an evolution from the bureaucratic dynamics of extradition. Among these three lines we intent to conclude between which of these will be closer to a social justice oriented to the protection of the individual and able to make justice.*

Keywords: *Extradition. International Criminal Court. Delivery order and detention.*

INTRODUÇÃO

Esta investigação não tem pretensões de fazer uma análise detalhada sobre o instituto da extradição, mas sim de estabelecer, de forma simples, os fundamentos que norteiam esse instituto jurídico, assim como sua forma de interpretação, aplicabilidade, eficácia e função no âmbito jurídico internacional.

Para isso, determinamos como ponto de partida o direito pátrio, não deixando de analisar as distintas vertentes do mesmo instituto (extradição), mas buscando entender que estamos tratando de uma ferramenta de

* Mestrando em Direito e Justiça Social pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Mestre em Direito Penal do MERCOSUL com orientação em Direitos Humanos e sistemas penais internacionais pela Universidade de Buenos Aires (UBA), Argentina. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL). Advogado.

cooperação internacional. É de imaginar-se que, em muitos aspectos, as características sejam semelhantes por tratar-se de um mecanismo em que há pontos comuns nas distintas legislações, como, por exemplo, a dupla tipicidade, requisito chave para que se conceda a extradição.

Entretanto, não basta apenas um requisito para que seja concedida a extradição. Com base nisso, analisaremos desde o princípio da ratificação do tratado até as hipóteses de extradição sem tratados. O procedimento da extradição, analisado pela Corte máxima (STF), está condicionado à ordem presidencial, ou seja, ainda que deliberado pelo STF, a decisão final é do Presidente da República. Por isso, há a afirmação de que a extradição consiste em uma decisão política e não jurídica.

Posterior aos tribunais *ad hoc* (Nuremberg, Tóquio – caso de Yamashita –, antiga Iugoslávia e Ruanda), a Comunidade Internacional identificou a necessidade de criar um Tribunal Penal Internacional permanente, em primeiro lugar, para que os argumentos da irretroatividade da lei penal não sejam sustentados pelos defensores e para que haja previsão legal e respectiva punição para os atos de barbárie cometidos, como crimes de guerra e de extermínio. Frente a isso, temos por força de um tratado internacional o surgimento do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil faz parte, submetendo seus nacionais ao instituto da entrega. Tal modalidade assemelha-se à extradição, a diferença é que, nesse caso, a entrega ocorre para que seja julgado o cidadão pelo TPI. Nesse sentido, em virtude da proximidade dos modelos, trataremos em capítulo pertinente cada um de forma detalhada.

Cabe mencionar que, na virada do milênio, o instituto da extradição sofreu um câmbio de paradigmas, principalmente no que tange aos princípios anteriormente citados de prudência e ponderação. O fenômeno social e jurídico sobreveio principalmente considerando o modelo europeu com os casos de “ordem de entrega e detenção”, devido aos atentados terroristas de 11/09, Madri e Londres. Esses atentados intensificaram a busca e captura de suspeitos terroristas, fazendo com que as restrições da extradição fossem malogradas.

Em suma, a ideia proposta aqui é trabalhar, em primeiro plano, com a extradição, posteriormente com a entrega no plano internacional (TPI) e, por fim, com a ordem de entrega e detenção no Direito Comunitário europeu. Nesse contexto geral, faremos a reflexão sobre a dicotomia entre

eficácia e garantismo¹(FERRAJOLI, 2009, p. 104), fundamentada pelo direito, principalmente pelo direito penal. Mesmo que aqui se trabalhe com direito internacional, a ideia, a premissa básica para que qualquer um dos três institutos seja aplicado, é a da existência de um crime.

1 O INSTITUTO DA EXTRADIÇÃO

Para Celso D. Albuquerque de Mello, a extradição é “o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo” (ALBUQUERQUE, 2001, p. 957). Ainda Alexandre de Moraes ao citar Hildebrando Accioly sustenta que indivíduo, sendo procurado por haver cometido um delito, julgado ou não, tem o direito de pedir a extradição para que seja processado, ou para cumprir a pena em seu país requerente (MORAES, 2009, p. 93).

Além de constituir um elemento baseado na cooperação internacional (DOLINGER, 2008, p. 107), a extradição depende também de outros requisitos específicos para que seja possível cooperar, a fim de fazer a devida justiça. Em primeiro lugar, é necessário analisar se o fato cometido no país requerente é reprovável no território onde está o asilado. Em outras palavras, como premissa, faz-se necessária a análise comparativa para que haja a possibilidade de extraditar o indivíduo. Por exemplo, para o delito de homicídio, dificilmente pode ser reprovável um pedido de extradição, já no caso de delito de adultério (BALESTRA, 1997, p 256), com pena de morte em alguns países, é pouco provável haver a concessão por parte de países democráticos². No Brasil, por exemplo, a extradição de pessoas condenadas a penas perpétuas ou de morte não se concede³.

¹ Tal entendimento é bem descrito por Ferrajoli aludindo ao direito penal mínimo e máximo. Enquanto o primeiro é limitado e condicionado – correspondendo ao grau máximo das tutelas de liberdade, tendo como regra a presunção da inocência –, o segundo é incondicionado e ilimitado, incerto e imprevisível – tendo como regra a prisão preventiva.

² Democráticos ou que se intitulam democráticos. Bobbio define democracia como “Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da Aristocracia como governo de poucos”. Deixamos a cargo do leitor a melhor definição de qual modelo estamos submetidos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998. p. 319).

³ Vedação constitucional, art. 5º, inc. XLVII, alínea b), enquanto a pena de morte é permitida em determinados casos, art. 5º, inc. XLVII, alínea a) “em caso de guerra declarada”.

A extradição por si só já se caracteriza por um sistema internacional de exceção, compreende-se a exceção aplicada em casos de penas de morte⁴ ou perpétua, hoje em dia, como quase extinta.

A extradição configura-se como o máximo da cooperação internacional no âmbito da repressão ao fenômeno da delinquência. Como bem aponta Valerio Oliveira Mazzuoli, (2011, p.163) não se trata de penas, e sim de cooperação entre nações, ainda que como requisito, pelo menos no direito brasileiro, de que o delito seja típico e punível nos dois países (CHIMETI; CAPEZ; ROSA; SANTOS, 2005, p. 154). Tanto o ativo como o passivo têm de ter a conduta tipificada em sua legislação penal.

Entretanto, somando estes elementos, *cooperação internacional e dupla tipicidade*, pode considerar-se que a extradição funda-se em um pedido frente a um Estado, por meio de uma ação especial com a finalidade de constituir uma sentença, ou seja, um título executivo que autorize o Presidente da República a fazer a entrega da pessoa reclamada (MORAES, 2009, p. 289).

Além de ser a extradição uma ferramenta jurídica de exceção, há de considerar que, diante disso, os delitos de terrorismo são passíveis de extradição por sua natureza. Ademais, o Brasil faz parte de uma série de tratados internacionais de repressão ao terrorismo⁵. Por ter em sua Carta

⁴ Nesse sentido acrescenta Jeschek, em primeiro lugar, com relação ao Código penal alemão: “de acuerdo con el § 8 IRG tampoco puede ser entregada una persona a otro país donde corra el peligro de que le sea aplicada la pena de muerte, a no ser que el Estado en cuestión garantice que en ese caso no se le impondrá o, al menos que no será ejecutada”. Y sostiene aún que: “El convenio Europeo de Extradición de 1959 (BGBl. II pág. 1371) dispone en el art. 11 que el Estado requerido puede rechazar la extradición cuando en el Estado solicitante la acción está castigada con la pena de muerte, a no ser que este último dé garantías de que la misma no será ejecutada”. (JESCHEK, 2002, pp., 810 e 811).

⁵ Sob esse prisma, Neto ensina que: “além da Resolução 1.333, de 28/09/2001, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 3.976, de 18/10/2001, o Brasil já ratificou 12 dos 14 instrumentos internacionais para o combate ao terrorismo que poderia subscrever, encontrando-se um deles- contra o financiamento do terrorismo- em tramitação no Congresso Nacional e outro, em fase final de promulgação (contra o terrorismo nuclear)”. (NETO, 2008, p. 442).

Política de forma expressa o repúdio ao terrorismo⁶, oferece como regra geral que, uma vez provada a natureza do delito de terrorismo, se procede a extradição por considerar que somente um combate eficaz e sem fronteiras pode ser relevante ao combate do terrorismo segundo o STF⁷.

As fontes do direito, ao solicitar ou conceder a extradição, estão reguladas por meio de tratados internacionais de reciprocidade em matéria de extradição, leis no mesmo sentido, jurisprudência e, por fim, pelo direito consuetudinário⁸ (MAZZUOLI, 2011, p. 163).

Com relação à extradição, há uma discussão doutrinária a respeito de esta fazer parte dos institutos do Direito Internacional Público ou Direito Internacional Privado. Desde já, estabelecemos que – ainda que boa parte da doutrina sustente a extradição ser um ramo do Direito Internacional Público (ALBUQUERQUE, 2001, p. 959), por tratar-se de uma relação entre Estados – há interesse privado em jogo. Os Estados discutem sobre a entrega de um indivíduo. Embora este não tenha poderes frente à discussão jurídica entre Estados, não há como não considerar que

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 4. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: inciso VIII- Repúdio ao terrorismo e ao racismo. Art. 5. 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: inc. XLIII- A lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (...) o terrorismo (...)”.

⁷ “A extradição – enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum – representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui ‘uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)’ (Convenção Interamericana contra o Terrorismo, art. 11)”. (2010, p. 197).

⁸ Celso de Mello citando Donnedieu de Vabres explica que a extradição se desenvolveu em três fases evolutivas: Seria a primeira de natureza contratual, somente definida em tratados internacionais; a segunda de natureza legislativa, os Estados promulgam leis sobre extradição, e, por fim, de regulamentação internacional, que, como sustenta o autor: “ainda não existe de um modo geral. Somente no âmbito do Conselho da Europa, foi concluída em Paris uma convenção geral de extradição, em 1957, com os protocolos de 1975 e 1978, e na América temos a de Montevideu (1933). É de se assinalar que a extradição foi também regulamentada no Código Bustamante concluído na Conferência Pan-americana de Havana (1928). Em 1981, em Caracas, foi concluída a Convenção Interamericana de extradição”. (ALBUQUERQUE, 2001, p. 959).

estamos diante uma situação em que o interesse privado existe. Além de qualquer discussão jurídica ou doutrinária acerca de sobre qual instituto recai a extradição, somente lembramos que nomes como Bustamante e Sirven defendem a extradição ser matéria do Direito Internacional Privado por considerar como meio de levar pessoas a seus magistrados (ALBUQUERQUE, 2001, p. 959).

No entanto, seguindo a linha do Direito Internacional Privado ou Público, merecem atenção, além das já citadas, outras fontes importantes do instituto da extradição como o princípio da especialidade⁹, no qual a pessoa não seja submetida a outro processo que não seja o motivador da extradição. Outra situação que merece total cuidado relaciona-se à prescrição – que é a perda da exigibilidade de um direito. De acordo com Goldchimdt (2009, p. 1059), em alguns casos, deve-se analisar se a prescrição não ocorreu nos dois países. Por exemplo, num tratado entre Brasil e Suíça, a apresentação de uma declaração oral para o Estado requerido é o que basta para que se interrompa a prescrição. Regra geral, com base no que consiste a prescrição, ao passo que se alguém reclama por esse direito, em nosso caso concreto um Estado frente ao outro, este direito está vigente. Portanto, não é correto que se mantenha contando o prazo de prescrição.

Sabe-se que a base jurídica para o processo de extradição funda-se nos tratados firmados pelos Estados que constituem o objeto específico de regulação da matéria. Por outro lado, existe a possibilidade de executar uma extradição sem esse documento internacional, a denominada *extradição sem tratado* (MAZZUOLI, 2011, p. 165). Nesse caso, não há uma obrigação jurídica do Estado passivo, em outras palavras, não se faz necessário um tratado que obrigue um dever jurídico de entrega; mas, por outro lado, ao tratar-se de um delincente notoriamente conhecido, a formalidade do tratado está dispensada, e o preso pode ser entregue às autoridades competentes. Nessas situações, a doutrina é pacífica em afirmar que não há um dever jurídico, mas sim um dever moral (DEL'OLMO, 2003, p. 93) na entrega, assumindo o Estado beneficiário o compromisso de reciprocidade (SILVA, 2005, p. 336). Interessante fazer uma observação com relação a esse aspecto descrito anteriormente, “delincente notoriamente conhecido”. Nesse caso, não se observa a natureza do delito, e sim as particularidades do sujeito. Obviamente, para

⁹ O princípio da especialidade na legislação brasileira consagra-se no art. 91, inciso I, da Lei nº. 6815/80.

que este “delinquente” seja notoriamente conhecido, seus crimes, ou a relevância dos mesmos, não devem ser poucos. Por outro lado, o aspecto valorado não são os atos considerados criminosos, e sim a relevância pessoal do sujeito. E, como completamos, nesse caso, a extradição torna-se um dever moral e não jurídico.

Dois pontos merecem crítica: o primeiro quanto à penalização do sujeito por suas características, ou seja, a extradição concedida por sua notoriedade criminosa, e não pelos fatos devidamente provados como crime. Isso não passa de um modelo anacrônico, draconiano, o qual remonta uma doutrina Lombrosiana de direito penal do autor, e não de direito penal de fato. Sabemos que só podemos condenar uma pessoa por fatos cometidos, e não por suas características pessoais, ou ainda por ser notoriamente conhecida como criminosa. Aceitar tais preceitos é aderir a um direito penal sem controle, fugindo totalmente ao princípio da legalidade. Afinal, é questionável como definir se um possível extraditando é ou não um “delinquente notoriamente conhecido”. O segundo ponto, aproveitando a questão da legalidade, refere-se à afirmação de que, nesses casos, não há um dever jurídico, e sim um dever moral. Seguindo o mesmo raciocínio, uma vez que consiga demonstrar que o extraditando é notoriamente conhecido não se faz necessário apoiar-se em nenhum fato comprovado para conceder a extradição, pois recai sobre o Estado, que detém o sujeito, o “dever moral” de extraditar. Streck recentemente escreveu uma coluna sobre essa valorização da moral, no qual afirma terem os juízes ampla margem para as decisões. No caso particular, o foco do artigo incide sobre a concessão de prisões preventivas. Sustenta Streck que a deliberação ocorre “de acordo com a visão-moral do juiz” (STRECK, 2016), em outras palavras, os juízes decidem o que bem entendem. É justamente o ponto que atacamos no “dever moral” e não jurídico de extraditar pelo fato de o “delinquente” ser notoriamente conhecido. Dois aspectos que não podemos delimitar geradores de uma total insegurança jurídica, permitindo que se conceda a extradição sem a responsabilidade exigida pelo instituto.

2 A EXTRADIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Com relação à natureza da extradição no direito brasileiro, trataremos de uma maneira simples, buscando aqui traçar um paralelo com o direito argentino, entendendo que, por tratar-se de nosso maior vizinho no plano do MERCOSUL, é interessante a comparação no plano

internacional, pois a Argentina, devido a sua história, permitiu uma abertura ao direito internacional, algo que o Brasil não tem. Esse aspecto é muito criticado pelos argentinos, os quais entendem que atualmente os países não devem ser fechados em suas fronteiras. Sendo assim, neste breve ponto, traçaremos alguns aspectos relevantes relacionados aos dois vizinhos.

Ademais de algumas poucas distinções, já que a extradição é uma relação entre Estados, uma relação internacional, o sistema deve ser mais ou menos semelhante nos países, ainda mais quando ratificam algum tratado dessa natureza.

Outrossim, há particularidades entre cada país, como seu direito interno, o qual regula a extradição. Enquanto a doutrina argentina refere-se sempre a letra do Tratado de Montevideo de 1889 (BALESTRA, 1997, p. 251)¹⁰, no Brasil, a doutrina fala normalmente na Constituição e depois na Lei 6815/90 (Estatuto do Estrangeiro) (DOLINGER, 2008, p. 107)¹¹. Este ponto que num primeiro momento chama a atenção quanto à abertura dos argentinos em relação ao nosso sistema (brasileiro) é nada mais que duas teorias em sua plena aplicabilidade, que são a teoria monista e a teoria dualista (ARAÚJO, 2008. pp. 152-181). A Constituição argentina é monista, ou seja, considera que o Direito Internacional e o Direito Nacional são parte de um mesmo sistema, logo eles atribuem diretamente o texto do

¹⁰ Ainda que seja tratada pelo autor a Lei 1612/85 sobre extradição, e o procedimento a ser regulado pelo Código Processual Penal, entendendo que a Constituição argentina, em seu art. 72, inc. XXII, (posterior à reforma constitucional de 1994), são colocados os tratados internacionais acima das leis. Por esse motivo, entendemos que as leis internas são aplicadas em casos em que não há tratado. Salvo essa hipótese, sempre prevalecerá a letra do tratado.

¹¹ “Neste caso, cabe mencionar que o professor Dolinger explica justamente a questão da hierarquia entre um Tratado internacional e a lei comum, prevalecendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal de Brasil de que o Tratado esta acima da lei comum ordinária. O que aqui buscamos demonstrar é que, enquanto Argentina estuda o texto do Tratado, Brasil analisa sempre de maneira exclusiva seu ordenamento interno. Nesta investigação não se encontrou um livro que fale do texto de algum tratado de extradição que Brasil faça parte, como matéria base de análise do estudo do instituto. Ainda que no caso brasileiro exista um Tratado bilateral de extradição, se a lei interna de Brasil é mais benéfica em relação ao Tratado internacional, prevalecerá a lei interna, porque esta configura-se como direito fundamental, prevalecendo em relação ao Tratado. Na mesma linha, a doutrina brasileira entende que: “... mas a Constituição traça limites à possibilidade de extradição quanto à pessoa acusada e quanto à natureza do delito”. (SILVA, 2005, p. 341).

tratado internacional, ao passo que o nosso sistema pátrio é o dualista, o qual obviamente considera que a ordem jurídica internacional e a nacional são distintas (ARAÚJO, 2008. pp. 152-155). Dessa forma, quando o Brasil refere-se a um tratado internacional válido em seu sistema jurídico, este faz referência à norma nacional, no caso um Decreto Legislativo, pois, para que o texto internacional tenha validade em território nacional, primeiro este precisa passar pelo trâmite de recepção do tratado.

Com relação aos requisitos para que seja concedida a extradição no direito brasileiro, é fundamental que o sujeito, objeto do procedimento, não seja nacional. Nossa Constituição veda expressamente a extradição de nacional brasileiro (MORAES, 2009, p. 93)¹². Ainda que isso seja a prática comum, no caso argentino, por exemplo, que ratificou a Convenção de Montevideo sobre extradição, não houve confirmação da cláusula opcional, a qual estabelece como facultativa a extradição de nacionais (BALESTRA, 1997, p. 255). Sem embargo, cabe mencionar como exceção o Reino Unido, que extradita nacionais (DEL' OLMO, 2003, p. 92).

No Brasil, há uma ressalva no caso do cidadão português. Este, por força de um tratado bilateral, só permite que a extradição seja concedida a Portugal (MORAES 2007, 291). Voltando à comparação entre Argentina e Brasil, merece atenção a natureza do delito imputado e ao quantum de pena para conceder a extradição. No caso do Brasil, a solicitude não pode ser equiparada a uma contravenção penal, e a pena privativa de liberdade para o delito não pode ser inferior a um ano (1 ano) (CHIMETI; CAPEZ; ROSA; SANTOS, 2005, p. 154). Na Argentina “*la pena del presunto delito en el país requirente debe ser privativa de libertad que no sea menor de dos años (2 años)*” (BOGGIANO, 2000, p. 916). Nesse ponto, quase nada muda em relação aos dois países.

Com relação ao procedimento, assemelham-se muito as relações, como bem já dissemos no capítulo anterior. A relação entre Estados, em matéria de extradição, deve ter aspectos em comum para que tenha a máxima eficácia.

¹² Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5, inc. LI; “O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do jus soli, seja pelo critério do jus sanguinis, de nacionalidade brasileira primária ou originária”. Este é o entendimento do STF (2010. p. 195).

Portanto, o pedido de extradição deve ser feito por via diplomática, por meio de uma Carta Rogatória para o Presidente da República, à qual compete a representação internacional de um Estado (art. 84, inciso VII da Constituição brasileira). Posto isso, deve o STF analisar e julgar pelo deferimento ou indeferimento do pedido. Por fim, se a decisão do STF é pela não extradição, está decidida a demanda. Porém, se a Corte decidir pela extradição, a palavra final caberá ao Presidente da República. Tal decisão não precisa ser fundamentada, é totalmente discricionária, ou seja, todo o trabalho do STF – que faz uma reflexão jurídica à luz dos fatos, com base em princípios jurídicos e sociais – fica subordinado à vontade política do Chefe do Executivo. A *extradição*, por esse motivo, pode ser interpretada mais como uma ferramenta política, que propriamente jurídica.

3 EXTRADIÇÃO VS ENTREGA: UMA ANÁLISE DA HIPÓTESE DE ENTREGA DE NACIONAIS AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)

Iniciamos este ponto com uma reflexão que soa mais como uma provocação do professor Boggiano que diz: “*la extradición como método de cooperación penal internacional no deja de parecer un tanto arcaica*” (BOGGIANO, 2000, p. 917).

Até certo ponto, extradição e entrega têm uma vinculação, mas, quanto ao procedimento, observamos que uma é o avanço da outra. A extradição é uma relação entre Estados, já a entrega dá-se de um Estado ao TPI. Agora a crítica ao sistema arcaico preconizado pelo professor argentino reside, a nosso entender, na burocratização da extradição em relação à entrega. Enquanto o primeiro depende de normas similares entre ambos os Estados, o segundo – por possuir procedimento próprio – está desembaraçado desde entrase.

A definição da extradição como sistema anacrônico na visão de Boggiano funda-se que:

Hoy la cooperación judicial penal bien podría hacerse sin que acusado necesariamente esté presente en el lugar del delito. El juez del lugar del acusado puede tomar todas las medidas necesarias para posibilitar al juez extranjero examinar al acusado sin que éste deba trasladarse. El proceso se internacionaliza sin que el acusado deba trasladarse. O proceso se internacionaliza sin que el acusado deba ser trasladado adonde no quiere ir. Salvo

casos particulares el proceso puede seguirse en donde el acusado quiere vivir o estar. Así la falta de extradición de nacionales debe hacer surgir una cooperación especial entre los jueces a fin de que el nacional sea juzgado debidamente. (BOGGIANO, 2000, p. 917).

Nesse sentido, quando falamos que a entrega é a evolução da extradição, devemos trazer o magistério de Celso D. de Albuquerque Mello de que a extradição já era consagrada na antiguidade oriental entre Israel e Egito, datada de 1291 A.C. (ALBUQUERQUE, 2001, p. 957). Por outro lado, a criação do TPI data de 17 de julho de 1998 (REILLY, 2004, p. 23), mas só passou a vigorar em 1º de julho de 2002. Adotado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (POSSE, 2004, p. 3), com o afincado de punir crimes de repercussão internacional, o TPI está além disso. É nesse aspecto que supera a extradição, pois a entrega faz parte de um procedimento de internacionalização do direito, o processo não se dá nas esferas nacionais, e sim num Tribunal Penal Internacional. Tal processo de internacionalização do direito na era pós-moderna acompanha tendências cada vez mais marcantes em nosso cotidiano.

Como marco principal, a globalização transformou a nossa forma de pensar e ver a sociedade, e a velocidade de informação reduziu a dimensão que temos do mundo. Hoje não se fala mais apenas em sociedades, temos sociedades globais (BECK, 2008) ou continentais, um exemplo disso é a criação da União Europeia (UE), bem como todo o panorama de viver sob um regime de Direito Comunitário, do qual vimos a sua ascensão e hoje vemos sua crise.

Nessediapasão, não há como não pensar em uma internacionalização do direito, por isso sustentamos a tese de que a entrega é o avanço em relação à extradição, à medida que a primeira é objeto de uma tendência internacional global, em que organismos internacionais têm competência para julgar determinados crimes de ordem mundial. Em contrapartida, a segunda é uma relação fechada entre dois Estados signatários de um Tratado sobre extradição para que se julgue determinado fato nas esferas da soberania estatal.

Apenas para esclarecer, no decorrer deste ponto, falamos no sentido mais político do que propriamente técnico no que tange aos dois institutos. Faz-se necessário esclarecer que a entrega, embora consista em um avanço em relação à extradição, tem natureza complementar, ou seja, constatada a violação de um ou mais crimes previstos no Estatuto de Roma, a competência primária para o julgamento é do STF. No caso de omissão,

a competência passa ao TPI, uma vez que o organismo internacional tem competência subsidiária¹³.

4 A EXTRADIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO COMUNITÁRIO

Neste capítulo, cabe, de forma sucinta, falar da evolução do instituto da extradição para a entrega. Todavia, aqui não se deve fazer confusão com a entrega ao TPI, já trabalhada no capítulo anterior. A evolução ocorre por força de um direito supranacional, algo que está acima do direito nacional dos países que compõem o bloco da UE, o conhecido Direito Comunitário europeu – que nos últimos anos tem causado tanta polêmica por seus problemas econômicos, sociais – do qual especificamente trataremos aqui, na supressão de garantias e direitos fundamentais.

Antes de apresentar as diferenças específicas dos casos de entrega de nacionais por este modelo mais avançado de extradição, acrescentaremos o motivo pelo qual este tipo “mais adequado” de extradição passou a ocupar o lugar na entrega de acusados.

Tal mudança teve lugar no começo do novo milênio, mais precisamente na “Decisão marco do Conselho 2002/584/JAI, de 13/VI/2002” (GARCÍA, 2007, p. 223), um ano após o 11/09, marcado pelo atentado terrorista em Nova Iorque. Logo ocorreram os atentados ao metrô em Madri (11/03/04) e o atentado em Londres (07/07/05). Não há como negar que esses fatos foram os responsáveis pelas mudanças legislativas de carácter expansionista. A supressão de garantias foi o máximo da resposta contra o terror.

Como bem pontua García, este mecanismo de ordem de detenção e entrega europeia está:

Orientado por una tendencia a la flexibilización de los mecanismos de puesta a disposición, entre Estados miembros, de infractores presuntos condenados, que se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de los diferentes órdenes jurídicos (GARCÍA, 2007, p. 223).

Ainda, o mesmo autor acrescenta que um dos requisitos para que seja concedida a extradição é dupla tipicidade (delito típico nos dois

¹³ Este é o entendimento do STF. Íntegra- STF. Petição 4625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

Estados), sobre a qual já falamos anteriormente. Nesse caso, o novo sistema de entrega entende que para conceder a mesma, é necessário ser típico o fato somente no país requerente (GARCÍA, 2007, p. 223). Princípio ao qual havíamos referido ao mencionar a exceção ocorrida no Reino Unido, onde se procede a entrega de nacionais. Agora percebemos que todos os países componentes do bloco europeu têm essa previsão através da entrega, instituto que assumiu o lugar da extradição em uma situação de potencial perigo, em que a sensação de insegurança (KESSLER, 2009) e (CASTEL, 2011) e o medo de possíveis ataques terroristas aos seus territórios levaram a uma intensa busca por mecanismo de eficácia imediata de luta contra o terrorismo¹⁴.

Tais decisões que visam à “proteção dos cidadãos contra o terror” acabam por trazer ainda mais terror e tensão, além de flexibilizar as garantias de todos os cidadãos europeus e reduzir drasticamente os poderes de cada Estado ao suprimir o poder de decidir entregar ou não um nacional a outro país.

Depois dos atentados terroristas mencionados, a atenção relacionada a delitos de terrorismo aumentou consideravelmente¹⁵. Esta sensação de medo transformou-se num pânico generalizado, principalmente na Europa e EUA, de modo a criar mecanismos de restrição e perseguição de suspeitos terroristas ou de pessoas que, de alguma forma, prestem algum tipo de assistência ou ajuda a um terrorista¹⁶. Frente a essa tendência de guerra do Estado contra seus cidadãos, a caça ao inimigo tornou-se comum do século XXI. O terrorista que, salvo em filmes norte americanos, caracteriza-se

¹⁴ “O terrorismo pede cabeça fria, e não histeria”. (HOBSBAWM, 2007, p. 46).

¹⁵ Nesse sentido, observa-se: “A ILA (International Law Association”, originalmente *“The Association for the Codification and the Development of the Law of Nations”*), em reunião de 19 a 24/08/1946, realizou um estudo com 170 páginas, e deste número, somente duas páginas falavam de terrorismo. Sem embargo, depois de 11/09/2001, a ILA teve 28 páginas. Pode-se considerar, ainda assim, um número baixo, mas crescimento, desde o primeiro encontro, depois da Segunda Guerra até o 11/09, nunca chegaram somados ao número de 2004”. (FERNANDES, 2012, p. 20).

¹⁶ Com relação às penas muito severas para condutas que são meramente acessórias a uma organização que pode vir a delinquir um dia, falamos em especial sobre as penas que Meliá critica que não são nada mais nada menos que uma clara manifestação de criminalização de condutas que estão na esfera dos atos preparatórios, um claro adiantamento das barreiras da criminalização pelo único motivo de ser o estar conectado a alguma conduta terrorista. (MELIÁ, 2010, p. 85).

pelo uso de turbantes e marcas fisionômicas árabes, na vida real, é igual aos demais. Isso torna mais difícil sua busca, visto que, de forma indireta, qualquer cidadão pode ser alvo de suspeitas. Esse fenômeno é apenas uma parte da denominada sociedade de risco mundial profetizada por Beck. O autor já dizia que, à época de sua edição anterior denominada *Sociedade de risco*, considerava-se feliz por não definir o terrorismo internacional no rol das ameaças mundiais, fato este que infelizmente figura na nova edição.

Entretanto, além do terrorista, outro problema com relação ao controle da criminalidade global é a internet. A facilidade de comunicação e o financiamento do terrorismo fazem com que os Estados intensifiquem a fiscalização nas transações bancárias, tornando como um delito grave o financiamento ao delito de terrorismo. Esse tipo penal é o resultado de uma política criminal internacional de restrição ao terrorismo. Os Estados que começaram de forma muito rígida o combate a essa prática fizeram acordos e posterior pressão para que os demais também apoiassem tais medidas, afinal, o terrorismo, como fato, pode implicar uma destruição massiva (argumento pouco convincente), ou seja, sua prevenção é responsabilidade de todos. O resultado dessa pressão, principalmente de organismos internacionais como o GAFI, faz com que a Argentina, por exemplo, aprove a Lei 26.268, a qual define em seu ordenamento interno os delitos de associação ilícita terrorista e financiamento do terrorismo (SUEIRO, 2010, p. 347). Posteriormente revogada pela Lei 26.734, conhecida como Lei antiterrorista, que invalida os dois tipos penais de associação ilícita terrorista e financiamento ao terrorismo incorporando a legislação o art. 41 quinquies. O referido artigo prevê que, se quaisquer dos delitos previstos no Código Penal argentino forem cometidos com o intuito de aterrorizar a população ou obrigar as autoridades públicas nacionais ou governos estrangeiros ou agentes de uma organização internacional a realizar um ato ou se abster de fazê-lo, a pena aumentará em dobro no mínimo e no máximo. Em resumo, a pena pode ser aumentada para qualquer tipo penal previsto no Código Penal se, por exemplo, o Ministério Público conseguir provar que a população foi aterrorizada.

O grande problema que gera, sem falar no problema primário, é a supressão de garantias constitucionais dos cidadãos, a volta do direito

penal do autor, (*täterstartfretet*) de Fran Von Liszt¹⁷ em que a suspeita¹⁸ é um mero requisito para impor uma sanção. Já como problema secundário, pode-se dizer que essa internacionalização, ou seja, a imposição dos “fortes” potencializa o combate ao fenômeno do terrorismo e impõe aos demais Estados exigências que se tornam, por um lado, uma mera resposta de carácter simbólico, porque não se fez uma análise política criminal séria para tentar resolver esse problema à realidade marginal de cada Estado¹⁹. Por outro lado, cria um mecanismo altamente repressivo e potencialmente aplicável a qualquer pessoa.

5 A EXTINÇÃO DA EXTRADIÇÃO NO ÂMBITO EUROPEU?

Entendemos que, no plano da UE, atualmente a extradição extinguiu-se. A mudança pela ordem de entrega e detenção assumiu o lugar do velho instituto em todos os aspectos. A celeridade e o carácter supranacional do direito quiçá sejam os fatores principais nesta transformação, um direito superior à soberania dos demais Estados, como se fosse um país em que

¹⁷ O autor sustenta ainda que a punição se exterioriza normalmente por motivos religiosos ou por razões de Estado. Fundar a pena criminal não no fato cometido, mas sim no que é sujeito. A escola positiva de Lombroso não faz mais que chamar a atenção à pessoa do delinquente. (TOLEDO, 2001, p. 236) Ainda E. Mezger extrai claramente o pensamento Lombrosiano: “La naturaleza crea el delincuente; la sociedad presta tan sólo las condiciones para que pueda cometer delitos”. Y por fin concluye que: “Las consecuencias político-criminales de esta doctrina son simples y de índole radical: si existe tal delincuente nato como determina especies generis humani, es preciso que se elimine de toda comunidad social antes de que tenga ocasión de cometer un delito”. (MEZGER, 2010, p. 87).

¹⁸ “El sospechoso, como tal, merecía siempre un castigo determinado; no se podía ser inocentemente objeto de una sospecha. La sospecha implicaba, a la vez, de parte del juez un elemento de demostración, de parte del detenido el signo de cierta culpabilidad y de parte del castigo una forma limitada de pena. A un sospechoso que seguía siendo sospechoso no se le declaraba inocente por ello: era parcialmente castigado. Cuando se había llegado a cierto grado de presunción se podía, por lo tanto, poner en juego legítimamente una práctica que tenía doble papel: comenzar a castigar, en virtud de las indicaciones ya reunidas, y servirse de este comienzo de pena para arrancar el resto de verdad que todavía faltaba”. (FOUCAULT, 2009, p. 52).

¹⁹ O claro exemplo é a tipificação do delito qualificado de terrorismo, sem a definição da forma simples, criticada por Sueiro. (SUEIRO, 2010, p. 328).

os estados pedem a entrega de um processado para que seja julgado onde cometeu o delito. A facilidade de mobilidade no continente europeu torna acessível o cometimento de delitos em determinado Estado e a viagem para outro no mesmo dia. Outro ponto que facilita a locomoção é o fato de que um europeu não tem o mesmo trâmite para entrada em outros países, na UE é como se o cidadão circulasse pelo seu próprio país.

Esses aspectos fazem com que o câmbio por um procedimento mais célere se faça necessário, o grande problema é que esse sistema tem menos garantias em relação à extradição. Por terem um mesmo objetivo final, talvez tenhamos um problema em comparar os dois institutos. No entanto, há de entender que não é a mesma coisa. Todavia, ainda existindo distinção, temos em jogo um princípio jurídico importante: a adesão entre dois modelos, o mais benéfico ao réu. Por esses motivos, entendemos que ainda que hoje a entrega e detenção no contexto da UE seja a regra, o modelo que traz mais segurança jurídica é a extradição, desde uma perspectiva das garantias constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A extradição constitui ferramenta fundamental no âmbito da cooperação internacional para que seja possível cumprir uma sentença, ou, ainda que seja possível, o julgamento de uma pessoa acusada de cometer crimes tipificados em ambos os Estados. A extradição faz-se necessária para valer o direito. O compromisso de reduzir a impunidade interpreta-se no sentido de, ainda que não haja tratado de reciprocidade em matéria de extradição, que esta se proceda, ficando o Estado requerente obrigado formalmente a prestar o mesmo compromisso. Essa modalidade excepcional segue a premissa de que há um dever moral de extraditar, e que isso por si só justifica tal medida.

No entanto, devemos estar atentos ao fato de estarmos lidando com a liberdade de pessoas e sua locomoção para outro território. Não se pode jamais esquecer que a extradição deve ser mantida em seu carácter excepcional. Extraditar por meros caprichos ou interesses políticos é uma violação gravíssima. Seguindo essa mesma premissa – como já dissemos – de que a extradição consiste numa decisão política do que propriamente jurídica, já que a decisão final de extraditar cabe ao chefe do executivo, faz-se mister aclarar que devemos objetivar sempre o critério de justiça. Pode ser muito comum que hoje o Chefe do Executivo fora outrora

aquele que armado lutou contra a opressão, e hoje, em outra condição, se compadeça com determinado caso e por paixões decida contrariando uma decisão fundamentada da Corte máxima nacional. Não conseguimos ver de outra forma como um retrocesso que a decisão final recaia ao presidente, tendo em vista que mais apto para analisar a demanda é o STF.

Talvez seja por esses motivos que, no plano internacional, a tendência seja a criação do TPI, elevando o direito a um nível ainda não conhecido, ou seja, a internacionalização do direito é um fenômeno cada vez mais intenso, pelo qual não temos outro caminho a não ser cooperar. O TPI está muito mais à frente da extradição, pois permite a entrega de nacionais, considerando que neste caso o presidente não tem o mesmo poder de decisão final como no caso da extradição, e tendo em vista que a recepção do Estatuto de Roma deu-se em esfera constitucional (art. 5, §4º da Constituição Federal), logo quedando no topo da pirâmide.

A detenção e entrega fundamenta-se no sentido de que – tendo em vista que a competência primária fica a cargo da Corte Constitucional nacional, uma vez que essa não julgue a lide, no caso sendo omissa – a competência será do TPI, tendo este, como já discutiremos, o domínio subsidiário para julgar crimes de sua alçada, segundo entendimento do STF.

De maneira semelhante, no âmbito da UE, existe também uma ordem de entrega e detenção como já discutido. Ferramenta que substitui a extradição, sendo uma forma mais eficaz e estando no plano do Direito Comunitário, ou seja, por cima das leis dos Estados membros da UE. Nesse sentido, se há a necessidade de entrega de um país requerente por suspeitas de algum delito, o polo passivo tem o dever de entregar o sujeito à nação impetrante ainda que este seja nacional e ainda que este delito não seja tipificado em seu território.

Estes institutos, o TPI e a ordem de entrega e detenção da EU, formam parte de um novo direito internacional, algo recente que advém da internacionalização do direito a fim da busca por justiça e eliminação da impunidade por um lado. Mas, por outro, pela tendência do medo e da sensação de insegurança global, leva à criação de mecanismos que reduzem a soberania dos Estados, permitindo o julgamento de qualquer cidadão em qualquer país do bloco europeu por haver cometido ou por haver a suspeita de haver cometido um delito. Não estamos aqui defendendo a impunidade, e sim a democracia e a soberania dos Estados que estão no bloco europeu e propriamente internacional, cada vez mais limitados em suas capacidades. Os Estados estão assemelhando-se a Unidades da Federação, com suas

constituições restringidas e a proteção de seus nacionais cada vez mais fragilizada pela escusa da segurança internacional e luta contra o terror.

Por fim, tanto a extradição como a ordem de entrega e detenção do TPI e da UE devem respeitar cada Estado e suas as garantias constitucionais, principalmente para estes dois últimos terem limites. A extradição pela sua burocratização já impõe limites, enquanto a entrega ao TPI está mais ou menos limitada (pelo menos no sistema brasileiro) no que tange a competência do STF ser primária, tendo o TPI a competência subsidiária. Agora a ordem de entrega e detenção no plano do direito comunitário europeu parece não ter limites, senão o próprio direito supranacional europeu, deixando os Estados totalmente à mercê da vontade política ou jurídica do bloco. Essa insegurança jurídica dos Estados e a total flexibilização do conceito de soberania é muito perigosa e, no fundo, um tanto tendenciosa, permitindo que se tenha um poder central controlador de todo um continente. Devemos lutar contra a impunidade e contra a criminalidade tanto no plano nacional e internacional. Não podemos e nem temos o direito de dispor de nossas garantias básicas sob a escusa de estar combatendo a delinquência globalizada. Isso é insanidade e não racionalidade.

REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo. 3.ed. Secretaria de documentação, Brasília, 2010.

ALBUQUERQUE, Celso Duviver de. **Curso de Direito Internacional Público.** 13.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira.** 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BALESTRA, Ricardo. **Derecho Internacional Privado, parte especial.** Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1997.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida.** Barcelona: Ediciones Paidós, 2008.

BOBBIO Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política.** v. 1. 11.ed. Brasília: UnB, 1998.

BOGGIANO, Antonio. **Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales.** 2.ed. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2000.

CASTEL, Robert. **La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?.** Buenos Aires: Manantial, 2011.

CHIMETI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Marcio Elias F.; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional,** 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

CRETELLA NETO, José. **Terrorismo internacional: combatente sem rosto, inimigo sem pátria.** Campinas: Milenium, 2008.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEL' OLMO, Florisbal de Souza. **Direito Internacional Privado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DÓMINE, Maria Cecilia. El terrorismo internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** nº 75, RT, 2008.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado, parte geral.** 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** 9.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERNANDES, Ignácio Nunes. **El paradigma de los delitos de terrorismo entre derecho interno y derecho internacional: los delitos de terrorismo entre derecho interno e internacional en los albores del siglo XXI.** Saarbrücken: Editorial Académica Española, LAP LAMBERT, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.** 2.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2009.

GARCÍA, José Ángel Brandariz, **Política criminal de la exclusión: estudios de Derecho Penal y Criminología.** Editorial Comares, 2007.

GOLDSCHIMIDT, Werner. **Derecho Internacional Privado.** 10.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. José Viegas. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal parte general**. 5.ed. Trad. Miguel Olmedo Weigend. Granada: Editorial Colmares, 2002.

KESSLER, Gabriel. **El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, vol. 906, abr. 2011.

MELIÁ, Manuel Cancio.. **Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto**. Madrid: Editorial Reus, 2010.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Constituição interpretada e legislação constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ORSI, Omar Gabriel. **Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo**. Análisis de la Ley 26.268. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

POSSE, Hortensia D. T. Gutiérrez. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. In: **La Corte Penal Internacional y su Competencia genocidio, crímenes de la humanidad, de guerra y de agresión**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

REILLY, José Agustín. Adecuación de los crímenes de guerra del Estatuto de Roma al orden jurídico penal nacional. In: **La Corte Penal Internacional y su Competencia genocidio, crímenes de la humanidad, de guerra y de agresión**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STF. Íntegra- STF. Petição 4625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

SUEIRO, Carlos Christian. **La política criminal de la posmodernidad. La contienda en los albores del siglo XXI entre dos modelos político-criminales.** Lima: Ediciones Jurídicas del Centro, 2010.

STRECK, Lenio. Enunciado *self service*, feito em *workshop* virou fonte para preventiva. In: **Consultor jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/senso-incomum-enunciado-self-service-feito-workshop-virou-fonte-preventiva>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSENTIMENTO INFORMADO: UM CONCEITO INCOMPREENSÍVEL BREVE ENSAIO SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

INFORMED CONSENT: A MISUNDERSTOOD CONCEPT SHORT ESSAY ABOUT THE JUDICIALIZATION OF THE MEDICINE AND ITS CONSEQUENCES IN MEDICAL-PATIENT RELATIONSHIP

Ricardo Cesar Duarte *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Consentimento informado: conceitos e fundamentos. 2 Consentimento informado no Brasil: legislação. 3 Análise da judicialização: a falta de consentimento informado. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo visa descrever, por meio da análise de doutrina sobre o tema e da jurisprudência pertinente, a forma como, no contexto das relações privadas envolvendo o direito à saúde, o instituto “consentimento informado” vem sendo aplicado pela classe médica e pelo judiciário, de modo a apontar as diferenças de concepção e os efeitos decorrentes dessa discrepância. Entendemos que o consentimento informado é um conceito fundamental do atual direito à saúde (sobretudo em seu aspecto privado) aplicado de forma insatisfatória pela comunidade médica, que, numa atitude receosa, procura apenas documentar seu dever de informar, de modo a evitar uma possível condenação nos tribunais no caso do ajuizamento de uma ação de reparação de danos por má conduta profissional, por exemplo. Pretendemos demonstrar que essa utilização é insatisfatória justamente por não compreender o real sentido do consentimento informado, que, muito mais que um documento, é um instrumento de proteção do paciente, devendo ser adquirido não por uma simples assinatura em um formulário padronizado, mas por meio de um diálogo entre o paciente e o médico. Demonstraremos, ademais, que os Conselhos de Medicina e os tribunais podem ter um papel importante nessa conscientização: o primeiro por orientar os médicos por meio de resoluções e outras normativas e o segundo por decisões de mérito sobre os casos concretos, atuando, sempre que possível, de forma didática e garantindo o respeito efetivo do acesso à informação, que por sua vez deve ser compreendido como um direito fundamental a ser efetivado, também, no plano horizontal, ou seja, entre particulares.

Palavras-chave: Direito à saúde no âmbito privado. Relação médico-paciente. Consentimento informado. Diálogo. Efetivação horizontal dos direitos fundamentais.

ABSTRACT: *This article aims to describe how, in the context of private relations involving the right to health, the institute "informed consent" has been applied by the medical class and the judiciary, in order to point out the differences in the conception of the institute and the effects of this discrepancy. We understand that the informed consent is a fundamental concept of the right to health (especially in its private aspect) which, unfortunately, has been applied in an unsatisfactory manner by the medical community. The medic class, due to some kind of fearful attitude, tends to document their duty to inform only to avoid a possible conviction in the courts, in the case of an*

* Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e servidor público federal lotado na Procuradoria Geral da República. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, Direitos Humanos e Direito do Trabalho.

Como citar: DUARTE, Ricardo Cesar. Consentimento informado: um conceito incompreendido breve ensaio sobre a judicialização da medicina e suas consequências na relação médico-paciente. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-10, jan.-jul., 2016. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

action for damages caused by professional misconduct. We intend to demonstrate that such use is unsatisfactory precisely for not understanding the real meaning of the informed consent, which is an instrument to protect the patient, thereby such consent shall not be acquired by a simple signature on a standardized form, but through a process of dialogue between the patient and the doctor. In this sense, we will demonstrate that the medical professional associations and the courts may have a leading role in this process, with the first guiding physicians through resolutions and generic orientations and the second through decisions on the merit of individual cases, punishing didactically and ensuring the effective respect of access to information in the horizontal plane.

Keywords: *Right to health. Private relations. Informed consent. Human rights. Horizontal effects.*

INTRODUÇÃO

Objetivamos, neste artigo, apontar elementos que demonstrem uma confusão conceitual do profissional médico sobre o instituto do “consentimento informado”, no contexto da chamada “medicina defensiva”, fenômeno que pode ser definido, de forma concisa, como uma prática “médica que prioriza condutas e estratégias diagnósticas e/ou terapêuticas e que têm como objetivo evitar demandas nos tribunais” (MINOSSI e SILVA, 2013, p. 494).

Nosso argumento demonstra que, na ânsia de se proteger documentalmente, o profissional médico acaba por se municiar de termos de “consentimento informado” que não passam de formulários padronizados, incapazes de provar que o dever de informar foi realizado, justamente por não poderem comprovar a manifestação de uma vontade esclarecida pelo paciente.

Neste passo, entendemos que para compreender o significado do instituto do “consentimento informado”, sua importância e seu alcance no direito à saúde, devemos, antes, contextualizar a forma do exercício da medicina contemporânea.

Nesse sentido, verificamos que GOLDIM e FRANCISCONI (2000), ao analisarem os diversos tipos de relação entre o profissional médico e o paciente, propuseram uma classificação que indicou diversos modelos de relação, dentre eles o “sacerdotal”, que por sua vez seria a forma de exercício da medicina tradicional (hipocrática), no qual a decisão do médico, que por ser uma figura de autoridade e detentor do conhecimento, não consideraria a vontade do paciente.

Ocorre que diante das mudanças sociais ocorridas com a Revolução Industrial e do racionalismo filosófico, a arte médica foi paulatinamente perdendo seu caráter “divino” e se tornando uma técnica. O médico se transformou em um profissional como outro qualquer (DANTAS, 2009),

sem poder de autoridade e a medicina se tornou uma relação de prestação de serviços mais banalizada.

Verificamos, assim, uma massificação e uma despersonalização (mercantilização) do atendimento médico. Do mesmo modo, verificamos também a inserção de conceitos de como a da responsabilidade ética, civil e penal do médico. Temos, também, uma clara mudança do papel do paciente, que deixa de ter uma posição submissa diante do médico e assume uma postura mais participativa, na qual sua vontade deve ser respeitada diante do tratamento médico.

Desse modo, a prática da medicina foi se alterando, com uma mudança do viés autoritário, no qual o médico, por seus conhecimentos específicos, tinha o total controle sobre o tratamento, para uma postura mais aberta e participativa, na qual o paciente tem ciência de seus direitos e maior autonomia. Temos, então, a ascensão de um modelo de prática médica contratualista (GOLDIM E FRANCISCONI, 2000), no qual o poder de decisão é compartilhado entre médico e paciente.

Em suma, podemos afirmar que a atual prática médica é moldada pelo dever geral do médico de informar o seu paciente de todas as circunstâncias relacionadas ao seu tratamento, dever que, em última análise, visa proteger o direito de escolha do paciente.

A partir dessa contextualização da prática da medicina, podemos descrever uma nova realidade, que é fruto dessa nova postura do paciente, que, ciente de seus direitos, busca reparação, pela via judicial, de eventuais danos causados pela má conduta médica. Trata-se da “judicialização da medicina”, que afeta profundamente a prática médica, sobretudo em relação aos seus custos, seja na forma de uma maior realização de exames, de modo a municiar a classe médica de provas documentais, seja na forma do aumento da busca de uma proteção securitária.

Asseveramos que o aumento desses custos é compensado, em grande parte, pelo maior cuidado e maior atenção no modo de proceder ao tratamento médico, ademais entendemos que:

[...] a constatação de que, para o médico ou para outro agente de saúde negligente, imperito ou imprudente, existe o risco real de ser obrigado a ressarcir a vítima de uma conduta inadequada, *representam um avanço concreto no sentido de se alcançar real equilíbrio nas relações contratuais mantidas entre o agente de saúde e o paciente.* (SCAFF, 2010, p. 114-115, grifos nossos)

E é justamente no aspecto do equilíbrio da relação contratual entre médico e paciente, conforme apontado por SCAFF, que se insere o problema apresentado neste artigo, a saber, a “incompreensão” do instituto “consentimento informado” como ferramenta facilitadora do diálogo e da troca clara de informações. Dada a importância do problema, pretendemos apontar alternativas para mitigar esse cenário, no qual há uma desigualdade contratual persistente, que pode incentivar a uma judicialização que, em última análise, afasta e contrapõe o médico e o paciente.

1 CONSENTIMENTO INFORMADO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS

Conforme afirmamos anteriormente, a prática da medicina foi se alterando no decorrer do tempo. Ela passou de uma relação historicamente marcada pelo poder decisório do médico sobre o paciente, e, por conseguinte, pela desconsideração da vontade do último no processo de tomada de decisão sobre a sua própria saúde, para uma relação pautada pelo dever de informação, que pode ser definido como a obrigação do médico de prestar ao seu paciente todos os dados sobre sua condição e todas as opções terapêuticas, em benefício da autonomia.

Vimos também que se trata de uma mudança de paradigma na medicina, que passa a ser uma atividade que respeita a autonomia privada do paciente e que passa a se realizar por meio na tomada de decisões livres e conscientes. Assim, podemos afirmar que, no âmbito das relações entre o médico e o paciente, o consentimento informado é a própria expressão dessa autonomia, pois é por meio do consentimento que o paciente manifesta sua vontade, aceitando ou recusando determinados tratamentos ou intervenções médicas.

A propósito, conforme relatado por Miguel Kfoury, temos que a primeira referência histórica ao consentimento informado se deu em um julgamento ocorrido na Inglaterra em 1767, no qual:

[...] um paciente, Sr. Slater, procurou o Dr. Blaker, que atuava junto com o Dr. Stapleton, para dar continuidade ao tratamento de uma fratura óssea em sua perna. Os dois médicos, sem consultar o paciente, ao retirarem a bandagem, desuniram o calo ósseo, propositalmente, com o objetivo de utilizar um aparelho, de uso não convencional, para provocar tração durante o processo de consolidação. O paciente foi à Justiça acusando os médicos de terem provocado por ‘ignorância e

imperícia' nova fratura, causando danos desnecessários, além de não terem informado ou consultado sobre o procedimento que seria realizado. [...] A Corte condenou os médicos por quebra do contrato na relação assistencial com o paciente. [...] *Na sentença ficou claro que o juiz estava preocupado tanto com a falta de consentimento quanto com a falta de informação* (KFOURI, 2002, p. 37-38 – grifos nossos)

Ainda no campo histórico, temos outro julgamento que balizou a importância da autonomia do paciente: o caso *Schoendorff v. Society of New York Hospitals*¹, que tratava de um dano que o autor sofrera ao se submeter a intervenção cirúrgica, sem seu consentimento prévio. No caso, ficaram famosas as palavras do juiz Benjamin Cardozo, que afirmou: “Todo ser humano adulto e em pleno gozo de suas faculdades mentais, tem o direito de determinar o que será feito com o seu próprio corpo”². É nesse contexto que o consentimento informado, como desdobramento da concepção de respeito à autonomia do paciente, representa o rompimento com o tradicional poder decisório do médico.

Verificamos, então, um novo modelo de tomada de decisão no contexto da saúde individual, que se fundamenta no respeito à autodeterminação do paciente. Nesse sentido, passa a ser fundamental para a tomada de decisão sobre o tratamento a ser aplicado, não apenas as informações técnicas detidas pelo profissional médico, mas também a consideração dos valores, expectativas, desejos e crenças do próprio paciente. É por essa razão que a obtenção do consentimento livre e esclarecido pressupõe a troca de informações entre o profissional e o paciente.

Desse modo, verificamos que torna-se essencial ao médico não apenas transmitir a informação ao paciente, mas também certificar-se de que o paciente entendeu o que foi transmitido, para que, a partir do esclarecimento, possa ocorrer um diálogo completo.

Observamos, assim, que o processo de diálogo entre o médico e o paciente é muito mais que uma ferramenta de equilíbrio contratual entre as partes. Ele é a personificação da própria eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito à saúde, uma vez que permite ao paciente

¹ Conforme *Schoendorff v. Society of New York Hospital*, 106 N.E. 93 (N.Y. 1914). Disponível em: <<http://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/Schoendorff.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

² Tradução livre do inglês: “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”.

a possibilidade de compreender suas opções, de modo a mitigar a distância que o conhecimento técnico do médico provoca nessa relação.

No caso específico da relação médico-paciente, o consentimento informado seria, melhor dizendo, uma ferramenta de empoderamento do paciente frente ao conhecimento técnico do médico, capaz de garantir uma espécie de “publicidade” na relação, por obrigar o médico a esclarecer todo o tratamento/operação.

Temos assim, a realização de um dos aspectos da “constitucionalização” do direito, que nas palavras de Virgílio Afonso da Silva seria a:

[...] irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação [...] revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais. *Como se sabe, ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que [...] nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico* (SILVA, 2014, p. 18 – grifos nossos)

Vale dizer, ao defendermos o consentimento informado como um instituto que privilegia a autonomia privada do paciente, estamos, em verdade, fortalecendo a visão de que a violação aos direitos fundamentais também pode ocorrer nas relações entre particulares, o que implica reconhecer a ocorrência de uma verdadeira mudança de paradigma, responsável pelo “rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais” e, conseqüentemente, pela superação da “tradicional visão de que somente o Estado poderia ameaçar os direitos fundamentais” (SILVA, 2014, p. 52 e 53).

2 O CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL: LEGISLAÇÃO

Após as considerações a respeito dos fundamentos e do alcance do instituto do consentimento informado e da conclusão apresentada, de que o respeito ao instrumento representaria uma verdadeira mudança de

paradigma na prática médica e seria um reflexo da própria efetividade horizontal dos direitos humanos, convém analisar como o conceito foi tratado pela legislação brasileira.

Verifica-se que, no Brasil, a temática do consentimento livre e esclarecido foi introduzida no início da década de 1980, sobretudo no campo da pesquisa e da bioética. Em 1981, temos a institucionalização do uso do “Termo de Conhecimento de Risco para todos os projetos de pesquisa com drogas não registradas”, por meio da Portaria 16/1981³ da Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos (DIMED), um documento genérico e padronizado que visava “apenas informar ao participante sobre as características experimentais da utilização do fármaco” sem menção a critérios de capacidade do indivíduo para consentir (GOLDIM, 1997). Por sua vez, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1081, de 1982⁴, “estabeleceu que todas as provas necessárias para o diagnóstico e terapêutica deverão ser realizadas apenas com o consentimento do paciente” (GOLDIM, 1997).

Podemos observar, ainda, que a temática do consentimento informado vem sendo inserida na legislação brasileira de forma esparsa, sem regulamentação específica. O instituto é mencionado na Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar; na Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre o transplante de órgãos e na Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida (GUZ, 2010).

Por fim, podemos destacar que o “consentimento informado” é mencionado na Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde⁵. Ocorre que a instrumentalização do instituto na referida resolução ocorreu em um contexto de respeito à dignidade humana no âmbito das pesquisas científicas, e não necessariamente na relação entre médico-paciente.

³ Termo de Conhecimento de Risco, nos termos da Portaria 16/81, de 27/11/1981 (publicada em 14/12/1981 - DOU). Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/por16-81.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁴ Resolução 1081/82 do Conselho Federal de Medicina (publicada em 23/03/1982 - DOU). Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/cfm1081.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁵ Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional da Saúde (publicada em 12/06/2013 – DOU). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Desse modo, podemos afirmar que não existe no Brasil, uma previsão legal que conceitue o “consentimento informado” no âmbito da relação da médico-paciente, o que torna o instituto extremamente flexível. Essa flexibilidade é, no nosso entender, uma das causas responsáveis pela confusão conceitual que acentua as dificuldades decorrentes de uma eventual judicialização da relação médico-paciente e incentiva a prática de uma conduta “defensiva” por parte dos médicos.

Podemos apontar, contudo, que, no ordenamento brasileiro, verifica-se uma clara defesa da autonomia privada, autonomia que integra o conceito do consentimento informado, pois, como visto anteriormente, esse consentimento nada mais é que a própria manifestação da autonomia. Do mesmo modo, podemos afirmar que o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), garante a proteção dos direitos de personalidade do paciente, conforme disposto em seu artigo 15:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

3 ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO: A FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Conforme visto na seção anterior, a exigência do termo de consentimento informado não é obrigatória no ordenamento pátrio. Contudo, em função da conscientização do paciente em relação aos seus direitos e do reconhecimento pelos tribunais⁶ da importância do direito à informação, verificamos que a classe médica passou a adotar medidas visando a sua defesa em eventuais processos judiciais.

⁶ Nesse sentido: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido.

(RESP 436827/SP, julgado em 01/10/2002, relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, (DJ 18/11/2002)”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200258595&dt_publicação=18/11/2002>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Nesse contexto, percebemos a proliferação de diversos sítios eletrônicos que disponibilizam aos médicos modelos de termos de consentimento a serem utilizados em sua atividade profissional⁷, com o propósito de propiciar maior segurança. Essa proliferação reflete, no nosso entender, uma das faces da “medicina receosa” (defensiva).

Nosso argumento é que a proliferação de modelos de “termos de consentimento” prejudica a plena compreensão do instituto do “consentimento informado”, pois, como visto anteriormente, para que o instituto cumpra plenamente seu papel, é preciso respeitar a importância da autonomia do paciente, o que implica em compreender que o consentimento é um processo, e não uma forma.

O consentimento tem de ser adquirido por um diálogo entre o doente e o médico, por meio do qual ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente, culminando, assim, na concordância ou não do paciente doente quanto à realização de um certo tratamento ou de certa intervenção. Por isso, é inconcebível que um formulário genérico de consentimento assinado pelo doente possa se sobrepôr à troca recíproca de informações, dado que, afinal, a autonomia do paciente só pode ser respeitada com uma manifestação da vontade livre e esclarecida.

A propósito, se analisarmos a jurisprudência recente, veremos que há uma nítida tendência em destacar que o paciente deve receber informações objetivas, que esclareçam todas as suas dúvidas, como podemos verificar em trecho do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no já citado RESP nº 436827/SP⁸:

“Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro”. (grifos nossos)

No mesmo sentido:

⁷ Ver, por exemplo, os termos disponíveis em: <http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=52220&cd_secao=60595&cd_materia=303077> e <<http://www.biocor.com.br/novo/consent.php>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁸ Ver nota 6.

Responsabilidade civil. Indenização por danos morais e materiais. Cirurgia oftalmológica. Complicações não científicas à paciente. Falta de termo de consentimento informado. Cirurgia Experimental.

Não se viu nos autos qualquer advertência à autora da gravidade de sua doença. Tampouco foi alertada, pormenorizadamente, dos riscos da cirurgia. Como visto, tampouco o informativo, supostamente entregue à autora, supriria a falta de informações. Ainda que não se possa apontar erro no uso da técnica e nos cuidados do réu com a autora, não pode o médico submeter o paciente ao risco de procedimento e técnica ainda não consagrados, e consequentemente de todas as complicações decorrentes, sem bem informar a respeito o paciente. Reside neste ponto, destarte, a responsabilidade do réu pelo sofrimento imposto à autora em razão de todas as complicações comprovadas nos autos e igualmente pela quebra da forte expectativa que criou para a correção da acuidade visual. Nesse passo, tem-se que o réu, como *fornecedor de serviço* e sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, *tinha a obrigação legal de bem informar a paciente* acerca dos serviços médicos que lhe seriam prestados, assim como todas as intercorrências da cirurgia, o que não ocorreu. O réu violou norma ética e, esta conduta, por si só, acarreta o dever de indenizar. À falta da prestação de informações adequadas, previamente à autora, não se pode afastar a responsabilidade do profissional pelas complicações sofridas pela autora. Percebe-se que o réu assumiu o risco do resultado, dirigindo sua ação de forma a expor a autora, insciente, aos riscos da cirurgia. [...]. Considerando as diversas complicações sofridas e também a falta de cuidado do réu, profissional renomado, na fase pré-contratual, justifica-se a concessão de reparação por danos morais. Recurso parcialmente provido para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais. (grifos nossos)⁹

E:

Apelação cível. Ação de indenização de dano material, moral e estético. Cirurgia exclusivamente embelezadora. Correção

⁹ **Apelação Cível nº 01034565020068260100 SP 0103456-50.2006.8.26.0100, rel. Carlos Alberto Garbi, julgado em 29/04/2014. Inteiro teor disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120417048/apelacao-apl-1034565020068260100-sp-0103456-5020068260100>>. Acesso em: 29 jun. 2015.**

de ptose e aumento de mama. Obrigação de resultado. Presunção de culpa. *Médico que não esclarece à paciente o fato de não possuir título de cirurgião plástico, além de não comprovar ter tomado os cuidados exigidos tanto no pré como no pós-operatório. Falta do dever de informação. Documento padrão que não configura consentimento informado. [...] 1. O direito à informação, materializado pelo consentimento informado, é uma garantia consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor; além de um importante instrumento no equilíbrio da relação médico-paciente, conforme se extrai do disposto no artigo 6º, inciso III, da referida legislação. Serve, inclusive, para a minoração da vulnerabilidade do paciente que deve possuir todas as informações possíveis à formação do seu convencimento, sobretudo no que concerne a um procedimento eletivo, de cunho estritamente estético. [...] (grifos nossos)¹⁰.*

Desse modo, podemos concluir que ao adotar formulários genéricos, a classe médica está apenas aumentando seus riscos, pois os referidos formulários são incapazes de comprovar que o consentimento do paciente foi livre e esclarecido, conforme asseverado por Livia Haygert Pitan:

[...] não basta existir termo de consentimento informado para haver prova do cumprimento dos deveres informativos pelos médicos. Ao contrário do que se pretende, ao formular documentos vagos, imprecisos ou incompreensíveis, pode-se constituir um indício probatório de que o paciente não foi adequadamente informado (PITHAN, 2012, p. 91).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, podemos verificar, enfim, que a abordagem do instituto “consentimento informado” como mera assinatura em formulário-padrão cria obstáculos ao desenvolvimento do consentimento como um processo de decisão livre e esclarecida. No limite do argumento, essa atitude colabora para perpetuar a limitação da participação do paciente no processo de tomada de decisão e, conseqüentemente, impossibilita a efetividade horizontal do direito fundamental do paciente de acesso à informação.

¹⁰ **Apelação Cível n. 2008.023951-9/SC rel. Des. Ronei Danielli, julgada em 02/09/2011. Inteiro teor** disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20313684/apelacao-civel-ac-239519-sc-2008023951-9>. Acesso em: 23 jun. 2015.

Nesse sentido, vale destacar que KUCZEWSKI e MEISEL (2000) apontaram que o consentimento informado representado por um formulário assinado tem pouquíssimo valor para a defesa de médicos e hospitais. Tanto é assim que as “instituições mais progressistas *aboliram os termos de consentimento padronizados*, de tal sorte que requerem aos médicos que documentem o conteúdo de suas *conversações* com os pacientes nos respectivos prontuários médicos” (grifos nossos)¹¹.

Diante de todo o exposto, acreditamos que os tribunais brasileiros têm um papel fundamental nesse processo de qualificação do consentimento, na medida em que, ao analisar o caso concreto, caberá ao juiz delinear a ocorrência do consentimento livre e esclarecido na tomada de decisões. Do mesmo modo, caberá ao juiz aferir se houve o respeito e a completa efetivação do direito fundamental à informação no plano horizontal entre médico e paciente.

Convém asseverarmos que nessa análise judicial, é possível identificar e diferenciar os casos em que há a mera transmissão de informações e a assinatura de documentos daqueles casos em que ocorre uma efetiva participação do paciente, por meio de diálogo realmente “esclarecido”.

Já em relação aos Conselhos de Medicina, entendemos que eles podem ter um papel de conscientização, na medida em que podem informar a classe médica sobre como proceder para garantir que o paciente tenha

¹¹ Tradução livre do inglês: “Demystifying Myths About Informed Consent: Myth #1: ‘A Signed Consent Form is Informed Consent’. Nothing could be further from the truth, as many courts have pointed out to physicians who were only too willing to believe this myth. Consent forms are used as a matter of routine in both treatment and research settings because many hospital administrators, physicians, and their attorneys see these forms as providing protection against liability, despite the fact that they provide little protection. Consent forms can have some value. They create an inference that the patient at least had an opportunity to read the information on it. If the information presented in the consent form is adequate for a patient to make a decision, it will probably be helpful in the defense of a malpractice lawsuit. Contemporary forms are often optimistically referred to as “informed consent forms”—as if wishing would make it so. Under this guise, they provide a false sense of security to physicians and hospital administrators who are led to believe that a signed consent form constitutes informed consent. As a result, more progressive institutions are often doing away with standardized consent forms and require that physicians document the content of their conversations with patients in their patient’s medical records. This may facilitate a more intimate and patient-centered consent process that does not rely on the jargon and out-of-context information of standardized forms”.

sua autonomia respeitada. Eles também podem desestimular a adoção de termos genéricos e incentivar que o médico efetivamente informe o paciente de maneira clara, respeitando um processo de diálogo que culminará na manifestação de uma vontade livre e esclarecida por parte do paciente, a ser, apenas nesse caso, documentada.

Por todo o exposto, podemos concluir que a utilização do instituto do “consentimento informado” representa a efetivação de um modelo de prática da medicina que privilegia a efetivação dos direitos fundamentais no plano horizontal, em que a prestação do serviço médico deixa de ser representada por uma relação médico-paciente pautada na autoridade do primeiro, para uma relação mais equilibrada, capaz de produzir um resultado alcançado por meio do diálogo.

Nesse sentido, entendemos que as decisões de tratamentos médicos alcançadas por meio deste diálogo, são decisões que tendem a serem menos judicializadas, visto que são decisões mais aptas a respeitarem as garantias individuais.

REFERÊNCIAS

DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão**, in Rev. HCPA 2007 n° 27, volume 2, pgs. 78-82. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/2568>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento informado no brasil – primeiras normas**. 1997. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

_____; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Modelos de relação médico-paciente**. 2000. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/relacao.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

GUZ, Gabriela. **O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros**, in Revista de Direito Sanitário, n° 1, volume 11. São Paulo, junho de 2010. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13197>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

KFOURI, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KUCZEWSKI, Mark; MEISEL, Alan. **Demystifying myths about informed consent**, in *Risk Management Foundation of the Harvard Medical Institutions*. Disponível em: <<http://www.rmhf.harvard.edu/~media/Files/Global/KC/Forums/2000/ForumAug2000.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

MINOSSI, J.G.; SILVA, A. L. **Medicina defensiva: uma prática necessária?** Rev Col Bras Cir. [periódico na Internet] 2013;40(6). Disponível em: <<http://www.scielo.br/rcbc>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

PANISA, Patrícia. **O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica e a responsabilidade civil médica**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado no Poder Judiciário brasileiro**, in Revista da AMRIGS, Porto Alegre, nº 56, volume 1, pgs. 87-92. Disponível em: <http://www.amrigs.com.br/revista/56-1/0000095683-17_1000.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2015.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no âmbito Privado – Contratos de adesão, planos de saúde e seguro saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN ADMINISTRATIVE SCOPE AND THE APPLICABILITY OF PRINCIPLE REASONABLE PROCESS DURATION

Luciano de Araújo Migliavacca *

Raquel Tomé Soveral **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Compreendendo a razoável duração do processo como um direito fundamental. 2 Para além do Judiciário: a aplicabilidade/efetividade da duração razoável nos processos administrativos. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Com o advento da Emenda Constitucional número 45 de 2004, o artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 adota como direito fundamental, em seu inciso LXXVIII, a garantia de que aos processos, judiciais e administrativos, seja assegurada a razoabilidade no tempo de duração. Ocorre que a concretização deste direito muitas vezes não é resguardada. O estudo tem como objetivo demonstrar que os processos no âmbito administrativo devem observar a celeridade em sua tramitação e, ainda, considerando que o impulso destes procedimentos incumbe, na sua maioria, à própria Administração Pública objetiva-se demonstrar que esta deve atuar em seus processos assegurando uma duração razoável, a fim de concretizar este direito fundamental. Adota-se, para o desenvolvimento deste ensaio, os procedimentos metodológicos analítico e histórico-crítico, utilizando-se de pesquisa bibliográfica. Pode-se apontar como resultados a necessidade de utilização dos mecanismos fornecidos pelos legisladores e pelos tribunais superiores para que seja possível conferir efetividade aos direitos fundamentais, especificamente à razoável duração do processo administrativo. Assim, é possível concluir ser imprescindível que toda a legislação esteja adequada e seja editada direcionando a atuação administrativa na concretização do direito em comento. Outrossim, revela-se imperiosa a utilização dos instrumentos existentes na condução dos processos administrativos, conferindo observância à eficiência administrativa. Além disto, deveria existir maior controle – tanto pelo Judiciário quanto pela Administração – na prestação dos serviços relacionados aos processos e procedimentos no âmbito do direito administrativo conjugado com a conscientização do reflexo da atuação realizada por todos os envolvidos na resolução destes processos.

Palavras-chave: Efetividade. Direitos fundamentais. Razoável duração.

ABSTRACT: *With the advent of the Constitutional Emend number 45 of 2004, Article 5 of the*

* Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - DINTER UNESA /IMED, em Direito Público e Evolução Social, vinculado à linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Mestre em Direito - UNISC. Pós-graduado lato sensu em Direito Tributário – UPF. Professor de Direito Processual Civil - IMED. Coordenador da Escola de Direito da IMED. Advogado.

** Mestre em Direito pelo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – UMINHO, em dupla titulação. Pós-graduanda lato sensu em Direito Penal e Processo Penal - IMED. Professora da Escola de Direito da IMED. Advogada.

Como citar: MIGLIAVACCA, Luciano de Araújo. SOVERAL, Raquel Tomé. A efetividade dos direitos fundamentais no âmbito administrativo e a aplicabilidade do princípio da razoável duração do processo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, 301 ano 19, n. 29, p. 1-13, jan.-jul., 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

Brazilian Constitution of 1988 adopted as a fundamental right in your item LXXVIII, ensuring that the processes, judicial and administrative, is ensured the reasonableness of the length of time . It happens that the realization of this right is often not guarded. The study aims to demonstrate that the processes at the administrative level must observe the speed in its procedure and also considering that the thrust of the following incumbent, mostly the Public Administration itself the objective is to demonstrate that it must act in their processes ensuring a reasonable time in order to achieve this fundamental right. Is adopted, to develop this essay, analytical and historical-critical methodological procedures, using bibliographic research. Can point as a result the need to use the mechanisms provided by legislators and by the superior courts so that you can check effectiveness of fundamental rights, specifically the reasonable duration of the administrative process. Thus, it can be concluded to be essential that all legislation is appropriate and is edited directing the administrative activities in realization of the right under discussion. Furthermore, it is revealed compelling the use of existing instruments in the conduct of administrative procedures, and compliance with the administrative efficiency. In addition, there should be more control - both by the judiciary and by the Administration - in the provision of services related to the processes and procedures within the administrative law combined with the reflection of the awareness of the role performed by everyone involved in the resolution of these processes.

Keywords: Effectiveness. Fundamental rights. Reasonable length.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 consegue dar azo a inúmeros direitos humanos, fazendo com que estes se tornem direitos positivados e, por conseguinte, elevados à categoria de fundamentais, a fim de que sejam efetivados pelo poder público, conferindo à sociedade a segurança de que os direitos entendidos como essenciais – direcionados a concretização da dignidade da pessoa humana, tenham previsão legal e sejam concretizados.

Foi com o advento da Ementa Constitucional número 45, de 2004, que o artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 adotou como direito fundamental, em seu inciso LXXVIII, a garantia de que aos processos, tanto judiciais quanto administrativos, seja assegurada a razoabilidade no tempo de duração. No entanto, tal como ocorre com outras garantias constitucionais, a concretização deste direito fundamental por vezes não é observada.

Atento ao fato de que o Estado, por razões questionáveis, deixa injustificadamente de conferir aplicabilidade e efetividade às normas constitucionais fundamentais, é que se justifica a realização do presente estudo, o qual tem como objetivo demonstrar que os processos no âmbito administrativo devem observar a celeridade em sua tramitação evitando dilações indevidas.

Inegável que o tempo tem relevância ímpar no processo administrativo, uma vez que o indivíduo busca alcançar em concreto objetivo e resultado que não foi obtido sem aquele, ou seja, ter sua

pretensão, já resguardada de forma abstrata pela norma legal, também, concretamente. E quando isto não ocorre duvida-se da efetividade da tutela, afinal para alcançar o objetivo o tempo é essencial.

Imprescindível que o Estado, por meio dos seus Poderes, confira garantias fundamentais, mas, conjuntamente, por meio do Executivo e do Judiciário transmute a abstração da previsão e confira concretização a tais direitos.

Outrossim, considerando que o impulso dos procedimentos administrativos incumbe, na sua grande maioria, à própria Administração Pública objetiva-se demonstrar que esta deve atuar em seus processos assegurando uma duração razoável, a fim de concretizar este direito fundamental, bem como, resguardar os princípios constitucionais do regime jurídico administrativo, especialmente no tocante à legalidade, eficiência e supremacia do interesse público.

Em razão disto, a problemática que se faz latente é entender se o direito fundamental à razoável duração do processo é, igualmente, aplicável aos processos no âmbito administrativo?

Ressalta-se que, ao questionar-se se o direito fundamental à razoável duração do processo tem aplicabilidade nos âmbitos do judiciário e do executivo se esta questionando, indubitavelmente, se o poder público tem resguardado a efetividade deste direito.

Assim, o presente ensaio desenvolve uma linha de pesquisa acerca dos direitos fundamentais e sua importância prática, demonstrando a fundamentabilidade da razoável duração dos processos para além da aplicabilidade jurisdicional, tendo como base os procedimentos metodológicos analítico e histórico-crítico, utilizando-se de pesquisa bibliográfica.

Para tanto, este ensaio desenvolve-se, num primeiro momento, direcionado a uma compreensão robusta sobre a razoável duração do processo enquanto um direito fundamental e, ao ultrapassar tal entendimento, será demonstrado que tal direito, ou princípio, deve ser aplicado igualmente nos âmbitos jurisdicional e administrativo, a fim

de apontar a emergente imprescindibilidade de que tal princípio seja observado quando da resolução das demandas administrativas.

1 COMPREENDENDO A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A garantia de que os processos devem observar a celeridade tornou-se um direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988 com o advento da Emenda Constitucional número 45 do ano de 2004. Assim, o artigo 5º da Constituição conferiu, no seu inciso LXXVIII, aos indivíduos o direito fundamental à duração razoável no tempo de tramitação dos processos administrativos e judiciais, nos seguintes termos “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Necessário salientar que tal direito já encontrava ressonância em nosso ordenamento jurídico pela incorporação do texto da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos conforme Decreto de promulgação nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Inicialmente deve-se atentar à importância existente no tocante aos direitos fundamentais, justamente porque com a consagração dos direitos humanos nas Constituições é que surge o que se denomina direitos fundamentais, os quais estão vinculados ao reconhecimento das necessidades que emergem ao longo da evolução social, especialmente quando da transmutação do Estado Liberal para o Estado Moderno, além dos reflexos decorrentes dos procedimentos tecnológicos e industriais (SARLET, 2007).

Tal redimensionamento do Estado, relativamente à concretização e efetivação dos direitos fundamentais, advém da exaustão deste na prestação jurisdicional, fazendo com que seja verificada a existência de uma crise em relação à efetiva resposta dos processos em um lapso temporal apropriado para aqueles que utilizam dos processos como última medida, caracterizando a crise institucional que “é especialmente do e no Estado moderno” (GORCZEWSKI, 2007, p. 41-42).

Nota-se que a codificação dos direitos fundamentais, a qual soma uma validade jurídico-positivo e consegue aliar-se à existente validade moral, aparece exarando a sua obrigatoriedade em decorrência de sua institucionalização (ALEXY, 1999).

Em linha de raciocínio corrobora-se que os direitos aparecem ao longo dos anos consoantes às necessidades, ou seja:

Ainda que fossem necessários, os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder (BOBBIO, 1992, p. 6).

Os direitos humanos denotam direitos inerentes à própria qualidade de ser humano, no sentido de direcionar as condutas legislativa, administrativa e judiciária a perseguição de tais valores quando de suas atuações. E, em sendo esses valores positivados nos ordenamentos constitucionais, passam a ter o reconhecimento de direitos fundamentais (GORCZEVSKI, 2009).

Destaca-se que a atual Constituição brasileira pode ser compreendida enquanto marco legal de institucionalização dos direitos humanos e, por consequência, da afirmação democrática no país. Afinal, consagra a imprescindibilidade do respeito aos direitos humanos, como modelo almejado pela ordem internacional (PIOVESAN, 1998).

Portanto, a fim de alcançar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a existência de proteção e concretização dos direitos fundamentais é de essencial relevância, afinal é inconcebível almejar um Estado assegurado de direitos sem a efetividade dos direitos humanos previstos na norma constitucional (SARLET, 2007).

Tamanha a morosidade e inefetividade da prestação jurisdicional, “que outra saída não restou ao legislador senão elevar a garantia da razoável duração do processo ao patamar de direito fundamental” (HOTE, 2007, p. 472).

Criticamente, poderia ser considerado exagerado tratar a razoável duração do processo como um direito humano fundamental se comparado com outros desses direitos, como o direito à vida, à liberdade, à integridade, entre outros, mas estes por serem mais genéricos e, igualmente, mais conhecidos geralmente tem maior respeitabilidade e contam com mais instrumentos concretizadores, diferentemente da duração excessiva dos processos que, ainda, caminha buscando mecanismos de efetivação. Nesta seara disciplina Paulo Hoffman (2005):

De fato, colocar-se em disputa o “direito à vida” em confronto com a duração do processo pode gerar a impressão de que esse último seria quase banal, mas não o é, de modo algum. Um processo judicial ou administrativo pode levar uma pessoa ou empresa à ruína financeira ou ao desespero total. Não nos referimos somente ao processo penal – este ainda mais grave, por envolver, além da liberdade do indivíduo, seu nome e sua família, - mas também ao civil, sem o qual o patrimônio e a tranquilidade não podem ser considerados como um mero transtorno casual e inevitável. Um Estado democrático não pode abandonar seus cidadãos a um processo lento e viciado, pois não é raro que as vidas e o destino das pessoas estejam diretamente vinculados à solução de um determinado processo.

Como um dos vetores que devem ser observados quando da realização dos processos surge, diante deste direito, o princípio e garantia da celeridade processual, uma vez que, conjuntamente com a razoável duração do processo, direciona-se na realização de um processo justo. “Portanto, o princípio assegura o desenvolvimento do processo sem dilações indevidas, ou seja, sem atos processuais desnecessários e inadequados para o escopo do processo” (BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 128).

A importância de tal direito fundamental resta confortada pela expressão de Couture ao afirmar que “*en el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia*”(1945, p. 37).

Destarte que a compreensão do que seja uma tramitação considerada realizada em tempo razoável não é de fácil verificação, pois “a noção de razoabilidade é uma ideia vaga, aberta e imprecisa. O razoável em Direito, é um conceito utilizado com prodigalidade em ramos distintos desta ciência” (ARRUDA, 2006, p. 288).

Pode-se afirmar que a palavra razoável denota conformidade com a razão, com aquilo que seja moderado, aceitável e, além mesmo, justo. (GUNTHER, 2009).

Em razão desta abertura semântica que a norma constitucional apresenta torna-se difícil a aplicação e fiscalização acerca da observância do tempo na tramitação processual (CRUZ; TUCCI, 1999).

Dito isto, inegável que em uma sociedade pluralista e evolutiva a compreensão dos direitos igualmente se modifique. Percebe-se diversas normas presentes na Constituição brasileira caracterizadas por sua vagueza semântica e, conseqüentemente, emanam a seriedade de ser realizado um entendimento junto ao processo interpretativo dessas

normas constitucionais, as quais estão presentes nos órgãos estatais, nas potências públicas, nos cidadãos, sendo todos esses intérpretes daquelas. Deste modo, “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” Afinal, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Resta estabelecido a imprescindibilidade de realizar a interpretação do texto constitucional para com a realidade social, buscando integração entre previsão abstrata e realidade fática, existindo diferenças entre norma e texto, pois aquela é gerada como resultado da interpretação associada às realidades contemporâneas (LEAL, 2007).

Os diversos intérpretes dão azo ao que se pode considerar como sendo um tempo de resolução aceitável. Considera-se, para aferir esse tempo, alguns critérios, quais sejam:

- a) a natureza do processo e a complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa (NERY JÚNIOR, 2009, p. 315).

Nesse sentido, resta demonstrada a garantia de que os processos devem observar uma duração razoável enquanto um direito humano fundamental, o que deverá ser protegido abstratamente e, essencialmente, deverá ser concretizado no âmbito de sua abrangência fática. Portanto, o tom é conferido pelo caso concreto, fazendo com que todos aqueles que de alguma maneira estejam envolvidos na resolução de um processo interpretem a norma constitucional da melhor forma a fim de conseguir conferir efetividade a este direito fundamental.

Tem-se, aqui a noção de tempo do processo sem que isso reflita necessariamente a ideia de velocidade no trâmite processual, posto que a complexidade do feito é que ditará a noção de razoabilidade, não havendo, por conseguinte, a possibilidade de uma fórmula matemática para a compreensão do tempo do processo. A razoabilidade encontra, nesse aspecto, íntima relação com a efetividade do direito pleiteado, devendo a prestação jurisdicional atender a tal item sob pena de tornar o processo, como um todo, injusto.

A imprescindibilidade de ser concretizado de maneira tempestiva a solução dos processos - seja na esfera judicial seja na administrativa - acarreta a obrigação de que as condutas e os comportamentos dos envolvidos na resolução dos processo se modifiquem, uma vez que o direito constitucional da razoável duração do processo tem eficácia imediata e a atuação deve direcionar-se na sua concreção. Inclusive porque mesmo antes da provisão nacional diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos já afirmavam a necessidade de concreção da celeridade na tramitação processual. Assim sendo, “devendo, pois, balizar um novo pensamento jurídico nacional que reflita diretamente no processo” (JOBIM, 2011, p. 118).

2 PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO: A APLICABILIDADE/EFETIVIDADE DA DURAÇÃO RAZOÁVEL NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

É evidente a necessidade do Poder Judiciário em solucionar os conflitos, até mesmo por sua função institucional, de forma célere e eficiente, ou seja, observando as exigências constitucionais, como o devido processo legal e a razoável duração do processo.

Inobstante a isto, é preciso ir além da esfera do processo jurisdicional. A imperiosidade de concretização do direito fundamental ora em comento, igualmente, deve ser aplicada no âmbito do direito processual administrativo, afinal:

se é verdade que um processo que se arrasta assemelha-se a uma negação de justiça, não se deverá esquecer, inversamente, que o prazo razoável em que a justiça deve ser feita entende-se igualmente como recusa de um processo demasiado expedito (OST, 1999, p. 382).

Sendo assim, um processo administrativo que se alongue por um período exageradamente excessivo não conseguirá trazer justiça às partes envolvidas, bem como deixará de observar o princípio da supremacia do interesse público, o qual deve se fazer presente em todos os âmbitos de atuação do Estado quando da realização da função administrativa, entre outros.

Assim, aparece como um dos princípios aplicáveis aos procedimentos administrativos a celeridade processual, aplicável a todos os processos, “por força do qual a Administração deve atuar no processo

com presteza, de sorte a que este tenha, como diz o texto constitucional (art. 5º, LXXVIII), duração “razoável” e se assegure a celeridade de sua tramitação” (MELLO, 2010, p. 504).

Denota-se aqui a ideia de celeridade vinculada ao tempo mínimo do processo no sentido de que não tenha dilações indevidas, sem que represente, por si só, uma noção de velocidade ao trâmite processual.

Inegável que o tempo tem relevância ímpar no processo administrativo, uma vez que o indivíduo busca alcançar em concreto objetivo e resultado, ou seja, ter sua pretensão, já resguardada de forma abstrata pela norma legal, também, concretamente. E quando isto não ocorre, duvida-se da efetividade da tutela, afinal para alcançar o objetivo o tempo é essencial (MAGALHÃES, 2013).

Assim sendo, o direito fundamental de ter o processo resolvido em um prazo razoável tem como destinatários os Três Poderes (NUNES, 2010). Conseqüentemente, todos os órgãos do Estado devem obediência a ele: direcionando que o Poder Legislativo crie e modifique normas adequadas e que propiciem instrumentos de concretização da celeridade processual; compelindo que o Executivo o observe nas das demandas em que figura como polo passivo ou ativo, bem como, quando realiza os procedimentos administrativos – decisões em âmbito de processos administrativos –; e o Judiciário na prestação da tutela jurisdicional.

Trabalhando no mesmo sentido a doutrina de Marcio Luís Dutra de Souza:

Este novo direito fundamental tem como destinatário o legislador, para que crie normas que visem assegurar a razoável duração do processo, e também os aplicadores do direito, como os juízes e os próprios agentes públicos, de modo geral, no sentido de dar maior eficácia à norma constitucional, conduzindo o processo da forma mais eficiente possível, e sem dilações indevidas (apud. BORGES, 2012, p. 71).

O raciocínio jurídico construído para firmar a necessidade de que o Poder Executivo, quando da resolução dos processos administrativos, deve obedecer ao enunciado constitucional da razoabilidade também encontra guarida num dos princípios constitucionais regentes da esfera de atuação da Administração, qual seja, o princípio da legalidade. Pois,

o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos

os seus agentes, desde que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro (MELLO, 2010, p. 101).

Incide na esfera administrativa, ainda, a razoabilidade no sentido de proibir condutas absurdas e desmedidas por parte da administração pública (MAFFFINI, 2009). Tal princípio impõe que as condutas administrativas tenham “relação de congruência entre as situações de fato e a atuação administrativa” (HARGER, 2001, p. 14).

Destarte que, se acaso a administração pública não observar os ditames constitucionais, seja do artigo 5º, seja do artigo 37, seja em atos comissivos ou omissivos, estará incorrendo em abuso de poder, espécie de ilegalidade administrativa, uma vez que a Administração esta obrigada a solucionar as questões dos processos administrativos em tempo razoável a fim de, igualmente, dar concretude à legalidade e eficiência administrativa (FLORIANO NETO, s.a).

Ademais, o princípio da razoabilidade faz parte das diretrizes que o Poder Público tem de seguir no exercício de suas atividades, principalmente daquelas atividades discricionárias, deverá seguir critérios do ponto de vista racional e equilibrado. Outrossim, quando a Administração atingir as liberdades individuais deve respeitar o devido processo legal (MELLO, 2010), sobretudo em razão das consequências que o processo administrativo acarreta em decorrência da forma de atuação da administração pública (SCHIARATO, 2010, p. 21).

Como já referido, a concretização do direito fundamental à razoável duração do processo encontra reflexo direto na concretização de inúmeros outros direitos fundamentais como eficiência administrativa, devido processo legal e legalidade, dentre outros, estando umbilicalmente vinculados, sem que seja necessário romper com as formalidades do processo (MIGLIAVACCA, 2012, p 114).

Corroborando com a afirmativa latente de que a celeridade está atrelada a atuação da Administração destaca-se o fato de que

o princípio da celeridade também poderia ser inferido, no tocante aos processos administrativos, pelo caput do artigo 37 da Carta Maior [além do artigo 5º], que determina que os atos da administração pública direta e indireta deverão ocorrer conforme vários princípios, dentre eles o princípio

da eficiência. Ou seja, deve a administração pública atuar de maneira a cumprir com os seus desígnios atrelando qualidade e celeridade tanto quanto possível (MORAES, 2007, p. 23).

Antes mesmo da inclusão desta garantia no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º, a Administração desde 1988 já devia estar atenta à celeridade das suas decisões, afinal: “isto também já está assegurado no art.37, pois quando aí se estatui que a eficiência é um dos princípios da Administração Pública, por certo que nisso se inclui a presteza na solução dos interesses pleiteados” (SILVA, 2009, P. 176).

Atentos a esses ditames constitucionais, o legislador tem colaborado para com a observância dos agentes públicos no exercício da função administrativa. Como alguns exemplos de aplicação da celeridade tem-se a necessidade de dar preferência de atendimento aos idosos, ao atendimento à população, bem como, ao andamento e finalização dos processos administrativos (BORGES, 2012).

Outro exemplo vem da legislação que regulamenta o processo administrativo em âmbito federal, disciplinando o prazo de trinta dias, salvo prorrogação motivada, para que a Administração decida o processo já instruído, artigo 49 da Lei número 9.784 de 1999.

Além disto, conta-se com entendimento dos tribunais superiores no sentido de condenar a Administração Pública a pagar indenização quando injustificadamente demoram para apreciar solicitações administrativas. (BRASIL, 2009).

A necessidade de realização dos processos administrativos com eficiência e celeridade não permanece nas fronteiras brasileiras, pois perpetrando um olhar ao direito comparado, Portugal traz a imprescindibilidade de assegurar uma duração razoável aos processos no âmbito administrativo desde o ano de 2003 com a previsão no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, no artigo 2º.1º: “princípio da tutela jurisdicional efectiva compreende o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado” (PORTUGAL, 2002, s.p.).

Corroborando com a afirmativa alhures, de que a norma constitucional apresentada neste ensaio tem como destinatários, além do Judiciário, também o Executivo, colaciona-se a doutrina de José Afonso da Silva (2004, p. 195) quando disciplina que os dispositivos obrigacionais que decorrem do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 “tem como destinatários mais o Poder Público [...]. A inviolabilidade dos direitos

assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores do poder.”.

Assim, é dever do legislador disciplinar os procedimentos e as técnicas processuais capazes de conferir duração razoável aos processos (MARINONI, 2009, p.15), bem como, dos administradores o desvio da exagerada burocracia sem ultrapassar aos comandos legislativos, com exigências efêmeras, causando-lhes dilatações indevidas (MONTEIRO, 2014).

Outro ponto destacado é que se preocupa com a demora exagerada nas deliberações da Administração, pois esta precisa acompanhar a dinâmica acelerada do mercado, e se houver demora nos despachos administrativos haverá dissintonia com o ritmo do mercado, o que colocará em risco a eficácia daqueles (PALMA, 2010).

A demora na resolução do processo administrativo implicará igualmente ofensa ao papel fundamental da administração pública no que concerne à asseguarção ao princípio democrático às partes como destacado por Taveira Júnior (2012, p. 135) posto que a resolução tardia resultará prejuízo ao instrumento de que se vale a administração para controle da juridicidade dos atos estatais.

Conforme já trabalhado, alguns critérios serão utilizados para aferição da duração (ir)razoável dos processos. Deve-se destacar que nos procedimentos administrativos, em razão de que a maioria dos impulsos procedimentais contarem com a atuação pública, deve-se considerar que “diante do dever de agir *ex officio* [de ofício] do poder público, o comportamento das partes deve ser examinado como contribuição para o término do feito, em prazo razoável” (NERY JÚNIOR, 2009, P. 316).

Deste modo, não poderia a Constituição brasileira conceder apenas aos processos judiciais a observância à duração razoável, justamente em razão de que “na prática, o acesso a estes processos [administrativos] – que após propostos têm seus andamentos impulsionados quase que exclusivamente pela própria administração – é muito restrito e, somando-se esta situação à insuficiência intrínseca ao poder público, a consequência natural é um trâmite ainda mais prolongado” (MORAES, 2007, p. 32).

Assim sendo, não basta que a legislação crie e regule mecanismos capazes de conferir celeridade, contraditório, justiça e efetividade aos processos, é necessário que as partes que estejam envolvidas na resolução desses – sejam processos judiciais ou administrativos – compartilhem da consciência em suas atuações e exercitem seus direitos

e deveres direcionados a contribuir com a celeridade na resolução dos processos administrativos.

Destaca-se, portanto, a imperiosidade de que os agentes públicos conscientizem-se disto e exerçam suas funções conforme as determinações das normas e princípios constitucionais aplicáveis ao regime jurídico administrativo a fim de casa vez mais conferir aplicabilidade/efetividade aos direitos fundamentais.

Evidencia-se a necessidade de um comprometimento tanto da Administração Pública quanto dos envolvidos no processo administrativo, rompendo-se o dogma de um processo tradicional, cultuando uma nova mentalidade dos operadores em busca de um resultado em tempo razoável, ou seja, justo e efetivo (MIGLIAVACCA, SOVERAL, 2011, p. 108).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, pode-se perceber que o Estado brasileiro confere proteções aos cidadãos por meio da previsão de direitos humanos fundamentais. Apesar de esses direitos estarem abstratamente previstos, sua concretização por vezes acaba não sendo observada, o que configura desrespeito às normas constitucionais.

Por serem os direitos humanos inerentes à qualidade de ser humano, direcionam as condutas legislativa, administrativa e judiciária à perseguição de tais valores quando de suas atuações.

Um dos direitos fundamentais insculpidos constitucionalmente, desde 2004, é a garantia de que os processos, em âmbito judicial e administrativo, sejam realizados em tempo razoável, ou seja, evitando dilações indevidas com o resguardo das garantias do devido processo legal.

Em razão de entender-se que a razoável duração do processo é direito humano fundamental de responsabilidade de todos os Poderes do Estado, bem como, de todos aqueles que de uma forma ou de outra estejam envolvidos na resolução de um processo, é que se justificou, e se justifica, o presente estudo, a fim de que se busquem meios de conferir aplicabilidade/efetividade a este direito quando da resolução dos processos administrativos, para além dos judiciais.

Tal estudo, embora em desenvolvimento, pode apontar como resultados a necessidade de utilização de outros mecanismos legais – o artigo 37, caput e §6º da Constituição Federal de 1988 e artigo 49 da Lei 9.784/99 – e pelos Tribunais Superiores – como os entendimentos

sumulados e a análise de demandas judiciais que versem sobre a demora nos processos administrativos – para que seja possível concretizar o direito fundamental à razoável duração do processo administrativo.

Ademais, ressalta-se que é o caso concreto que fornece as condições para que se consiga verificar se a tramitação está ou não sendo célere, devendo-se ponderar sobre a complexidade da causa, a atuação dos envolvidos e o comportamento da própria Administração na condução da resolução do conflito.

Outrossim, revela-se imperiosa a utilização dos instrumentos existentes na condução dos processos administrativos, conferindo observância à eficiência administrativa. Além disto, deveria existir maior controle – tanto pelo Judiciário quanto pela Administração – na prestação dos serviços relacionados aos processos e procedimentos no âmbito do direito administrativo conjugado com a conscientização do reflexo da atuação realizada por todos os envolvidos na resolução destes processos.

Nesse sentido, é possível concluir ser imprescindível que toda a legislação esteja adequada e seja editada direcionando a atuação administrativa na concretização do direito em comento. Ademais, que a administração pública esteja atenta a este direito e confira concretude a ele quando da resolução os processos.

Além disto, é necessária a conscientização de todos aqueles envolvidos no trâmite dos processos – sejam eles judiciais ou administrativos.

Assim, considerando o atual Estado Democrático de Direito e toda a estrutura de direitos humanos e fundamentais nele presentes, almejando que haja a concretização da duração razoável dos processos é preciso refletir e reconhecer uma mudança de paradigma acerca deste direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Alice Gonzales. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/915066/DLFE-53906.pdf/REVISTAEDESP70.pdf>> Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 22 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992.

Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n.1052461. Diário da Justiça Eletrônico 16 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.1:acordao;resp:2009-04-02;1052461-924234>> Acesso em 20 jan. 2016.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

COUTURE, Eduardo. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**. Montevideo: [s.n.], 1945.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (Coord.) **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 323-345.

FLORIANO NETO, Alex. **Da razoável duração do processo administrativo em âmbito federal**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31442-35504-1-PB.pdf>> Acesso em 11 mar. 2015.

GORCZESVSKI, Clovis. **Direitos humanos**. Conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

_____. **Jurisdição paraestatal**: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **Jurisdição**: crise, efetividade e plenitude institucional. Curitiba: Juruá, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana**. Jusnavegandi. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em 26 maio 2010.

HOTE, Rejane Soares. A Garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. **Revista da Faculdade de Campos**, Ano VIII, n. 10, Junho de 2007. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>> Acesso em: 26 mar. 2016.

JOBIM, Marco Félix. **Direito à razoável duração do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. São Paulo: Conceito, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**- Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAGALHÃES, Paulo Eduardo Ferreira. **Ensaio para uma tutela judicial efetiva**. 2013. Disponível em: <<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70078/2/13071.pdf>> Acesso em 02 jun. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: **Revista Jurídica**. Ano 57, n. 379. Porto Alegre: Notadez, maio de 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo. Ativismo judicial e processo civil no Estado contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 8, n. 1. p. 108-124, 2012. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/280/230>> Acesso em: 29 maio 2015.

_____; SOVERAL, Raquel Tomé. Reforma do código de processo civil: a busca pela razoável duração do processo, como direito fundamental, frente às garantias processuais. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 7, n.1, p. 98-111, 2011. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/259>> acesso em: 02 jun. 2015.

MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. **A importância do direito fundamental à razoável duração do processo**: nunca é demais lembrá-la! 2014. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-importancia-do-direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo-nunca-e-demais-lembra-la,46892.html>> Acesso em 01 jun. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Nicolas Souza de. **A razoável duração do processo como um direito fundamental**. Rio de Janeiro: PUC, 2007. Disponível em <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11540/11540.PDF>> Acesso em 10 mar. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>> Acesso em 02 jun. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. In: **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PORTUGAL. **Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. Lei n. 15/2002. Disponível em: < <http://www.stadministrativo.pt/pdf/codigodeprocessonostribunaisadministrativos.pdf>> Acesso em 22 mar. 2016.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 9-52.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVEIRA JÚNIOR, Rubens Silveira. O processo administrativo como instrumento democrático de participação. **Revista Controle**. Volume 10, n. 1, p. 115-139, jan./jun., 2012. Disponível em: < <http://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/1780-artigo-5-o-processo-administrativo-como-instrumento-democratico-de-participacao.pdf>> Acesso em 26 mar. 2016.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PROTEÇÃO DOS BENS AMBIENTAIS NAS COMUNIDADES TRADICIONAIS: OS DESAFIOS DA MODERNIDADE PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE DENTRO DA SOCIEDADE DE RISCO

INTELLECTUAL PROPERTY AND PROTECTION OF ENVIRONMENTAL RESOURCE ON TRADITIONAL COMMUNITIES: THE MODERN CHALLENGES FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION IN THE RISK SOCIETY

Carlos Frederico Saraiva Vasconcelos *

SUMÁRIO: Introdução. 1 A propriedade intelectual e a tutela jurídica nacional. 2 Patentes biotecnológicas e a proteção do patrimônio imaterial das comunidades tradicionais. 3 A proteção da propriedade intelectual em matéria de biotecnologia e desenvolvimento sustentável: dicotomias da sociedade de risco. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente estudo objetivou demonstrar a dicotomia entre a necessidade da proteção da propriedade intelectual, como uma consequência da pesquisa, e entre a necessidade de se proteger os bens ambientais nas comunidades tradicionais, na busca de um desenvolvimento sustentável. Para que este desenvolvimento seja alcançado, muitas vezes, a exploração desmedida dos recursos naturais e dos conhecimentos tradicionais afetam diretamente as comunidades tradicionais, que através de décadas, ou até mesmo séculos, desenvolvem *know-how* para exploração do meio ambiente de forma sustentável e produzem conhecimento empírico aplicado à coletividade na forma de medicamentos, e comumente se veem alijados desta técnica desenvolvida, em face do seu patenteamento indevido, mas sem que tenham a devida retribuição financeira. Abordar-se-á a dicotomia existente entre a proteção da propriedade intelectual e o direito à saúde, dentro de uma perspectiva exploratória dos bens naturais e dos conhecimentos tradicionais com paradigma nos riscos gerados à humanidade, à natureza e a proteção ambiental. O estudo pretendeu apresentar que, para se alcançar um eficaz desenvolvimento sustentável e uma sadia qualidade de vida será necessária a prática de autocrítica da civilização, com vistas a rever os seus valores sobre a proteção da patente e as práticas lesivas ao próprio meio ambiente dentro de uma sociedade de risco. Para este estudo será utilizada a pesquisa descritivo qualitativa utilizando-se o levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Conhecimento Tradicional. Sociedade de Risco. Proteção Ambiental.

ABSTRACT: *This study plained to demonstrate the dichotomy between the need for protection of intellectual property, as a result of the research, and between the need to protect the environmental assets in traditional communities in the pursuit of sustainable development. In order for this development to be achieved, often the overexploitation of natural resources and traditional knowledge, directly affect traditional communities, which over decades, or even centuries, develop know-how for environmental sustainably and produce empirical knowledge applied to the community as medicines, and commonly find themselves priced out of this technique developed in*

* Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Faculdade Dom Helder Câmara Belo Horizonte. Professor de Direito Administrativo, Teoria Geral da Interpretação jurídica, Direito do Consumidor e Direito Ambiental pela Universidade Salgado de Oliveira Universo. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

Como citar: VASCONCELOS, Carlos Frederico Saraiva. A propriedade intelectual e a proteção dos bens ambientais nas comunidades tradicionais: os desafios da modernidade para tutela do meio ambiente dentro da sociedade de risco. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-16, jan.-jul., 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

the face of its improper patenting, but without having the proper financial reward. It will address the dichotomy between protecting intellectual property and the right to health within an exploratory vision of natural resources and traditional knowledge, paradigm with the risks posed to humanity, nature and environmental protection. The study aims to present that in order to achieve an effective sustainable development and a healthy quality of life, the practice of self-criticism of civilization will be required in order to review its figures on patent protection and practices harmful to the environment itself within a risk society. For this study will be used qualitative descriptive research using the literature.

Keywords: Human Rights. Fundamental rights. Risk Society. New Rights. Environmental Protection.

INTRODUÇÃO

A preocupação com a tutela dos direitos com relação à propriedade remonta, efetivamente, aos primórdios da humanidade passando por Roma, pela Idade Média e pela modernidade, remanescendo até os dias atuais, sem que se tenha uma tutela mundial ampla e definitiva, que venha a solucionar tal problema.

Uma das vertentes da propriedade, que encontra enorme discussão de como efetivar a sua tutela na atualidade, é a propriedade intelectual, que, atrelada à pesquisa e às novas tecnologias, geram interesses econômicos milionários para o detentor de sua patente e para o país que efetivou o seu registro.

Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional buscou um incremento tecnológico para o modo de vida trazendo a reboque importantes transformações no direito internacional, que se refletiram nos direitos de propriedade intelectual.

Nesse diapasão, pretende-se demonstrar que, em função da Sociedade de Risco, surgida com as consequências da Pós-Modernidade, faz-se necessário discorrer sobre as novas tecnologias criadas pelo homem, especialmente a biotecnologia e as formas de se proteger a propriedade intelectual advinda desses novos fenômenos, sem deixar de lançar um olhar mais apurado para as consequências geradas para o homem, bem como para o meio ambiente.

Utiliza-se como método o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa explicativa qualitativa.

1 A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A TUTELA JURÍDICA NACIONAL

Há muito o homem discute sobre as formas de defender a sua propriedade, tida como bem maior norteador de um patrimônio ou de uma riqueza.

Várias foram as teorias formuladas para defesa e legitimação desse direito, tais como a Teoria da Ocupação, apoiada por Planiol e Ahrens, Teoria da Lei, visitada por Hobbes, Bossuet, Mirabeau, Benjamim Constant e Bentham e que teve Mostesquieu como seu maior paladino, Teoria da Especificação, abraçada pelos economistas e a Teoria da Legitimidade do direito de propriedade, que remontou a ideia de que a propriedade é um fato histórico e que deveria ser conservado.

Historicamente, a propriedade, nos primórdios da civilização, tinha uma conotação mais coletiva, migrando para a ideia da individualização de forma paulatina, mas cuja certeza científica de tais afirmações ainda encontra-se sob um véu de obscuridade.

Desde as instituições romanas, o direito à propriedade constitui a pedra angular do regime político das nações, sendo a propriedade privada, preservada pelo individualismo econômico, resguardada de qualquer forma de usurpação e apossamento indevido, admitindo qualquer forma de reforma social, desde que preservado esse direito.

A palavra propriedade deriva do latim *proprius*, privado de si mesmo, ou *proprietas*, aquilo que é pertença legítima de alguém.

Os elementos constitutivos da propriedade são o *jus utendi, fruendi et abutendi*, ou a possibilidade de se usar, dispor e fruir do conteúdo positivo do direito de propriedade. Apesar destes elementos serem autônomos, não se confundindo uns com os outros, temos que a plena propriedade se dá quando reunidos todos em favor de um único titular, apesar de também a propriedade se constituir em um único direito, abrigada pelo princípio da elasticidade do domínio.

O direito brasileiro preserva e disciplina sobre a propriedade no artigo 1.228 do Código Civil encerrando os chamados poderes proprietários: usar, gozar, dispor e reivindicar, que remanescem com as

estruturas semelhantes às postadas por Justiniano em suas Institutas, e tem a seguinte redação:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

Todas essas características, entretanto, não podem ser analisadas isoladamente, mas sim consideradas dentro de um parâmetro onde a propriedade comporta-se de modo diferenciado, de acordo com as respectivas situações. Deve-se destacar o papel ocupado pela propriedade de direitos imateriais, como cotas, ações, marcas, patentes, etc., como pedra de toque dessa revisão.

Uma importante especificidade deve ser estudada, qual seja, a propriedade intelectual, que também mereceu a sua proteção do legislador constituinte quando no art. 5º, XXIX da Constituição da República de 1988 assim preceituou:

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).

José Afonso da Silva, traçando comentários sobre o enunciado normativo, ponderou que “o direito aí reconhecido decorrerá da lei, a que o constituinte remeteu a sua garantia. a lei, hoje, é a de n. 9.279, de 14.5.1996. Trata-se, pois, de uma norma constitucional de eficácia limitada, o que não se compraz com as normas definidoras do direito individual.” (SILVA 2005, p. 124,125).

Apesar da proteção constitucional do instituto, as expressões patente e propriedade intelectual não foram abordadas e utilizadas pelo legislador constituinte, sendo referenciadas apenas na norma infraconstitucional, Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996, que tratou especificamente sobre o tema.

Paulo Affonso Leme Machado, ao tratar sobre o tema, analisa o texto constitucional, e especifica que o bem a ser protegido não deve atender apenas aos anseios de seu inventor, mas também do interesse social, assim discorrendo:

O texto constitucional de 1988 possibilita ao legislador conceder monopólio temporário para o titular de uma patente, no sentido de impedir que terceiro, sem seu consentimento, produza, use, coloque à venda, venda ou importe com estes fins produto objeto de patente e processo, ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

Atente-se a que não se protege a invenção ou a criação só pela vantagem que possa trazer ao inventor ou criador, mas é imprescindível que o bem a ser protegido esteja de acordo com o interesse social e com o interesse do desenvolvimento tecnológico e econômico do país (MACHADO, 2015, p. 50).

Fica claro, portanto, que, para a proteção da propriedade intelectual, não basta apenas que o seu proprietário tenha o intuito de registrar o invento para que possa usufruir das vantagens econômicas que possa gerar, mas que o bem a ser protegido pela patente esteja em conformidade, inclusive, com o desenvolvimento sustentável e que a sua utilização não cause impacto à proteção do meio ambiente.

Nunca é demais lembrar que o nosso legislador constituinte de 1988 preconizou a defesa e a preservação do meio ambiente como um direito fundamental, como às presentes e futuras gerações, sem nenhuma distinção, quando disciplinou no *caput* do art. 225 da Constituição da República:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Em que pese o surgimento dos novos direitos, a tutela constitucional ambiental jamais deve ser abandonada, devendo ser considerado como uma visão única a mais valia ambiental, como garantia do bem mais valioso dentre os direitos fundamentais, protegido pelo caput do art. 5º, do citado diploma, que é a vida em todas as suas circunstâncias, sejam de seres humanos e não humanos.

O legislador pátrio, seguindo a tendência constitucional, regulou a defesa, direitos e obrigações decorrentes da propriedade

intelectual, ao promulgar a Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996, com o intuito maior de proteger a invenção e o seu protagonista, onde em seu art. 42 assim disciplinou:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

§ 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente (BRASIL, 1996).

Em suas disposições preliminares, o texto infraconstitucional tratou sobre a regulação de direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, sem especificar acerca da propriedade intelectual, mas que, em uma interpretação teleológica, é factível de se verificar que a proteção ali postada para aquela, também abraça esta.

A atividade inventiva ainda ganhou mais um reforço de proteção quando o Congresso Nacional Brasileiro aprovou o Acordo dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPICs) através do decreto Legislativo 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto 1.355 de 30 de dezembro de 1994 onde, em sua ementa, apresenta texto promulgando a ata final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), ou acordo geral sobre tarifas e comércio.

Com relação à proteção trazida pelo GATT, como o intuito de regular o assunto perante o comércio internacional, trazendo unicidade de comportamento e segurança jurídica, Bruno Torquato de Oliveira Naves assim discorreu:

O fechamento da rodada Uruguai ocorreu em 1994, quando foi firmado o Tratado de Marrakech com o novo GATT (revisão das regras aduaneiras) e os demais anexos temáticos, além do estabelecimento do marco regulatório para a propriedade intelectual e a comercialização de invenções e modelos de utilidade, o TRIPS.

No que se refere à propriedade intelectual, o TRIPS veio para atender a demanda dos países mais industrializados e economicamente desenvolvidos, principalmente os Estados Unidos e alguns membros da União Europeia, que no período compreendido nos anos 1980 e 1990 enfrentaram um aumento da competição nas exportações de produtos manufaturados provenientes dos países de economias emergentes.

[...] Assim, O TRIPS possibilitou a extensão de toda criação tecnológica, vedando qualquer tratamento discriminatório a produtos importados (art. 27.1) e prescrevendo um período mínimo de vinte anos de proteção patentária, a contar da data de depósito (art. 33) (NAVES e QUALGLIA, 2015, p. 125/126).

É evidente que a aceitação dos acordos que fundamentam a proteção do direito à propriedade intelectual no âmbito internacional, está atrelado à filiação à Organização Mundial do Comércio - OMC, da qual o Brasil é signatário, sendo primordial ainda uma unicidade de pensamento e intensões, para coadunar comportamentos internos à proteção ambiental e da invenção.

A pluralidade legislativa nacional para a proteção da propriedade intelectual e a importância da tutela de tal bem imaterial é inegável, mas de nada adiantaria todo esse arcabouço protetivo se o bem patentado venha colocar em risco o meio ambiente, devendo ser lançados olhares mais cuidados sob as patentes, principalmente as biotecnológicas e aquelas que colocam em risco o patrimônio imaterial das comunidades tradicionais, na forma de usurpação do conhecimento tradicional sem compensação da mais valia econômica.

2 PATENTES BIOTECNOLÓGICAS E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO IMATERIAL DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

Quando se fala de proteção à propriedade intelectual é difícil desvincular do pensamento de novas tecnologias e desenvolvimento

sustentável, assim como da maneira que essas novas tecnologias foram geradas, ou como estes novos produtos que requerem patente foram descobertos, isso tudo porque somente ao verdadeiro descobridor ou inventor é que se deve dar a proteção requerida, e não ao terceiro que de maneira apropriadora usurpa de propriedade alheia.

O legislador constituinte, preocupado com o desenvolvimento e progresso da ciência, como previsto no art. 218 da Constituição da República, alavancou a liberdade de pesquisa à categoria de direito fundamental, estando a sua previsão insculpida no inciso IX do art. 5º, assim dispostos:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (BRASIL, 1988).

Art. 5º. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).

Maria Helena Diniz discorre sobre os desafios dos novos paradigmas científicos, onde a evolução técnico-científica, nem sempre é acompanhada por uma responsável discussão ético-jurídica, abrindo uma lacuna entre o ontológico e o deontológico assim assentando:

Com a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biológicas e com o surgir das difíceis questões ético-jurídicas por elas suscitadas, o direito não poderia deixar de reagir, diante dos riscos a que a espécie humana está sujeita, impondo limites à liberdade de pesquisa, consagrada pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988 (DINIZ, 2002, p. 8)

Não se trata, de obstar a pesquisa e os avanços tecnológicos, muito pelo contrário, a ciência vive de mãos dadas com o desenvolvimento, e, conseqüentemente, com a evolução econômica. Deve-se atrelar este desenvolvimento tecnológico a uma discussão aberta e mais criteriosa, envolvendo todos os setores da sociedade, para que os beneficiários destas novas tecnologias tenham noção dos seus efeitos, e tenham a possibilidade de escolher entre cultivar o seu uso ou não.

Carlos Maria Romeo Casabona, ao discorrer sobre o assunto, lança um olhar crítico sobre o tema, ditando ser necessário na pós-modernidade um alinhamento entre o as mudanças tecnológicas e os sistemas de controle, assim firmando:

No há sido infrecuente para el Derecho, pero com una mayora celeración a lo largo de este siglo, encontrarse com la necesidad de tener que enfrentarse a situaciones sociales nuevas, derivadas de los cambios en los sistemas de control y producción de bienes y servicios y de las relaciones económicas, de los descubrimientos o avances tecnológicos y científicos, o de las modificaciones en las relaciones interindividuales, em cuyo conjunto las Ciencias Biomédicas constituyen uno de los ejemplos más representativos¹ (CASABONA, 1998, p. 151-153).

Sempre que o Direito confronta-se com o avanço da tecnologia, observamos o choque de paradigmas, tornando-se necessário uma rediscussão dos pilares já firmados, com vistas a uma pacificação social da ordem perturbada. O paradigma tradicional e com tutela já estabelecida, se vê subjugado por algo novo e que afronta aqueles padrões éticos não mais seguros e, agora, questionados.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, aliada lançam o farol sob uma nova perspectiva sobre o enfrentamento proposto, sendo necessária a proteção dos conhecimentos tradicionais e das tecnologias arraigadas na tradição, da mesma forma que se protege uma tecnologia biológica inovadora, assim disciplinando:

O respeito às minorias e à pluralidade só é possível garantindo-se a concepção de vida boa para cada um. Não é juridicamente aceitável, em um Estado Democrático de Direito, a imposição do conteúdo de valores universalizantes. Logo, o desafio da época em que vivemos é trazer a concepção do Direito como racionalidade de fins, ao autorizar, ordenar ou proibir uma conduta, bem diversa da racionalidade instrumental defendida pela Medicina que busca, tão somente, a eficácia da medida tomada (SÁ e NAVES 2015, p. 273).

Não se deve jamais distanciar da discussão ética dos novos direitos, sob o risco do cometimento de erros e danos aos direitos fundamentais

¹ Como tem sido infrecuente para o direito, mas com uma maior aceleração ao longo desse século, encontrar-se com a necessidade de ter que enfrentar-se a situações sociais novas, derivadas das mudanças nos sistemas de controle e produção de bens e serviços e das relações econômicas, dos descobrimentos ou avanços tecnológicos e científicos, ou de modificações nas relações interindividuais, cujo conjunto das ciências biomédicas constituem um dos exemplos mais representativos (Tradução Livre).

de forma irreparável, trazendo um grande risco para as coletividades tradicionais e ao conhecimento tradicional, como patrimônio imaterial.

Alberto Díaz, quando discorre sobre a importância da investigação científica aponta para uma universalização do conhecimento, não devendo ficar restrito aos postos acadêmicos, glorificando apenas os seus atores, mas disseminando a cultura desse conhecimento adquirido, desta forma pontuando:

Las tareas de investigación científica que allí se realizan tienen el mismo grado de importancia, en la medida en que aseguran la calidad y actualidad de lo que se enseña. Dicho de otro modo, crean conocimiento o son capaces de actualizar y adaptar el que se genera en otras partes del mundo.

Pero hay un tercer papel que desempeñan, no menor aunque lo realicen tímidamente: el de ser emprendedoras y ocuparse de transferir el conocimiento como instituciones, como cultura universitaria, y no sólo por el hecho de que uno de sus egresados trabaje en una empresa o un professor haga consultorias² (DIÁZ 2014, p. 129).

Indiscutível é que, as possibilidades de exploração de nossa biodiversidade, permanecem em grande parte restrita pela falta de pesquisa e pela falta de incentivo dos órgãos públicos, trazendo aí um enorme risco de exploração com intenções diversas e ditas não econômicas veladas, assinadas por terceiros interessados, sob uma cortina, inclusive, de estudos antropológicos.

E os mais prejudicados são aquelas sociedades tradicionais, onde, instaladas em um mesmo bioma há séculos, desenvolvem empiricamente formas de exploração sustentável de grande parte do potencial biológico do nicho ecológico onde se localizam, para de repente se verem furtados de seu conhecimento pela ganancia da exploração econômica.

² As tarefas de investigação científica que ali se realizam tem o mesmo nível de importância, na medida em que se asseguram a qualidade e atualidade do que se ensina. Dizendo de outra maneira, criam conhecimento e são capazes de atualizar e adaptar o que se gera em outras partes do mundo. Mas há um terceiro papel que desempenham, não menor, ainda que o realizem tímidamente: o de ser empreendedoras e ocupar de transferir o conhecimento como instituições, como cultura universitária, e só não pelos feitos que um de seus egressos trabalhe em uma empresa ou um professor faça consultorias (tradução livre).

O conhecimento tradicional associado segundo a revogada Medida Provisória nº 2.186-16/2001, é qualquer informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao Patrimônio Genético. Essas informações são derivadas das experiências realizadas por essas comunidades, da observação de fenômenos e da troca dos conhecimentos com outras comunidades, muitas vezes sem nenhum condão científico, motivados pela necessidade de se adaptarem ao ambiente em que vivem ao longo do tempo.

A associação do raciocínio de que se preservando e protegendo o conhecimento tradicional estamos protegendo o meio ambiente e o patrimônio cultural é pacífico e necessário, não podendo se abrir brechas para influências externas exploradoras agirem impunemente no território nacional, sendo necessária uma atuação governamental mais pró-ativa e eficaz.

Com grande louvor a Lei nº 13.123, editada em 20 de maio de 2015, dita sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, e revogou a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. A recente Lei, que entrou em vigor em 20 de novembro de 2015, tomou uma posição centralizadora quanto ao controle e exploração do patrimônio genético existente no País, quando no parágrafo único do art. 3º disciplina que são de competência da União a gestão, o controle e a fiscalização das atividades descritas no *caput*, nos termos do disposto no inciso XXIII do *caput* do art. 7º da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, mesmo que trate de terras de propriedade particular ou dos Estados-Membros da Federação, desrespeitando o art. 23 (incisos III, VI e VIII).

Por se tratar de recente legislação, é necessário aguardar a adequação do aparelhamento governamental, para se sentir realmente o efeito da fiscalização sobre a proteção do patrimônio genético, e a efetividade das ações protetivas com o intuito de se adequar procedimentos e melhorar satisfatoriamente a tutela ambiental proposta.

A despeito dos ditames do art. 225 da Constituição da República, não apenas o Estado deve fiscalizar e intentar todas as medidas protetivas ao meio ambiente de forma compulsória, mas também toda a população deve empreender esforços para auxiliar as ações governamentais neste sentido, que, pelo que se demonstrou até hoje, mostra-se ineficiente e confusa.

Acrescentam HENKES, GASTAL e MIELKE (2013, p. 240) que “a proteção do patrimônio cultural possibilitará à sociedade manter vínculos com o passado, proporcionando o enraizamento, a manutenção da história e a memória da sociedade brasileira”, mas, desde que seja efetiva e eficaz, extrapolando o campo especulativo e doutrinário.

Esse conhecimento do nosso patrimônio genético, assim como a sua exploração racional gera, indubitavelmente, infinitas possibilidades para cura de várias doenças e traz uma alternativa sustentável para a exploração de toda potencialidade genética nacional, com a consequente recompensa econômica na forma de royalties, gerados pelo registro da patente.

É de suma importância lembrar que a invenção trata-se de criação de algo novo, que não tenha ainda sido criado, sintetizado, modificado, explorado ou mesmo imaginado, já a descoberta é o reconhecimento de fatos, fenômenos e características existentes, sem que ainda tenham sido revelados. Portanto, as patentes podem incidir apenas naquilo que é inventado, e não descoberto.

As patentes biotecnológicas são fruto de muita pesquisa e de pesados investimentos financeiros, realizados principalmente pela indústria química e farmacêutica, mas que, nem sempre o registro destas patentes se faz de forma lícita e atrelado aos conceitos bioéticos que circundam o assunto.

É forçoso reconhecer também que, sem o empirismo das sociedades quilombolas, indígenas ou tradicionais seria praticamente impossível que esses cientistas chegassem ao conhecimento desses compostos ou mesmo da forma exata da exploração de um certo tipo de vegetal, ou ainda como essas plantas, associadas a outras, gerariam um potente composto capaz de curas antes nunca pensadas.

Vários são os exemplos de atividades exploradoras do patrimônio genético, onde simplesmente cepas biológicas, bactérias, toxinas animais e vegetais são usurpadas de nosso território, para que em laboratório sejam sintetizadas, modificadas e patenteadas, gerando enormes divisas financeiras, mas sem que o verdadeiro descobridor desses elementos estruturais de um novo medicamento, as comunidades tradicionais, sejam recompensadas financeiramente.

Para a proteção do conhecimento tradicional e do patrimônio genético nacional, seria necessário uma força tarefa multidisciplinar para realizar ações que iriam desde uma fiscalização mais ostensiva de nossas fronteiras, até a efetiva aferição das pesquisas registradas pelas instituições

nacionais e estrangeiras perante o órgão público responsável, com o intuito de se verificar realmente quais são as etapas e intenções das pesquisas realizadas, evitando-se assim a biopirataria.

Outro elemento importantíssimo, de aplicação imediata, para proteção desse nosso patrimônio imaterial seria a dogmática principiológica bioética, que em uma abordagem mais volitiva e de caráter subjetivo, abraçaria e contribuiria para solver os casos mais obscuros onde a legislação e a hermenêutica não o conseguissem prever.

Volnei Garrafa nos ensina sobre a necessidade do uso da bioética para a discussão das novas tecnologias, pois somente ela poderia se mostrar como um elemento eficiente para tentar corrigir as distorções verificadas como o uso do novo e do desconhecido, da seguinte forma:

A Bioética trabalha com o campo dos princípios e também com o campo das virtudes. No campo da virtude, temos de abordar temas como o da solidariedade — não como a Comunidade Solidária, que a D. Ruth Cardoso está conduzindo, na qual uma ideia maravilhosa do Herbert de Souza — nosso falecido Betinho —, que estava transformando a solidariedade numa ética prática e concreta, deixando-nos incômodos nas esquinas das nossas avenidas, onde as crianças vem nos pedir esmolas — foi transformada em "quilo de arroz e de feijão para pobre", vulgarizando o conceito de solidariedade. Solidariedade é diferente de compaixão, de acordo com o que disse Hanna Harendt e com o que já dizia Nietzsche. Para estes, a compaixão só existe quando os dois sujeitos são iguais — quem dá e quem recebe — senão não é compaixão. Quem ganha é aquele que dá, porque está eternizando as diferenças. O passo adiante da compaixão é o passo da solidariedade, e esse campo das virtudes que a engloba é fundamental para essas áreas que temos de ver nesse porvir (GARRAFA, 1999, p. 212).

Assim, em se tratando de afronta aos direitos fundamentais, por produtos da biotecnologia, a bioética interage com o Direito como elemento apaziguador e de tutela da biossegurança, seja numa análise da interdisciplinaridade ou da transdisciplinariedade inerentes ao direito ambiental.

Complementando o seu raciocínio Volnei Garrafa conclui sobre a bioética, planificando os seus campos de atuação e as benesses por ela

trazida, sendo necessária a sua correta aplicação, com consequentes frutos a serem colhidos, assim dispondo:

A Bioética trabalha em dois campos: com o das situações persistentes — de exclusão social, racismo, discriminação da mulher no mercado de trabalho, abandono de velhos, crianças, aborto e eutanásia, temas esses que vêm desde o Velho Testamento; e com o das situações emergentes. O Curso de Especialização em Bioética da UnB se pauta totalmente dentro desses dois vieses, os quais estabelecemos como nosso paradigma.

Infelizmente, muitas pessoas têm confundido a Bioética com novidades, com um projeto de normas, com a Engenharia Genética, com a Biotecnologia. A Bioética brasileira, basicamente, é a da exclusão social. A pauta da Bioética internacional, hoje, tem dois grandes temas: por um lado, a exclusão social, e, pelo outro, a Engenharia Genética, especialmente no que se refere aos transgênicos. A Bioética é uma nova disciplina, obrigatoriamente multidisciplinar. Essa é uma das suas grandes vantagens, porque quem trabalha em Bioética tem de ser prudente, humilde, pois cada um sabe o pedacinho do seu contexto. A Bioética tem, obrigatoriamente, de beber água nas fontes da Filosofia; do Direito; da Antropologia; da Teologia; da Economia; das Ciências da Saúde; das Ciências Biológicas; da pesquisa etc. Não há bioeticista completo (GARRAFA, 1999, p. 374).

É evidente que a pesquisa e as invenções devem ser preservadas e protegidas, através do registro das patentes, trazendo a garantia da propriedade intelectual ao seu criador, mas, tal ato, deve ser realizado sem que venha a colocar em risco o patrimônio genético nacional ou mesmo o patrimônio imaterial, permeado pelo conhecimento tradicional, pois muitas vezes com o patenteamento de tais bens, além de despojar o detentor de uma propriedade, não é concedida a mais valia econômica a quem de direito lhe é devido.

3 A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL EM MATÉRIA DE BIOTECNOLOGIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DICOTOMIAS DA SOCIEDADE DE RISCO

O progresso científico-tecnológico alcançado pela humanidade após a Revolução Industrial modificou a vida na sociedade. Contudo,

o desenvolvimento diário de novas técnicas, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, trás uma profusão de inovações protegidas pelo patenteamento, sem que, necessariamente, seja observado ou considerado o desenvolvimento sustentável.

As incertezas que permeiam o assunto são incontáveis, e o resultado de tanta inovação ainda é obscuro, pois não somente o caráter poluidor das novas técnicas deve ser mensurado, mas também a exploração descomedida de recursos naturais não renováveis, assim como a incerteza científica que circundam a biotecnologia.

Quanto às incertezas, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves consideram que elas existem e devem ser discutidas de forma responsável e aberta uma vez que a incerteza do uso dos Organismos Geneticamente Modificados (OGM) trazem insegurança quanto ao equilíbrio ambiental e ao uso humano, assim disciplinando:

Relativamente à alteração genética em vegetais e animais, presente em diversos países, debates no âmbito da sociedade civil e científica são cada vez mais frequentes. Muitas são as incertezas que os OGM suscitam, pois não se sabe ao certo as consequências que o consumo humano e a libertação destes organismos no meio ambiente podem causar.

Para os defensores, relativamente aos vegetais, tem-se que estes representam uma alternativa ao embate “aumento da população mundial” X “produção”. Obter uma quantidade satisfatória de vegetais em tempo inferior ao de cultivo de um organismo não modificado é viável, possível e real, sendo ainda menos oneroso para o produtor agrícola.

Em contrapartida, entre os pesquisadores é consenso de que os vegetais geneticamente modificados não são totalmente seguros. Entre os principais riscos da inserção de um ou mais genes no código genético de um organismo, está a produção de substâncias tóxicas ou intolerantes, impróprias para o consumo (SÁ e NAVES, 2015, p. 212/213).

Em decorrência de tais características de insegurança e riscos eminentes, governo e sociedade precisam se atentar, já que a busca frenética pelo aumento dos meios de produção, pelos lucros exorbitantes, decorrentes do consumismo desenfreado que vive a pós-modernidade, compromete toda a vida planetária.

No tocante à insegurança, POZZETTI e FONTES (2014, p. 34) consideram que: “Além de a Segurança Alimentar, é importante destacar também a Segurança Ambiental, já que a introdução de espécies e genes estranhos em determinados ecossistemas pode causar danos irreparáveis a estes, inclusive a extinção das espécies”.

No que tange à necessidade de regulamentação e controle pelo poder público, MACHADO (2015, p. 1.174) esclarece que “o legislador é chamado a intervir nesse campo porque não se pode negar a existência de riscos para os seres humanos, para os animais e para as plantas, ao ser realizada a manipulação genética”.

Ainda sobre o assunto, Juliana Santilli aborda a necessidade de se implementar efetivamente os ditames da Convenção de Biodiversidade, com o intuito de se evitar a biopirataria e que a exploração genética não se faça de forma a não garantir que os direitos de propriedade não se oponham aos seus objetivos, e impeçam que os reais beneficiários dos royalties dos direitos de patente se vejam alijados da mais valia econômica, assim discorrendo:

A comprovação da origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, bem como de obtenção do consentimento prévio informado e de repartição de benefícios com os países de origem e detentores dos conhecimentos tradicionais, como requisito para o patenteamento, é essencial à efetiva implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica. Além da previsão de tais requisitos de patenteabilidade, é fundamental estabelecer a nulidade de patentes e outros direitos de propriedade intelectual concedidos sobre produtos ou processos direta ou indiretamente resultantes de conhecimentos tradicionais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, sem o consentimento prévio fundamentado de seus detentores e a repartição justa e equitativa dos benefícios com eles. Desta forma, ainda que a patente venha a ser concedida, o país de origem do recurso genético e o detentor do conhecimento tradicional podem pleitear administrativa e judicialmente o reconhecimento de sua nulidade e a extinção de seus efeitos jurídicos (SANTILLI, 2005, p. 208-209).

É importante salientar que SÁ e NAVES (2015, p. 308) ainda pontuam que “patentear não implica em uma apropriação, mas em um direito de excluir que outros explorem comercialmente a aplicação de determinada invenção”.

Desta forma, verifica-se que o verdadeiro problema não está em se explorar um material genético ou um conhecimento tradicional ou arraigado em uma comunidade há vários anos, o real dano está em se usurpá-los como se seu fosse, identificar um princípio ativo, sintetizá-lo, e obter uma patente sobre o processo resultante, sem dividir as benesses financeiras, permanecendo impune e sem nenhuma sanção pela comunidade internacional.

Ulrich Beck explorou o tema e conceituou a “Sociedade de Risco”, elucidando que os meios de produção mais eficientes criados pela sociedade para saciar as suas necessidades, cria como efeito colateral novos desafios e problemas a serem enfrentados, sob o risco da sua falência, desta forma:

Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

Essa passagem da lógica da distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia está ligada historicamente a (pelo menos) duas condições. Ela consoma-se, em primeiro lugar – como se pode reconhecer atualmente – quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas e do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a autêntica carência matéria. Em segundo lugar, essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de auto ameaça numa medida até então desconhecida. (BECK, 2011 p. 247)

Neste caso fica evidente todos os riscos aos quais estão inseridos no modo de vida atual, sendo que, a busca pela modernidade, e a geração de novos paradigmas, cria novas condições degradantes para o meio ambiente que nem sempre é dada a devida importância.

Em matéria de biotecnologia a Diretiva 89/44/CE regula perante a Comunidade Europeia as possibilidades e diretrizes das patentes ligadas ao assunto, sendo que em seu artigo 5º encontramos expressamente a permissão de patenteamento de soma sequência, parcial ou total de um

gene isolado, desde que o material seja considerado novo e com função definida de aproveitamento e utilidade industrial.

Apesar de tal diretiva, a mesma Comunidade Europeia, em seu Tratado da União Europeia, mais precisamente em seu art. 174 evidenciou a dicotomia entre a proteção da propriedade intelectual e o desenvolvimento sustentável, relevando o peso para a decisão de tal conflito um elemento subjetivo.

A esse respeito Alexandra Aragão explana sobre a abordagem dada ao tema de forma segura pela legislação europeia, após extensa discussão e ponderações, visando sempre a mais valia ambiental como bem comum da sociedade, assim discorrendo:

Com o tratado da União Europeia, foi acrescentado um segundo parágrafo ao n. 2 do artigo 174º, em que se estabelece: “neste contexto medidas de harmonização destinadas a satisfazer essas exigências incluirão nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados Membros a tomar, por razões ambientais não econômicas, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controle.

A esta cláusula de salvaguarda podem recorrer os Estados membros quando entendam que, por o ambiente ter sido insuficientemente considerado na tomada de decisão ao nível comunitário, se justifica, por razões ambientais e não econômicas, a não aplicação do regime comunitário adoptado e a aplicação alternativa do regime nacional mais rigoroso.

[...] fazendo um paralelo com a cláusula de salvaguarda consagrada no artigo 95º, n. 4, por remissão para o artigo 30º, verificamos que os fundamentos do regime excepcional são, neste artigo, mais amplos, estando consagradas aí as cláusulas gerais da moralidade pública, da ordem pública comercial. Porém, quanto à exceção que decorre de considerações ambientais, este último artigo é bastante mais restrito, referindo apenas “a proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteccao do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico (CANOTILHO e LEITE, 2007, p. 49/50).

Pode-se observar que, novamente, no que diz respeito à proteção ambiental e à preservação do desenvolvimento sustentável, o uso da

principiologia se faz necessário, devendo ser relevado “o potencial papel metodológico do princípio do nível elevado de proteção ecológica em contextos judicativos concretos.” (CANOTILHO e LEITE, 2007, p. 51).

Com relação aos danos ocasionados ao meio ambiente Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves questionam sobre as patentes biotecnológicas, justamente pela impossibilidade de controle e rastreamento de todos os novos organismos desenvolvidos e testados indiscriminadamente na natureza, assim explanado:

Em sede de biotecnologia, as patentes são questionáveis levando em consideração, principalmente, a padronização da patenteabilidade em escritórios de patente no mundo. É impossível monitorar as atividades de pesquisa e o avanço tecnológico em todas as instâncias que a desenvolve. E a divulgação seria a ferramenta para transformar a pesquisa em objeto de inovação, concedendo segurança ao pesquisador que detém os resultados.

[...] um sistema de patentes articulado a outras ações de incentivo e uma cultura de propriedade intelectual estimula o crescimento econômico. Por outro lado, as discussões éticas não devem se afastar das decisões políticas (SÁ e NAVES, 2015, p. 312).

Como se vê, a segurança ambiental muitas vezes sucumbe ao peso econômico das políticas regionais, sendo que a valoração financeira das legislações e das ações governamentais, primam pelo desenvolvimento econômico, sem se importar com as consequências que irão causar, visando sempre uma forma paliativa de retificar e corrigir o ocorrido, sem pensar anteriormente no dano e na sua prevenção ou precaução.

Diante de toda a problemática do risco, percebe-se que a crise vivida na atualidade decorre do processo industrial desenvolvido pela espécie humana, sendo que Ulrich Beck assim explana sobre o assunto:

Não se trata mais, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e, sobretudo, de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico. O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões de “manejo”

político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tem em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos. A promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de um esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico (BECK, 2011, p. 239).

A modernidade, portanto, como entendido, é reflexiva, sendo que a própria humanidade é causa de suas mazelas e da necessidade de se encontrar soluções para a problemática criada, lança-se em um voo cego para tentar corrigir o dano e chegar ao *status quo ante* ideal, incorrendo em erros e acertos, sem medir a potencialidade dos efeitos criados.

Assim, não se pode defender a proteção incondicional da propriedade intelectual e dos meios de produção modernos, assim como dos inventos e novas biotecnologias, sem que lancemos uma olhar mais crítico sobre as suas conseqüências geradas para o meio ambiente, e sobre a ideia de que um meio ambiente sadio é consecção de direito fundamental.

O caminho da humanidade é o do desenvolvimento e o crescimento econômico, mas tal vetor não pode ser seguido sem que tenha como atividade paralela a sustentabilidade, sob o risco de que toda riqueza acumulada, no futuro, sirva apenas para as futuras gerações retificarem o mal feito no presente, sendo nulo então este desenvolvimento, num sopesamento meramente valorativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada, o trabalho demonstrou uma visão genérica sobre a teoria e a prática de como é tratada a propriedade intelectual dentro e fora de nosso país, principalmente quando se referente ao registro de patentes biotecnológicas.

Abordou-se a nova problemática apontada, proveniente do contínuo desenvolvimento tecnológico ocorrido nas últimas décadas, como as novas tecnologias e os novos direitos, que geram impactos e criam novos problemas sobre a sociedade, principalmente no que concerne à proteção do patrimônio genético.

O incentivo à pesquisa e a geração de novos inventos são inerentes a uma sociedade moderna e próspera, uma vez que produzem divisas e

incrementa a balança comercial nacional, gerando a possibilidade de um sem número de receitas, como royalties e impostos sobre os novos produtos.

Infelizmente em nosso país não temos a cultura das patentes, não sendo incentivada a pesquisa, apesar da previsão constitucional e da legislação infraconstitucional específica, que tutela a propriedade industrial, mas sem se ater, especificamente à propriedade intelectual.

Tal postura gera um problema enorme, qual seja, a biopirataria. As pesquisas realizadas não são fiscalizadas de forma eficaz pelos órgãos públicos competentes, e, atrelada à dimensão continental de nossas fronteiras facilitam o contrabando de recursos naturais e compostos que são sintetizados, modificados e patenteados por terceiros como inventos.

O pior se dá quando tais bens naturais, explorados e manipulados de forma sustentável pelas comunidades tradicionais, e geradores de produtos com alto poder de cura de certas mazelas, levam aos usurpadores a se apoderarem das técnicas desenvolvidas de forma empírica pelo conhecimento tradicional e são patenteadas como novos medicamentos, sem que seja creditado aos seus verdadeiros descobridores a compensação financeira, e sem que o país gerador de tais bens também tenha qualquer tipo de retorno econômico.

Não pode a comunidade científica internacional fechar os olhos para tais acontecimentos, sob pena de imputar um dano sem tamanho para o meio ambiente, dentro de uma das vertentes da sociedade de risco.

Os problemas aqui provocados afetam não somente a sociedade contemporânea, mas também as futuras gerações, e para que se dê uma efetiva tutela à problemática apresentada, deve ser lançada mão dos preceitos bioéticos já consolidados para solução do tema abordado para se resguardar esta condição mínima de qualidade de vida digna.

REFRÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Congresso Nacional. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 set. 2015.

BRASIL. **Lei 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em 06 set. 2015.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 06 set. 2015.

_____. **Lei 13.123, de 20 maio de 2015.** Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Derecho biomédico y bioética.** Granada: Comares, 1998.

COL, Juliana Sípoli. Organismos Geneticamente Modificados no Contexto da Sociedade de Risco. In: LOPES, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado. Desafios normativos, consumeristas e ambientais.** São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAZ, Alberto. **Biología em todos lados: em los alimentos, la medicina, la agricultura, la química... ¡y esto recién empieza!** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARRAFA, Volnei. Questões sobre bioética. **Revista CEJ – Conselho da Justiça Federal**, v. 3, n. 8, maio/ago. 1999. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/212/374>>. Acesso em 02 set. 2015.

HENKES, Silviana Lúcia; GASTAL, Alexandre Fernandes; MIELKE, Priscila Venzke. O direito-dever à cultura e à preservação do patrimônio cultural. In: **Revista Veredas do Direito**. v.10. n. 20. Belo Horizonte. Julho/Dezembro de 2013. p. 231-255.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Altas, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini (Coords.). **Direito internacional e bioética socioambiental**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

POZZETTI, Valmir César; FONTES, Gustavo Rosa. Rastreabilidade de organismos geneticamente modificados (OGMs): instrumento de proteção ao consumidor e ao meio ambiente. In: **Revista Veredas do Direito**. v.11. n. 21. Belo Horizonte. Janeiro/Junho de 2014. p. 31-52.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM BENEFÍCIO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

JUDICIAL REPRESENTATION OF THE FEDERAL ATTORNEY'S OFFICE IN BENEFIT OF PERSONALITY RIGHTS OF PUBLIC AGENTS

Marcelo Kokke Gomes *

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direito civil constitucional: interesse público e tutela privada. 2 Legitimidade da tutela de direitos de personalidade de agentes públicos pela Administração Pública. 3 Sistemática da representação judicial dos agentes públicos pela AGU e direito de resposta. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Os direitos de personalidade dos agentes públicos podem estar ligados ao exercício da função pública. Neste caso, a proteção da imagem e da honra do agente público também é interesse do Estado. O Estado deve proteger os direitos de personalidade de seus agentes públicos quando estejam desempenhando regularmente suas funções e, nesta qualidade, sejam processados judicialmente. Esta tarefa cabe à Advocacia-Geral da União. Entretanto, a proteção dos direitos do agente público não ocorre para tutela de seu interesse privado. Os limites da atuação do advogado público federal na defesa do agente são fixados pelo legítimo exercício do cargo público. O direito de resposta é uma ferramenta útil e legítima para a tutela dos direitos de personalidade, sendo garantida ao agente público a representação judicial pela Advocacia-Geral da União no respectivo processo. Os referenciais teóricos a alicerçar o desenvolvimento e a subsidiar as conclusões obtidas situam-se em uma linha expansiva dos direitos fundamentais. Portanto, os direitos fundamentais são considerados no contexto de pano de fundo da compreensão dos institutos jurídicos. Em consequência, o trabalho assume uma análise crítico metodológica.

Palavras-chave: Advocacia-Geral da União. Representação judicial. Direitos de Personalidade. Agente público.

ABSTRACT: *The personality rights of public agents can be linked to the exercise of public function. In this case, the protection of the image and honor of public agent is also state interest. The State shall protect the personality rights of its public agents when they are regularly performing their functions and, in reason of this quality, they are defendant in a judicial process. This task is responsibility of Federal Attorney's Office. However, the protection of public agent's rights does not occur in benefit of his private interest. The limits of federal public attorney acting in defense of the agent are determined by legitimate exercise of the office. The right of reply is a useful and legitimate tool for the tutelage of personality rights, and it's guaranteed to public agent the judicial representation by Federal Attorney's Office in the respective case. The theoretical frameworks that support and subsidize the conclusions reached are in agreement on fundamental rights expansive line. Therefore, fundamental rights are considered within the context of background understanding of legal institutions. In consequence, the paper takes on a critical methodological analysis.*

* Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pós-graduado lato sensu em Processo Constitucional pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, IMIH. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito.

Como Citar: GOMES, Marcelo Kokke. Representação judicial da Advocacia-Geral da União em benefício dos direitos de personalidade dos agentes públicos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-16, jan.-jul., 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui por alvo a análise da configuração de interesse institucional federal na defesa de direitos da personalidade de agentes públicos atrelados ao exercício da função pública, incluídos a honra, a privacidade e a imagem. Para tanto, pretende-se analisar a dimensão de legitimidade e legalidade da representação do agente público pela Advocacia-Geral da União em situações em que ocorram potenciais violações aos seus direitos de personalidade e que sejam oriundas ou relacionadas com o exercício de atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, e em conformidade com o interesse público. O tema somente pode ser enfrentado por meio de compreensão do direito civil para além das fronteiras privatistas e isoladas da dimensão pública, exige ele uma leitura das normas civis na qualidade de expressões de direitos fundamentais, em acepção dos direitos de personalidade focada na interlocução constante de matrizes constitucionais. Mais, exige-se a tomada do Direito Civil, das normas de direito civil, pela Constituição, exige-se um direito civil constitucional.

Direitos da personalidade de um indivíduo podem se enlaçar em tal maneira com a função pública exercida que passam a envolver o próprio interesse público na tutela de direitos que superficialmente poderiam ser entendidos como restritos ao indivíduo. Situações problemáticas podem ser expostas, em ilustração: a) veículo de imprensa projeta acusações sem fundamento em face de Ministro de Estado, acusando-o de crimes e violações legais no exercício de sua função. Tem-se simultaneamente fato que atinge direitos de personalidade próprios do indivíduo mas que também se projetam por sua condição de agente público já que a condição de agente público é a matriz que levou à situação em que a pessoa viu-se alvejada; b) ex-Presidente da República é constantemente invadido em sua esfera de vida privada, com afetação de sua vida pessoal em razão da condição de ex-Presidente. Simultaneamente veem-se enlaçados direitos próprios do indivíduo com o fator de avanço abusivo sobre direitos de personalidade, relacionados que estão à condição de agente público antes ocupada pela pessoa.

A análise a ser desenvolvida busca enfocar justamente o fundo normativo subjacente a situações desta estirpe, de modo a alicerçar uma confluência da atuação própria do Direito Público com institutos

abstratamente concebidos como privados, a fim de demonstrar a legitimidade e legalidade de agentes públicos ou ex-agentes públicos serem tutelados, defendidos, seja como autores, seja como réus, pela Advocacia-Geral da União. Busca-se abordar igualmente o direito de resposta, de forma a identificar neste último o ponto de equilíbrio e conjunção entre o interesse público e o interesse privado no patrocínio de demandas contrárias às violações ilegais e inconstitucionais perpetradas em face da honra, imagem, intimidade e privacidade de agentes públicos. Pretende-se igualmente contrabalançar diferenças entre pretensões indenizatórias e pretensões de afirmação de veracidade, contrapondo pleito de danos morais e materiais a pleitos de exercício de direito de resposta. Considerando que o foco da análise é delimitado pelo papel exercido pela Advocacia-Geral da União, restringe-se a abordagem ao plano federal, não obstante seja admitida plenamente a atuação da sistemática em simetria nos planos estadual e municipal.

Em relação ao caráter metodológico, o trabalho foi conduzido na esteira do método hipotético-dedutivo, mas com apontamentos críticos que se prendem à análise social e abordagem de cenários jurídicos de aplicação das normas e institutos postos em discussão. O marco de desenvolvimento, quando da expressão da abordagem de casos e aplicação dos institutos, é proporcionar uma explicação de situações, práticas sociais ou instituições a partir do quadro teórico sustentado, procedendo à reconstrução normativa. Os referenciais teóricos alicerçam o desenvolvimento e a subsidiar as conclusões obtidas situam-se em uma linha expansiva dos direitos fundamentais como pano de fundo da compreensão dos institutos jurídicos. Em consequência, é assumida uma linha crítico-metodológica com viés propositivo.

Propõem-se os seguintes questionamentos como problemas a serem enfrentados neste trabalho: a) é legítima e regular a representação de agentes públicos e ex-agentes públicos pela Advocacia-Geral da União? b) quais são os limites em que se procede a representação da Advocacia-Geral da União? c) há diferenças estruturais e constitucionais a possibilitar tratamentos diversos quanto a pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais e pleitos voltados para o exercício de direito de resposta? Busca-se demonstrar que as respostas aos problemas tratados nos itens 'a' e 'c' são afirmativas, assim como identificar os limites questionados no item 'b' por meio da concepção de direito civil constitucional, a partir de apoio nos referenciais teóricos defendidos por Stefano Rodotà, Maria

Celina Bodin de Moraes e Caitlin Sampaio Mulholland. A relevância do tema tratado emerge dos constantes conflitos envolvendo os dilemas entre liberdade de expressão e violação de direitos de personalidade relativos a agentes públicos, o qual alcança não somente a pessoa em si que ocupa o cargo, mas o próprio interesse público vertido na tutela das atividades institucionais desenvolvidas pelo agente.

1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: INTERESSE PÚBLICO E TUTELA PRIVADA

A ascendência da dignidade da pessoa humana como força motriz hermenêutica da compreensão do Direito alarga fronteiras antes residentes na simples vontade ou no confinado interesse das partes para alcançar a dimensão da personalidade como um todo. Nesta linha, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 235) argumenta pela constitucionalização do direito civil, proporcionando um ambiente indisposto com a apreensão de normas de direito civil como afinadas ao individualismo fechado e ao patrimonialismo.¹ A tomada do direito civil através da Constituição atrai uma redefinição de seus elementos basilares, compatibilizando-os com as finalidades superiores consagradas na Constituição (Moraes, 2006, p. 235). A constitucionalização do direito civil proporciona que institutos como a responsabilidade civil não sejam vistos com uma conotação individualista, restrita à pessoa enquanto titular de um patrimônio material, pelo inverso, a responsabilidade civil passa a ser assimilada como expressão de proteção dos interesses da pessoa humana (Moraes, 2006, p. 235-236).

¹ A abordagem crítica em favor da afirmação constitucional envolve a própria afirmação democrática, como salienta Moraes: “a suposta segurança oferecida pela estrutura milenar do direito civil clássico, que justificaria seu predomínio sobre a instável normativa constitucional, revela-se como apenas mais um mito elaborado para a manutenção de status quo individualista e patrimonialista. Já o imprescindível reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos demonstra que sob sua aparente continuidade terminológica se ocultam radicais transformações semânticas. Em especial, a afirmação da democracia como fundamento de legitimidade de todo ordenamento justifica a prevalência da Constituição, elaborada pela soberana assembleia nacional constituinte, com intensa participação popular sobre a atividade regular do legislador, representante ordinário do povo. Em atendimento à função promocional do Direito, o princípio da democracia impõe a máxima eficácia ao texto constitucional, expressão mais sinceras das profundas aspirações de transformação social.” (Moraes, 2006, p. 235).

Proporciona-se transcendência para com a feição puramente patrimonialista, arraigada ao ser humano como átomo dissociado da sociedade que lhe envolve. A responsabilidade civil afirma-se como via de consolidação da própria dignidade da pessoa humana, que por sua vez irradia-se em toda a dinâmica constitucional que se faz arredia a compartimentalizações excludentes. A responsabilidade civil vai distanciando-se do fundamento de antijuridicidade (deixa de ter o ato ilícito como pressuposto) para abraçar a noção de bem juridicamente protegido, ou seja, afirma-se com base na teoria do interesse, pela qual se vincula “à lesão de um interesse (ou bem) juridicamente protegido” (Moraes, 2006, p. 240). A afirmação da tutela jurídica da dignidade da pessoa humana não repousa, portanto, na reação ao ilícito, mas sim na sintonia de proteção a bem jurídico encadeado com a dignidade em si.²

A constitucionalização do direito civil afirma o ângulo da vítima como ponto de partida da consideração do dano ou potencial dano, e não o ângulo da ilicitude ou não da ação que causou o dano, não se limitando ao ganho ou perda patrimonial. O fator fundante é pertinente aos bens jurídicos envolvidos e potencialmente lesados. Como realça Maria Celina Bodin de Moraes, o prisma de aferição da responsabilidade tradicional, antes partindo e recaindo no causador do dano, “que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada” (Moraes, 2006, p. 245). A teoria do interesse e a concentração nos bens jurídicos afetos à (potencial) vítima é pilar para o desenvolvimento do argumento de tutela dos direitos de personalidade.

Se pela constitucionalização do Direito Civil a responsabilidade afasta-se de uma raiz individualista e arraigada à noção de patrimônio atomístico, é possível que lesões jurídicas transcendam o ser humano em considerações desprendidas para afirmar-se pelo ser humano situado, pelo *self* situado, na terminologia de Charles Taylor (1997). A guinada contrária ao individualismo remete à tomada do ser humano em sua situação perante o outro, em sua condição perante a coletividade. A condição do ser humano perante a coletividade impera pela abrangência e envolvimento de bens

² A proteção do bem jurídico revela-se na indisposição de tolerância para com o dano, ao que “modernamente, pois, desvincula-se o conceito de dano da noção de antijuridicidade, adotando-se critérios mais amplos, que englobam não apenas direitos (absolutos ou relativos) mas também interesses que, porque considerados dignos de tutela jurídica, quando lesionados, obrigam à sua reparação.” (Moraes, 2006, p. 240).

jurídicos enlaçados, às tutelas jurídicas que se envolvem sem que possam ser esquecidas em sua imbricação. O dano provocado a uma pessoa na condição de consumidor pode atingir suas relações familiares, seu papel social de mãe, pai, filha ou filho. Danos ambientais podem irradiar-se pela impossibilidade de continuidade da relação trabalhista.

Sendo a teoria do interesse e a proteção aos bens o marco de compreensão da responsabilidade no Estado Democrático de Direito, lesões que atinjam e danifiquem bens da personalidade de uma pessoa não podem ser compreendidas em pressupostos atomísticos ou abstratos, pelo inverso, tem por imprescindível a consideração do ser humano como situado, do ser humano empregado, consumidor, ou agente público. A condição de agente público não pode ser despreendida da pessoa que o cargo ocupa quando a lesão se projete, quando o bem jurídico seja violado, tendo em causa fator ligado à condição e atuação daquela como agente público. Enlaça-se aqui o Direito Civil com o Direito Administrativo sob as luzes do Direito Constitucional.

A moralidade e legalidade próprias das exigências do Direito Administrativo enfeixam-se a conotar especial interesse da Administração Pública quando lesão é projetada em agente público que esteja em exercício regular de sua atividade, abrindo espaço a que aquela se envolva com a própria lesão ou ameaça de lesão que alcança seu agente como pessoa. Não partindo a responsabilidade civil da estreita visão individualista e patrimonialista, mas sim da dinâmica constitucional de afirmação da tutela de bem jurídico irradiado pela dignidade da pessoa humana, quando este bem jurídico vê-se imerso ou enlaçado a relações institucionais ou ao desenvolvimento de exercício de atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, abre-se espaço legítimo para que o próprio Estado antepare agente público lesado em seus direitos de personalidade.

Quando o agente público é lesado, ou potencialmente lesado, em seus direitos de personalidade, tal como em sua honra, objetiva ou subjetiva, em sua imagem, em sua privacidade ou intimidade, se a lesão é desencadeada em razão do exercício da atribuição funcional em seu teor constitucional e legal volvido à realização do interesse público, o anteparo dos órgãos estatais em sua defesa não é privatização do público, mas sim publicização do privado, não na dinâmica do patrimônio, mas do significado e repercussão do dano. Interesse público e tutela privada não se apresentam como extremos em uma tomada constitucional de institutos

civis, pelo inverso, envolvem-se, lastreiam-se, pois irradiados estão pela mesma fonte hermenêutica.

Trata-se da concretização da Constituição, ao estilo sustentado por Konrad Hesse e enfatizada por Böckenförde como medida que coloca em prática e realização normas constitucionais traçadas em quadros abertos, relativas a decisões constitucionais fundamentais e objetivos constitucionalmente acolhidos.³ A vertente mira desconstruir as engrenagens atomísticas e individualistas que arraigavam em modalidade de razão instrumental a compreensão dos significados e abrangência da responsabilidade e dos efeitos do dano, atraindo para a compreensão dos

³ Para fins de abordagem do tema, relevo assumem as considerações de Böckenförde: “uma concretização deste tipo é efetivada sobretudo por ocasião do manejo destas normas constitucionais que tenham por conteúdo um quadro geral ou um princípio fundamental, em particular os direitos fundamentais, as decisões constitucionais fundamentais e os objetivos constitucionais.” (Böckenförde, 2000, p. 241, tradução nossa) - “Une telle concrétisation est mise en pratique à l’occasion surtout du maniement de ces normes constitutionnelles qui n’ont pour contenu qu’un cadre général ou un principe fondamental, en particulier les droits fondamentaux, les décisions constitutionnelles fondamentales et les objectifs constitutionnels” (Böckenförde, 2000, p. 241).

direitos e garantias fundamentais fatores histórico-culturais relacionadas à afirmação da realização do ser em sociedade.⁴

2 LEGITIMIDADE DA TUTELA DE DIREITOS DE PERSONALIDADE DE AGENTES PÚBLICOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A lesão à imagem, à privacidade e à honra de agentes públicos, e em sentido mais amplo, a lesão aos seus direitos de personalidade, pode ser desencadeada a partir de ato ofensivo decorrente do exercício regular de atribuições legais e constitucionais. Nesta hipótese, a lesão aos direitos de personalidade contagia o exercício e a correção funcional, alvejando não somente bens jurídicos próprios da pessoa, mas a própria moralidade administrativa e legalidade que são concretizadas pela Administração por meio de seus agentes. Denúncias infundadas, ataques ofensivos e vazios em face de agentes públicos redundam não somente em lesões pessoais, mas lançam intimidação ao agente público na continuidade de

⁴ A confrontação histórico-cultural entre o ser e o outro é tematizada pela corrente político-filosófica comunitária, como se afere nos argumentos desenvolvidos por Charles Taylor: “As formas autocentradas são desviantes, como nós vimos, em dois aspectos. Elas tendem a centralizar a realização sobre o indivíduo, fazendo de suas afiliações sociais como puramente instrumentais; elas impulsionam, em outras palavras, ao atomismo social. E elas tendem a enxergar a realização como exclusiva do self, negligenciando ou deslegitimando as demandas que venham além de nossos próprios desejos ou aspirações, sejam elas históricas, da tradição, da sociedade, da natureza, ou de Deus; elas promovem, em outras palavras, um antropocentrismo radical.” (Taylor, 2003, p. 58, tradução nossa) - “The self-centred forms are deviant, as we saw, in two respects. They tend to centre fulfillment on the individual, making his or her affiliations purely instrumental; they push, in other words, to a social atomism. And they tend to see fulfillment as just of the self, neglecting or delegitimizing the demands that come from beyond our own desires or aspirations, be they from history, tradition, society, nature, or God; they foster, in other words, a radical anthropocentrism” (Taylor, 2003, p. 58).

seu proceder com dever de correção funcional.⁵ A tutela de direitos de personalidade atingidos quando em exercício de ato funcional afirma não somente a proteção do bem jurídico relativo àqueles direitos, mas também alicerça em resguardo a isenção da decisão administrativa liberta de constrangimentos exógenos.⁶

Não se pode fracionar a personalidade, não é possível afirmar que determinados atos ferem a imagem da pessoa como agente público, mas não lhe alcançam a imagem como indivíduo, seria isso admitir uma abstração que vai de encontro com o caráter holístico que envolve as faces da vida humana. Maria Celina Bodin de Moraes salienta que “a tutela da personalidade, para ser eficaz, não pode ser fracionada em diversas *fattispecie* fechadas, como se fossem hipóteses autônomas não comunicáveis entre si” (Moraes, 2008, p. 372). A tutela da personalidade há de ser tratada em unidade, “dado o seu fundamento que é a unidade do valor da dignidade da pessoa” (Moraes, 2008, p. 372).

⁵ Cite-se em exemplo ação de improbidade administrativa ajuizada em face do Presidente do IBAMA pela concessão de licença ambiental, Ação de Improbidade Administrativa nº 0000209-56.2013.4.05.8303 - Subseção Judiciária de Serra Talhada/PE. Embora a licença ambiental tenha sido reconhecida como regular, assim como seguidas todas as normas ambientais pela Autarquia, o Ministério Público Federal direcionou ação de improbidade diretamente em face da pessoa, do indivíduo, que ocupava o cargo de Presidente do IBAMA. Destarte, ao invés de questionar-se o ato administrativo em si, a imputação pleiteada na ação possuiu efeitos de constrangimento pessoal na pessoa que ocupa o cargo público.

⁶ “Ministros, secretários executivos, delegados federais, defensores públicos, magistrados e militares. Estes são exemplos de autoridades, servidores públicos efetivos e ocupantes de cargos comissionados amparados pela defesa da Advocacia-Geral da União (AGU) em 568 processos judiciais ajuizados desde 1999. A confirmação da legalidade dos seus atos assegura a execução de políticas públicas centradas na tomada de decisão técnica dos gestores. Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) entre janeiro de 2003 e maio de 2007, Marcus Barroso Barros afirma que o respaldo jurídico da AGU o deixou seguro para dirigir a autarquia. Ele foi alvo de ação do Ministério Público Federal, em razão do licenciamento ambiental de obras de integração da bacia do rio São Francisco. A AGU conseguiu, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, demonstrar a improcedência da proposta. ‘Eu me senti protegido para adotar um embasamento legal e técnico no cumprimento de minhas funções como agente público’, avaliou o ex-presidente do Ibama.” (Advocacia-Geral da União, 2014).

Não se faz apenas desaconselhável mas é sobretudo inviável compreender violações aos direitos de personalidade como restritas a feições de direito subjetivo em sua formatação clássica. A violação aos direitos de personalidade, se ocasionada pela qualidade de agente público, remete a uma necessária atuação da própria Administração Pública em sua tutela, pois aqui se estará não diante da proteção individual atomística, mas sim da proteção do papel empenhado para com a própria atribuição pública, que irremediavelmente dialogará com a totalidade da dignidade do ser, já que toda pessoa deve ser globalmente considerada⁷ em seus direitos fundamentais de personalidade. Rodotà salienta que o respeito e afirmação da dignidade da pessoa humana é negar a reificação do ser humano, negar seu tratamento como coisa ou mercadoria, é contundentemente conferir-lhe reconhecimento pelo valor normativo de sua personalidade em si e na coletividade.⁸

O desenvolvimento das interações em sociedade democrática levará sempre a questionamentos e confrontações para com direitos fundamentais, ao que são previsíveis antagonismos entre direito de informação e seu abuso, a redundar em lesões à imagem, à honra, à privacidade, o mesmo ocorrendo em relação ao direito de acusação como feição do direito de ação e seu abuso como mecanismo de constrição indireto. Como assinala Moraes (2008, p. 374), não se trata aqui de

⁷ A configuração dos direitos de personalidade exige uma releitura normativa das normas civis sob o pano de fundo constitucional: “de fato, a uma identificação taxativa dos direitos da personalidade opõe-se a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura-se como um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de uma cláusula geral a consagrar a proteção integral da sua personalidade, isto é, a pessoa globalmente considerada. O conceito é, então, elástico, abrangendo um número ilimitado de hipóteses; e somente encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades” (Moraes, 2008, p. 373).

⁸ Relevante para o tema a crítica desenvolvida por Rodotà: “no quadro da privacidade, a dignidade é especificada como um conceito que sintetiza os princípios do reconhecimento da personalidade e da não redução da pessoa à mercadoria, do respeito ao outro, da igualdade, da solidariedade, e da não interferência nas escolhas de vida, da possibilidade de agir livremente na esfera pública. À privacidade é estranha a pretensão de impor valores” (Rodotà, 2007, p. 153).

nulificar, mas de lançar em caráter argumentativo o conflito, ponderando os direitos e pretensões envolvidos no caso.⁹

A imagem do indivíduo em si entremeia-se com a imagem do indivíduo na qualidade de agente público, a condição de agente público projeta-se na imagem da pessoa como um todo, seguindo o que Maria Celina Bodin de Moraes denomina como imagem-atributo, entendida como “o conjunto de características decorrente do comportamento do indivíduo, de modo a compor sua representação no meio social” (Moraes, 2008, p. 380). A indissociabilidade dos fatos passados no papel de agente público para com os efeitos na vida do indivíduo como um todo sobrevêm da própria composição de identidade. A identidade do agente público integra-se à identidade como um todo da pessoa,¹⁰ ao que a proteção da identidade do agente público pela Administração acarreta a necessidade de sua tutela também no plano individual, se demandado (ou vier a demandar) pessoalmente por ato desenvolvido regularmente na função pública que desempenha ou desempenhou. A identidade pessoal é conotada por Rodotà pela forma e pelas informações com que se apresenta a pessoa aos olhos

⁹ A confrontação de interesses passa a ser pauta corrente na apreciação dos direitos de personalidade: “a concepção revela seu proveito de forma ainda mais incisiva quando se tem que enfrentar os difíceis conflitos nos quais há a colisão de interesses relativos à proteção da personalidade. Não parece possível solucionar em termos de titularidade ou não de direitos subjetivos os recorrentes conflitos envolvendo a proteção da personalidade, especialmente quando, do outro lado, é também uma expressão da dignidade de outra pessoa que está em jogo. Nos casos de colisão – como entre os direitos à informação, de um lado, e à imagem, à honra ou à privacidade, de outro – o melhor caminho é reconhecer nos chamados direitos da personalidade expressões da irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e, portanto, atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional. Assim, tais litígios deverão ser examinados através do já amplamente aceito mecanismo da ponderação com o objetivo de verificar, no caso concreto, onde se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional” (Moraes, 2008, p. 374).

¹⁰ A identidade não se submeter a uma apreensão monolítica, pelo contrário, “o direito à identidade pessoal contemplaria duas instâncias: uma estática e outra dinâmica. A identidade estática compreende os direitos ao nome, à origem genética, à identificação biofísica e à imagem-retrato; a identidade dinâmica se refere à verdade biográfica, ao estilo individual e social, isto é, à imagem-atributo, àquilo que a diferencia e singulariza em sociedade. Neste último sentido, alguns autores falam de ‘direito à paternidade de seus próprios atos.’” (Moraes, 2008, p. 381).

sociais, ou seja, com sua expressão situada na sociedade, donde a afetação de papéis se projeta no indivíduo como um todo.¹¹

Desta forma, atingidos direitos de personalidade da pessoa que ocupa cargo público, em razão de suas atribuições exercidas na qualidade funcional, a legitimidade da atuação da Administração Pública em sua defesa é ocasionada pela globalidade da identidade humana, não fracionável. Há aqui verdadeira reciprocidade, atuando o agente como órgão emanador da vontade da Administração Pública, a afirmação institucional do interesse público permanece para a tutela da expressão do agente, seja em demanda privada, seja em demanda pública. A reciprocidade significa o reflexo de resguardo da função pública, seja em sua expressão própria, no papel de agente público, seja em sua expressão reflexa, quando este papel contagia outros aspectos da vida privada do agente, já que seus direitos de personalidade, sua identidade, há de ser tomada em escala global.

Sumarizando, a legitimidade da Administração Pública atuar em tutela dos direitos de personalidade da pessoa que ocupa ou ocupou a condição de agente público, abrangendo imagem, privacidade e honra, advém da condição global e unitária da identidade do ser humano, não fracionável, havendo reciprocidade de tutela quando a atribuição pública se projete em papéis diversos ou na dimensão privada da vida da pessoa. Fortalece-se da mesma forma a própria Administração e seus princípios retores, guarnecendo as atribuições públicas com caráter protetivo e avesso a que o interesse público abandone aquele que agiu regularmente em sua manifestação contida na atribuição funcional.

Este suporte argumentativo permite compreender as previsões da Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995, alterada pela Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998 e pela Medida Provisória 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, como regras de proteção de direitos da personalidade de agentes públicos pela Administração, envolvendo a própria dimensão de identidade afetada pelo exercício regular de atribuições funcionais. O

¹¹ Os papéis e a condição do indivíduo somente podem se dar em contextos de situação perante o outro social. Destarte, “a possibilidade de manter um controle integral sobre as próprias informações, de fato, contribui de modo determinante para definir a posição do indivíduo na sociedade. Não é mero acaso que o fortalecimento da tutela da privacidade vem acompanhado do reconhecimento ou da consolidação de outros direitos da personalidade, como o right of publicity e o direito à identidade pessoal, que se relacionam precisamente com o modo pelo qual um sujeito é apresentado ‘aos olhos do público’, através do conjunto de informações a ele relacionadas.” (Rodotà, 2007, p. 65).

artigo 22 do diploma legal¹² estabelece caber à Advocacia-Geral da União a representação judicial dos titulares e membros dos Poderes da República e das instituições federais, tanto para fins de ajuizamento de ações em sua tutela quanto para sua defesa em ações ajuizadas em seu desfavor. Não se protege o patrimônio em si da pessoa, sua expressão individual é tutelada em razão da atribuição pública exercida, pois a identidade e direitos de personalidade são não fracionáveis.

O pressuposto normativamente considerado é que esteja o agente público em demanda judicial decorrente de atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse

¹² Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

§1º. O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no caput, e ainda: (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

I- aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

II- aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial. (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

§2º. O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo. (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001).

público. Não obstante, há de se tratar de exercício regular da atribuição, seguindo os parâmetros da legalidade e constitucionalidade. Desta forma, somente são alcançados pela possibilidade de representação judicial atos desenvolvidos pelo agente público que tenham um caráter estritamente funcional. A esfera privada do agente público, que transcenda ao seu papel desenvolvido perante a Administração, logicamente está apartada da possibilidade de representação.

A Lei n. 9.028 atribui ao Advogado-Geral da União a regulação da representação. O direito civil constitucional encontra aqui relevante situação, pela qual a estrutura normativa nominada como pertencente ao direito público envolve-se com aplicação sumamente voltada para os direitos de personalidade do agente público. Ao ser demandado ou demandar, o agente público não terá necessidade de socorrer-se de advogados privados, não fechando os olhos o Estado ao agente que desempenha ou desempenhou regularmente suas funções, atuando o corpo jurídico da própria União em sua defesa.¹³ A Portaria AGU n. 408, de 23 de março de 2009, regula o instituto da representação do agente público em demandas privadas relativas aos seus direitos constitucionais e de personalidade, impactados pelo exercício regular da atribuição pública. A iniciativa de requerer a representação é da pessoa que ocupou ou ocupa a condição de agente público, resguardando-lhe concomitantemente o direito de defesa na escolha da via pela qual exercerá sua representação judicial, já que, não obstante o permissivo legal, ela poderá optar por corpo jurídico privado para sua representação.¹⁴

A atuação da AGU na representação do agente público poderá desenvolver-se para a tutela de qualquer direito de personalidade, donde

¹³ Dispõe a Constituição da República em seu artigo 131: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”

¹⁴ Dispõe a Portaria n. 408/2009: “Art. 2º. A representação de agentes públicos somente ocorrerá por solicitação do interessado e desde que o ato pelo qual esteja sendo demandado em juízo tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, na defesa do interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas no art. 22 da Lei no 9.028, de 1995. Parágrafo único. O pedido de representação judicial pode ser formulado antes ou durante o transcurso do inquérito ou do processo judicial.”

podem ser manejados atos de tutela inibitória ou reparatória da imagem, da honra, da privacidade, dentre outros direitos. Há aqui caráter relevante na diagramação do direito civil constitucional em seu enlace envolvendo a Administração Pública e os direitos de personalidade do agente público. O ponto de delimitação da legitimidade de atuação exercida pela Advocacia-Geral da União é o ganho patrimonial potencial em ação judicial. Em outras palavras, tratando-se de ação a ser ajuizada por violação a direito de personalidade do agente público, será legítima a representação do agente público quando a ação direciona-se não a um ganho patrimonial pessoal do agente, mas sim à afirmação da legalidade e constitucionalidade do exercício da atribuição pública.

A representação judicial desenvolvida pela AGU não se direciona a obter indenização pelos danos materiais ou danos morais, aqui o campo da patrimonialidade é restrito à pessoa do agente público.¹⁵ Não é legítimo à AGU postular indenização pessoal, pois se extrapola o limite da defesa da atribuição funcional, cujo enlace e fator motivacional é justamente centrado e cercado pela afirmação da regularidade funcional, do exercício legal e constitucional da atribuição pública. O instrumento manejado na afirmação da legalidade, constitucionalidade, regularidade do ato perante a coletividade social é focado no exercício do direito de resposta. O artigo 5º, inciso V, da Constituição assegura como consequência de violação a direito de personalidade o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.¹⁶

O direito de resposta possui caráter autônomo, e não patrimonial. Enquanto a indenização por dano moral ou material restringe-se a um proveito próprio da pessoa, o direito de resposta possui caráter mais abrangente, pois visa ele realizar a conformação de verdade, a expressão do restabelecimento do fato ou do ato que foi deturpado de forma viciosa. O direito de resposta tutela mais do que a pessoa do agente, tutela a

¹⁵ Neste sentido, dispõe o artigo 6º da Portaria n. 408/09: “Art. 6º. Não cabe a representação judicial do agente público quando se observar: VIII - que se trata de pedido de representação, como parte autora, em ações de indenizações por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente;”.

¹⁶ O direito de resposta possui caráter autônomo em relação aos pleitos indenizatórios, voltando-se para esclarecer e contestar argumentativamente informações ou afirmações contrárias à pessoa. Neste sentido, a Lei n. 13.188 dispôs em seu artigo 12 que pedidos de indenização ou reparação de danos devem transcorrer em ações próprias sob o rito ordinário, não usufruindo da especificidade do rito regulado naquele diploma legal.

própria Administração Pública, pois alcança a legitimidade, legalidade e constitucionalidade do ato desenvolvido no curso da atribuição pública do agente, de seu papel e de sua dimensão de identidade e imagem desempenhadas como órgão do Estado. Desta forma, não obstante não possa a AGU proceder à representação judicial para angariar indenização por danos morais ou materiais ao agente público, pois aqui o ganho patrimonial individual é o alvo restrito da causa, o exercício do pleito de direito de resposta eleva-se como plenamente consonante à expressão conjuntiva de interesses entre Administração Pública e pessoa agente público no resguardo de seus direitos de personalidade.

A Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015, estabelece que ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo. A acepção do que seja matéria divulgada é ampla, referindo-se a Lei como qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação. Entretanto, a própria Lei n. 13.188 exclui de sua aplicação os comentários de usuários da internet nas páginas eletrônicas de veículos de comunicação social. Note-se que a referência de exclusão é quanto aos comentários, e não quanto à matéria em si divulgada em veículo eletrônico. Esta exclusão somente pode ser compreendida no sentido de que o direito de resposta neste caso permanece, entretanto, não é regulado pelos procedimentos fixados pela Lei n. 13.188. Compreensão diversa geraria uma atrofia da garantia constitucional, nociva à efetivação vertical e horizontal dos direitos fundamentais em uma sociedade cada vez mais marcada pela comunicação virtual em que plataformas de redes sociais são como praças públicas de interlocução e exposição de imagens e ideias.

Ao proceder à tutela do agente público em seu direito de resposta, a Administração está sujeita às prescrições e procedimentos fixados na Lei n. 13.188, sendo que a retratação ou retificação espontânea do veículo de comunicação não descaracterizam o interesse de agir para fins de propositura da medida processual de garantia dos direitos de personalidade. Nada impede que o exercício do direito de resposta seja efetivado mesmo em relação à notícia divulgada em sítios eletrônicos de órgãos oficiais, o

que inclui todos os Poderes, o Tribunal de Contas e o Ministério Público. Todos estes podem ser demandados para fins de afirmação dos direitos de personalidade do agente público que se afirme como ilegitimamente atingido no exercício regular de sua função pública.

3 SISTEMÁTICA DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DOS AGENTES PÚBLICOS PELA AGU E DIREITO DE RESPOSTA

A representação judicial dos agentes públicos pela Advocacia-Geral da União encontra limitações, de modo a proporcionar plena sintonia entre a tutela dos direitos de personalidade do agente público afetados por ato desenvolvido dentro da atribuição funcional e a afirmação das normas regentes da Administração Pública. O artigo 6º da Portaria AGU n. 408/2009 veda a representação judicial quando o agente público não tiver praticado atos no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares da função; quando não houver a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas hipóteses em que a legislação assim o exige; quando o ato for praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo; quando a representação chocar-se com o interesse público no caso concreto; e quando caracterizada conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição.

É possível ainda que o ato que esteja sendo questionado em ação específica contra o agente público já tenha sido objeto de processo judicial outro, com trânsito em julgado, tal como na hipótese de ação popular que tenha reconhecido ato lesivo e ilegal com prejuízo ao erário público. Nesta hipótese, não cabe a representação da AGU acaso a autoria, a materialidade ou a responsabilidade do agente público tenham feito coisa julgada na esfera cível ou penal. Semelhante situação ocorre se a ação judicial versar sobre um tema já objeto de processo disciplinar que o agente público esteja respondendo em face da própria Administração, abrangendo situação em que verificada conduta com abuso ou com desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria

ou correição. Igualmente, por óbvio, se a ação judicial foi proposta pela própria União ou entidade da Administração Pública Federal, ou mesmo se estas aderem ao polo ativo como litisconsortes, não se faz por cabível a representação, tendo em conta conflituosidade insuperável de interesses.

A representação pela Advocacia-Geral da União em favor de seus direitos de personalidade é uma faculdade do agente público, donde este último deve optar por referida representação ou pela atuação de seu advogado privado, não podendo assim haver concomitância.¹⁷ Considerando que a atuação da Administração Pública foca reforço ao papel desenvolvido pelo agente público em sua regular atribuição institucional, converge ao próprio interesse público que União, autarquia e fundação pública federal tenham aberta a possibilidade de ingressar na demanda.¹⁸ A sistemática da representação judicial pela AGU em favor dos direitos de personalidade do agente público deve ser guiada pelos parâmetros do direito civil constitucional,¹⁹ na medida em que a tutela da honra, da imagem, da privacidade, da identidade do agente como um todo, são afetadas pelo exercício regular de seu papel de ator público, como questões de relevância primária afeta à dignidade da pessoa humana, o que acarreta nesta demanda uma vinculação primária com o interesse da própria pessoa em sua afirmação de direitos. Não se trata de questão circunscrita a parâmetros individualistas ou patrimoniais, trata-se de afirmar a tutela do ser humano a partir da Constituição, donde o direito de resposta é significativa ferramenta, pois por ele pode a atuação judicial afirmar a

¹⁷ Ver artigo 6º, inciso X, da Portaria AGU n. 408/2009.

¹⁸ Dispõe a Portaria AGU n. 408/2009: “Art. 9º Caso a ação judicial seja proposta apenas em face do requerente e o pedido de sua representação judicial seja acolhido, o órgão competente da AGU ou da PGF requererá o ingresso da União ou da autarquia ou fundação pública federal, conforme o caso, na qualidade de assistente simples, salvo vedação legal ou avaliação técnica sobre a inconveniência da referida intervenção.”

¹⁹ A sustentação do direito civil constitucional assenta-se na constante afirmação da dignidade da pessoa humana, sob duplo viés, cabendo ao Estado o respeito e a promoção positiva da existência digna: “O respeito e a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana constitui ‘não apenas uma garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo’ (SARLET, 2003: 115). Nesse sentido, impõe aos órgãos estatais de um lado o dever de abster-se de interferir na esfera íntima de seus cidadãos, de outro, impõe a obrigação de atuar positivamente no sentido de viabilizar a existência de uma vida digna.” (Mulholland; Pires, 2014).

regularidade do ato funcional e demonstrar a legalidade e a moralidade que foram adotados na regência da coisa pública.

Em síntese, na ação a ser proposta, a AGU deve concentrar o objeto e o objetivo da pretensão no restabelecimento da imagem-atributo, da identidade do agente público representado. Para este restabelecer e afirmação positiva da imagem e da identidade, sobreleva-se em importância o manejo do direito de resposta. O direito de resposta pode ser compreendido como mecanismo de garantia jurídica titularizado por todo sujeito que seja “pessoalmente afetado por notícia, comentário ou referência saída num órgão de comunicação social, de fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, um texto seu contendo um desmentido, retificação ou defesa” (Moreira, 1994, p. 13).

O Supremo Tribunal Federal afirmou a autonomia, a finalidade pública e ao mesmo tempo a finalidade privada do direito de resposta. Pública por referir-se à correção ou explicitação de uma informação passada ao público e privada por volver-se à correção de dados ou notícias referentes a uma pessoa. Nesta linha, a autonomia do direito de resposta é reconhecida por ser garantia fundamental em si, direito fundamental de defesa, com autoexecutoriedade,²⁰ ao que a Lei n. 13.188, em seu artigo 5º, já estabelece a demanda direta ao responsável pela matéria para fins de exercício da resposta e configuração de interesse de agir. Já nesta fase poderá a Advocacia-Geral da União postular junto ao responsável pela matéria a retificação ou resposta em favor do agente público. O resguardo ao agente público no exercício regular de suas funções ocorre tanto na esfera extrajudicial quanto na judicial, ao que a atuação da AGU na representação daquele permite a afirmação subjetiva (ângulo do agente) e objetiva (ângulo da Administração Pública) de posição contrária à manifestada por outrem.

O Supremo Tribunal Federal, remetendo à doutrina de Vital Moreira, aduziu como finalidades do direito de resposta na qualidade de prerrogativa fundamental: (a) garantia de defesa dos direitos de personalidade, (b) direito individual de expressão e de opinião, (c) instrumento de pluralismo informativo e de acesso de seu titular aos órgãos de comunicação social, inconfundível, no entanto, com o direito de antena, (d) garantia do “dever de verdade” e (e) forma de sanção ou de

²⁰ O desenvolvimento da argumentação do Supremo Tribunal Federal pode ser aferido pela análise do Informativo STF n. 614. Direito de Resposta - Autonomia Constitucional - Natureza Jurídica (Transcrições).

indenização em espécie.²¹ A situação jurídica do direito de resposta está ligada ao direito de retificação, voltado para a obrigatoriedade de exigir-se o reparo em si de informações, apresentações, alegações, ou mesmo pronunciamentos, sendo reconhecido inclusive na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), a qual é dotada mesmo de supralegalidade em relação às normas pátrias.²² A representação estatal em favor do agente público atende aos fins constitucionais e da Convenção Americana de Direitos Humanos, simultaneamente tutelando direitos de personalidade e a afirmação da verdade, ou de uma perspectiva de compreensão da verdade, em meio ao ambiente democrático de exposição de pensamentos e comunicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação da Advocacia-Geral da União na representação de agente público em processo judicial em que este último figure como parte por exercício de ato regular dentro de sua atribuição constitucional ou legal é afirmação do direito civil constitucional, pois supera as fronteiras arraigadas de um limite circunscrito em definição entre o público e o privado. A afirmação dos direitos de personalidade exige uma dimensão unitária da identidade, donde fatos ligados ao exercício do papel funcional regular de agente público podem impactar em toda a imagem-atributo da pessoa, em caso de imputações nocivas e lesivas à imagem, à honra, ou à privacidade.

Desta forma, a representação do agente público pela Advocacia-Geral da União é fruto de enlances entre a esfera pública e a esfera privada do Direito, viabilizando que instituição pública federal possa atuar em papel inerente à Administração Pública para resguardo dos direitos do

²¹ O direito de resposta foi abordado com especial ênfase no Informativo STF n. 614 - Direito de Resposta - Autonomia Constitucional - Natureza Jurídica (Transcrições).

²² “Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta. 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.” A Convenção foi promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

agente público. Neste cenário, a delimitação para atuação em legitimidade da representação pela AGU está no proveito patrimonial, admitindo-se a representação para exercício de direito de resposta e retificação, tanto judicial quanto extrajudicialmente, mas não se apresentando a mesma como legítima quando demanda judicial tenha por pedido a reparação indenizatória em proveito do agente por danos morais ou materiais oriundos do ato lesivo. Destarte, considerando os questionamentos que conduziram o presente trabalho, expõe-se de forma sistemática minhas proposições de resposta:

a) é legítima e regular a representação de agentes públicos e ex-agentes públicos pela Advocacia-Geral da União quanto afetados, nesta qualidade, seus direitos de personalidade?

Sim, é legítima e regular a representação de agentes públicos e ex-agentes públicos pela Advocacia-Geral da União, já que se apresenta a identidade humana como unitária, não se podendo ignorar ou apartar efeitos sobre direitos de personalidade ocasionados em lesões direcionadas à pessoa quando em atuação no papel de agente público. A atribuição de identidade própria dos direitos de personalidade não permite fracionamentos e não pode mitigar a eficácia plena dos direitos fundamentais tanto em plano vertical quanto em plano horizontal.

b) quais são os limites em que se procede a representação da Advocacia-Geral da União?

Os limites de atuação da representação da Advocacia-Geral da União são construídos pela conjunção de sentidos e significados de proposição de atuação da afirmação do público e do privado enlaçados que são. A tutela de direitos de personalidade e da identidade do agente público ou do ex-agente público está ligada ao regular desempenho da função pública, sendo relativa ao ato praticado, que deve ter sido acobertado pela constitucionalidade e legalidade. A tutela e a representação do agente público não se exercem apenas no interesse deste próprio, mas em seus efeitos diretos e indiretos no interesse público da boa gestão e governança na Administração Pública.

c) há diferenças estruturais e constitucionais a possibilitar tratamentos diversos quanto a pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais e pleitos voltados para o exercício de direito de resposta?

Sim, há diferenças estruturais, constitucionais e legais. O pleito de indenização por danos morais e materiais é orientado ao proveito próprio do servidor, afastando a legitimidade de que haja reparação ou

recomposição patrimonial individual manejada pela Advocacia-Geral da União, na qualidade de órgão público afeto à *res publica*, sendo-lhe vedado advogar dever indenizatório orientado a patrimônio privado. O direito de resposta possui autonomia como afeto aos direitos de personalidade, sendo direito próprio e coligado ao direito de retificação, possuindo mesmo caráter de garantia fundamental. O direito de resposta pode ser postulado pela Advocacia-Geral da União como representante do agente público, sendo orientado para a afirmação da verdade e correção de informações expressadas na coletividade, albergando a defesa do próprio ato praticado e sua correspondência para com o interesse público. Tem-se no exercício de direito de resposta uma tutela que alcança a uma só vez o ângulo de resguardo da Administração Pública e da própria pessoa, coadjuvando-se na perspectiva do direito civil constitucional a própria afirmação de princípios e regras ligadas à moralidade e legalidade administrativas.

REFERÊNCIAS

Advocacia-Geral da União. **Levantamento aponta atuação da AGU em 568 ações em defesa dos atos dos agentes públicos.** <http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100533952/levantamento-aponta-atuacao-da-agu-em-568-acoes-em-defesa-dos-atos-dos-agentes-publicos?ref=home> Extraído pelo JusBrasil: acesso em 18.9.2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Le droit, l'État et la constitution démocratique.** Trad. Olivier Jouanjan avec la collaboration de Willy Zimmer et Olivier Beaud. Paris: Bruylant L.G.D.J, 2000.

BRASIL, Advocacia-Geral da União. Portaria n. 408, de 23 de março de 2009. Disciplina os procedimentos relativos à representação judicial dos agentes públicos de que trata o art. 22 da Lei no 9.028, de 12 de abril de 1995, pela Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal. **Diário Oficial da União**, Seção 1, página 21-22, DF, 24 mar. 2009. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/188243>. Acesso em 11 dez. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 dez. 2015.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Seção 1 - 9/11/1992, Página 15562 (Publicação Original). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 11 dez. 2015.

_____. Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. **Diário Oficial da União**, DF, Seção 1. 12/11/2015, p. 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13188.htm. Acesso em 11 dez. 2015.

_____. Lei n. 9.028, de 12 de abril de 1995. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, DF, Seção 1 – 13 abr. 1995, Página 5289 (Publicação Original). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9028.htm. Acesso em 11 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito de Resposta - Autonomia Constitucional - Natureza Jurídica (Transcrições). In. **Informativo Supremo Tribunal Federal n. 614**. Brasília, 1º a 4 de fevereiro de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo614.htm>. Acesso em 11 dez. 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In. **Direito, Estado e Sociedade** - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. In. Vieira, José Ribas (org.). **20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Gen, Editora Forense, Bilac Pinto Editores, 2008

MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na comunicação social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Pires, Thula Rafaela de Oliveira. **O Reflexo das Lutas por Reconhecimento no Direito Civil Constitucional**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=faa1f47d99384715>. Acesso em 21.9.14. p. 12-13.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje.** Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna.** Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

_____. **The ethics of authenticity.** Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2003

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL EN TORNO AL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL EN LA UNIÓN EUROPEA

REFORM OF SPANISH CRIMINAL CODE IN IMMIGRANTS ILLEGAL TRAFIC SUBJECT AS INSTRUMENT OF FIGHT AGAINST ILLEGAL IMMIGRATION IN EUROPEAN UNION

Esther Pomares Cintas *

SUMARIO: 1 La reforma penal de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). 1.1 Consideraciones previas. 1.2 Regulación anterior a la reforma de 2010. 1.3 Marco normativo y conceptual del tráfico ilegal de migrantes en la Unión Europea. 1.4 Alcance de la reforma de 2010. 2 El delito de tráfico ilegal de migrantes a partir de la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). 2.1 Objetivos de la reforma de 2015. 2.2 La nueva estructura y formulación del art. 318 bis como delito de tráfico ilegal de migrantes. 2.3 Valoración crítica de la reforma de 2015. 3 Conclusiones: el Art. 318 bis como modelo de tipificación penal *actuarial* que quebranta principios básicos del Estado democrático y social de derecho.

RESUMO: La política criminal que ha desarrollado el Estado español, como miembro de la Unión Europea, para combatir la operación migratoria ilegal de ciudadanos extracomunitarios –entrada, circulación o permanencia-, se ha proyectado a través de sucesivas, al tiempo que incoherentes, reformas legislativas. Hoy nos encontramos ante la *enésima* reforma del Artículo 318 bis del Código penal, un precepto que se considera estratégico en la lucha contra la inmigración ilegal, pero que adolece de graves deficiencias desde la perspectiva de los principios básicos que deben informar la tarea de tipificación penal en un Estado democrático de Derecho.

Palavras-chave: Tráfico ilegal de migrantes. Acuerdo mutuo en el cruce de fronteras. Control del flujo migratorio en la Unión Europea.

ABSTRACT: *The criminal policy developed by spanish State, as member of European Union, to fight against illegal immigration by extra community citizens – entry, circulation or permanency -, it's being protect by successive, as well they are incoherent, legislative reforms. Nowadays it's seeing the umpteenth reform of article 318 bis of penal code, an institution seen as strategic in the fight against illegal immigration, but it have getting seek of deep disability since basic principles that should inform in conduct description of democratic State of law.*

Keywords: *Illegal traffic of immigrants. Mutual agreement of boarders cross. Migration flux control in European Union.*

* Professora doutora de direito penal na Universidad de Jaén – Espanha.

1 LA REFORMA PENAL DE 2010 (LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO¹)

1.1 Consideraciones previas

La política criminal que ha desarrollado el Estado español, como miembro de la Unión Europea (UE, en adelante), para controlar la operación migratoria ilegal de ciudadanos extracomunitarios² –entrada, circulación o permanencia-, se ha proyectado a través de sucesivas, al tiempo que incoherentes, reformas legislativas.

En el Código Penal español (CPe, en adelante) han coexistido dos figuras delictivas que sancionan la colaboración de terceros en el traslado o desplazamiento transfronterizo ilegal de extranjeros-inmigrantes. El Legislador las ha introducido en distintos momentos, en distintos Títulos del Código, y bajo un umbral penal diferente: son los delitos de colaboración en la inmigración clandestina de *trabajadores* (artículo 313.1 CPe³), y el tráfico ilegal de migrantes (genérico), previsto en el artículo 318 bis CPe⁴. Ambos preceptos han sido afectados por la reforma de 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Particularmente, el art. 318 bis había sido ya objeto de varias y sustanciales modificaciones que siempre han respondido a la finalidad de cumplir las directrices marcadas por los compromisos comunitarios derivados del Consejo Europeo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, celebrado en octubre de 1999: se subrayaba como objetivo establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la “trata de seres humanos” (*trafficking in human beings*) y a la lucha contra la ayuda a la inmigración clandestina o el “tráfico ilegal de personas migrantes” (*smuggling of migrants*).

Sólo mediante el análisis de la génesis de estos delitos, de sus posteriores modificaciones, y el contenido de esos compromisos regionales

¹ Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE, en adelante) núm. 152, de 23 de junio de 2010. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.

² Ciudadanos no pertenecientes a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo.

³ Ubicado dentro del Título dedicado a los “delitos contra los derechos de los trabajadores”.

⁴ Ubicado dentro del Título denominado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

(UE), será posible comprender la necesidad de la reforma de 2010 y los defectos de la misma.

1.2 Regulación anterior a la reforma de 2010

Con ocasión de la aprobación del Código Penal de 1995⁵, el denominado Código penal de la democracia española, surge el artículo 313.1, dentro del Título dedicado a los “*delitos contra los derechos de los trabajadores*”. Castiga con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses, al que “*promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea*”, esto es, inmigrantes-extranjeros-ilegales que se desplazan con la finalidad de realizar una actividad laboral, que puede ser por cuenta propia o ajena. La pena que figuraba inicialmente (prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses) fue elevada por la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶ (LOEx., en adelante). Finalmente, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas⁷, completó la frase “a España” con la expresión “*o a otro país de la Unión europea*”, ampliando aún más el ámbito punitivo de este delito.

Para colmar las posibles lagunas punitivas a que conducía un precepto como el 313.1, cuya aplicación se supeditaba a la acreditación de la finalidad de trabajar del inmigrante ilegal, la Disposición Final 2ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, crea un nuevo delito, dedicado a perseguir la colaboración en la inmigración clandestina o ilegal de personas que no responde a una motivación específica (art. 318 bis CPe). Como no se encontraba en el Código penal una ubicación adecuada a la naturaleza de estas conductas, se introdujo el delito del 318 bis en un Título nuevo, bajo la rúbrica “*delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”.

⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>.

⁶ Publicada en BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

⁷ Publicada en BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-19879.

En un solo precepto se sanciona con las penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, a “*los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España*”, tipo básico que se agrava en mayor o menor medida en función de diversos criterios: ánimo de lucro, empleo de medios comisivos que limitan o anulan la capacidad de autodeterminación o decisión de la persona inmigrante (violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad), minoría de edad, puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, u otras circunstancias relativas al autor –abuso de su condición pública o pertenencia a una organización.

Sin embargo, el art. 318 bis no tardó en ser reformado para ser ampliado y agravado. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁸, plantea “una tarea de consolidación y perfeccionamiento” de las medidas relativas a la lucha contra el “tráfico de seres humanos y la inmigración clandestina”. Este objetivo se traduce en el aumento del marco penal para los que colaboren en la entrada, circulación y estancia irregulares de extranjeros “sean o no trabajadores”. No sólo se eleva la pena, también se reestructura el precepto. La reforma de 2003 amplía ilimitadamente el tipo básico, abarcando conductas de colaboración “directa o indirecta” en el tráfico ilegal o la “inmigración clandestina” de personas. Termina así por distorsionar su relación concursal con el 313.1 CP, anunciando la derogación “tácita” de este precepto.

Pues bien, desde la reforma de 2003, el tipo básico del art. 318 bis sanciona con la pena de 4 a 8 años de prisión al “*que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España*”. Pero no se limita a las conductas de tráfico ilegal de migrantes. Incorpora también un tipo agravado en función de la finalidad de explotación sexual; y confiere una protección específica al incapaz. El resto de las modalidades agravadas se mantienen (véase más adelante el texto del precepto). Por último, se crea un tipo atenuado en función de peculiares características del hecho y del autor del delito.

Finalmente, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, al igual que hizo con la redacción del art. 313.1 CPe, completó el inciso del tipo básico del art. 318 bis “desde, en tránsito o con destino a España” con la expresión “o con destino a otro país de la Unión europea”, es decir, se vuelve

⁸ Publicada BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>.

a ampliar el ámbito punitivo para castigar también dicha conducta cuando el destino del inmigrante ilegal sea cualquier otro país de la Unión Europea.

Art. 318 bis desde la reforma de 2003 hasta 2010

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de 4 a 8 años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

A partir de la reforma de 2003, las normas penales relativas a la colaboración en la inmigración clandestina, el art. 313.1 y el 318 bis, conviven con dificultad. Pero no sólo eso. Falta comprobar si los comportamientos sancionados en el art. 318 bis responden a los compromisos internacionales (ONU) y regionales (UE) que reivindican marcos penales distintos para problemas distintos: el *tráfico ilegal o inmigración clandestina* de personas migrantes, de un lado, y la *trata de seres humanos*, de otro.

Antes de valorar este extremo significativo e indicativo de la necesidad de una nueva reforma, es de vital importancia aludir al contenido de esos instrumentos comunitarios e internacionales en orden a establecer una separación de realidades.

1.3 Marco normativo y conceptual del tráfico ilegal de migrantes en la Unión Europea

En primer lugar, tráfico ilegal de migrantes y ayuda a la inmigración clandestina son términos equivalentes (*smuggling of migrants*) que giran en torno a la colaboración de terceros en el desplazamiento transfronterizo de personas en condiciones de ilegalidad/irregularidad administrativa o migratoria que pretenden establecerse en el territorio de la Unión Europea. Sobre esta base conceptual, la Directiva 2002/90/ CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁹, sanciona 2 modalidades de conductas relativas al tráfico ilegal de personas:

La ayuda a entrar en el territorio de un Estado miembro, o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros (art. 1.1 a). No se exige que estas conductas estén presididas por una finalidad lucrativa. Respecto de estos comportamientos colaboradores, la Directiva permite, como elemento de tregua, no sancionar la ayuda al desplazamiento del inmigrante ilegal “en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate” (art. 1.2).

La ayuda a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros, siempre que esté guiada por ánimo de lucro (art. 1.1. b).

⁹ Publicada en Diario oficial, DO L 328, de 05/12/2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aj10044>.

A su vez, la Directiva obliga a sancionar diversas modalidades de participación –inducción y complicidad–, además de la tentativa, en relación con las conductas señaladas (art. 2).

Sobre la base de esos comportamientos punibles, la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación, y estancia irregulares¹⁰, establece las directrices punitivas que deben regir su tipificación penal. En el art. 1.3 vincula la pena más grave, la de prisión cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, a las conductas de ayuda a la entrada y tránsito ilegal siempre que hayan sido cometidas con ánimo de lucro y concorra alguna de las circunstancias siguientes: pertenencia a una organización delictiva, o puesta en peligro de la vida de las personas desplazadas.

Se observa, por tanto, que el concepto de tráfico ilegal de migrantes que manejan los instrumentos normativos comunitarios se corresponde con la ayuda a la inmigración ilegal de ciudadanos extracomunitarios en cualquiera de sus vertientes (entrada, circulación o permanencia en territorio de la UE). No es consustancial a los comportamientos colaboradores en la inmigración ilegal la utilización de medios o procedimientos que limitan o anulan la libertad de decisión de la persona migrante. Antes bien, el tráfico ilegal de personas se basa en el consentimiento del extranjero en la operación migratoria ilegal, en el acuerdo mutuo sobre el cruce ilegal de fronteras. Ni la concurrencia de finalidad lucrativa, ni la intervención de una organización dedicada a tales actividades, invalidan el consentimiento del extranjero en el desplazamiento (CINTAS, 2013, pp. 871-880).

En otras palabras: la persecución penal de la ayuda a la inmigración ilegal, la figura del tráfico ilegal de migrantes, se dirige esencialmente a evitar la contravención de la legislación administrativa sobre entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de los Estados miembros de la UE. Tutela, pues, el interés estatal en el control del flujo migratorio, y, a su vez, el interés supraestatal de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Es un delito contra el Estado, no contra las personas.

En cambio, la *trata de seres humanos (trafficking in human beings)* hace recaer su gravedad en su propia definición: es la instrumentalización de las personas, a través de procedimientos que quebrantan su consentimiento o libertad de decisión, con la finalidad de someterlas a situaciones de

¹⁰ DO L 328 de 05/12/02. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0045>.

explotación asimiladas a la esclavitud. Aquí es irrelevante la nacionalidad de la víctima o su condición migratoria, tampoco es inherente el carácter transfronterizo de los comportamientos que abarca; es decir, este delito no gravita en torno de la vulneración de la normativa migratoria sobre entrada, circulación o permanencia de extranjeros. Es otra cosa. En este sentido se pronuncia la Decisión Marco 2002/629, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, sustituida y actualizada por la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011¹¹; de igual modo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000.

En consecuencia, mientras que el delito de trata de seres humanos protege la dignidad y la libertad de las víctimas, implica prácticas violentas, intimidatorias, engañosas o abusivas, y se vincula a finalidades de explotación personal, el castigo de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal forma parte de un amplio conjunto de medidas dirigidas a la lucha contra la presencia del extranjero-inmigrante ilegal o clandestino en territorio de la UE, esto es, tutela *exclusivamente* los intereses que subyacen al control de los flujos migratorios, los encarnados en la custodia del modelo de entrada, circulación y permanencia de extranjeros.

Hasta tal punto es ambiciosa la Directiva 2002/90/CE, que ha sobrepasado los objetivos del Protocolo de Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000, contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Protocolo de 2000 conecta esta colaboración con el fenómeno organizativo y la finalidad lucrativa inherente a él; en cambio, en el ámbito de la Unión Europea se sanciona cualquier ayuda a la operación migratoria ilegal, también la *individual*, esporádica o no, sin requerir finalidad lucrativa (salvo para la ayuda a la permanencia ilegal), incluso se permite hacerlo frente a la ayuda humanitaria (art. 1 Directiva 2002/90/CE).

En España, son numerosas las sentencias que han aplicado el delito de colaboración en la inmigración clandestina sin mediar ánimo de lucro ni red organizativa y siendo conductas esporádicas o aisladas. Véanse, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo español de 4-5-2004, de 10-7-2006; Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 12-6-2002,

¹¹ Diario Oficial de la Unión Europea L 101/2011, de 15/4/2011. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>.

31-1-2003, 12-2-2003, 31-12-2003, 13-7-2004; de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14-3-2001; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19-7-2004, de 25-4-2005, etc.

1.4 Alcance de la reforma de 2010

Desde la reforma de 2003, la regulación del delito de tráfico ilegal de personas del art. 318 bis se contradice manifiestamente con los términos de los mandatos comunitarios (e internacionales). No sólo se solapan normas penales que atienden al mismo fenómeno (arts. 313.1 y 318 bis) sino que se confunden inexplicablemente realidades distintas: sin criterios coherentes, el Legislador ha englobado conductas de tráfico y de trata en un mismo artículo, el 318 bis, hasta el punto de confundirlas y distorsionarlas (PÉREZ ALONSO, 2008) (véase más arriba el texto del precepto).

Conviene recordar que, en 1999, existía en el Código Penal español una modalidad concreta de trata de personas vinculada a la finalidad de explotación sexual. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril¹², incorporó, dentro de los delitos relativos a la prostitución, un precepto (Art. 188.2) que sancionaba con las penas de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses al *“que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”*. Sin embargo, esta figura de trata sexual quedó conceptualmente desvirtuada desde que la mencionada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la suprime y traslada parcialmente al art. 318 bis. 2 CP, pero sin las exigencias típicas características de la trata, convirtiéndola, por tanto, en una modalidad agravada de tráfico ilegal de personas destinado a la prestación de servicios sexuales: *“Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión”*. La inclusión de este apartado en el art. 318 bis ilustra ese intento infructuoso de cumplir los mandatos comunitarios sobre tráfico y trata, y de convertir de modo

¹² Publicada en BOE núm. 104, 1 de mayo 1999. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/05/01/pdfs/A16099-16102.pdf>.

manipulador a los inmigrantes ilegales en víctimas de trata (Instituto de Migraciones, 2011, p. 915)¹³.

En efecto, el art. 318 bis, que abarca conductas de tráfico y de trata, desvirtúa este último concepto porque los comportamientos que aluden al empleo de medios que constriñen la capacidad o libertad de decisión de las personas (apartado 3), o a la finalidad de explotación sexual (apartado 2), se hacen depender de la contravención de las normas sobre entrada, traslado o permanencia de extranjeros, y, por tanto, sólo afectan al inmigrante-extranjero-ilegal. En otras palabras, el art. 318 bis regula comportamientos de “trata de personas” como modalidad distorsionadora de tráfico ilegal o ayuda a la inmigración clandestina (así, ante la concurrencia simultánea de los apartados 2 y 3 del art. 318 bis), y viceversa, castiga comportamientos de tráfico como si fueran trata de personas (así, la sola concurrencia de la finalidad de explotación sexual -apartado 2 del 318 bis-, contando, pues, con el consentimiento válido del inmigrante ilegal desplazado¹⁴).

Esta situación de confusión y desconcierto planteó la necesidad de revisar de nuevo el texto del art. 318 bis. La Ley Orgánica 5/2010 pretendió establecer un tratamiento penal separado de comportamientos. De un lado, creó el delito de trata de seres humanos, en el artículo 177 bis, basado en la ausencia de consentimiento de la víctima y preordenado al objetivo de someterla a una grave situación de explotación personal. En este sentido, los medios comisivos que implican forzar la voluntad de la víctima –“engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad”-, o la falta de consentimiento cuando es menor de edad o discapacitada, han quedado integrados como elementos estructurales de la noción de trata de personas (Art. 177 bis. 1, 2).

¹³ MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, En, (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer, Dirs.), Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1245 y ss.; SOLANA RUIZ, José Luis, “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico”, En, (García Castaño/Kressova), Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía.

¹⁴ Vid. nota anterior. No puede presumirse la existencia de un consentimiento viciado por el simple hecho de la condición de inmigrante del sujeto pasivo, DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, InDret 1/2010, p. 36.

De otro lado, la reforma de 2010 derogó el delito específico de ayuda a la inmigración clandestina de trabajadores (Art. 313.1), porque queda englobado en el amplio tipo básico del art. 318 bis. 1, al tiempo que se reconoció la naturaleza transnacional de la colaboración en la inmigración clandestina, un delito predominantemente orientado a “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios” (Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010).

Este planteamiento legislativo debería haber implicado necesariamente una transformación del art. 318 bis de modo tal que se dirigiera a regular exclusivamente comportamientos de colaboración en la inmigración clandestina o ilegal de personas con los elementos suministrados por los compromisos comunitarios contenidos en la Directiva 2002/90/ CE y Decisión Marco 2002/946/JAI. Sin embargo, este objetivo no tuvo lugar tampoco con la reforma de 2010, a pesar de lo expresado en la Exposición de Motivos de la misma y las presiones doctrinales en este contexto.

<p style="text-align: center;">Artículo 318 bis. Delito de colaboración en la inmigración ilegal o clandestina según la reforma de 2010</p>
--

<p>1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.</p>
--

<p>2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.</p>

<p>3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.</p>

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.

5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

Artículo 177 bis. Delito de trata de seres humanos. Precepto creado por la reforma de 2010

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

La explotación sexual, incluida la pornografía.

La extracción de sus órganos corporales.

<p>2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.</p>
<p>3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.</p>
<p>4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; La víctima sea menor de edad; La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.</p>
<p>5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.</p>
<p>6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.</p>

<p>7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p>
<p>8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.</p>
<p>9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.</p>
<p>10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.</p>
<p>11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.</p>

Las razones de coherencia sistemática que han movido al Legislador de 2010 para presentar una alternativa de separación de comportamientos quedaron desvirtuadas al mantener, en el delito de tráfico ilegal de migrantes (art. 318 bis), los medios comisivos característicos de la trata de personas—violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima-, que, además, equipara al ánimo de lucro (véase el resultante apartado 2 del 318 bis), a pesar de que esta finalidad no interfiere en la validez del consentimiento del inmigrante en la operación migratoria ilegal. En consecuencia, el Legislador de 2010 ha empeorado la confusión terminológica de la que inicialmente adolecía el 318 bis.

Por otra parte, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas. Frente a los criterios expresados por la Directiva 2002/90/ CE, los amplios términos del tipo básico del art. 318 bis sigue equiparando la tentativa con la consumación y la autoría con las formas de participación. Asimismo, las penas previstas exceden de los límites impuestos –también desproporcionados- por la Decisión Marco 2002/946/JAI (no estamos hablando de trata de seres humanos, sino de ayuda a la inmigración clandestina o ilegal con el consentimiento del desplazado). Recordemos que la pena más grave, prisión de hasta 8 años, está indicada para los comportamientos colaboradores en la entrada y traslado ilegal de extranjeros (no para la permanencia), siendo necesario el ánimo de lucro junto a la pertenencia a una organización dedicada a tales actividades.

2 EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES A PARTIR DE LA REFORMA DE 2015 (LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO¹⁵)

Como se ha señalado, hasta la reforma actual, la de 2015, se castigaban en el art. 318 bis CPe comportamientos de trata de personas como si fueran una modalidad de colaboración en la operación migratoria ilegal, y viceversa, comportamientos de tráfico ilegal de migrantes como si fueran trata de personas. La combinación de elementos definitorios de la trata de personas y de la ayuda a la inmigración ilegal fue nuevamente denunciada por la doctrina penal. Por razones de coherencia conceptual y trascendencia valorativa, junto al principio de proporcionalidad de las penas, había que distinguir definitivamente conductas que no tienen materialmente nada en común, como así evidencian las directrices internacionales y comunitarias plasmadas en instrumentos normativos aprobados separadamente en el año 2000 y 2002, respectivamente.

5 años después, nos encontramos ante la *enésima* reforma del art. 318 bis del Código penal español.

2.1 Objetivos de la reforma de 2015

Para entrar a valorar una tipificación penal promovida por compromisos internacionales o regionales, hay que partir del significado de

¹⁵ Publicada en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439.

la tarea de *transponerlos* al derecho interno. No es trasladar literalmente la formulación de los preceptos contenidos en instrumentos supranacionales, sino que requiere su *adaptación* al ordenamiento interno para guardar la necesaria coherencia, atendiendo siempre, como compromiso superior, a las reglas o garantías básicas que informan la tipificación penal en un Estado democrático de Derecho. Ésta no es una cuestión baladí, como ha reconocido el Parlamento Europeo en la Resolución, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho Penal¹⁶, preocupado por el cariz que ha estado tomando la armonización penal en la UE; lamenta que, “hasta el momento la UE ha desarrollado con frecuencia disposiciones de Derecho penal *ad hoc* y ha creado, por tanto, la necesidad de mayor coherencia”. Se advierte, en definitiva, que la armonización no puede vulnerar los “aspectos fundamentales del Derecho Penal”, de modo que la tarea de transposición de las Directivas “ha de satisfacer principios básicos, como el de “*ultima ratio*” de la intervención penal (...), el mandato de taxatividad, o el principio de proporcionalidad de las penas”, atendiendo también a la coherencia interna de la legislación del Estado miembro.

En consecuencia, como señala la citada Resolución, los Estados miembros “conservan un determinado margen discrecional sobre el modo de transponer las disposiciones (Directivas) a su legislación nacional”, con la finalidad de que esa adaptación satisfaga los principios básicos aludidos.

Pues bien, en el contexto de la persecución de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal, cobra especial protagonismo el amplio ámbito sancionador *administrativo* previsto en la legislación de extranjería, que, dirigido también a la tutela del interés estatal (y supraestatal) del control del flujo migratorio, se ajusta sobremedida al art. 1 Directiva 2002/90/CE.

El Artículo 2 bis g) LOEx. reconoce como “principio” de la política inmigratoria (Ley Orgánica núm. 2/2009, de 11 de diciembre) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas.

En efecto, que el Legislador penal haya manifestado, desde 2010, su voluntad de transponer las disposiciones comunitarias que reprimen la ayuda a la inmigración irregular, no significa que en España no se hubiera hecho mucho antes, pues se llevó a cabo plenamente en el contexto administrativo, en la LOEx. El Estado español ha utilizado, paralelamente, el recurso sancionador administrativo como instrumento para combatir

¹⁶ 2010/2310 (INI). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0208+0+DOC+XML+V0//ES>.

la inmigración ilegal, para proteger la política de control de los flujos migratorios. La legislación de extranjería cuenta con un importante y prolífico régimen sancionador relacionado con la ayuda a la inmigración ilegal o clandestina, que precisamente ha sido fruto de la adaptación a las disposiciones comunitarias referidas y a las directrices derivadas del Consejo Europeo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (1999)¹⁷.

Así, desde el año 2000, al igual que el Protocolo de Naciones Unidas de 2000 sobre el tráfico ilegal de migrantes, se castigaba expresamente (y únicamente), como *infracción muy grave*, el comportamiento colaborador en la inmigración ilegal en el seno de redes organizadas, siempre que esté presidido por una finalidad lucrativa [art. 54.1 b) LOEx.]. Pero en 2003 se desvirtúa la pretensión original de regular lo que parecía la preocupación esencial, esto es, la intervención de las organizaciones dedicadas a tales actividades. Los comportamientos prohibidos por la LOEx. en esta materia, inspirados en el propósito de ajustarse a las directrices comunitarias, de mayor calado, se han ido extendiendo a las conductas *individuales*¹⁸, de tal modo que hoy se castiga *administrativamente* todo comportamiento colaborador de terceros en la operación migratoria ilegal, incluida la ayuda a la permanencia: con o sin ánimo de lucro, con intermediación o no de red organizada dedicada a ello, individual y esporádica.

Basta observar las siguientes *infracciones administrativas* relativas a la ayuda a la inmigración ilegal o clandestina que contiene la LOEx. (entre otras):

Art. 54.1 b. (infracción muy grave): “Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”.

Art. 53.2 b. (infracción grave): “Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante

¹⁷ Véase la Exposición de Motivos respectiva de las Leyes Orgánicas 14/2003, de 20 de noviembre, y 2/2009, de 11 de diciembre.

¹⁸ Resultado de la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en cuya Exposición de Motivos, sin embargo, se reconoce que el fenómeno migratorio ilegal está “cada vez más organizado”. Publicada en BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21187>.

legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia”.

Art. 53.2 c. (infracción grave): “Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización”.

La nueva redacción y estructura del art. 318 bis CPe culmina la iniciativa de la reforma de 2010 de establecer, de acuerdo con las directrices comunitarias, una distancia cualitativa, material y punitiva entre el delito de trata de seres humanos y la colaboración en la inmigración ilegal; como se ha advertido, el texto del art. 318 bis resultante de la mencionada reforma no había convencido porque había dejado pendientes cuestiones esenciales (CINTAS, 2013, p.871-880) que ahora se pretenden resolver (véase el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015).

Al mismo tiempo, respetar la coherencia del ordenamiento jurídico español a la hora de transponer la Directiva 2002/90/CE al ámbito penal, tendría que obligar al Legislador, en virtud del principio de “*ultima ratio*” de la intervención penal, a delimitar con claridad las respectivas esferas sancionadoras en esta materia: hay que evitar la equiparación de las conductas colaboradoras punibles, con la finalidad de reservar un espacio propio de aplicación a la legislación administrativa, encargada de tutelar específicamente la política de control de los flujos migratorios.

Veamos cuál ha sido, esta vez, el alcance y significado de esta última (o, tal vez, penúltima) reforma del art. 318 bis CPe: -

<p>1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.</p> <p>Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.</p>

<p>2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.</p>
<p>3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de 4 a 8 años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.</p> <p>b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.</p>
<p>4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.</p>
<p>5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de 2 a 5 años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.</p> <p>Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p>
<p>6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.</p>

2.2 La nueva estructura y formulación del art. 318 bis como delito de tráfico ilegal de migrantes

La reforma de 2015 ha revisado sustancialmente la tipificación del art. 318 bis CPe atendiendo a dos objetivos principales: de un lado,

delimitar con claridad, y conforme a las disposiciones comunitarias (Directiva 2002/90/CE, Decisión marco 2002/946/JAI), las conductas punibles relativas a la ayuda a la inmigración ilegal, y, de otro, corregir un marco punitivo –crasamente desproporcionado– que se equiparaba al previsto para el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CPe).

Para lograr el primero de los objetivos, se toma la decisión de suprimir definitivamente del ámbito del art. 318 bis todo elemento que implique forzar la voluntad, comprometer la libertad de decisión, o viciar el consentimiento del extranjero, en la medida en que son característicos del concepto de trata de seres humanos –“*engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad*”¹⁹–, al tiempo que se elimina la referencia a la “*víctima menor de edad o incapaz*”.

Asimismo, se reduce significativamente el marco punitivo vinculado a los tipos básicos de ayuda a la inmigración ilegal (núms. 1 y 2 art. 318 bis): se contempla, en primera instancia, una pena de multa (de 3 a 12 meses) alternativa a la pena de prisión (de 3 meses a 1 año).

Pues bien, partiendo de estas premisas, la reforma de 2015 redefine y estructura los comportamientos colaboradores relativos a la inmigración ilegal, según giren en torno a la vulneración de la legislación administrativa sobre entrada o tránsito de extranjeros (Art. 318 bis. 1), o sobre su permanencia en el territorio español (Art. 318 bis. 2):

a) Tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar o circular ilegalmente en territorio español (Art. 318 bis. 1). No se exige que el comportamiento colaborador responda a una finalidad lucrativa. Ésta es su estructura:

Introducción de una excusa absolutoria de la pena: se excluye la aplicación de la pena prevista cuando el objetivo perseguido por quien colabora en la entrada o circulación ilegales fuera “únicamente” prestar “ayuda humanitaria” a la persona de que se trate (Art. 318 bis. 1, párr. 2º).

Tipo agravado: se aplica la pena prevista en su mitad superior cuando el comportamiento colaborador se haya cometido con “ánimo de lucro” (Art. 318 bis. 1, párr. 3º).

Tipos hiperagravados (Art. 318 bis. 3). Se aplica la pena de prisión de 4 a 8 años cuando concorra cualquiera de estas circunstancias:

¹⁹ En este sentido, véase la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración; Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de reforma de 11 de octubre de 2012, publicado el 8 de enero de 2013.

Cuando el comportamiento colaborador se haya cometido en el seno de una “organización” dedicada a tales actividades. Esta agravación no alcanza al tipo penal relativo a la ayuda a la permanencia ilegal.

Cuando el comportamiento colaborador en la entrada o circulación ilegales haya puesto en peligro la vida o entrañe riesgo de producir lesiones graves a “las personas objeto de la infracción”.

b) Tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer ilegalmente en territorio español (Art. 318 bis. 2). Se añade, de modo separado e independiente, un tipo básico (alternativo) que castiga específicamente la colaboración en la permanencia ilegal en España. La relevancia penal de este comportamiento colaborador se condiciona a la concurrencia de ánimo de lucro en el autor. La pena a aplicar es similar a la prevista en el tipo básico de ayuda a la entrada o circulación ilegales.

c) Elementos de la regulación anterior del art. 318 bis que se mantienen:

Tipo agravado por razón del prevalimiento del carácter público del autor, es decir, de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (Art. 318 bis. 4). En virtud de la penalidad prevista, parece sólo aplicable a los tipos hiperagravados mencionados (Art. 318 bis. 3).

Declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su tratamiento punitivo (se regula ahora, por razones sistemáticas, en un apartado separado, el número 5 del art. 318 bis).

Se persevera en el tipo atenuado que atiende a las circunstancias del hecho, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste (Art. 318 bis. 6).

2.3 Valoración crítica de la reforma de 2015

Sin perjuicio de realizar posteriormente una valoración global acerca de la legitimidad material del delito de tráfico ilegal de migrantes conforme a los compromisos comunitarios, cabe destacar los siguientes inconvenientes que plantean los elementos más novedosos incorporados en el art. 318 bis CPe. por la Ley Orgánica 1/2015.

En primer lugar, el tipo básico alusivo a la intervención de terceros en la entrada o circulación ilegales en territorio español de ciudadanos extracomunitarios (Art. 318 bis. 1) es una reproducción literal del art. 1.1 a) Directiva 2002/90/CE. No es una transposición de la

normativa comunitaria, que habría de atender, entre otras reglas básicas, a la coherencia del ordenamiento jurídico interno. El Art. 318 bis. 1 castiga a quien ayude intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Pues bien, los inconvenientes que, a continuación, se señalarán derivan de ese trasunto terminológico.

De un lado, no es adecuado definir a la persona objeto del delito como el “no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea”. Este concepto puede plantear problemas con los nacionales que pertenecen al Espacio Económico Europeo y con los apátridas. En efecto, los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo disfrutan del estatuto del autóctono en la medida en que tienen reconocida libertad de circulación y residencia en el territorio de la UE. No forman parte, como los ciudadanos comunitarios (por ahora), de la política migratoria europea sobre autorizaciones de entrada y permanencia²⁰. En lo que concierne a los apátridas, el art. **67.2 del** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²¹ **los asimila** “a los nacionales de terceros países” en el marco de la política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores.

Con la pretensión de delimitar el ámbito de las conductas punibles vinculadas a la ayuda a la inmigración ilegal, se abandona la anterior formulación del art. 318 bis. 1, más imprecisa y amplia (*promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*), y se sustituye por los mismos términos del art. 1.1 a) Directiva 2002/90/CE: se castiga “ayudar”, es decir, prestar cooperación, al extranjero a entrar o circular en territorio español “de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”. En consecuencia, ya no basta que la operación migratoria en la que se colabore, así, la entrada en territorio español, sea “clandestina” u oculta, no basta que el extranjero al que se ayuda no reúna los requisitos administrativos necesarios para entrar, sino que ahora se exige expresamente la idoneidad

²⁰ Véase el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La LOEx. sólo se les aplicará “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” (art. 1.3).

²¹ Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

del comportamiento colaborador para posibilitar que el extranjero “vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”²², es decir, que éste cometa un ilícito administrativo relativo a la entrada o circulación según la legislación de extranjería vigente. Y en este sentido, debido a la falta de coherencia del ordenamiento interno español, existe un grave obstáculo: en España, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre²³, derogó la infracción consistente en “la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos”. Una infracción que hubiera sido esencial en la configuración de la conducta típica.

La finalidad de la supresión de la mencionada infracción de entrada respondía a una razón coyuntural, la de dar paso a una figura asimilable *ad hoc* a la expulsión: la medida de devolución en la frontera. Es una ficción jurídica altamente actuarial, cuestionable y proclive al abuso de derechos, que se sitúa bajo un régimen distinto del de la expulsión (CINTAS, 2014, p. 135).

Por otra parte, si la entidad de la pena debe estar ligada a un comportamiento colaborador cuyo injusto gravita esencialmente en torno a la vulneración de la normativa migratoria, la prisión de 4 a 8 años que se aplica si el autor forma parte de una organización sigue siendo desproporcionada porque se asimila al tratamiento punitivo del delito de trata de seres humanos (Art. 177 bis). Téngase en cuenta que la intervención de una organización dedicada a facilitar la operación migratoria ilegal (¡no a la trata de seres humanos, que se vincula a una finalidad grave de explotación asimilada a la esclavitud!) no invalida el consentimiento del extranjero desplazado.

En segundo lugar, cabe detenerse en la interpretación y alcance que se podría atribuir a otra novedad incorporada por la reforma de 2015: la “ayuda humanitaria” como excusa absolutoria de la pena. Se introduce en el art. 318 bis. 1, párr.2º, una cláusula controvertida, que excluye la punibilidad de la colaboración de terceros en la entrada o circulación ilegal en territorio español cuando “el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

²² Ayudar tiene el significado de “prestar cooperación”, auxiliar, poner los medios para el logro de algo. *Diccionario de la lengua española (DRAE)*.

²³ Publicada en BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-23660.

Es, de nuevo, un fiel trasunto del art. 1.2 Directiva 2002/90/CE, que permite a los Estados miembros “no imponer sanciones” a dicha conducta colaboradora cuando tenga el significado de prestar “ayuda humanitaria” al extranjero de que se trate.

El precepto penal no define el término “humanitaria”, ni evita la apertura del proceso penal contra la persona que presta esa ayuda²⁴: supone aceptar explícitamente que la ayuda altruista o la hospitalidad están prohibidas penalmente. Es inaceptable también mantener el citado criterio de exención de pena porque significa invertir la carga de la prueba: requerirá que el acusado acredite la concurrencia de un propósito “humanitario”, lo que contradice el principio de presunción de inocencia como derecho fundamental. En definitiva, si lo que se pretende es impedir castigar *penalmente* conductas colaboradoras que responden a motivaciones solidarias, hubiera bastado integrar, en el tipo básico, el ánimo de lucro, es decir, la finalidad de obtener un enriquecimiento o beneficio material indebido (téngase en cuenta que ni el desplazamiento transnacional ni los transportes son servicios gratuitos), como se requiere respecto de la ayuda a la permanencia ilegal (Art. 318 bis. 2.).

Siendo el Legislador penal español consciente de esta situación y del acervo represivo de la Directiva 2002/90/CE en aras de la supremacía del interés del control de los flujos migratorios y de las fronteras exteriores de la UE, esta cláusula absolutoria, en realidad, es de corto y definido alcance. En efecto, no se puede entender excepcional una colaboración que atienda a la necesidad humana de migrar, a la situación que atraviesan los inmigrantes que no pueden cumplir las difíciles condiciones de entrada en territorio UE. El concepto de “ayuda humanitaria”, vinculada al momento de la entrada o tránsito del extranjero de que se trate, responde, sin embargo, a un perfil distinto.

Teniendo presente la inherente naturaleza transnacional del tráfico ilegal de personas migrantes, el mencionado término discurre paralelo a la noción internacional de ayuda humanitaria, que reviste características propias: es una forma de auxilio o colaboración solidaria

²⁴ El Anteproyecto de octubre de 2012 preveía la inclusión de una cláusula que otorga al Ministerio Fiscal la potestad discrecional de no emprender acciones penales para perseguir las conductas colaboradoras que obedezcan únicamente a fines humanitarios (véase, en este sentido, los planteamientos críticos de los Informes del Consejo General del Poder Judicial de 17-1-2013 y del Consejo Fiscal de 8-1-2013). La excusa absolutoria fue propuesta por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto.

enfocada exclusivamente a proteger a aquellas personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada por un desastre, catástrofe natural o conflicto armado, es decir, una situación que requiere una intervención inmediata, o un posterior acompañamiento del afectado.

Así, recuérdese las numerosas víctimas que se cobró la “gestión” del naufragio en la costa de Lampedusa, el 3 de octubre de 2013 (DE LUCAS, 2013, p. 5) el temor de las personas a ser castigadas si prestaban ayuda a los inmigrantes (la mayoría eran solicitantes de asilo) planteó en Italia propuestas de modificación del delito de tráfico ilegal de personas.

Cualquiera que sea la situación en que se encuentre el extranjero afectado, trazar un paralelismo conceptual con la ayuda humanitaria internacional requerirá, en el contexto de esta cláusula absolutoria, que la colaboración solidaria esté presidida por los principios de imparcialidad e independencia²⁵.

La política de la UE contra la inmigración ilegal ha llegado a un extremo punitivo tal que las instituciones comunitarias se han visto obligadas a reconocer algunos “elementos de tregua” en su legislación de combate: así, como se ha mencionado, la Directiva 2002/90/CE permite a los Estados miembros “no imponer sanciones” a una conducta colaboradora cuando tenga el significado de “ayuda humanitaria”. Asimismo, la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, permite a los Estados miembros no sancionar la prestación de asistencia (para la presentación de denuncias) a inmigrantes ilegales que han sido presuntamente víctimas de un delito de explotación laboral (“no se considerará facilitación de la estancia irregular”, art. 13.3 de la Directiva). Con todo, lo verdaderamente preocupante es que las instituciones comunitarias no impidan sancionar tales comportamientos.

Es éste, pues, el concepto de solidaridad -ayuda humanitaria- no punible, que habrá que distinguir entonces de la ayuda generosa que tiene por finalidad proteger a los propios familiares o personas cercanas al entorno del colaborador con las que guarda un vínculo afectivo: será punible porque no es un comportamiento que revista las características de

²⁵ Reglamento nº 375/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, DOUE L 122; Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el desarrollo. El Estado español olvidó esa inspiración humanitaria cuando retiró la asistencia sanitaria a los inmigrantes ilegales a partir del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

imparcialidad e independencia, es decir, no es una ayuda desinteresada por tales componentes emotivos. Me temo que, de nuevo, esas otras finalidades generosas sólo servirán para fundamentar la aplicación del tipo atenuado (art. 318 bis.6), pensada de antemano para estos casos (no merecedores de pena alguna), pero que no evita la condena ni el estigma de delincuente. Por ello, no puede satisfacer el mencionado tipo atenuado, que brinda la posibilidad de imponer, a criterio del Juez o Tribunal, “la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”. La supremacía del control de los flujos migratorios, de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza, es lo que ha justificado maximizar la persecución penal de la colaboración en la entrada o circulación ilegales de extranjeros, aunque respondan a motivaciones de esa clase.

Es paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1146/2009, de 18 noviembre, en la que se reconoce que el comportamiento de la acusada, familiar de la inmigrante ilegal, respondió a un “acto generoso a fin de mejorar la vida” de la persona desplazada, “no origina un mayor peligro para la integridad de sus derechos”. Fue condenada por el delito de tráfico ilegal de migrantes del Art. 318 bis. Véanse, en este sentido, entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 526/2007, 1109/2007, de 4 de mayo 2004, Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, 45/2004, de 13 de julio, de 12 de febrero 2003.

Finalmente, cabe realizar las siguientes observaciones críticas en torno a la incriminación específica e independiente de la colaboración en la permanencia ilegal del extranjero. El Legislador de 2015 ha decidido castigar de forma expresa a quien ayude intencionadamente, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros (Art. 318 bis. 2). De nuevo, se ha trasladado textualmente la redacción del Art. 1.1 b) Directiva 2002/90/CE. Esta modalidad delictiva se castiga con la misma pena del tipo básico de la ayuda a la entrada o circulación ilegales, a pesar de que en éste no se requiere la concurrencia de ánimo de lucro. Pero las objeciones a este tipo penal específico trascienden incluso esas consideraciones.

En efecto, el objetivo de delimitar las conductas punibles ha sido superado por otro que no se reconoce en el Preámbulo de la reforma de 2015: extender aún más el ámbito de aplicación del delito del art. 318 bis. Se regula separadamente la ayuda a la permanencia ilegal del extranjero, desligada, por tanto, de la colaboración en su entrada o circulación ilegal.

Este criterio de política criminal en torno a la lucha contra la inmigración ilegal desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: el esencial carácter transfronterizo de la operación migratoria en la que se interviene, una connotación que ha sido subrayada en la Exposición de motivos de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, el art. 4 Protocolo de Naciones Unidas de 2000 y en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010. En consecuencia, la incriminación independiente de la ayuda o favorecimiento de la situación de permanencia ilegal del extranjero equivaldrá al castigo del mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insoportables para un Estado social y democrático de Derecho.

Es un paso cualitativo significativo, inmerso en el acervo represivo de la lucha contra la inmigración ilegal (véanse, en sentido crítico, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1397/2003, de 16 de octubre, núm. 284/2006, de 6 de marzo).

3 CONCLUSIONES: EL ART. 318 BIS COMO MODELO DE TIPIFICACIÓN PENAL ACTUARIAL QUE QUEBRANTA PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El delito del art. 318 bis ha experimentado recientemente una modificación de significativo alcance. La nueva tipificación del tráfico ilegal de migrantes no sólo está mal formulada por las razones que se han esgrimido.

El texto resultante del art. 318 bis asume definitivamente la *nuda realidad* de un delito que se dirige a perseguir comportamientos colaboradores con la inmigración ilegal, cuya relevancia penal gravita fundamentalmente sobre la vulneración de la legislación administrativa de extranjería, es decir, sobre la *condición* del extranjero-inmigrante-ilegal. Se consagra así su finalidad de tutelar exclusivamente el bien jurídico que ya había reconocido, en un arrebato de sinceridad, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010: “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”, un bien jurídico específicamente protegido por el régimen sancionador de la legislación de extranjería: la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia ilegal del extranjero ya está sancionada por la LOEx., a través de sus variadas infracciones [arts. 54. 1., letras b,

f, 53.2., letras b, c)], fruto de su adaptación a la Directiva 2002/90/CE y otras posteriores.

Como fiel trasunto de la Directiva 2002/90/CE, sin un previo ejercicio de transposición y reflexión, el Legislador de 2015 redefine y estructura los comportamientos colaboradores punibles, sin tener en cuenta la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, concretamente, lo actuado en el marco sancionador de la legislación de extranjería. Se incurre, por tanto, en una manifiesta transgresión de las reglas derivadas del principio de intervención mínima (criterios de fragmentariedad y subsidiariedad en la protección de bienes jurídicos), como garante de la tipificación penal en un Estado democrático de derecho. Las conductas contempladas en los tipos básicos del Art. 318 bis CPe –asimismo, en algunos tipos agravados– no representan mayor gravedad de injusto respecto de las infracciones administrativas mencionadas en la legislación de extranjería.

Incluso se genera una situación paradójica: al dirigirse la infracción del art. 54.1 b) LOEx. contra quienes promueven o favorecen la inmigración clandestina *con ánimo de lucro*, se está afirmando la posibilidad de que, a través del delito del Art. 318 bis. 1, que no requiere ánimo de lucro, se sancione penalmente conductas que administrativamente no están prohibidas.

Tras la reforma de 2015, la regulación del Art. 318 bis evidencia la equiparación entre las conductas punibles relativas a la ayuda a la entrada, circulación o permanencia ilegales y las previstas en el ámbito administrativo, que también persigue la intermediación de redes organizadas dedicadas a tales actividades [véase el art. 54.1 b) LOEx.]. Hasta el punto de acercar también la respuesta sancionadora. Ya no se contemplan para los tipos penales básicos (núms. 1 y 2 art. 318 bis) penas graves, y es llamativo prever, en primer lugar, la aplicación de una pena de multa de 3 a 12 meses, como alternativa a la prisión de 3 meses a 1 año. Téngase en cuenta que las infracciones administrativas muy graves, como la del art. 54.1 b) LOEx., están sancionadas con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros (art. 55), posiblemente de mayor alcance que la que cabría imponer como pena pecuniaria.

Por imperativo de los compromisos internacionales y comunitarios, que obligan a mantener una figura delictiva dedicada al tráfico ilegal de migrantes, cabría realizar una propuesta de tipificación caracterizada por el carácter subsidiario y fragmentario que debe presidir la intervención en materia penal. Se podría condicionar la relevancia penal del tráfico

ilícito de personas a la concurrencia de tres elementos: formar parte de una red organizada dedicada a la *intermediación* en la inmigración ilegal, su carácter transnacional, y la concurrencia de una finalidad lucrativa o enriquecimiento indebido. Con esta alternativa de tipificación se retoma lo que, desde los inicios del fenómeno migratorio ilegal, ha sido la verdadera preocupación: combatir la actuación de las organizaciones dedicadas a las actividades mencionadas, *que hacen de ello un lucrativo negocio, afectando a la política migratoria estatal*. Así quedaría redactado el tipo básico: “1. *El que, formando parte de una organización o asociación, y con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico, trafique ilegalmente con migrantes para la entrada o permanencia en territorio español, o para el tránsito con destino a otro país de la UE, vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia o tránsito de extranjeros, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 3 a 12 meses. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena*”²⁶. En consecuencia, las actividades de tráfico que favorecen la permanencia ilegal del inmigrante serán punibles cuando reúnan las características exigidas, es decir, tiene que concurrir el elemento organizativo, el fin lucrativo y el componente transnacional. De este modo, la ayuda a la permanencia ilegal, con ánimo de lucro, sin haber intervenido en modo alguno -como integrante de la red organizada- en la entrada ilegal del extranjero, o en su traslado ilegal, debe reconducirse al ámbito administrativo sancionador²⁷.

Esta situación confirma, por un lado, que la nueva redacción y estructura del Art. 318 bis CPe sustenta un modelo de tipificación penal *actuarial* que quebranta principios básicos del Estado democrático de derecho: el recurso al derecho penal como *ultima ratio*, en la medida en que se imposibilita reservar un campo de aplicación propio para el derecho administrativo sancionador de la LOEx. (CINTAS e PÉREZ ALONSO, 2011), el principio de proporcionalidad de las penas aplicables cuando el que colabora en la operación migratoria ilegal forma parte de una organización, y, por último (y no por ello menos importante), la ausencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal, porque el solo interés estatal en el control del flujo migratorio no alcanza entidad suficiente para justificar la intervención penal en esta materia (PORTILLA CONTRERAS, 2013, p. 865).

²⁶ Cfr. op. cit., pp. 871 ss.

²⁷ Op. cit.

El reconocimiento del control del flujo migratorio como bien jurídico tutelado por el delito del 318 bis (Preámbulo Ley Orgánica 5/2010) se contradice con la rúbrica del Título en el que se ubica el citado precepto -“Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”-, que atendía originariamente a una redacción muy distinta²⁸. Piénsese que el delito de tráfico ilegal de migrantes se basa en el consentimiento del desplazado, en el acuerdo mutuo en el cruce de fronteras, y ello no lo invalida la finalidad lucrativa de quien colabora en la operación migratoria ilegal (el precio del desplazamiento se encarece debido a la clandestinidad del inmigrante y al etiquetamiento delictivo del comportamiento colaborador, lo que hace más precaria la operación).

Por ello, la referida rúbrica es inexacta y perturbadora, además de un eufemismo, *siquiera sea* porque el objeto material de este delito es únicamente el *extranjero -inmigrante- ilegal*. No se puede entender que quien priva a los extranjeros-inmigrantes-ilegales de derechos sea quien colabora en la operación migratoria, sino el Estado español, como miembro de la UE, que *prima facie* les reduce su dignidad reservándoles un estatus de inferioridad legal, también en derechos y libertades fundamentales: un estigma denegatorio, a modo de *Apartheid*, consolidado por los instrumentos comunitarios (PORTILLA CONTRERAS, 2007, p. 106-107, 124 ss)²⁹, un arma básica contra la inmigración ilegal en territorio UE. Téngase en cuenta que el *extranjero* bajo la condición de ilegalidad migratoria sólo es el *objeto* de este delito, el *objeto* que se pretende combatir y el que “fundamenta” la intervención penal. Por ello, criminalizar la sola colaboración de terceros en la inmigración ilegal, ahora de forma más amplia, sólo atiende a intereses de estrategia política comunitaria. Materialmente, el delito de tráfico ilegal de migrantes se dirige a tutelar aquellos valores que subyacen al control del flujo migratorio, es decir, el núcleo de la política europea común anti-migratoria diseñada a través del acervo Schengen: el estatus de exclusión e inocuización del inmigrante ilegal, un estigma que ya ha sido puesto en tela de juicio por el

²⁸ Véanse las objeciones señaladas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, y en las Sentencias Tribunal Supremo 1378/2011, de 14 de diciembre, 212/2012, de 9 de marzo, 479/2006.

²⁹ Se otorga carta de naturaleza a la instauración de un régimen de *Apartheid* consolidado por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. Sobre ello, POMARES CINTAS, Esther, “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”.

Comité Económico y Social Europeo por alejarse del reconocimiento de derechos y libertades fundamentales y de los principios democráticos del Estado social de Derecho³⁰. Porque no deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo interponer los derechos de los extranjeros (inmigrantes ilegales) como “escudo protector” de la indemnidad de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza³¹ y, asimismo, utilizar el Derecho penal para legitimar una legislación que excluye los derechos fundamentales de este colectivo de seres humanos al amparo del propio derecho. Alegar el cumplimiento de compromisos comunitarios (o internacionales) en esta materia no puede servir de pretexto para vaciar de contenido las bases del Estado democrático de Derecho. Ahora, más que nunca, sobran razones para preguntarse si la persecución de los comportamientos colaboradores en la inmigración ilegal, con el consentimiento del desplazado, es una cuestión penal³².

³⁰ Dictamen de 4 de noviembre de 2009, sobre “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración” (SOC/335 - CESE 1710/2009). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AE1057&from=ES>.

³¹ Cfr. POMARES CINTAS, Esther/PÉREZ ALONSO, Esteban, cit.

³² Estas reflexiones han sido afortunadamente respaldadas por la mayoría de los Grupos Parlamentarios que presentaron Enmiendas en el Senado a propósito del proyecto de reforma penal en esta materia.

FUNDAMENTAR DERECHOS HUMANOS PARA DESENCRIPTAR LA CONSTITUCIÓN

FUNDAMENTAR DIREITOS HUMANOS PARA DECIFRAR A CONSTITUIÇÃO

Alejandro Rosillo Martínez *

SUMÁRIO: Introducción 1. Fundamento y subjetividad política de derechos humanos. 1.1 El sujeto intersubjetivo. 1.2 El sujeto prático. 1.3 El sujeto vivo. Conclusión. Referências.

RESUMEN: *El objetivo de este artículo es contribuir con el desarrollo de la categoría “Constitución encriptada” como herramienta de análisis y crítica de la realidad actual, a partir del artículo de Gabriel Méndez Hincapié y Ricardo Sanín Restrepo titulado “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”. Nuestra aportación consiste en aportar algunas ideas de la Filosofía de la Liberación (FL) que pueden acompañar la desenscriptación de la Constitución, en especial, en el tema referido a los derechos humanos.*

Palabras-claves: *Constitución encriptada. Filosofía de la liberación. Derechos humanos.*

RESUMO: O objetivo deste artigo é contribuir com o desenvolvimento da categoria “Constituição criptografada” como ferramenta de análise e crítica da realidade atual, a partir do artigo de Gabriel Méndez Hincapié e Ricardo Sanín Restrepo intitulado “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”. Nossa colaboração consiste em proporcionar algumas ideias da Filosofia da Liberação (FL) que podem acompanhar o decifrar da Constituição, especialmente no tema relativo aos direitos humanos.

Palavras-chave: Constituição criptografada. Filosofia da liberação. Direitos humanos.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es contribuir con el desarrollo de la categoría “Constitución encriptada” como herramienta de análisis y crítica de la realidad actual, a partir del artículo de Gabriel Méndez Hincapié y Ricardo Sanín Restrepo titulado “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global” (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 97-120). Nuestra aportación consiste en aportar algunas ideas de la Filosofía de la Liberación (FL) que pueden acompañar la desenscriptación de la Constitución, en especial, en el tema referido a los derechos humanos.

Una de las afirmaciones de Sanín y Méndez es que desde la sentencia *Marbury vs. Madison*, el contenido político de la Constitución se transforma en un contenido netamente tecnojurídico. Esto es el inicio de la creación de un lenguaje constitucional elitista que sólo un puñado

* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México.

de expertos puede desentrañarlo, y que tiene el objetivo de fortalecer el control social, evitar la interacción política directa, la reducción de la democracia y frustrar las formaciones populares.

Los autores afirman que a pesar que la parte “dogmática” de las constituciones contemporáneas utiliza un lenguaje claro y accesible para la población, a través de la enunciación de principios, garantías y derechos, está diseñada para naufragar, “para ser desactivada en la parte encriptada de la constitución” (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 111), pues ésta especializa más los lenguajes, los procedimientos y las reglas de toma de decisión. Es así como la encriptación crea, además, “zonas rígidas de exclusión política y social a partir de la privatización de la cultura” (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 113). Esto provoca que el poder pueda ser retenido por una clase social que controla la formalización de los lenguajes; se genera la tecnocracia y meritocracia como nuevas expresiones de racismo.

Lo anterior acarrea, entre otras consecuencias, la reducción del espacio político y de la subjetividad política. La encriptación de la Constitución tiene como tarea eliminar lo político de los conflictos sociales y conducirlos al campo de las decisiones tecnojurídicas. En esta situación se encuentra gran parte del discurso dominante de derechos humanos; no sólo en cuanto a su operatividad jurídica sino desde las filosofías hegemónicas que dan razón de ellos, es decir, de su fundamento. Los diversos caminos para fundamentar derechos humanos suelen olvidar la subjetividad política y el espacio político, y conducen la razón última a la voluntad del Estado o a una instancia suprahistórica (“naturaleza humana”). De ahí que consideramos que un camino para descryptar el discurso de derechos humanos inicia desde repensar su fundamento.

Nuestra propuesta es repensar el fundamento de derechos humanos utilizando la FL, y colocando el énfasis en la recuperación del sujeto. En efecto, la importancia de la recuperación de la subjetividad política del pueblo para descryptar la Constitución, bajo la opción de la democracia radical, es expresada por Méndez y Sanín siguiendo a Žižek: “La cuarta categoría de Žižek conduce a la discusión por la justicia y la discusión por la justicia es válida sólo en la democracia radical pues es en la democracia donde el pueblo no es una abstracción o un antagonismo más, necesario para sujetarlo al mercado, sino su carácter ontológico, pues denota el ser de la subjetividad política” (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 118). De ahí que creemos que la FL puede aportar del

desencriptamiento a través de una fundamentación de derechos humanos que no soslaye esta subjetividad.

1 FUNDAMENTO Y SUBJETIVIDAD POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS

La concepción liberal de los derechos humanos es parte de la Constitución encriptada, al ser un discurso cada vez más especializado, con procedimientos e instituciones que pretenden decirle al pueblo en qué momento su reivindicación es un derecho o cuándo no lo es; cuándo se le está violando un derecho o en qué momento se le está restringiendo legítimamente; o el porqué los intereses del Estado o del mercado están por encima de sus exigencias. Las personas y los pueblos están a la merced de organismos que controlan el conocimiento de derechos humanos, y que a través de un lenguaje especializado pueden llegar a legitimar cualquier de los cuatro antagonismos que Zizek señala y que son retomados por Méndez y Sanín (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 117).

Las fundamentaciones tradicionales y hegemónicas de derechos humanos suelen colaborar con la encriptación de la Constitución a través, por lo menos, tres características: el dogmatismo, el reduccionismo y el etnocentrismo.

Una fundamentación de derechos humanos es *dogmática* cuando pretende encontrar un fundamento absoluto. Se trataría de establecer una razón tan evidente que ninguna persona podría estar excusada en reconocerla; una vez establecida no puede posteriormente discutirse y quien se rebela a ella queda, por ese hecho, excluido de la comunidad de los sujetos racionales. Esa postura corre el riesgo de terminar en actitudes excluyentes, pues al considerar que se tiene un acceso privilegiado al conocimiento del fundamento de derechos humanos –y del derecho en general– entonces aquellos que se oponen han de ser considerados irracionales y, por lo tanto, criminales. Un ejemplo claro de esto es el discurso racionalista y iusnaturalista de Ginés de Sepúlveda: teniendo como referencia lo que él consideraba el contenido de la naturaleza humana (claro reflejo de la cultura euro-cristiana del siglo XVI) calificaba a las prácticas culturales de los indios como reprochables y esto era la base para justificar la guerra justa contra ellos (ROSILLO, 2012). También lo encontramos en John Locke quien en su *Segundo tratado del gobierno civil* señala que los derechos naturales son evidentes para la mente

humana; quien transgrede la ley natural entonces en él no rige la ley de la razón y por lo tanto él mismo se excluye de la comunidad de seres racionales; como consecuencia es despojado de los derechos naturales que son atribuidos a quienes efectivamente poseen “condición humana” (LOCKE, 2004, p. 12-13).

En cuanto al *reduccionismo* entendemos los fundamentos que se enfocan sólo a una de las dimensiones de derechos humanos. Son posturas que cercenan la realidad, y desconocen diversas parcelas por las cuales los procesos de derechos humanos se ven afectados; suelen enfocarse su análisis ya sea en lo jurídico o en lo ético, dejando a un lado lo político, lo social u otras dimensiones. Aquí podemos mencionar los clásicos reduccionismos *iuspositivistas* y *iusnaturalistas*, pero también el reduccionismo historicista y el reduccionismo monocultural.

Entendemos por modelo *historicista* aquel que “encadena” la reflexión de derechos humanos a los acontecimientos históricos concretos en que se generaron por primera vez los órdenes jurídicos que los positivizaron de manera expresa, y descalifica *a priori* cualquier praxis o discurso que vaya más allá o se contraponga a los presupuestos que dieron origen a dichos acontecimientos (SANTOS, 2009, p. 513). Son aquellas posturas que, más allá de aceptar la matriz histórica, consideran que sólo desde los postulados teóricos originarios es que puede hablarse de derechos humanos; es decir, si una teoría, reflexión o praxis no asume los valores de la Modernidad hegemónica entonces no se puede estar hablando de derechos humanos. Con lo cual, estos quedan aprisionados a un solo tipo de organización política, a una sola clase de reflexión iusfilosófica, y a un solo tipo de praxis. Cualquier intento contemporáneo de repensar derechos humanos fuera de esas coordenadas, es descalificado como impreciso o inadecuado por utilizar “herramientas” ajenas al momento histórico en donde se generaron. Por su parte, el reduccionismo *monocultural* defiende como insuperable el paradigma eurocéntrico de derechos humanos, tanto en su reflexión ética como jurídica. Es decir, fuera de las coordenadas de la ética ilustrada –que defiende el individualismo– y del estado moderno, no se puede hablar de derechos humanos¹; siguiendo a Santos, este reduccionismo provoca un desperdicio de la experiencia y responde al uso de una razón metonímica y una razón proléptica. Esto hace imposible que derechos humanos pueda ser un discurso generado y aceptado por otras

¹ Por ejemplo, PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, poder y derecho*, Fontamara, México, 2000, p. 16.

culturas para la defensa de la dignidad humana, y los coloca en la peligrosa situación de convertirse en un instrumento de ideologización que justifique la imposición de una cultura en perjuicio y destrucción de otras.

El último problema en la fundamentación de derechos humanos, y muy relacionado con el anterior reduccionismo, es el etnocentrismo. Como señala Senent, “[u]no de los problemas teóricos con que nos encontramos al tratar la cuestión de los derechos humanos es que se señala que estos representan una institución etnocéntrica, y precisando aún más, se denuncia que son una institución eurocéntrica” (SENENT DE FRUTOS, 2007, p. 56). Para superar esta situación, la fundamentación de derechos humanos debe posibilitar el diálogo intercultural para mostrar que la experiencia de lucha por la dignidad humana, y el uso de instituciones políticas y jurídicas para protegerla, no son postulados exclusivos de Occidente ni de su Constitucionalismo.

Ahora bien, por el otro lado, una de las consecuencias más importantes de la falta de una adecuada fundamentación de derechos humanos es la invizibilización de sus matrices históricas y de las subjetividades políticas que las sostienen. En efecto, la no-fundamentación tendría un efecto semejante a las fundamentaciones funcionales a la encriptación: a los derechos humanos ya reconocidos se les hipostasiaría, desvinculándolos de la praxis humana y colocándolos en un ámbito ahistórico; pero aún así, seguirían teniendo una directa repercusión en los procesos políticos concretos de los pueblos. Se impondrían (imponen) contenidos normativos y criterios de legitimidad política ajenos a los procesos históricos de cada pueblo, y así derechos humanos terminarían (terminan) siendo instrumentos de ideologización que justificarían (justifican) la dominación y la opresión de unos países sobre otros, de unas clases sociales sobre otras, o de unos grupos sobre otros.

Si se fundamenta derechos humanos adecuadamente, quitándoles el olor a “verdad metafísica”, es posible construir una instancia crítica que sirva para verificar en la realidad cómo ciertos “derechos humanos” contribuyen o no con los procesos de liberación de las personas y los pueblos. Si bien la fundamentación no puede ser la única instancia crítica, puede ser una de gran importancia, si se evita caer en los riesgos propios de la encriptación.

Nuestra propuesta de fundamentación parte de la idea de recuperar la subjetividad política, expresada en tres sujetos: el sujeto intersubjetivo, el sujeto práxico y el sujeto vivo.

1.1 El sujeto intersubjetivo

Para los procesos de liberación es importante que los excluidos se constituyan en sujetos de su propia historia. Sin embargo, para describir la Constitución no se deben fundamentar derechos humanos en el sujeto abstracto de la Modernidad, ni en el individuo egoísta que sólo busca su propio interés. La autonomía del sujeto no es sinónimo de la subjetividad moderna que inicia los procesos de derechos humanos. Esto porque el sujeto abstracto de la Modernidad se constituye como una Totalidad excluyente, no abierta a la proximidad, ni la exterioridad del Otro. Además, como señala Hinkelammert, la moderna sociedad occidental más que antropocéntrica es mercadocéntrica (HINKELARMMERT, 2005); ha colocado el mercado como un supuesto orden natural, y la legitimidad y validez de las instituciones están en función de que permitan el libre desenvolvimiento de las leyes de mercado. Por eso, la visión del sujeto y de la subjetividad de la Modernidad, iniciada con Descartes, terminó ligándose al dominio de la naturaleza y de la realidad social a través del capitalismo. Se trata de una concepción *egocentrista* del ser humano, que sacraliza al individuo como propietario que fomenta la enajenación y mercantilización de todas las facetas de la vida humana. Reducir la dimensión subjetiva del ser humano a la subjetividad individualista de la Modernidad hegemónica significa promover la anulación de lo político, de la democracia, y termina encriptando el discurso de derechos humanos.

Para superar lo anterior, la subjetividad debe constituirse en el encuentro con el otro. A partir de ahí, se trataría de constituir subjetividades de personas y de pueblos; es decir, tanto subjetividades personales como subjetividades colectivas. El pensamiento que se refugia en el centro, que parte de él, termina por pensarlo como la única realidad. Fuera de sus límites sólo está el “no-ser”, la nada, la barbarie, el “sin-sentido”, el “otro sin razón”. Por eso, el lenguaje de derechos humanos debe recuperarse, en parte, como recuperación no “del otro sin razón” (encriptamiento) sino de “la razón del Otro”.

Del conjunto de categorías que Dussel aporta a la FL, son dos las que nos interesa en este momento: la totalidad y la exterioridad. La primera es la manera cómo las cosas se presentan al ser humano. La proximidad, el cara-a-cara del ser humano con el ser humano, deja irremediamente lugar a la lejanía. Entonces el ser humano se acerca a los entes, a las cosas, a los objetos; las cosas-sentido, los entes, nos enfrentan en una multiplicidad

casi indefinida. No obstante, esto se da en una *totalidad*, en un sistema, que los comprende y los unifica. Los entes, señala Dussel, no nos rodean de manera caótica sino que forman parte de un *mundo*, que es una totalidad instrumental de sentido. Es el horizonte cotidiano en el cual vivimos. El *mundo* es así el sistema de todos los sistemas que tienen al ser humano como su fundamento. Los sistemas económicos, políticos, sociológicos, matemáticos, psicológicos, etc., son sólo subsistemas de un sistema de sistemas: el mundo. Dussel señala que en nuestra situación actual, “la totalidad del ser se funda en el valor, en el capital. Desde el fundamento del capital se despliega el ‘mundo’ como totalidad concreta, histórica” (DUSSEL, 1996, p. 37).

Por otro lado, la *exterioridad* es una categoría que marca la diferencia con el pensamiento hegemónico que sustenta la encriptación. Posibilita un discurso nuevo porque hace viable fijarse en la realidad de los pueblos periféricos (DUSSEL, 1996, p. 55). Parte del hecho de que en el conjunto de todos los entes, sobresale uno, distinto a todos los demás: *el rostro de los otros seres humanos*. Alejados de la proximidad, consumidos por la proxemia –donde aun el rostro humano es asumido como una cosa-sentido, como un ente más–, la presencia de este rostro nos recuerda la necesidad de aquélla. El ser humano como ente es parte de la totalidad, de los sistemas, pero la emergencia de su rostro nos vuelve a enfrentar a la proximidad; es cuando el otro se nos revela en toda su exterioridad.

El *otro* es, entonces, la denominación precisa de la exterioridad en cuanto tal. Es histórica y no meramente natural o física. El *otro* es la alteridad de todo sistema posible; está más allá de “la mismidad” de la totalidad. El otro se revela realmente como otro, en toda la intensidad de su exterioridad, cuando irrumpe como lo distinto en extremo, como lo no habitual o cotidiano, como lo extraordinario, como el pobre, el oprimido y el excluido de los sistemas.

Entonces la exterioridad es el ámbito desde donde el otro ser humano, de forma libre y no condicionado por mi sistema, se revela no como parte de mi mundo. Dussel contrapone dos lógicas: la lógica de la totalidad y la lógica de la exterioridad. Aquélla establece su discurso desde la identidad, desde la mismidad, desde el fundamento hacia la diferencia; es una lógica de la naturaleza, de la totalidad. Es una lógica que aliena la exterioridad y cosifica a la alteridad, al otro ser humano. Por otra parte, la lógica de la alteridad o de la exterioridad establece su discurso desde la

libertad del otro; es una lógica histórica y no evolutiva; no es meramente dialéctica sino que es analéctica.

Lo anterior nos posibilitan establecer un fundamento de derechos humanos desde la alteridad, desde el encuentro con el otro. A diferencia de los fundamentos hegemónicos basados en una subjetividad del individuo, que finalmente son parte de la totalidad, del sistema dominante, proponemos un fundamento en la alteridad, desde una subjetividad abierta al otro y no cerrada en la mismidad. En este contexto, la subjetividad moderna es parte de la totalidad que sólo reconoce derechos a *los mismos*², no al inequívocamente otro, al que por la totalidad es considerado extraño, ajeno y hasta peligroso al sistema. A ese otro, al contrario, aunque exija la satisfacción de las mismas necesidades que *los mismos*, es catalogado de delincuente; por eso, se criminalizan la protesta y las luchas sociales y las praxis de liberación se reprimen (ellas son finalmente los medios en que los otros emergen para romper la alienación a la que son sometidos). En efecto, la fundamentación de derechos humanos efectuada sólo desde el individuo carga con algunos de los reduccionismos que comentamos en secciones anteriores; está marcada por el reduccionismo monocultural e historicista, lo que facilita su encriptación.

Sin negar la subjetividad como elemento de una fundamentación de derechos humanos, es imprescindible abrirla a la pluriculturalidad y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos excluidos; se trataría de un sujeto intersubjetivo, comunitario, que sea el sujeto de derechos humanos como praxis de liberación. Desde el otro como otro —el pobre, el oprimido, el excluido—, que es libertad incondicionada por cuanto se desprecia su exterioridad considerándola nada (como incultura, analfabetismo, barbarie, primitivismo, incivilización), es como surge en la historia lo nuevo. En efecto, derechos humanos fundamentados desde la alteridad han de comprenderse en herramientas de lucha de quienes son víctimas del sistema, y por eso, más que elementos conservadores del sistema han de ser subversivos, transformadores, revolucionarios. El cara-cara con el otro inequívoco obliga a repensar constantemente derechos humanos, pues los derechos del otro no son parte del sistema:

El derecho del otro, fuera del sistema, no es un derecho que se justifique por el proyecto del sistema o por sus leyes. Su

² Esos mismos, esos que reafirman la mismidad del sistema, son los que concretizan al ser humano abstracto, a ese ser humano que se considera “sujeto universal de derechos”, es decir, el varón, blanco, burgués, adinerado, occidental, etc.

derecho absoluto, por ser alguien, libre, sagrado, se funda en su propia exterioridad, en la constitución real de su dignidad humana. Cuando se avanza en el mundo, el pobre, conmueve los pilares mismos del sistema que lo explota. Su rostro (*pnim* en hebreo, *prósopon* en griego), persona, es provocación y juicio por su sola revelación (DUSSEL, 1996, p. 59).

Este encuentro con el otro, el *cara-a-cara*, queda complementado y llevado más allá, con el pensamiento de la liberación de Franz Hinkelammert. Este autor habla del *retorno del sujeto*, pero no del sujeto metafísico, sino del sujeto viviente, corporal, en cuanto horizonte filosófico para una crítica radical de la globalización neoliberal.

El concepto de sujeto surge en la relación sujeto-objeto, en la filosofía de Descartes. El sujeto es visto como instancia que se relaciona con el objeto, es decir, la *res cogitans* frente a la *res extensa*. Es un sujeto del pensamiento que se enfrenta al mundo de los objetos. Para él todo es objeto, tanto la corporalidad del otro como la propia corporalidad. Por eso, Hinkelammert señala que es un sujeto trascendental, que desde un punto de vista externo a la corporalidad del mundo juzga sobre éste como mundo objetivo, del que no se considera parte sino sólo juez (HINKELAMMERT, 2005, p. 485). Su existencia se sostiene solamente en su autorreflexión sobre sí mismo, y por eso no tiene corporalidad ni tampoco, en consecuencia, tiene sentidos. Pero no queda ahí la noción de este sujeto epistemológico, pues es a la vez un individuo poseedor; es el individuo que se dirige al mundo para dominar y poseer; al pensar el mundo corporal como objeto, en la relación sujeto-objeto se entiende como poseedor del mundo.

La demanda de la recuperación del sujeto, de la vida humana concreta, de la vida para todos, en las instituciones sociales y en las construcciones culturales, es necesaria para la recuperación de lo político. Para esto, derechos humanos es, sin duda, una herramienta importante, pero fundamentado en un sujeto inter-subjetivo. Y esto tiene que ver con la vuelta, en palabras de Hinkelammert, al sujeto reprimido y al bien común.

El sujeto reprimido es la recuperación del sujeto que se enfrenta a esa lógica que todo lo convierte a objeto. Y esto lo ha de conducir al encuentro con el otro, desde la constitución de la subjetividad inter-subjetiva que hemos insistido: “No se ‘sacrifica’ por otros, sino descubre, que sólo en el conjunto con los otros puede vivir. Por eso tampoco sacrifica a los otros. Es precisamente el individuo calculador, que, al totalizarse el cálculo de los intereses, se sacrifica a sí mismo y a los otros” (HINKELAMMERT, 2005, p. 495). La intersubjetividad es una condición

necesaria para que el ser humano se constituya en sujeto: “que viva el otro, es una condición de la propia vida”.

1.2 El sujeto práxico

La FL no se comprende sólo como una ética de la alteridad, sino también puede entenderse como una filosofía de la praxis. Si bien parte del análisis de la praxis humana en general, señala que no toda praxis es liberadora sino que existen unas opresoras, homicidas y alienantes. En este sentido, derechos humanos como realidad histórica está afectada por esta ambivalencia de la praxis; bien pueden ser instrumentos de ideologizaciones funcionales a prácticas opresoras o herramientas para la liberación.

Fundamentar derechos humanos desde el sujeto de la praxis significa encontrar un fundamento sociopolítico; se trata de entenderlos como herramientas de las praxis de liberación. Ésta no es ajena a la alteridad, sino que es complementaria. Una praxis liberadora tiene que ver con la proximidad prioritariamente, sin confundirla con la cosificación del Otro; da pie al proceso donde se construye el sujeto intersubjetivo; y es la lucha del excluido por superar la alienación proveniente de la totalidad.

Ellacuría fundamenta la praxis desde el análisis de los elementos y dinamisismos que integran la realidad histórica que van desde la materialidad hasta la dimensión personal, y desde el individuo hasta el cuerpo social. Como señala Antonio González, la praxis humana “en cuanto apropiación y transmisión tradente de posibilidades es la categoría más apropiada para comprender la originalidad de lo histórico” (GONZÁLEZ en ELLACURÍA, 1999, p. 11). En efecto, asume la presencia en la historia en las demás formas de realidad y sus dinamisismos; se trata del dinamismo de la historia como creador de la posibilización y de la capacitación. Este dinamismo toma la forma de *praxis histórica*; que, en este sentido, tiene como sus supuestos el devenir de la realidad que es un devenir en respectividad, estructural y funcional.³ Por su carácter transformador, la praxis es el ámbito donde con mayor claridad se expresa la interacción entre el ser humano y el mundo, pues en ella las relaciones no son siempre unidireccionales sino respectivamente codeterminantes. Así, Ellacuría

³ Tres de estas definiciones se encuentran en sus artículos “Función liberadora de la filosofía” en Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989). Escritos políticos, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 1993 (pp. 110, 111 y 119), y otra más en su obra Filosofía de la realidad histórica, op. cit. (p. 594).

reconoce la dimensión personal y social de la praxis histórica, concibiendo la historia desde el concepto de *posibilidad*.

A través de la praxis se muestra el poder creativo del ser humano. Este poder “está en estrecha relación con el grado de libertad que vaya alcanzado [el ser humano] dentro del proceso histórico” (SAMOUR en CARDENAL; SOBRINO, 1999, p. 110). Para Ellacuría la realidad histórica es la total y última realización de lo real, el último estadio de realidad (ELLACURÍA, 1999, p. 43). La historia se nos presenta como un crecimiento de la libertad que supone un proceso de liberación progresiva, aunque no garantizada, de la humanidad; liberación de todo tipo de condicionamientos materiales, políticos y sociales. En otras palabras, la actualización de la libertad es resultado de un proceso de liberación.

El comprender derechos humanos como momentos de la praxis histórica de liberación se constituye en un fundamento socio-histórico. Es decir, se trata de entender la praxis de liberación de los nuevos sujetos socio-históricos como fundamento de derechos humanos. Helio Gallardo señala que el fundamento no es filosófico sino sociológico; éste debe entenderse como matriz, y por tanto se constituye por la formación social moderna que contiene tensiones, conflictos y desgarramientos. Es decir, el fundamento se encuentra en la sociedad civil, en su dinámica emergente liberadora, en sus movimientos y movilizaciones sociales contestatarios (GALLARDO, 2008, p. 31), y tendría entonces como motor la lucha social en matrices sociohistóricas. Así, Gallardo afirma que “[d]esde el punto de vista de su práctica, el fundamento de derechos humanos se encuentra, ostensiblemente, en *sociedades civiles emergentes*, es decir en movimientos y movilizaciones sociales que alcanzan incidencia política y cultural (configuran o renuevan un *ethos* o sensibilidad) y, por ello, pueden institucionalizar jurídicamente y con eficacia sus reclamos” (GALLARDO, 2008, p. 44).

Si buscamos dar un sustento filosófico al fundamento de derecho humanos en las subjetividades emergentes, tenemos que pensar, efectivamente, en la manera en que se comprende al sujeto de la praxis de liberación. De entrada, toda persona puede constituirse en sujeto de la praxis de liberación, ya sea en su calidad de excluido o por ser solidario con el oprimido, en cuanto realiza acciones, organiza instituciones o transforma sistemas para que los excluidos disfruten y ejerzan efectivamente derechos humanos. Pero el analogado principal del sujeto de la praxis de liberación es la víctima que adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo

con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida (DUSSEL, 1998, p. 525).

El sujeto de la praxis de liberación supone no una mera subjetividad individual sino la ya mencionada intersubjetividad. Ésta no significa la creación de un sujeto colectivo natural, pues esto conlleva finalmente a una sustantivización indebida; los sujetos sociohistóricos son fluidos y fragmentarios, aparecen y desaparecen en coyunturas bien determinadas, según las tramas sociales. Más bien significa el reconocimiento de la subjetividad de cada sujeto humano concreto, y de su encuentro con el otro, que también es sujeto, y que por sus cualidades de excluidos o solidario con ellas, se conforman en una comunidad de vida. Como señala Dussel, la intersubjetividad “se constituye a partir de una cierta comunidad de vida, desde una comunidad lingüística (como mundo de la vida comunicable), desde una cierta memoria colectiva de gestas de liberación, desde necesidades y modos de consumo semejantes, desde una cultura con alguna tradición, desde proyectos históricos concretos a los que se aspira en esperanza solidaria” (DUSSEL, 1998, p. 525).

Por su parte, Hinkelammert resalta el carácter procesual del hacerse sujeto que significa la recuperación del sujeto reprimido, pues “el ser humano como sujeto no es una instancia individual. La intersubjetividad es una condición para que el ser humano llegue a ser sujeto. Se sabe en una red, que incluye la misma naturaleza externa al ser humano: que viva el otro, es una condición de la propia vida” (HINKELAMMERT, 2005, p. 495). El ser humano para vivir requiere hacerse sujeto; la vida es un llamado a constituirse como tal. En efecto, el ser sujeto no es un antes, un *a priori* del proceso, sino que resulta del mismo proceso; no contiene un valor o una sustancia a priori, sino que depende del sentido negativo del sistema que lo hace víctima y excluido; lo que podría decirse es que ese sujeto buscará revertir su situación a través de la generación de un nuevo sistema. En efecto, para llegar a ser sujeto de la praxis de liberación es necesario efectuar una crítica autoconsciente del sistema que causa la victimización. Las víctimas han de caer en la cuenta de que no habían participado en el acuerdo originario del sistema –por utilizar expresiones de la ética del discurso– y, sobre todo, en que debido a dicho sistema no pueden producir, reproducir y desarrollar su vida.

En cuanto a derechos humanos, la praxis de liberación se constituye, en diversas ocasiones, por el enfrentamiento de un movimiento

social organizado de los excluidos y un sistema formal dominante. Se genera un conflicto ético, con consecuencias sociales y jurídicas, donde la comunidad de excluidos busca modificar las tramas sociales para lograr una transferencia de poder con el fin de satisfacer sus necesidades de vida.

Si la praxis de liberación se realiza por un sujeto intersubjetivo, el principio normativo “crítico democrático” es parte de ella. La intersubjetividad en las luchas de liberación se basa en el consenso crítico de los excluidos (y no de los expertos o las élites políticas que controlan el saber encriptado). Un movimiento social basado, por ejemplo, en las decisiones de “líderes” y que no se guía por la voluntad consensada de las víctimas, terminará reproduciendo el mismo sistema que excluye a las víctimas y esos “líderes” terminarán utilizando el poder de manera fetichizada. Por eso, la intersubjetividad tiene que ver con dicho principio, que Dussel define de la siguiente manera: “El principio normativo crítico democrático apunta a promover el consenso crítico de las víctimas, por su participación real y en condiciones simétricas” (DUSSEL, 2006, p. 105). En efecto, al fundamentar derechos humanos en la praxis de liberación, se comprende la importancia del consenso de las víctimas para que la lucha por “nuevos derechos” signifique la creación de un nuevo sistema, que incluye la participación de los que habían sido excluidos.

De lo anterior podemos concluir que ni el estado ni su Constitución son el fundamento de derechos humanos; a lo más pueden ser un instrumento, un conjunto de instituciones, para hacerlos efectivos. La praxis de liberación de los pueblos es un hecho más radical que la existencia y el funcionamiento del estado.⁴

⁴ En este sentido, podemos decir que la FL busca el “inicio”, el hecho más radical, para establecer el fundamento de derechos humanos. De manera análoga, en el ámbito de la filosofía primera, Antonio Salamanca afirma que la praxis es el hecho más radical, desde donde arranca la filosofía; señala diversos hechos que en la historia de la filosofía se han pretendido sean el hecho radical. Afirma, entre otros ejemplos, que el ser (Parménides, Hegel, Heidegger) no puede ser el hecho de arranque porque el “ser” no tiene sustantividad material; ni el movimiento (Heráclito, Hegel) porque no hay movimiento histórico sino sustantividad material estructural moviente; tampoco lo es la sustancia de las cosas materiales (Aristóteles) porque no existe tal cosa que sea sustancia; la consciencia (Descartes) no lo es porque antes que sujeto pensante autorreflexivo es praxis (SALAMANCA, Antonio, Filosofía de la revolución. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI, UASLP-CEDH, San Luis Potosí, 2008, pp. 28-34).

La FL no niega la legitimidad que puede tener el uso de la coacción para proteger derechos humanos. No obstante, se tiene que distinguir *coacción legítima* de *violencia* (DUSSEL, 1998, p. 541). Aquélla se refiere al uso de la fuerza para garantizar la vida de todos los afectados por el sistema, mientras que *la violencia* es el uso de la fuerza de manera negativa y perversa contra el otro, contra la exterioridad, con el fin de mantener en funcionamiento un sistema que produce víctimas y les niega la satisfacción de sus necesidades para la producción y reproducción de su vida. Pero además, no toda coacción legítima tiene que provenir forzosamente de esa estructura moderna que se le ha llamado “estado”; las comunidades y los pueblos pueden organizarse de diversas maneras para darle viabilidad y realidad a la coacción legítima. Estas organizaciones podrán ser semejantes o no a un “estado”, y por tanto podremos darles o no ese nombre, pero resolver esta polémica no es objeto de nuestra investigación. Nuestro interés se centra en insistir que el fundamento de derechos humanos es la praxis de liberación y no las instituciones u organizaciones que nacen de esa praxis. Perder de vista que las instituciones que ejercen una coacción legítima se generan en virtud de la praxis ejercida por sujetos en busca de su liberación, significa fetichizar a las instituciones, al estado (DUSSEL, 1996, p. 119).

La fetichización del estado es uno de los riesgos que corren las posturas que fundamentan derechos humanos en él, y es una consecuencia de la encriptación constitucional. Por más democrático, social, constitucional y “de derechos” que se pretenda sea el estado, éste no puede considerarse en última instancia, de manera radical, el fundamento de derechos humanos. A final de cuentas, ese estado democrático, social, constitucional y de derechos es producto de una praxis histórica y, como tal, ha de estar abierto a la novedad que se genere de nuevas praxis históricas de liberación. No se trata, de encasillarnos en discusiones iusnaturalistas *versus* iuspositivistas, sino que buscamos evitar los reduccionismos del pensamiento hegemónico. En este caso, fetichizar al estado por medio de colocarlo como el fundamento significa invisibilizar las luchas (probablemente de liberación) que le dieron origen; significa sustantivarlo, considerándolo como una institución que, si bien generada en la historia, tiene tales características que se constituye como modelo único de organización política legítima y válida. El estado se vuelve entonces un ser absoluto, divinizado, al que los sujetos le deben su vida y su dignidad, y con un conjunto de sacerdotes que

dominan el lenguaje encriptado. Caemos en reduccionismos dogmáticos e historicistas, perjudiciales para los excluidos de los sistemas.

La fetichización del estado puede tener como uno de sus dogmas, ya decíamos, el considerarlo “fundamento de derechos humanos”. Como una (nueva) divinidad, el estado se coloca como fuente de vida, y se invisibilizan a los sujetos vivos y corporales, cuyas acciones son las que realmente constituyen la vida política de una sociedad. El estado se convierte en totalidad, y a través de la ideología de considerarlo el fundamento de “derechos humanos” se procura demostrar que como sistema no produce víctimas: el carácter general y universal de derechos humanos pretende sustentar esa perfección del sistema. No obstante, no se debe entender esta crítica como un neoliberalismo promotor del “estado mínimo”, pues también se ha pretendido colocar al “mercado” como esa nueva divinidad que otorga vida y dignidad a los seres humanos, y como un sistema perfecto (“la mano invisible”) que dará los bienes necesarios a todos los participantes que actúen “egoístamente” en busca de sus propios intereses; quien sea víctima de tal sistema, lo será por su propia responsabilidad, debido a su ineficiencia. En este sentido, también podría afirmarse que el fundamento de derechos humanos es el “mercado”, al ser el ámbito de ejercicio de la libertad. Pero esta pretensión es empíricamente imposible; irremediabilmente, de una u otra forma, todo sistema creará víctimas, y ellas emprenderán nuevas praxis históricas de liberación.

Es importante tener en cuenta que es *empíricamente imposible* un sistema perfecto que no genere víctimas: “[N]o podemos tener conciencia actual de todos los Otros excluidos en el presente que serán descubiertos *como excluidos* en el futuro, y que ya sufren por anticipado los acuerdos a los que lleguen” (DUSSEL, 1998, p. 413). Por eso, la crítica siempre es necesaria, pues es criticable en todo momento aquello que no permite la producción y reproducción de la vida; la crítica entendida como generadora de toma de conciencia de la víctima, de la comunidad de excluidos y de una praxis de liberación que permita la creación y la novedad en la historia. En este punto, por ejemplo, Enrique Dussel recurre a los argumentos de Popper en *La miseria del historicismo* (POPPER, 1973)⁵, y señala que para que existiera un sistema perfecto se necesitaría de una inteligencia infinita a velocidad infinita para gestionarlo. Al ser esto

⁵ Dussel sólo utiliza el argumento sobre la imposibilidad del sistema perfecto, pero le da un uso distinto al de Popper. El mismo Dussel reconoce que utiliza una postura de un filósofo conservador pero que él la aplica desde los principios de la ética de la liberación.

imposible, hay de manera inevitable “víctimas”, que son las que sufren las imperfecciones, las exclusiones, los fallos, los errores, las injusticias, etc., de las instituciones empíricas no perfectas, finitas, de los sistemas realmente existentes. En este sentido, “el ‘hecho’ de que haya víctimas en todo sistema empírico categórico, y por ello la crítica es igualmente siempre necesaria” (DUSSEL, 1998, p. 369).

Esta necesaria apertura de la historia hacia la novedad para combatir a los sistemas excluyentes nos muestra que derechos humanos, fundamentados en la praxis de liberación, parten de un “derecho básico”⁶: el derecho a generar derechos. Estos nuevos derechos significarán la transformación del sistema, un cambio en las tramas sociales, que posibilite la transferencia de poder con el fin de que las víctimas puedan dejar de serlo y puedan producir, reproducir y desarrollar su vida. Al oponerse estos nuevos derechos al status quo, el sistema reaccionará y los considerará ilegales; de una u otra forma, existirán argumentos legales –consecuencia de la encriptación– para criminalizar esa generación de nuevos derechos. En este camino, progresivamente, el sistema vigente comienza a perder legitimidad e irá mostrando cómo la coacción legítima se transforma en violencia.

La novedad que se enfrenta al status quo, debido a la praxis de liberación de los excluidos, es combatida por el propio sistema a través de diversos modos. Uno de ellos es mostrar que esa novedad es ilegal, criminal y ajena a un orden que debe respetarse para conservar la paz y, paradójicamente, el disfrute de “los derechos”. Enrique Dussel señala que “la comunidad de los que constituyen el movimiento social, que por ser ‘nuevo’ es ilegal –ya que reivindica derechos *emergentes* todavía no sancionados positivamente–, cobra mayor conciencia de la superioridad ética de su causa, y adquiere una creciente y mutua convicción de la legitimidad de su acción que consolida el autorreconocimiento de su propia dignidad y la corre-sponsabilidad mutua” (DUSSEL, 1998, p.

⁶ Al decir “derecho básico” no pretendemos establecerlo como fundamento de los demás derechos o como prioritario en una escala, en una jerarquía de derechos. Lo “básico” se refiere a su estrecha conexión con la praxis de liberación: para que ésta se dé se requiere de aquél. Es decir, cuando una comunidad de víctimas, cuando un pueblo, realiza una praxis de liberación sucede que –si como praxis se ha asumido una política emancipadora de derechos humanos– se ejerce o se pretende ejercer el derecho a crear derechos. Esta es una experiencia de diversos movimientos sociales, como los movimientos indígenas en América Latina.

543). Estamos de acuerdo en que la oposición del sistema, que ha perdido legitimidad y utiliza la violencia contra las comunidades de víctimas, fortalece la superioridad ética de la causa; no obstante, este autor utiliza de manera equívoca el calificativo “no sancionados positivamente”, de tal manera que restringe el contenido de la praxis de liberación en el ámbito jurídico y el sentido de las estrategias de las víctimas.

Jurídicamente la expresión “no sancionados positivamente” significa que esos derechos no están reconocidos en ningún cuerpo legal; afirmar que el derecho a generar derechos se reduce sólo a aquéllos no sancionados positivamente significa coartar el campo de acción de los movimientos sociales. Además, implica indirectamente darle fuerza a un posible argumento desde la Totalidad, en uso del lenguaje encriptado: basta una interpretación amplia, aplicando el principio *pro-persona*, para que *todos* los derechos que puedan reconocerse *existan ya* en el ordenamiento legal. Así, por ejemplo, los derechos relacionados a un ambiente sano no tienen porqué considerarse derechos colectivos, sino que basta con interpretar y aplicar de manera amplia el derecho a la salud de cada individuo; los derechos de los pueblos indígenas no son más que los derechos civiles y políticos ya reconocidos a todo individuo, pero aplicados a individuos que se autoconsideran con esa adscripción étnica. Con esta estrategia argumentativa, el sistema apuntala su pretensión de perfección, mientras que a las exigencias del Otro las incorpora en la Mismidad, negando la alteridad e impidiendo el paso a la novedad. En efecto, si los derechos *emergentes* son los “todavía no sancionados positivamente” se corre el riesgo de encerrar al Otro en la Totalidad.

En cambio, desde la praxis de liberación de las víctimas, la creación de “nuevos derechos” no sólo se refiere a los derechos “todavía no sancionados positivamente”, sino a la juridificación de la exigencia de subvertir las situaciones de insatisfacción de necesidades provocadas por el sistema. Esto implica el reconocimiento del otro, de su alteridad, y la transformación del sistema. Por eso, como sucede con frecuencia, existen derechos sancionados positivamente pero que, en los hechos, no significan la satisfacción de las necesidades y, por tanto, se generan víctimas. Entonces el sistema se comporta, por decirlo de alguna manera, de manera hipócrita: predica la positivización de derechos humanos pero en la realidad se verifica su incumplimiento. Pero también muestra cinismo: crea todo un arsenal ideológico para defender su perfección, soslayando e invisibilizando las exigencias de las víctimas. En este sentido, por ejemplo, encontramos

los argumentos que ubican a los derechos sociales como “no exigibles”, reduciéndolos a meros principios programáticos de las políticas estatales, en contraposición de los derechos civiles y políticos que efectivamente se predicen como exigibles. El cinismo del sistema se vale de diversas estrategias; entre ellas está la de dividir la realidad de manera que pretende manipular a su conveniencia la relación de los subsistemas entre sí. Los derechos sociales no son exigibles –se argumenta– porque dependen de factores no-jurídicos, de los bienes disponibles, de la situación económica, es decir, dependen del subsistema económico, y el subsistema jurídico debe respetar la propia dinámica de la economía; pero, en cambio, el derecho a la propiedad es exigible y protegido totalmente por el subsistema jurídico en beneficio del funcionamiento del subsistema económico. A final de cuentas, el sistema encuentra estrategias –la Constitución encriptada es claramente una– para descalificar las pretensiones de satisfacción de necesidades de las víctimas.

No es nuestro interés analizar la relación entre derecho y economía, sino insistir en que la praxis histórica de liberación de las víctimas, en el uso de su derecho de generar derechos, afecta al sistema *en su totalidad*, y no sólo al subsistema jurídico. Por eso, los “nuevos derechos” no se refieren sólo a los derechos “no sancionados positivamente”, sino también a derechos reconocidos por el orden jurídico que no se llevan a cabo en la realidad histórica debido a otros elementos del propio orden jurídico, a las tramas de poder generadas por otros subsistemas, o a las justificaciones provenientes de la encriptación de la Constitución. Generar derechos significa también generar las condiciones necesarias para ejercer “derechos” ya positivizados, lo que no significa que el Otro sea subsumido por la Mismidad, pues la creación de esas condiciones significa la transformación del sistema, y pasa forzosamente por la interpelación del rostro de la víctima.

Los derechos humanos tienen como uno de sus fundamentos la praxis histórica de liberación, en cuanto ésta se realiza por una comunidad de víctimas –que se constituye en un sujeto intersubjetivo– que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Esto conlleva el colocar a la praxis como el hecho más radical, que antecede al estado o a la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Es un fundamento no-dogmático, ni etnocéntrico, ni historicista; defiende la necesidad

del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

1.3 El sujeto vivo

La recuperación de la subjetividad no sólo es referida a un sujeto intersubjetivo y a un sujeto de la praxis de liberación, sino también al sujeto vivo, como un ser corporal, por el que la satisfacción de necesidades se constituye como un hecho radical. Esto no quiere decir que la intersubjetividad y la praxis queden relegadas a un segundo sitio, otorgándole la primacía al sujeto vivo; no se trata de jerarquizar a los “sujetos”. Para que el sujeto de derechos humanos realmente sea tal, debe ser alternativamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico. La ausencia de cualquiera de ellos, o la ausencia total de sujeto, significaría que la fundamentación de derechos humanos es funcional al proceso de encriptación.

El sujeto vivo rechaza también al sujeto moderno, ya que éste equivoca el hecho radical, el punto de partida para la reflexión filosófica. Este sujeto al ser una “conciencia” que se autofundamenta, carece de corporalidad viviente como referencia. La conciencia se refleja sobre sí misma, y la “autoconciencia” se establece como el punto de partida. Los diversos modelos ideales de sujeto se vuelven empíricamente imposibles para el sujeto real, corporal, viviente, con necesidades y con exigencia de satisfactores concretos según el momento de la realidad histórica en que se desarrolla. De ahí que fundamentar derechos humanos en este sujeto incorpóral termina en un idealismo incapaz de reconocer la alteridad, de generar una praxis de liberación, y de asumir la materialidad de la historia para generar transformaciones en el sistema buscando que sus estructuras sean capaces de satisfacer las necesidades para la producción, reproducción y desarrollo de la vida.

En virtud al sujeto vivo, la fundamentación de derechos humanos se constituye como un referente crítico del sujeto de la praxis, encaminado a responder a la interpelación que las víctimas realizan a través del sujeto intersubjetivo. Es decir, si el sujeto de la praxis dirige su actuar para lograr una liberación integral, a través de la organización y el consenso de la comunidad de excluidos que transforma el sistema a través de “nuevos derechos”, la satisfacción de necesidades para la vida es el marco material de esa praxis, de esa organización y de ese consenso entre las víctimas.

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone –o se pretende imponer– a la sociedad entera (HINKELAMMERT, 2005, p. 19). Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.” (HINKELAMMERT, 2005, p. 19). A la eficiencia y la racionalidad económica se les consideran los aportes de la competitividad, y ambas son transformadas en los valores supremos. Esta competitividad borra de la conciencia el sentido de la realidad, pues provoca que se perciba como “realidad virtual”. El maíz o el trigo son producidos si son competitivos, no porque alimenten; una pieza de ropa no se fabrica, aunque caliente y dé abrigo, si su producción no es competitiva. Con esta realidad virtual, según la cual todo tiene su criterio en la competitividad, desaparece el valor de uso de las cosas. No obstante, esto se extiende a todas las facetas de la vida, incluyendo aquellas relacionadas con lo jurídico y derechos humanos. Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer, y su desaparición podrá ser interpretada como un devenir natural de los acontecimientos y por el “ejercicio de la libertad” de sus miembros que optaron por dejar de utilizar, por ejemplo, su lengua (es más competitivo hablar inglés que otomí, por ejemplo); o, igualmente desde este criterio, se ha de considerar que las transformaciones sociales que no aumenten la competitividad no deben realizarse. El dominio de la competitividad no admite acciones frente a los efectos destructores que ella produce; es más, impide siquiera verlos. Significa la afirmación de la Totalidad y la negación del Otro; el encubrimiento del rostro de la víctima, quien lo es por su propia responsabilidad, por no ser “competitivo”.

Por eso un sujeto práctico o actuante no es suficiente. El concepto de “acción racional” formulado por Max Weber es el concepto que subyace a la teoría económica neoclásica (HINKELAMMERT, 2005, p. 33). Este concepto concibe a esa acción como una acción lineal; vincula de forma lineal medios y fines, y busca definir la relación más racional, con la finalidad de juzgar acerca de los medios utilizados para conseguir fines determinados. Entonces el criterio de racionalidad formal juzga

sobre la racionalidad de los medios según un criterio de costos: lograr un determinado fin con el mínimo de medios. Los fines correspondientes no pueden ser fines generales, sino exclusivamente fines específicos, aquellos que pueden ser realizados por la actividad calculada del ser humano. Son en especial los fines de las empresas: productos, servicios, etc. Para alcanzar estos fines se requieren medios, y a partir de esto se vinculan medios y fines de forma lineal. Entonces el medio no es un fin, sino que el fin decide sobre los medios. La teoría de la acción racional hoy dominante parte de esta relación, se pregunta por su eficiencia, y su juicio sólo es cuantificable si tanto los fines como los medios son expresados en términos monetarios. Sucede entonces, como afirma Hinkelammert:

Si toda la sociedad se organiza por el criterio de la eficiencia que se impone en la lucha de mercados, la competitividad y la eficiencia se transforman en los valores supremos que deciden sobre la validez de los demás valores. Lo que se llama racionalidad de la acción se resume, pues, en la competitividad y la eficiencia. Los valores que aumentan la competitividad son afirmados, y los valores que intervienen en ella son valores por superar. La competitividad como valor supremo no crea los valores, sino que es el criterio de su validez (HINKELAMMERT, 2005, p. 35).

A la par de esta teoría de la acción racional aparecen las justificaciones de la competitividad como valor supremo. El ejemplo más claro es la teoría enarbolada por Adam Smith, según la cual la competencia produce de forma no intencional la armonía social y realiza el interés general; es la famosa “mano invisible” que coordina las actividades productivas y realiza mediante esta coordinación el bien común. Hinkelammert resume esta tesis así: “lo racionalizado no produce irracionalidades” (HINKELAMMERT, 2005, p. 35).

Ante la competitividad como fin supremo, aparece el sujeto vivo cuya praxis no está basada en este tipo de racionalidad. Hinkelammert ejemplifica esto con la competencia de dos actores que están cortando la rama de un árbol sobre la cual se hallan sentados. Al guiarse por la racionalidad medio-fin, entonces el trabajo y el serrucho son los medios y el fin es cortar la rama. Nada se dice sobre las condiciones de sobrevivencia del actor (¿de qué lado de la rama debe colocarse para asegurar su vida?). Entonces es una acción racional y se producirá un resultado predicho científicamente: la rama cortada. No obstante, cuando el actor logra el fin, cae y muere; como resultado de la acción racional el actor es eliminado. Pero es el actor

que tiene como fin cortar la rama del árbol, y que en el momento en que lo logra ya no puede tener fines, porque está muerto: “En la realización del fin de la acción, el propio fin se disuelve”. Ante esto, se plantean dos posibilidades. Una es que el actor puede saber que ese será el resultado de su acción, y entonces comete intencionalmente un suicidio; no obstante, el fin es cortar la rama no el suicidio. Si así fuera, los medios hubieran cambiado y se utilizaría alguno más eficiente para ese fin. La segunda posibilidad es que los actores no tengan conciencia de que morirán con el éxito de su acción. En este caso, su muerte es un efecto no intencional de su racionalidad medio-fin. El actor muere como consecuencia de su propio acto; un acto que es racional según teoría de la acción racional. Es un suicidio no intencional, por decirlo de alguna manera.

La acción cae en una contradicción performativa al disolverse el actor, y el fin de la acción también se disuelve como resultado. Entonces la acción pierde sentido. Podría tenerlo si el actor cortara una rama distinta para tener leña para calentar su casa. Pero si corta la rama sobre la que se encuentra sentado, no hay sentido posible. Cualquier construcción de sentido tendría que hacer abstracción del actor, pero entonces no habría acción posible. Con el sujeto muerto, no hay quien ejecute la acción. Ésta puede tener sentido para otros, no para él. El actor que corta la rama sobre la que se encuentra sentado nunca podría dar sentido a su acción. El sin-sentido de la acción está en sí misma. Para que tenga un sentido, su efecto –sea este intencional o no– no debe ser el suicidio. De ahí que “[c] uál es el sentido de la vida? Su sentido es vivirla. No existe un sentido externo a la vida misma. Eso sería como el ser del ser. Por ello una acción puede tener –potencialmente– sentido sólo si no implica el suicidio del actor” (HINKELAMMERT, 2005, p. 42).

Contrario a la racionalidad medio-fin, Hinkelammert señala que la vida del actor no puede ser un fin, dado que no puede ser tratada como un fin en competencia con otros. Quien elige la muerte, elige la disolución de todos los fines posibles. La vida es la posibilidad de tener fines, y sin embargo, no es un fin. Por eso, si abordamos al actor como un ser vivo que se enfrenta a sus relaciones medio-fin, entonces lo miramos como sujeto. El actor, antes de ser actor, es sujeto humano; sólo se transforma en actor cuando ha decidido sobre el fin y calcula los medios, incluyendo en estos su propia actividad.

La racionalidad reproductiva es, entonces, la propia del sujeto vivo. Para poder enfocar esta racionalidad, debemos asumir al actor más allá

de sus relaciones medio-fin; percibirlo como sujeto y, por tanto, no como un fin sino condición de la posibilidad de los fines. El ser humano como sujeto vivo concibe fines y se refiere al conjunto de sus fines posibles. Pero no puede realizar todos los fines que bajo un cálculo medio-fin parecen posibles; por lo menos debe excluir aquellos fines cuya realización atenta contra su posibilidad de vivir. Si bien el sujeto determina sus fines, no puede desconocer la materialidad de la historia, como señala Ellacuría (ELLACURÍA, 1999, p. 55). De ahí que el sujeto esté “atado” al circuito natural de la vida humana que es condición de posibilidad de su propia vida.

La racionalidad del sujeto vivo es crítica a la racionalidad del medio-fin en diversos aspectos; uno de ellos es el tipo de juicios que realiza. Como dijimos, la teoría de la acción racional parte de la acción medio-fin, de su eficiencia y de su medida por la rentabilidad lograda en la competencia en el mercado; al analizar la realidad, asume un criterio de falsación/verificación como criterio de validez empírica en última instancia. Si un fin es realizable, se tienen que demostrar los medios para alcanzarlo, y esta demostración es falseada en caso de que los medios no logren el fin; siendo así se debe abandonar el fin o cambiar los medios que hagan posible realizarlo. Este proceso de falsación/verificación es tan parcial como lo es la relación medio-fin. En cambio, si juzgamos desde la perspectiva de la racionalidad reproductiva, llegamos a afirmaciones no falseables. Son afirmaciones empíricas que no son del tipo medio-fin; son de racionalidad circular, que incluye la vida del actor como el sujeto de su acción. Por tanto, los juicios correspondientes no son falseables. La afirmación “quien corta la rama sobre la cual está sentado, cae al abismo y muere” no es falseable. Contiene elementos falseables (se trata de un árbol, que debajo haya un abismo, etc.), pero la afirmación se sigue analíticamente del hecho de que el actor, como sujeto de sus acciones potenciales, es un ser natural. Nadie se muere de forma parcial.

En estos juicios de racionalidad reproductiva aparece el sujeto como la integralidad de sus acciones potenciales, y aparece la inserción del sujeto en el circuito natural de la vida humana como condición de posibilidad de esta vida. El criterio de vida o muerte se convierte en el criterio en última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida. La irracionalidad de lo racionalizado no es otra cosa que la evidencia de esta contradicción performativa. Como señala

Hinkelammert, “[I]a racionalidad medio-fin aplasta la vida humana (y de la naturaleza), lo que evidencia su carácter potencialmente irracional” (HINKELAMMERT, 2005, p. 49). Así la racionalidad del sujeto vivo se enfrenta a la pretensión de mostrar como racionales las acciones que producen muerte (HINKELAMMERT, 2005, p. 57).

De lo anterior se desprende la relación del sujeto vivo con el sujeto de la praxis de liberación. La praxis que busca la liberación integral ha de tener como momento material y objetivo la satisfacción de las necesidades de las víctimas; la transformación del sistema y la generación de una nueva institucionalidad deben de tener como objetivo posibilitar la vida y evitar la muerte (HINKELAMMERT, 2002, p. 338). La toma de consciencia de la víctima para generar una comunidad y constituirse en una subjetividad emergente que genera “nuevos derechos” tiene como momento inicial el enfrentamiento ante la muerte. Si el aprendizaje de la razón medio-fin es descrito como un aprendizaje de prueba y error, en cambio, el aprendizaje de la racionalidad reproductiva es diferente. Señala Hinkelammert que es un aprendizaje que se enfrenta a la muerte para evitarla; busca evitar el derrumbe de todos los fines con la muerte. Se persigue afirmar la vida y entonces el esfuerzo de evitar aquello que la amenace; se trata de un aprendizaje negativo. La praxis de liberación surge, en este contexto, como consecuencia de la experiencia, por parte de las víctimas, de las distorsiones que el mercado produce en la vida y en la naturaleza. Además, la afirmación de la vida no es un fin sino un proyecto: el conservarse como sujeto que puede tener fines. Es así como se genera una conciencia generadora de praxis de liberación (HINKELAMMERT, 2005, p. 66-67).

Si bien la comunidad de víctimas toma conciencia y se organiza, generando un consenso para guiar su praxis (principio formal), éste debe tener como proyecto –y a la vez como límite– el desarrollo de la vida (principio material). Dussel señala que “la legitimidad no es sólo el consentimiento producto de la mejor argumentación por la participación simétrico-discursiva de los afectados, sino, también, la aceptación del orden institucional en cuanto logra la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana de los miembros de dicho sistema” (DUSSEL, 1998, p. 540). El sujeto tiene un horizonte objetivo que es de vida y muerte. Si no contara con ese horizonte no sería un sujeto vivo; podría en cambio pretender ser un actor de la racionalidad medio-fin que no tiene como límite la vida y llega a generar, como hemos visto, el suicidio.

Quedarse únicamente con el criterio de la producción de vida, del sujeto vivo, como fundamento de derechos humanos correría el riesgo, entre otros, de terminar defendiendo un individualismo justificador de un egoísmo que afirmase un imperativo “sálvese quien pueda” o “viva quien pueda vivir”. Por eso es necesario completar este fundamento con el fundamento de la alteridad y de la praxis de liberación. El sujeto se hace sujeto por la afirmación de su vida, pero esta subjetividad se complementa con la afirmación de la vida del otro (DUSSEL, 1998, p. 52). El otro aparece con claridad en las crisis de los sistemas que causan muerte, y la alteridad es constitutiva del reconocimiento de la vida como realidad objetiva.

Lo anterior nos lleva a abordar, aunque sea brevemente, la cuestión de las necesidades. No pretendemos realizar una “teoría de las necesidades”, pues esto rebasa nuestras intenciones y, por tanto, tampoco pretendemos presentar una conceptualización precisa y un catálogo de ellas. Hinkelammert señala que “la necesidad es la urgencia humana de vivir en un circuito natural de la vida. Fuera de este circuito no es posible la vida, y el propio sujeto humano se hunde” (HINKELAMMERT, 2005, p. 46-47). La condición que decide sobre la vida y la muerte es la satisfacción o no de necesidades; no obstante, la totalidad actual no discierne entre la vida y la muerte, sino que destruye toda vida que es exterioridad en referencia a su racionalidad de cálculo medio-fin. Parte de esta racionalidad es la negativa a distinguir entre necesidades y preferencias o deseos, o en considerarlas igual de legítimas unas y otras en nombre de una libertad pensada fuera de la realidad histórica, de manera idealista desprendiéndose de la materialidad, sin consideraciones geopolíticas y ambientales, desde la totalidad, y a espaldas de las víctimas (HINKELAMMERT, 2002, p. 322).⁷ Riechmann señala:

La relación de los satisfactores con las necesidades es la de los *medios* con los *finés*. La sociedad productivista/consumista se caracteriza, entre otros rasgos, **por la confusión constante, deliberada e incesante entre fines y medios –los medios se transforman en fines y estos se pierden de vista, se desvanecen en el universo de los objetos–**; en la crítica de esta sociedad y en la formulación de alternativas mostrará la pareja de conceptos *necesidad/satisfactor* toda su potencia crítica. Decíamos que las necesidades no son intencionales, y

⁷ Hinkelammert señala que el reconocer necesidades humanas o sofocar su satisfacción en nombre de las preferencias, hace actualmente la diferencia entre socialismo y capitalismo.

en ese sentido no podemos elegir las: sencillamente están ahí. *Pero sí que podemos elegir los satisfactores*. Las necesidades básicas están dadas, pero podemos autodeterminar –al menos en parte– los deseos y los satisfactores. Mantener abierta esta posibilidad resulta crucial para cualquier perspectiva de emancipación en un ‘mundo lleno’, un mundo cuyos límites ecológicos se han alcanzado o –en algunos ámbitos– incluso se han sobrepasado ya (RIECHMANN, 1999, p. 19).

En este sentido, nos es útil la diferenciación entre la necesidad y el deseo, realizada por Joaquin Sempere; aquélla está ligada a la autorreproducción de la vida del sujeto, mientras que el deseo es más ocasional, no está ligado a la autorreproducción del sujeto (SEMPERE, 1992, p. 20). O como afirma Hinkelammert: “*La satisfacción de las necesidades, hace posible la vida; la satisfacción de las preferencias, la hace agradable. Pero, para poder ser agradable, antes tiene que ser posible*. Cada cual puede hacer su proyecto de vida según su gusto, solamente en cuanto sus gustos y la realización de esos se basen en la satisfacción de las necesidades” (HINKELAMMERT, 2002, p. 322). Los deseos son legítimos si no impiden la satisfacción de las necesidades de otros seres humanos, si no niegan la alteridad y si no causan la muerte tanto de otros seres humanos como de la naturaleza. En efecto, derechos humanos deben ser la juridificación de las necesidades, no de los “deseos” y, mucho menos, de los deseos ilegítimos (SALAMANCA, 2008, p. 10).

La explotación y la dominación se generan en función de las necesidades, no de las simples preferencias. La satisfacción o no de preferencias puede significar una vida más o menos agradable, de mayores o menores gustos, pero no podría significar explotación y dominación. En cambio, donde hay necesidades existe una relación de vida o muerte al decidir sobre la división social del trabajo y la distribución de los ingresos. Las necesidades tienen relación con la posibilidad de vivir, mientras que las preferencias se relacionan con vivir a niveles cuantitativamente distintos. Ningún proyecto puede realizarse si no es materialmente posible, y la voluntad no puede sustituir jamás las condiciones materiales de posibilidad; esto es parte de la materialidad de la historia. La libertad se ejerce desde la materialidad; suponer lo contrario es un idealismo que ideológicamente es usado contra la vida de los pueblos y que es parte de la encriptación de derechos humanos. Solamente si la voluntad logra movilizar condiciones materiales de posibilidad de sus fines, aparece el

camino, y el máximo absoluto para este camino es el tamaño del producto social de medios materiales.

Si la alteridad y la praxis de liberación contienen una dimensión preponderantemente intersubjetiva (sin negar que el sufrimiento de la víctima es objetivo, por encontrarse en la exterioridad del sistema), la satisfacción de necesidades otorga a derechos humanos un fundamento objetivo. Es un fundamento materialista de derechos humanos entendidos como los instrumentos jurídicos de una *democracia radical y material* (SALAMANCA, 2008, p. 25). Por eso, la dinámica de la racionalidad del mercado totalizado, la racionalidad medio-fin, se incomoda con la defensa de “necesidades” y prefiere reducirlas a “satisfacciones”; se soslaya entonces el fundamento material, real y objetivo de derechos humanos, perdiéndose en un lenguaje encriptado que es capaz de, cínicamente, legitimar los sistemas que causan muerte y deslegitimar las transformaciones del sistema que exige y persigue el sujeto de la praxis de liberación. Así, Hinkelammert señala que “[f]rente a un simple juego de preferencias, la exigencia de cambios aparecen como un resultado de la envidia. Frente a necesidades, aparece como una exigencia de la posibilidad de vivir y como raíz de la legitimidad de todas las legitimidades” (HINKELAMMERT, 2002, p. 323).

CONCLUSIÓN

La categoría “Constitución encriptada” contiene la suficiente potencialidad para, desde ella, desarrollar diversos caminos para subvertirla, es decir, para que deje de ser un mero instrumento tecnojurídico y regrese a ser una herramienta política. Entre estos caminos, hemos desarrollado con ayuda de la Filosofía de la Liberación, la recuperación de la subjetividad política de derechos humanos a través de la construcción de un fundamento basado en tres pilares: la alteridad, la praxis de liberación y la producción de vida. Esta fundamentación busca superar el dogmatismo, el reduccionismo y el etnocentrismo, que son características funcionales a la encriptación de la Constitución. Sin negar la subjetividad como elemento esencial de derechos humanos, la FL la abre a la pluralidad cultural y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta; por eso, se trata de un sujeto *intersubjetivo*, que desarrolla una *praxis* de liberación para juridificar las *necesidades* y acceder a los bienes para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. En efecto, el criterio de vida o muerte es la última instancia para construir derechos humanos. La

racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en que entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva, pues debe ser una racionalidad subordinada a la vida.

La fundamentación propuesta significa un retorno a la subjetividad política, pero no a la del sujeto metafísico, sino a la del sujeto viviente, intersubjetivo y práxico, como un horizonte filosófico para una crítica de la globalización neoliberal. Es decir, la praxis se realiza por una comunidad de víctimas –que se constituye en un sujeto intersubjetivo– que busca, ejerciendo el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Por eso la praxis es un hecho más radical que el estado, la Constitución o la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos.

REFERÊNCIAS

DUSSEL, Enrique. **Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Filosofía de la liberación**. Bogotá: Nueva América, 1996.

_____. **Veinte tesis de política**. México: Siglo XXI, 2006.

ELLACURÍA, Ignacio. “Función liberadora de la filosofía” en Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989). **Escritos políticos**, Tomo I. San Salvador: UCA Editores, 1993.

_____. **Filosofía de la realidad histórica**. San Salvador: UCA Editores, 1999.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos**. Murcia: D.S.R. Editor, 2008.

HINKELAMMERT, Franz. **Crítica de la razón utópica**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2002.

_____. **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido**. Heredia de Costa Rica: EUNA, 2005.

LOCKE, John. **Segundo tratado del gobierno civil**. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires: Losada, 2004.

MÉNDEZ HINCAPIÉ, Gabriel y SANÍN RESTREPO, Ricardo. “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global” en **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, UASLP-UAA-US, no. 8, julio – diciembre 2012, pp. 97-120.

PECES-BARBA, Gregorio. **Ética, poder y derecho**. México: Fontamara, 2000.

POPPER, Karl. **Miseria del historicismo**. Trad. Pedro Schuartz. Madrid: Alianza-Taurus, 1973.

RIECHMANN, Jorge. “Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir” en Jorge Riechmann (coord.), **Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad**. Madrid: Catarata, 1999.

ROSILLO, Alejandro. **La tradición hispanoamericana de derechos humanos**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

SALAMANCA, Antonio. **Filosofía de la revolución. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI**. San Luis Potosí: UASLP-CEDH, 2008.

SAMOUR, Héctor. “Filosofía y libertad” In: Rodolfo Cardenal y Jon Sobrino (Coord.), **Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida**, Santander: Sal Terrae, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA, 2009.

SEMPERE, Joaquim. **L’explosió de les necessitats**. Barcelona: Edicions 62, 1992.

SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. **Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis**. Valencia: Trant lo Blanch, 2007.

Diagramação

Murilo Celli
UNESP Franca/STAEPE