



ISSN 1676-8558

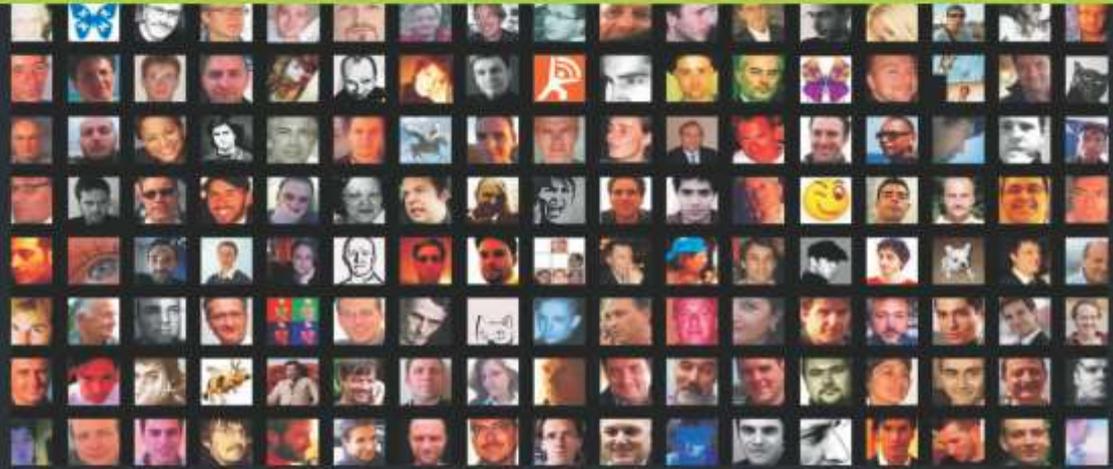
# DIREITO *e Justiça*

**REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**

**Novos Direitos**

v. 18, n. 31, maio/ago. 2018

Editoração  
Florisbal de Souza Del'Olmo  
Rosângela Angelin





Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)

Campus de Santo Ângelo

Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Curso de Graduação em Direito

Editora da FuRI – Campus de Santo Ângelo – RS

# **DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**

**Revista do Curso de Graduação em Direito  
da URI – Campus Santo Ângelo – RS**

Santo Ângelo – RS  
2018

© 2018, by FuRI

D598 Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo; organização: Florisbal de Souza Del’Olmo, Rosângela Angelin – v.1, n.1(abril 2002)- . – Santo Ângelo: FuRI, 2018.

v. 18, n. 31, mai./ago. 2018.

Semestral: 2002-2017. Quadrimestral: 2018-  
ISSN 2178-2466

I. Direito-Periódicos I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo. II. Del’Olmo, Florisbal de Souza (org.) III. Angelin, Rosângela (org.)

CDU: 340.114

Bibliotecária responsável pela catalogação  
Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

*Organização*

Florisbal de Souza Del’Olmo  
Rosângela Angelin

*Revisão*

Florisbal de Souza Del’Olmo  
Rosângela Angelin

*Revisão da Língua Inglesa*

Paulo Adroir Magalhães Martins

*Formatação*

Paulo Adroir Magalhães Martins

*Capa*

Marcos Ziembowicz

*Publicação*

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS  
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470  
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

*Composição e Impressão*

Gráfica Venâncio Ayres

– 2018 –

**DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**  
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)  
Campus de Santo Ângelo  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Publicação vinculada ao Curso de Graduação em Direito da URI - Campus Santo  
Ângelo - RS

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade  
de seus autores.

*Reitor*

Luiz Mario Silveira Spinelli

*Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação*

Giovani Palma Bastos

*Pró-Reitora de Ensino*

Arnaldo Nogaro

*Pró-Reitor de Administração*

Nestor Henrique de Cesaro

*URI – Campus de Santo Ângelo*

*Diretor Geral*

Gilberto Pacheco

*Diretor Acadêmico*

Marcelo Paulo Stracke

*Diretora Administrativa*

Berenice Rossner Wbatuba

*Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas*

Osmar Antonio Bonzanini

*Coordenador de Área de Conhecimento*

Jacson Roberto Cervi

***Curso de Graduação em Direito***

*Coordenadora do Curso*

Charlise Paula Colet Gimenez

*Editores Gerentes*

Florisbal de Souza Del’Olmo

Rosângela Angelin

## FOCO E ESCOPO

A Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, classificada como B1 pelo Qualis Periódicos da CAPES, tem como objetivo atuar como instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

### *Indexadores*



### *Bases de Dados*



### *Associado à*



## **EQUIPE EDITORIAL**

### **Editores Gerentes**

Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Rosângela Angelin, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

### **Editor Associado**

Dr. Fábio César Junges, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

### **Conselho Editorial**

Dr. Alejandro Pastori, UDELAR, Montevideú, Uruguai  
Dr<sup>a</sup> Alessandra Silveira, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, ULIMA, Lima, Peru  
Dr<sup>a</sup> Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa, UEUROPEIA, Lisboa, Portugal  
Dr<sup>a</sup> Gina Vidal Marcílio Pompeu, UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Gustavo Frederico de Baggis, UNCUIYO, Mendoza, Argentina  
Dr<sup>a</sup> Jamile Bergamaschine Mata Diz, UIT, Itaúna, MG, Brasil  
Dr. Luiz Otávio Pimentel, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Lucy Arraya, UNPHU, Santo Domingo, República Dominicana  
Dr. Mário Ferreira Monte, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Oscar Sarlo, UDELAR, Montevideú, Uruguai  
Dr. Ney Fayet de Souza Júnior, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Odete Maria de Oliveira, UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil  
Dr. Raymundo Juliano Feitosa, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Dr. Ricardo Méndez Silva, UNAM, México, México  
Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, UNA, Assunção, Paraguai  
Dr. Rubén Serrano Lozano, UCLM, Toledo, Espanha  
Dr<sup>a</sup> Tania García López, Universidad Veracruzana, Xalapa, México

### **Comissão Científica Ad Hoc**

Dr. Alejandro Pastori, UDELAR, Montevideú, Uruguai  
Dr<sup>a</sup> Alessandra Silveira, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Altamirando Pereira Rocha, UFU, Uberlândia, MG, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Ana Keuly Luz Bezerra, IFPI, Teresina, PI, Brasil  
Dr. Antonio Dari Ramos, UFGD, Dourados, MS, Brasil  
Dr. Augusto Jaeger Junior, UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, FKMGM, Belo Horizonte, MG, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Cristina Ferraz, PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Deo Campos Dutra, DOCTUM, Juiz de Fora, MG, Brasil  
Dr. Diego Pereira Machado, Faculdades Anhanguera, São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Diego Prezzi Santos, Faculdade Catuaí, Cambé, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Edith Maria Barbosa Ramos, CEUMA, São Luís, MA, Brasil  
Ms. Eduardo Baldissera Carvalho Salles, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Ms. Eduardo Daniel Lázarte Moron, Faculdades Cathedral, Boa Vista, RR, Brasil  
Ms. Elany Almeida de Souza, ECEME, Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, ULIMA, Lima, Peru  
Ms. Evilhane Jum Martins, URI, Santiago, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Fernanda Andrade Almeida, UFF, Niterói, RJ, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Fernanda Miranda Barbosa, UNIESP, São Paulo, Brasil

- Dr. Fernando César Costa Xavier, UFRR, Boa Vista, RR, Brasil  
Ms. Fernando Ferreira Calazans, PUCMG, Belo Horizonte, MG, Brasil  
Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim, FEJAL/CESMAC, Maceió, AL, Brasil  
Ms. Gabriela Soares Balestero, OAB/MG, Cachoeira de Minas, MG, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Giselle Marie Krepsky, FURB, Blumenau, SC, Brasil  
Dr. Guilherme Camargo Massau, UFPel, Pelotas, RS, Brasil  
Dr. Ilton Garcia Costa, UENP, Jacarezinho, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Ilzver de Matos Oliveira, UNIT, Aracaju, SE, Brasil  
Dr. Jefferson Caponero, IFBA, Simões Filho, BA, Brasil  
Dr. Joao Paulo Allain Teixeira, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Ms. Jorge Di Ciero Miranda, ESMEC, Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Jose Mario Wanderley Gomes Neto, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Dr. José Russo, UFAM, Manaus, AM, Brasil  
Dr. Juan Francisco Espinoza Molina, DEUSTO, Bilbao, Espanha  
Dr<sup>a</sup> Leila Arruda Cavallieri, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Ms. Lívia Dutra Barreto, UFRR, Boa Vista, RR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Lorena de Melo Freitas, UFPB, João Pessoa, PB, Brasil  
Ms. Luciano Alves dos Santos, URI, Erechim, RS, Brasil  
Dr. Luís Henrique Bortolai, PUC-Campinas, Campinas, SP, Brasil  
Dr. Luis Renato Vedovato, UNICAMP, Campinas, SP, Brasil  
Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil  
Dr. Luiz Otávio Pimentel, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Mara Darcanchy, UNINOVE e UNIP, São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Dr. Marcelo Lamy, UNISANTA, Santos, SP, Brasil  
Dr. Marcus Pinto Aguiar, UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil  
Ms. Mário Cesar da Silva Andrade, UFJF, Juiz de Fora, MG, Brasil  
Dr. Mário Ferreira Monte, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Mário Lúcio Garcez Calil, UEMS, Parnaíba, MS, Brasil  
Dr. Mário Luiz Ramidoff, UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Mônica Neves Aguiar da Silva, UFBA Salvador, BA, Brasil  
Dr. Ney Fayet de Souza Júnior, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Odete Maria de Oliveira, UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil  
Dr. Osmar Veronese, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil  
Dr. Paulo Roberto Ramos Alves, UPF, Passo Fundo, RS e UNOESC, Xanxerê, SC, Brasil  
Dr. Ricardo Méndez Silva, UNAM, México, México  
Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, UNA, Assunção, Paraguai  
Ms. Rosicler Santos, UFPR, Curitiba, PR, Brasil  
Dr. Rubén Serrano Lozano, UCLM, Toledo, Espanha  
Dr<sup>a</sup> Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches, UNIMAR, Marília, SP, Brasil  
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, IMED, Passo Fundo, RS, Brasil  
Dr. Silvio Beltramelli Neto, PUC-Campinas, Campinas, SP, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Tania García López, Universidad Veracruzana, Xalapa, México  
Dr<sup>a</sup> Tânia Regina Zimmermann, UEMS, Dourados, MS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil  
Dr. William Paiva Marques Júnior, UFC, Fortaleza, CE, Brasil

#### **Editores de Layout**

- Dr. Fábio César Junges, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil  
Paulo Adroir Magalhães Martins, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Rosângela Angelin, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

## SUMÁRIO

**APRESENTAÇÃO ..... 11**  
PRESENTATION

**LICENCIAS OBLIGATORIAS, LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE  
MEDICAMENTOS Y LA NUEVA TEORÍA DE LA DINÁMICA INCLUSIVA  
DE DESARROLLO TECNOLÓGICO ..... 13**  
LICENÇAS COMPULSÓRIAS, A PRODUÇÃO PÚBLICA DE  
MEDICAMENTOS E A NOVA TEORIA DA DINÂMICA INCLUSIVA DO  
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO  
COMPULSORY LICENSES, THE PUBLIC PRODUCTION OF DRUGS AND  
THE NEW THEORY OF TECHNOLOGICAL DEVELOPMENTS INCLUSIVE  
DYNAMICS

*Marta Carolina Giménez Pereira*

**ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO (ACDJ): O CASO DO  
PROJETO DE LEI Nº. 3.842/2012 E A TUTELA DA DIGNIDADE DO  
TRABALHADOR..... 31**  
CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS IN LEGAL CONTEXT (ACDJ): THE  
CASE OF BILL PROJECT NO. 3842/2012 AND WORKER'S DIGNITY  
PROTECTION

*Virgínia Soares Figueirêdo Alves Colares*  
*Flora Oliveira da Costa*

**PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA:  
PRINCÍPIOS DECORRENTES DA ORDEM ECONÔMICA  
CONSTITUCIONAL ..... 49**  
PRINCIPLES OF THE SOCIAL FUNCTION AND THE PRESERVATION OF  
THE COMPANY: PRINCIPLES ARISING OUT OF THE CONSTITUTIONAL  
ECONOMIC ORDER

*Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr*  
*Marcelo de Souza Sampaio*  
*Leonardo Sanches Ferreira*

**O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL CELEBRADO PELA PESSOA  
COM DEFICIÊNCIA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA ..... 65**  
THE PROCEDURAL LEGAL TRANSACTIONS BY THE DISABLED PERSON  
AND DECISION-MAKING SUPPORTED..... 65

*Marcos Ehrhardt Junior*  
*Bruno Oliveira de Paula Batista*

---

---

**O DIREITO DE AÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS.....85**

**ACTION RIGHT AS TUTELAGE INSTRUMENT OF HUMAN RIGHTS**

*Sidney Guerra*

*Fernanda Figueira Tonetto*

**AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....103**

**THE GROUNDS FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY ENVISAGED IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

*Priscilla Camargo Santo*

*João Daniel Vilas Boas Taques*

**IL DIRITTO FRATERO E IL PARADOSSO DEI BENI COMUNI DELL'UMANITÀ.....125**

**O DIREITO FRATERO E O PARADOXO DOS BENS COMUNS DA HUMANIDADE**

**THE FRATERNAL LAW AND THE PARADOX OF THE COMMON GOODS OF HUMANITY**

*Sandra Regina Martini*

*Francesco Rubino*

**IMPACTOS DO VALOR DEMOCRÁTICO NAS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS E POLÍTICAS DOS PAÍSES DA UNASUL ANTE A SUSPENSÃO DA VENEZUELA DO MERCOSUL.....145**

**IMPACTS OF DEMOCRATIC VALUE IN THE DIPLOMATIC AND POLITICAL RELATIONS OF THE COUNTRIES OF UNASUR DUE TO THE MERCOSUR'S SUSPENSION OF VENEZUELA**

*William Paiva Marques Júnior*

**A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS ÁREAS ÚMIDAS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO PARA AS FUTURAS GERAÇÕES.....167**

**THE IMPORTANCE OF THE PRESERVATION AND CONSERVATION OF THE WETLANDS AS A MECHANISM FOR THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO THE ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT FOR THE FUTURE GENERATIONS**

*Fernanda Ribeiro Darold*

*Carlos Teodoro José Huguenev Irigaray*

**Normas de Publicação ..... 181**

## APRESENTAÇÃO PRESENTATION

Eis que surge, tempestivamente, esta edição nº 31 da *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, com oportunas inovações, que nos aproximam do ideal buscado ao longo de suas quase duas décadas de existência. Agora quadrimestral, ela está inserida em mais de uma dezena de indexadores e bases de dados, tornando-se verdadeiramente um periódico cada vez mais respeitado e procurado, para leitura e para publicação, por pesquisadores do mundo jurídico.

São nove artigos de professores brasileiros e estrangeiros, avaliados pelo sistema *Double Blind Peer Review*, pelo qual autores e avaliadores são desconhecidos entre si. A série de artigos se inicia com *Licencias Obligatorias, la Producción Pública de Medicamentos y la Nueva Teoría de la Dinámica Inclusiva de Desarrollo Tecnológico*, da pesquisadora mexicana Prof<sup>a</sup> Dra. Marta Carolina Giménez Pereira, oriunda da Universidade Autônoma do México (UNAM) e atualmente lecionando na Universidade Federal da Bahia, em Salvador.

Segue-se *Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): O Caso do Projeto de Lei N.º 3.842/2012 e a Tutela da Dignidade do Trabalhador*, das professoras Dra. Virgínia Soares Figueirêdo Alves Colares e Mestra Flora Oliveira da Costa, ambas da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), de Recife, PE.

Convidada, a Prof<sup>a</sup> Dra. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, coordenadora do PPGD em Direito Empresarial e Cidadania, do UniCuritiba, com o Mestre Marcelo de Souza Sampaio e o Mestrando Leonardo Sanches Ferreira, ambos da mesma instituição, brindam nosso leitor com *Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa: Princípios Decorrentes da Ordem Econômica Constitucional*.

O Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Junior e o Bel. Bruno Oliveira de Paula Batista, ambos da Universidade Federal de Alagoas, Maceió (AL), contribuem com *O Negócio Jurídico Processual Celebrado pela Pessoa com Deficiência e a Tomada de Decisão Apoiada*, entendendo ser perfeitamente possível a celebração desses negócios jurídicos por pessoa com tais limitações físicas, mediante a tomada de decisão apoiada.

Na sequência, o Prof. Dr. Sidney Guerra, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e a Dra. Fernanda Figueira Tonetto abordam como o direito de ação pode contribuir para a tutela dos direitos humanos, entendendo que esse direito pode ser olhado como instrumental garantidor da existência de “um núcleo mínimo de direitos humanos, chegando mesmo a ser pensado como um direito universal”.

A Prof<sup>a</sup> Dra. Priscilla Camargo Santos, da Universidade Estadual de Ponta Grossa (PR) e o Mestrando João Daniel Vilas Boas Taques, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, analisam as excludentes de responsabilidade previstas no Tribunal Penal Internacional, como a enfermidade mental e a legítima defesa,

ênfatizando que tais excludentes são pouco aplicáveis no histórico do Direito Internacional Penal.

Com *Il diritto Fraterno e il Paradosso dei Beni Comuni dell'Umanità*, a Prof<sup>a</sup> Dra. Sandra Regina Martini, coordenadora do PPGD da UniRitter, em Porto Alegre (RS) e o insigne docente italiano Prof. Dr. Francesco Rufino, que tem exercido o magistério superior em diversas universidades europeias e sul-americanas, concluem que se dever retornar à equivalência entre a fraternidade e a não violência, bem como à consciência da imprescindibilidade do vínculo entre irmãos e oprimidos.

O Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior, da Universidade Federal do Ceará, estuda o momento da UNASUL ante a suspensão da Venezuela do Mercosul e conclui que para um futuro emancipatório e inclusivo nesse país deve propor-se “mais diálogo, uma democracia aberta à participação cidadã e um governo atento, acessível e sensível aos clamores sociais”.

Por fim, analisando a necessidade de preservação das áreas úmidas, o Prof. Dr. Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray e a Mestranda Fernanda Ribeiro Darold, ambos da Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá (MT), enfatizam sua importância na manutenção da biodiversidade, como mecanismo de efetivação do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vital para as futuras gerações.

Ademais, o leitor poderá verificar que esta edição da *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas* mantém a saudável e necessária exogenia, tendo todos os artigos autores dos diversos Estados brasileiros e outros países, escritos em português, em espanhol e em italiano, possibilitando um trabalho rico de pesquisas. A eles e elas, como aos pareceristas, os nossos efusivos agradecimentos.

Desejamos uma ótima leitura!

Inverno de 2018.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo  
Prof. Dra. Rosângela Angelin  
Conselho Editorial

## LICENCIAS OBLIGATORIAS, LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS Y LA NUEVA TEORÍA DE LA DINÁMICA INCLUSIVA DE DESARROLLO TECNOLÓGICO

### *LICENÇAS COMPULSÓRIAS, A PRODUÇÃO PÚBLICA DE MEDICAMENTOS E A NOVA TEORIA DA DINÂMICA INCLUSIVA DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO*

### *COMPULSORY LICENSES, THE PUBLIC PRODUCTION OF DRUGS AND THE NEW THEORY OF TECHNOLOGICAL DEVELOPMENTS INCLUSIVE DYNAMICS*

Marta Carolina Giménez Pereira<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil. (Doutora em Direito).

**Sumario:** Introducción. 1 Licencias obligatorias. 2 El caso de las licencias obligatorias en el campo de la salud. La experiencia internacional y la propia mexicana. 3 La relevancia de la noción de salud dentro de las políticas públicas: la Producción Pública de Medicamentos (PPM) y redefinición del concepto de burocracia en el sistema de salud. 4 La innovación terapéutica, la investigación médica con la contribución del paciente y las Unidades Productoras de Medicamentos (UPM). 5 Principales principios activos elaborados por laboratorios públicos en Argentina. Conclusiones. Bibliografía.

**Resumen:** El objetivo del trabajo es describir las Licencias Obligatorias y presentar los impactos producidos en la flexibilización de la protección de las patentes farmacéuticas al reconocer un derecho a medidas alternativas a favor de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas. Además, introduce la noción de Producción Pública de Medicamentos por el sector público como instrumento de política pública y que trata puntos estratégicos del sector salud, intentando reforzarlo con respeto a la propiedad intelectual, estimulando la I+D, conectando sector público y privado, garantizando abastecimiento y distribución y resultando el reforzamiento de la dinámica de innovación nacional. Método: comparativo y deductivo y la investigación bibliográfica.

**Palabras clave:** Producción pública de medicamentos. Innovación tecnológica. Propiedad intelectual. Patentes farmacéuticas. Licencias obligatorias o compulsivas.

**Resumo:** O objetivo do trabalho é descrever as Licenças Compulsórias e apresentar os impactos produzidos na flexibilização da proteção de patentes farmacêuticas, reconhecendo o direito a medidas alternativas em prol da saúde pública e da promoção do acesso a medicamentos. Além disso, introduz a noção de Produção Pública de Medicamentos pelo setor público como instrumento de política pública e trata de pontos estratégicos do setor da saúde, buscando reforçá-la em matéria de propriedade intelectual, estimulando a P & D, conectando setores públicos e privados, garantindo fornecimento e distribuição e resultando no reforço da dinâmica nacional de inovação. Método:

pesquisa comparativa e dedutiva e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Produção pública de medicamentos. Inovação tecnológica. Propriedade intelectual. Patentes farmacêuticas. Licenças obrigatórias ou compulsivas.

**Abstract:** This paper has as goal to describe the mandatory licenses and presenting the impacts produced by the flexibilization of drugs patents protection, recognizing the right for alternative measures for public health and promoting the access to pharmaceutical drugs. Beyond that, it introduces the notion of drugs production by the public sector as an instrument of public policies and strategic management of health, in a way to reinforce it on the matter of intellectual property, Stimulating research and development, connecting the public and private sectors, assuring the provision and distribution, and resulting in the fortification of the dynamics of national innovation. The used methods are comparative and deductive and the research is made bibliographically.

**Keywords:** Public production of pharmaceutical drugs. Technological innovation. Intellectual property. Pharmaceutical patents. Compulsory license.

## INTRODUCCIÓN

Dentro de los conceptos de la “producción” y “abastecimiento” de medicamentos, la tendencia actual en la doctrina esboza una idea de innovación inclusiva que denomino “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, es decir, un desarrollo de dinámicas con miras a incluir todos los sectores que participan en la cadena productiva de la invención dentro de un política integrada y articulada, caracterizada por las premisas de eficiencia del gasto público y privado en la producción de medicamentos dentro de un conjunto amplísimo de estrategias, así como la garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones y de manera oportuna y la no menos importante distribución de fármacos dentro de una zona geográfica trazada como parte de la mencionada política.

El beneficio último de la ‘dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico’, según la experiencia internacional enfatizada en este apartado en la Argentina, país de altos índices en la PPM, es que en definitiva se logre que exista un instrumento de política pública capaz de remediar y de ser posible homogeneizar, en términos de funcionamiento adecuado, el acceso a la salud en igualdad de condiciones hacia todos los sectores de la población.

Para poder entender mejor lo que significa “suavizar” los derechos de propiedad industrial con miras a la satisfacción de políticas públicas, comenzaremos por abarcar el concepto de licencias obligatorias, también llamadas compulsivas, figura ya más conocida dentro de la citada rama del derecho, que ha cobrado relevancia en importantes acontecimientos del derecho comparado (Brasil, entre los países a citarse).

## 1 LICENCIAS OBLIGATORIAS

Por licencias obligatorias se entiende el permiso que se atribuye un gobierno para producir un producto o procedimiento patentado o para importarlo, sin el consentimiento del titular de la patente. Se trata de una de las flexibilidades en la protección de las patentes que contempla el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Propiedad Intelectual, a saber, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) a través de la Declaración de Doha de 2001 y sus modificaciones posteriores, en las que se suaviza el derecho de protección de que gozan los fármacos, al reconocer a los países su derecho a tomar medidas tendientes a la protección de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas, conforme lo han reclamado los países en desarrollo y las organizaciones no gubernamentales.

En estricto sentido, a través del contrato de licencia el licenciante autoriza a un tercero –el licenciatario–, con o sin contraprestación, a explotar una invención protegida, mediante el otorgamiento de un derecho de naturaleza personal (JOLIET, 1982, p. 294). Normalmente vendrá a ser la autoridad gubernamental quien concederá la licencia a empresas o personas distintas del titular de la patente a fin de que éstas hagan uso de los derechos de la patente para fabricar, usar, vender o importar el producto o procedimiento protegido sin hacerse necesaria la autorización del titular.

A pesar de hallarse contemplada esa figura en la normativa internacional y haber sido consecuentemente adoptada por la mayoría de los países adherentes a la OMC en su legislación interna, su puesta en marcha ha generado controversias sobre todo en el ámbito de la salud ante el caso de emergencias de salud pública.

A priori, la misma doctrina no se muestra unánime en cuanto a su naturaleza jurídica de si se trata de una mera tolerancia o de una contraprestación que asegure un goce económico para el licenciante. A posteriori, se suscitan numerosas dudas a la hora de intentar hacerla efectiva, generándose incertidumbres tanto para el licenciante como para el licenciatario, temores que incluyen hasta problemas de terminología. Por otra parte, una vez celebrado el contrato, los casos de éxito resultan escasos, por lo que la jurisprudencia aún es insuficiente para brindar soluciones sólidas y a largo plazo y, en consecuencia, se regresa errónea e irremediamente a los principios generales del derecho contractual, en la intención de llegar a solucionar en forma íntegra el problema concreto que se plantea.

De hecho, la doctrina especializada indica el caso de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología como un caso típico de incertidumbre en el derecho privado ante la falta de normativa directamente aplicable al tema (DE LAS CUEVAS, 1994, p. 12) que además resulte adecuada y correcta en el sentido de ajustarse a la realidad del país de que se trata, más allá de los requerimientos del marco legal internacional, que se limita a estipular conceptos básicos de manera similares y homogénea para todos los países miembros de la OMC. Es que el derecho comparado ofrece soluciones limitadas en la materia pues habrá de tenerse

en cuenta la específica y particular estructura económica del país en que se celebre el contrato.

## **2 EL CASO DE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN EL CAMPO DE LA SALUD. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y LA PROPIA MEXICANA**

En septiembre de 2009 se ha formulado en México una propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial, en el sentido de acortar el plazo estipulado para la resolución de la concesión de licencias por la autoridad. La iniciativa no prosperó.

El artículo ya había sido reformado en el año 2004 y anteriormente en 1994. La iniciativa de reforma del segundo párrafo del artículo 77 hecha por el Senador Adolfo Toledo Infanzón del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de fecha 8 de septiembre de 2009, rezaba textualmente: En los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, el Consejo de Salubridad General hará la declaratoria de atención prioritaria, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria, en esta se ordenará el otorgamiento de licencias de utilidad pública. Publicada la declaratoria del Consejo en el Diario Oficial de la Federación, las empresas farmacéuticas podrán solicitar la concesión de una licencia de utilidad pública al Instituto y éste la otorgará, en un plazo no mayor a tres días, a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante el Instituto.<sup>1</sup>

La intención de la propuesta era darle mayor aplicabilidad a la figura de la licencia obligatoria por causa de emergencia nacional y específicamente de enfermedades graves, reduciendo el plazo previsto por el actual segundo párrafo del aludido artículo.

La propuesta establecía un plazo máximo de 3 días para que la autoridad se pronuncie, dejando sin efecto la disposición vigente, que es su parte pertinente reza: ...a la brevedad que el caso lo amerite de acuerdo con la opinión del Consejo de Salubridad General en un plazo no mayor a 90 días... y que además exige que sea audita parte. Cabe destacar que el texto vigente extrañamente tampoco incluye la frase expresamente propuesta en la iniciativa de reforma de que en los casos aludidos el objetivo de la orden será el “otorgamiento de licencias de utilidad pública”.<sup>2</sup>

La exposición de motivos daba especial relieve a la emergencia sanitaria con motivo del brote del virus de la influenza, advirtiendo además la presencia de otras enfermedades como el dengue, que ameritan la posibilidad de importar medicamentos patentados bajo el régimen de licencias obligatorias, al no contar con capacidad de fabricación suficiente a nivel local, una problemática repetida en países en vías de desarrollo.

---

<sup>1</sup> Cfr. segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

<sup>2</sup> Cfr. artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

Cabe acotar que la esencia de la licencia obligatoria supone hacer siempre subsistir el requisito que establece el primer párrafo del referido artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial mexicana de que las licencias se otorgarán mientras dure la causa de emergencia o de seguridad nacional que haya motivado su celebración pero olvida el caso de los medicamentos huérfanos, que trataremos más adelante en el capítulo de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) en la Producción Pública de Medicamentos (PPM).

Artículo 77 LPI México, primer párrafo: Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, incluyendo enfermedades graves declaradas de atención prioritaria por el Consejo de Salubridad General, el Instituto, por declaración que se publicará en el Diario Oficial de la Federación, determinará que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población.<sup>3</sup>

Dentro de la exigua experiencia internacional existente en el campo de las referidas licencias obligatorias, en el ámbito del derecho comparado revisaremos la especial relevancia de la experiencia brasileña con el retroviral denominado Efavirenz, producido por la farmacéutica Merck Sharp & Dohme, considerado en la actualidad como el más eficaz para combatir la infección del SIDA o VIH. A pesar de las fuertes críticas provenientes de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento, el gobierno de Brasil, a través de su Presidente en ejercicio Luiz Inácio Lula da Silva, en base a lo que dispone su Ley de Propiedad Industrial 9279/96, en su controvertido artículo 68, que regula las “licencias compulsivas”, determinó imponer tal flexibilidad sobre la patente del citado fármaco por considerarla “legítima y necesaria, de interés nacional y demasiado caro”, permitiendo con un amplio respaldo del Congreso la importación del genérico producido en laboratorios de la India que se hallan certificados por la Organización Mundial de la Salud (entre esos laboratorios genéricos están Ranbaxy, Cipla y Aurobindo) quienes ya cuentan con producción del genérico del Efavirenz y lo comercializan a un costo inferior que oscila en la tercera parte del producido por el laboratorio titular de la patente.

Mientras Merck cotizaba en 1.65 USD cada unidad del fármaco en territorio brasileño el costo por unidad del genérico fabricado en la India es de 0.44 USD. El tratamiento por paciente tiene un costo por año de 580 USD utilizando el medicamento de patente mientras que el tratamiento utilizando el genérico alcanza la suma de 165 USD anuales, es decir, menos de un tercio, lo cual implica un ahorro de 240 millones USD hasta el año 2012, fecha en que expira la patente. Antes de la imposición de la licencia obligatoria sobre el fármaco, Lula había mantenido dos negociaciones con el laboratorio titular, en las que participó además el gobierno norteamericano. Brasil rechazó en la segunda de ellas la oferta de comercializar el producto con un 30% menos del precio fijado originalmente por parecerle insuficiente y considerar que al menos debía reducirse en un 60%. En las

---

<sup>3</sup> Artículo 77 LPI México, primer párrafo.

negociaciones, Lula propuso el mismo precio pagado por Tailandia, que es de 0.65 USD por cada comprimido del fármaco en dosis de 600 miligramos, lo cual no fue aceptado por Merck.

Estados Unidos denunció ante a la OMC el artículo 68 de la ley de patentes brasileña por considerar que era violatorio del ADPIC, requiriendo ante tal organismo un Panel de Resolución de Conflictos con el objeto de que éste pueda dirimir las diferencias entre estos dos países. Brasil se defendió ante la OMC alegando justificación en la medida por el alto número existente de enfermos de SIDA o VIH y, en consecuencia, considerar un caso de emergencia sanitaria nacional. Finalmente, el 25 de junio de 2001 Estados Unidos retiró ante la OMC la solicitud del panel.

La medida del Presidente Lula buscaba asegurar el tratamiento de unos 75 mil infectados en el territorio brasileño, siendo este país uno de los mayores compradores mundiales del medicamento, con más de 500 mil infectados de SIDA o VIH. A juicio del gobierno, más allá de demostrar el fracaso en la negociación del precio del fármaco de patente, la medida se convirtió más bien en una prueba de la firmeza gubernamental de apostar por el mercado de los genéricos ante una situación de emergencia nacional.

Cabe destacar que el argumento también se ha apoyado en el tratamiento que actualmente reciben unas 200 mil personas que reciben del Estado un conjunto de 17 medicamentos, de los cuales 8 son fabricados en Brasil dentro del marco de un programa gubernamental de lucha contra la enfermedad que ha recibido un sinnúmero de elogios a nivel internacional.

Como precedente, ya en la Asamblea Mundial de 1999, Brasil había ejercido fuerte presión a fin de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) llevara mejor a cabo su labor de control de precios de los medicamentos en todo el mundo y de evaluación en el impacto de las normas sobre patentes de la OMC. En abril de 2001, en la reunión anual de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aprobada por 52 votos a favor, 0 en contra y 1 en abstención (Estados Unidos) la propuesta brasileña que vincula el adecuado acceso a los medicamentos con los derechos humanos fundamentales. Estados Unidos consideró al respecto que tal propuesta era violatoria de las normas internacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual. Brasil ya había anunciado en el año 2005 la quiebra de la patente del principio activo Kaletra, propiedad del laboratorio Abbot, pero ambas partes pudieron llegar a un acuerdo para la reducción del precio del medicamento.

En el caso del Efavirenz, el contrato de licencia se ha llevado a cabo cumpliendo cabalmente el procedimiento previsto a tal efecto en la Declaración de Doha, el cual consta de tres etapas, a saber, la negociación, la declaración de la situación que justifica su utilización y el pago de royalties al titular afectado, que en este caso específico se pactó en la entrega del 1.5% sobre el valor de importación de los medicamentos similares al Efavirenz.

Por otra parte, Tailandia también anunció la imposición de una licencia obligatoria a fin de que los enfermos de SIDA o VIH en ese país pudieran recibir

tratamiento con el genérico del Efavirenz, que se produce en laboratorios de la India, país conocido en los últimos tiempos por su alta producción de medicamentos genéricos.

La organización no gubernamental Médicos Sin Fronteras utiliza casi en su totalidad medicamentos producidos en la India para tratar a enfermos de SIDA o VIH en 30 países del mundo.

La postura tailandesa se mantuvo a pesar de fuertes presiones provenientes de la industria farmacéutica, sentando precedentes en la materia para el caso de emergencias sanitarias. Posteriormente, ese país rompió además la patente de otros dos fármacos útiles también en el tratamiento de SIDA o VIH. Otros países, como Canadá e Italia, cuentan con experiencia en licencias obligatorias sobre productos farmacéuticos y en la década anterior llamó la atención general la decisión del Presidente de Ecuador, Rafael Correa, de emitir en esos días un decreto que derogue por completo las patentes farmacéuticas y agroquímicas de las transnacionales que tengan efecto en ese país, con excepción de las patentes cosméticas, a fin de que todas las medicinas sean producidas en el país y así se logre su abaratamiento, al considerar que la salud es un tema prioritario y primero está el derecho humano antes que “el bolsillo de las transnacionales”, enfatizando el caso de los fármacos que combaten el SIDA o VIH y el cáncer.

Hecho el balance de la actual situación de las licencias obligatorias en el ámbito doméstico y comparado, surge que tal figura presenta varios aspectos positivos, entre los que se cuentan, además del acceso a los medicamentos a un menor precio, el fomento de la competencia y el desarrollo de la producción nacional. Ahora bien, hay que tener muy presente que un país que no reconoce las patentes de las farmacéuticas transnacionales no contará con la presencia de esos laboratorios en su territorio y, consecuentemente, se verá desabastecido de medicinas esenciales de alta complejidad producidas exclusivamente por ellos en virtud a su tecnología y amplia experiencia en investigación y desarrollo que ostentan y con la que no cuentan los emergentes laboratorios de producción local. Por otro lado, con tal medida y al no reconocerse las patentes, tampoco podrá realizarse la importación por la industria local de farmoquímicos necesarios para la fabricación de las medicinas. Todo ello sin mencionar las sanciones de las que podría ser objeto el país por la OMC y la imposibilidad de poder abastecer de medicinas a todo un país con la sola producción nacional, que en el caso de Ecuador alcanza en la actualidad apenas un 22% del total de ventas. De hecho, se advierte que un crecimiento desmesurado de medicamentos genéricos requeriría en un futuro de un control exhaustivo por parte de la Secretaría de Salud (DAHER, 2005, p. 332).

El caso de Ecuador se presentaría con tal decreto como uno excepcional y hasta violatorio de las normas previstas para la celebración de la licencia obligatoria, pues al parecer no contempla la requerida y previa primera etapa de negociación. Además, resulta absurda la idea de generalizar la medida para todas las patentes de medicinas producidas por laboratorios que no sean locales. Al menos, esa no es la función de la licencia obligatoria, la cual se concede para cada caso específico y para atender determinados problemas de salud, por un tiempo determinado, previa justificación por el gobierno de la situación que la motive. La postura que asume ese

país, a través de su gobernante, deberá encuadrarse en otra figura –inexistente, por cierto– que justifique una total supresión de la protección conferida a todo inventor no local de un medicamento. Es el caso extremo de la defensa de la salud pública, la cual va en detrimento del fomento de la investigación y desarrollo, únicas herramientas capaces de propiciar avances tecnológicos y mejores medicinas.

### **3 LA RELEVANCIA DE LA NOCIÓN DE SALUD DENTRO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS (PPM) Y REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE BUROCRACIA EN EL SISTEMA DE SALUD**

A principios de los años 2000 la moderna doctrina francesa advertía que el ejercicio de la medicina había mutado en su naturaleza con el desarrollo de nuevas especialidades médicas y la multiplicación del número de especialistas, es decir, los médicos. En paralelo, en razón de tal crecimiento y de una oferta de cuidados cada vez más sofisticados según el avance de la ciencia y la tecnología, el volumen de consumo y de gasto médico también ha tenido un aumento significativo. De ello se colige que la extensión de la protección social a toda la población ha sido el sostén de esta evolución: la palabra “salud” pasó a ser actualmente uno de los principales sectores de actividad de los países (ADAM & HERZLICH, 2010, p. 36). En otras palabras, dentro de las políticas de salud, los resultados revelan que en las últimas décadas tales políticas se vieron orientadas hacia la inversión creciente en tecnologías médicas cada vez más complejas, siendo el puntapié inicial y determinante en esa evolución el mismo peso que revisten los profesionales médicos y el progreso de la ciencia médica, como se apuntó.

Dentro de ese contexto, la noción de “medicalización de la sociedad”, como llama la sociología francesa, ha estado íntimamente relacionada con el desarrollo de leyes sobre la protección social. Ya en el siglo XX esa noción traducía en Francia el hecho de que el “modelo médico” se impone en la definición y toma de responsabilidad de numerosos problemas públicos contemporáneos, citando algunos padecimientos a título de ejemplo: alcoholismo, enfermedades mentales, drogas. De esa manera, en una sociedad medicalizada, el sector salud cobra relevancia como factor de políticas públicas estatales y, dentro de las grandes interrogantes sobre los diversos mecanismos y programas a desarrollar o acentuar dentro de las políticas de salud establecidas, existe la nueva tendencia de la Producción Pública de Medicamentos (PPM en adelante).

Ahora bien, antes de ahondar en el tema propio del artículo que aquí nos ocupa, habrá que establecer el lugar que ocupa el concepto “burocracia” en la administración pública de la salud, tan sólo a modo referencial.

Propio de sistemas normativos, algunos países como Brasil refieren la burocracia como característica destacada dentro del proceso administrativo, aunque en sentido peyorativo y propio del poder público, desde tiempos muy antiguos y características negativas son suyas: paternalismo, nepotismo, corrupción. Sin embargo y paradójicamente, la evolución histórica del proceso administrativo

enfatisa la importancia de implementación de procesos burocráticos adecuados a fin de garantizar la manutención de padrones de calidad de los servicios en las estructuras de las instituciones privadas y públicas. La burocracia es, en sentido amplio, un medio de perfeccionamiento de políticas administrativas capaz de alcanzar niveles de eficiencia compatibles con la modernidad (CAMPOS & PRESOTO, 2002, p. 5).

Ejemplificando dentro del contexto de salud la función de la comentada palabra burocracia, tenemos que la política de salud como directriz que emana del poder público debe abarcar, entre otras funciones principales, la esencial de promover la estructura y el funcionamiento del sistema de los servicios de salud, según lo establece el propio Centro Panamericano de Planificación de la Salud, perteneciente a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), siendo sus miembros fundadores Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ya en 1972 el documento denominado Tema 27, que abarca el proyecto del Programa del mismo Centro, establecía como objetivo fortalecer la asesoría de la OPS a los gobiernos para perfeccionar sus procesos de planificación de la salud. Luego nombra entre sus actividades un Programa de investigaciones con los países:... análisis de las relaciones entre salud y el resto del sistema socioeconómico, como una suerte de domesticación del programa, con adecuación a la realidad de cada país miembro y a su normativa propia.

Más adelante, ya en referencia al propio Centro, se establece entre sus responsabilidades una propia de “Investigación”, normando sobre la necesidad de apoyar en los países el desarrollo de la misma con miras a elaborar o perfeccionar técnicas de planificación para completar y mejorar la metodología de planificación de la salud, a través del estudio de áreas o variables que deban considerarse y de los países que pudieran elaborarlas, dando además asesoría periódica hasta la fase final de dicha investigación.

Seguidamente, aparece el apartado de “Información” donde se dispone que toda información que se refiera a la planificación de la salud y a la evolución de los procesos respectivos en los países americanos como de otras regiones debe ser recabada, promovida en su recolección y analizada. Destaco además que la misma debe ser difundida y divulgada a modo de promover, orientar y motivar procesos de planificación y niveles de decisión políticos y administrativos, informando y estimulando a aquellos que realizan la labor directa de planificación en salud, enfatizando las experiencias de terreno conocidas.

Dentro del Programa del Centro puede vislumbrarse la posibilidad de contemplar como política pública de salud nacional la Dinámica Inclusiva de Desarrollo Tecnológico, que se verá explicado más adelante en detalle y sobre lo cual anticipo en este apartado que se describe como una real necesidad de política pública de salud íntegra y que merece ser adecuadamente formulada y plasmada en su planeación, su proyecto y sus resultantes programas que deberán ser coordinados con miras a su ejecución. Esa Dinámica se plasma en esta propuesta a través de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) a nivel público, es decir, la Producción Pública de Medicamentos.

Volviendo al término burocracia, utilizado en sentido amplio, vendrá entonces en consecuencia a utilizarse para englobar y describir todo aquello que implica el trazado integral del sistema de salud de un país, con sus normativas y organigramas, su contexto social y hasta político, en sentido amplio. En sentido estricto, estamos frente a una burocracia de un sistema de salud circunscripto a una implementación efectiva de las mencionadas UPM.

#### **4 LA INNOVACIÓN TERAPÉUTICA, LA INVESTIGACIÓN MÉDICA CON LA CONTRIBUCIÓN DEL PACIENTE Y LAS UNIDADES PRODUCTORAS DE MEDICAMENTOS (UPM)**

En este campo, la socióloga Renée Fox acentúa la posibilidad de un rol activo del paciente contribuyente al desarrollo de la ciencia médica en el mismo hospital, siendo un caso de referencia la utilización de medicamentos de prueba en hospitales como la cortisona o la ciclosporina, principio activo empleado comúnmente en el trasplante de órganos. Su teoría esboza que el médico está desarrollando investigación en el mismo hospital, a través de su práctica con el paciente y dentro de lo que ella denomina “dilema entre experimentación y terapéutica”, pues se trata de probar la eficacia de su innovación a través del mismo paciente con un doble objetivo: curar la enfermedad o tratarla por lo menos y también realizar su propia labor de investigación con el enfermo, quien pasa de ser un sujeto pasivo a ser uno activo desde el momento en que conoce que el procedimiento no sólo persigue su curación o alivio sino además el mismo progreso de la ciencia (FOX, 1959, p. 15 y ss).

En el caso que ocupa a los medicamentos en los hospitales y su relación con la innovación tecnológica a través de su título de protección, a saber, las patentes, la propuesta de la función de una UPM es de naturaleza social en el sentido de que, tal como apunta Oro Boff, un sistema de patentes también puede constituirse en un instrumento de fomento y de erradicación de la pobreza porque estamos frente a un papel considerando dentro de un conjunto más amplio de medidas políticas nacionales de desarrollo tecnológico y obedeciendo a los mismos intereses del país. En efecto, tal como ella lo sostiene, diseminar la cultura de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, priorizando sobre todo la disponibilidad de recursos y garantizando una infraestructura necesaria, parece ser el camino para pensar que la propiedad intelectual pueda contribuir al desarrollo económico y social (BOFF, 2009, p. 57).

La propiedad intelectual, importante mecanismo para la protección de invenciones derivadas del intelecto humano es un área diferenciada de la propiedad material y hoy en día cuenta con un importante estímulo cuando se relaciona con la utilidad colectiva, aquí incluidas las invenciones (BOFF & LIPPSTEIN, 2015, p. 30).

Como factor de puesta en marcha del punto anterior en específico así como en general de lo hasta aquí expuesto, es preciso poner en conocimiento una teoría desarrollada en Argentina, país que más se ha preocupado en el tema de la PPM.

Esta teoría ha sido recientemente en ese país por especialistas en estudios sociales de tecnología e innovación que propone abordar la PPM con un enfoque de tecnología organizacional y política pública y como un instrumento que busca como fin dinamizar procesos de desarrollo inclusivo. Santos, Guillermo y Becerra, Lucas, Investigadores del Área de Estudios Sociales de la Tecnología y la Innovación del Instituto de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología (Universidad Nacional de Quilmes) sobre cuyo trabajo se basa el presente artículo.

Hablar de desarrollo inclusivo significa despuntar la ciencia y la tecnología propia de una región y subsecuentemente de un país, pero en esferas que van más allá de la privada o la mixta. Nos referimos a la PPM a través del trabajo articulado de laboratorios públicos y de farmacias hospitalarias y es que, ya en los albores del año 2000, el hospital público ha pasado de ser durante siglos el asilo de los pobres a convertirse en una institución prototipo de las sociedades modernas, lugar de referencia privilegiada en la investigación médica y en el desarrollo de técnicas de punta (ADAM & HERZLICH, 2010, p. 37).

En Argentina, la cuestión va más allá de la ya compleja provisión de medicamentos, enfocándose a puntos estratégicos que plantea actualmente el sector salud (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 251):

- La política pública integrada, como factor en sí mismo y como factor capaz de desarrollar políticas públicas transformadoras dentro de la ‘dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico’.
- La eficiencia del gasto público y privado que se genera en la producción de medicamentos, lo cual implica un conjunto amplísimo de estrategias a desarrollar.
- Una garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones para todos.
- El factor de la innovación con su desafío de generar dinámicas con miras al desarrollo inclusivo.

A partir de esos cuatro puntos estratégicos mencionados que plantea el sector salud citan los especialistas tres preguntas-problema (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 251):

- ¿Qué capacidad tiene el actual sector público productor de medicamentos y cuál es la relación entre política de salud y mercado de medicamentos?
- ¿Como factor de implementación y de transformación, ¿es posible configurar una política integral de producción pública de medicamentos que conviva con la compra privada?
- ¿Bajo qué condiciones una política pública de PPM puede desplegar dinámicas concretas de desarrollo inclusivo?

El panorama debe ser visto el sector general tanto con sus complejidades como con sus oportunidades.

Existe una fuerte crítica al sistema privado y a la industria farmacéutica que éste desarrolla por adueñarse del presupuesto general destinado al sector salud y de la cadena de provisión de medicamentos, pero esto no es visto desde la raíz del

problema: si se tuviera un mayor escenario presupuestario destinado a la eficiencia innovadora por las UPM y una participación concreta y eficiente de éstas dentro del aparato legal y regulatorio, podría verse más abierta gran parte de tal hegemonía privada.

La pregunta resaltante que hemos de hacernos es ¿cuál es la importancia que adquiere el mercado de los medicamentos y su dinámica dentro del concepto de gasto en salud? Existen muchas y conocidas inconsistencias tales como la baja en la capacidad de compra frente a la permanencia alcista de la capacidad de venta lo cual es producto de la propia estructura y diseño del sistema de salud y su consecuente dinámica (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 255-257).

El secreto para el desarrollo inclusivo las UPM pareciera radicar en los conceptos de Presupuesto + Participación Eficiente de la UPM, no respecta la eterna discusión entre el sector genérico y el innovador sino frente a la apropiación y hegemonía de todo el sector farmacéutico privado en el presupuesto público, dándose en consecuencia una altísima concentración en laboratorios privados nacionales y transnacionales con el consecuente control de precios determinado por el sector dominante resultando la fórmula: a mayor concentración, mayor control de precios.

Las UPM conforman el sector de la PPM y se subdividen en laboratorios públicos y en farmacias hospitalarias. Ambos tipos producen medicamentos pero dirigidos a un público distinto, ya que las segundas destinan sus productos generalmente a los pacientes a cuyo hospital pertenecen, mientras que los laboratorios públicos surten medicamentos a una extensa red de sistemas de salud a lo largo del territorio del país, abarcando hospitales públicos o privados, planes y programas de provisión pública de medicamentos o inclusive venta minorista en farmacias.

Es de tener en cuenta además que entre esos laboratorios podemos encontrar lo que dependen del gobierno nacional, de universidades nacionales, de gobiernos provinciales e incluso de municipios (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 259).

Analizando lo que contempla el estudio de las farmacias hospitalarias, en la PPM, basándose en la Resolución Ministerial argentina 286/08, la salud es un derecho y el medicamento un bien social siendo una función del Estado garantizar la accesibilidad y ordenar la distribución de recursos y el aprovechamiento de capacidades instaladas y de recursos humanos (HOYA, 2014, p. 1 y ss.).

Frente al problema del acceso a los medicamentos como producto, por ejemplo de una crisis, siempre es el esfuerzo público, a través del Estado, el que acaba respondiendo con medidas alternativas, por ejemplo, la provisión gratuita de medicamentos en determinado tiempo y lugar a través de planes concretos. Una vez recuperada la actividad económica, la producción privada vuelve a estar en alza, incrementando su facturación (control de precios en consecuencia) y trayendo como consecuencia que la crisis haya sido finalmente absorbida en forma total por el sector público (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 257-258). Como ejemplo se cita el Plan Remediar del año 2002 a través de la provisión de medicamentos en forma gratuita para 15 millones de personas.

Las propuestas son varias y pertenecerían a otro capítulo pero entre las posibles soluciones cobra especial relevancia UPM. Garantizar el abastecimiento oportuno de medicamentos, si bien forma parte de la agenda pública y es una obligación del Estado, esto no implica forzosamente que esos bienes deban ser comprados al sector privado. En consecuencia, debería vincularse la política pública a una estrategia de producción y no de compra directa, conforme explican los estudiosos argentinos.

La elaboración de especialidades medicinales por laboratorios públicos acabaría con el pensamiento radical de la naturaleza del medicamento como un bien de mercado, transformándolo en un bien social (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 281), pero existen realidades de las UPM, que se enumeran someramente a continuación.

1) *Producción y abastecimiento*: En la Argentina, a pesar de contar con un diagrama trazado en la cobertura geográfica de la UPM a través de laboratorios que cuentan con habilitación de sendos permisos de instalaciones y de producción por parte del organismo regulador competente, a saber, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), cuya finalidad última es la circulación de los productos en el territorio nacional para su venta minorista, en la práctica resulta que varios de ellos no alcanzan la cobertura nacional efectiva (problemas de distribución) y entre las limitantes de la problemática en la distribución efectiva del medicamento, la misma regulación encabeza la lista que tiene que ver con el acondicionamiento de las instalaciones de las UPM al requerimiento normativo. Los laboratorios, tanto públicos como privados, para acceder al tránsito federal de su producción deben habilitar sus plantas y certificar sus productos ante ANMAT.

Se cita como excepción el caso de medicamentos esenciales huérfanos, es decir, no provisto en el mercado interno por los laboratorios privados detentores de la patente sobre lo cual se ha hecho especial énfasis en lo de uso pediátrico.

2) *Patentes*: sin entrar en detalle al respecto, me centro en específico en la siguiente limitante que se arguye acerca de la distribución efectiva de los medicamentos elaborados por las UPM y que tiene que ver con la fuerte crítica que recibe la protección del medicamento a través de la figura de la propiedad industrial que le corresponde: la patente. En efecto, las UPM fabrican los medicamentos con principios activos cuyas patentes se encuentran vencidas y cuentan con restricción para elaborar medicamentos con patente vigente.

El argumento de la protección de la patente se encuentra desarrollado ampliamente en la doctrina actual pero encuentra un gran vacío en el caso de la PPM, caso en que la producción –y distribución aludida– del medicamento por las UPM debiera considerar políticas de excepción, máxime si se trata de medicamentos huérfanos, a través de oportunas previsiones legales como las licencias obligatorias, sobre lo cual las legislaciones aún encuentran importantes vacíos a la hora de ponerlas en marcha.

3) *Tecnología e infraestructura local*: sigue siendo un obstáculo importante el hecho de que los principios activos o farmoquímicos sean adquiridos en el exterior por falta de producción local suficiente que se traduce en una capacidad inventiva limitada por parte de la industria nacional importadora de aquellas fórmulas, dicho de otra manera, se refleja en las cifras una reducida dinámica de innovación local.

Al respecto esgrimen los autores como causa del problema las racionalidades que imperan en las políticas y programas de ciencia y tecnología en el sentido de que éstas responden al modelo lineal de innovación. Así, si bien existe un

número importante de institutos y centros de investigación médica, todavía cuentan con bajos niveles de interacción con las unidades de producción. Aquí cobra una excepción importante los laboratorios que pertenecen a las universidades nacionales sin que por ello el producido global de la dinámica innovativa del país resulte más feliz por tal excepción.

4) *UPM existentes*: Parte de esta política lineal debe también culpa a la concentración excesiva en manos de algunas UPM estatales. En Argentina, se citan veinte UPM como parte integrante de la Red Nacional de Productores Públicos de Medicamentos, siendo su objetivo la producción conjunta de medicamentos de manera coordinada pero cuyos bajos resultados saltan a la vista por falta de acciones concretas en materia de producción y también de posicionamiento de la producción pública entre los temas principales de la agenda política del sector salud pública.

No se puede dejar de mencionar sin embargo que en el año 2011, en un esfuerzo más defensivo que proactivo de las UPM y del Grupo de Gestión de Políticas de Estado en Ciencia y Tecnología, se obtuvo la Ley 26.688 que declaró de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos. Esta ley argentina aún carece de reglamento pero puede resultar un sugerente a la normativa de otros países en la materia por sus líneas estratégicas de acción, entre las que se mencionan:

- La definición de prioridades en líneas estratégicas de producción según perfiles epidemiológicos y estacionales de cada región.
- La promoción de investigación, desarrollo y producción de medicamentos huérfanos (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 261-264).

Entre los principales principios activos elaborados por laboratorios públicos se encuentran analgésicos y antibióticos de uso habitual y también drogas utilizadas para tratar enfermedades crónicas. La provincia con mayor abastecimiento de medicamentos de producción pública es la de Santa Fe y le siguen San Luis y Río Negro. En el año 2014 se planificó un financiamiento por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Fondo Argentino Sectorial (FONARSEC) para la producción pública de medicamentos tuberculostáticos integrando el trabajo conjunto de la Universidad del Litoral y el Laboratorio Industrial Farmacéutico S.E. (LIF) cubriendo áreas estratégicas y de vacancia en la provisión de especialidades medicinales prioritarias.

## 5 PRINCIPALES PRINCIPIOS ACTIVOS ELABORADOS POR LABORATORIOS PÚBLICOS EN ARGENTINA

Según se enlista seguidamente estos son los principales principios activos producidos actualmente por laboratorios públicos:

Principio activo	Acción terapéutica	Cantidad de laboratorios
Paracetamol	Analgésico	12
Enalapril	Antihipertensivo	11
Furosemida	Diurético	11
Glibenclamina	Hipoglucemiante	11
Diazepam	Ansiolítico	10
Ibuprofeno	Antiinflamatorio	10

Mebendazol	Antiparasitario	9
Permetrina	Pediculicida	9
Amoxicilina	Antibiótico	8
Atenolol	Antihipertensivo	8
Diclofenaco	Antiinflamatorio	8
Ranitidina	Antiulceroso	8
Fenobarbital	Anticonvulsivo	7
Metformina	Hipoglucemiante	7
Metodopramina	Antiemético	7

## CONCLUSIONES

Dentro de la “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, la Producción Pública de Medicamentos llevada a cabo a través de sus Unidades Productoras juega un rol preponderante en la agenda pública del sector salud del país. Cuando es puesta en marcha de manera coordinada y positiva, conlleva en sí misma fines de inclusión y desarrollo social y productivo y es un instrumento de política pública de salud integrada y dinámica innovativa con capacidad de producir bajo demanda específica obedeciendo a un trazado territorial nacional preestablecido, con límites demográficos. De esa manera, cumple la función de asegurar la provisión y distribución adecuadas a la población y desarrollar los medicamentos huérfanos.

Visto como lo que es y aunque le pese la realidad de la desventura de los problemas propios del necesario aparato burocrático legal, la PPM es una opción a la elaboración tradicional privada de medicamentos, llevada a cabo por laboratorios nacionales, con principios activos que sean accesibles en el mercado nacional y extranjero. Es una herramienta que conlleva en sí misma la noble acción a la que está destinado un fármaco, que no es otra que cumplir con un bien social de acceso a la salud más allá de su valor patrimonial, sin desmerecer la propiedad intelectual de la patente de la que goza el medicamento, lo cual puede lograrse con un Plan de Acción que prevea no sólo mecanismos legislativos oportunos sino por sobre todo, estrategias de puesta en marcha en los distintos ciclos de la innovación farmacéutica vista, en sus distintas fases y hasta llegar a manos del consumidor final.

Finalmente, en cuanto al primer tema que hemos abordado, dejamos por sentada la tarea positiva que conllevaría una licencia obligatoria bien estructurada, celebrada y fundamentalmente concedida respetando cualesquiera de sus dos principales finalidades, a saber, la de salvar una situación de emergencia nacional o la de garantizar su efectiva explotación si ésta no se ha producido en el territorio. Sin embargo, no se debe olvidar que muchas veces la promoción de esa figura encubre una finalidad encubierta, en el sentido de que más allá de garantizar la salud pública lo que realmente busca es facilitar y patrocinar la copia ilegal de medicamentos, lo cual constituye un flagrante ataque a la propiedad intelectual que se traduce en falta de seguridad jurídica para el inversor, provocando ese hecho un gran desaliento a la inversión extranjera en cualquier país del mundo.

## REFERENCIAS

ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. *Sociologie de la maladie et de la médecine*. Saint-Jean de Braye: Armand Colin, Imprimerie Nouvelle, 2010.

ARGENTINA. Ley 26.688 que declara de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos.

BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Inovação, gestão e transferência tecnológica. Passo Fundo: IMED, 2009.

BOFF, Salete Oro; LIPPSTEIN, Daniela. Biodiversidade, conhecimentos tradicionais y propiedad intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável. In BOFF, Salete Oro *et al.* (coords.). *Novas Tecnologias, Direitos intelectuais e Políticas públicas*. Vol II. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

CAMPOS, Juarez de Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena. *A burocracia na administração de saúde*. São Paulo: Jotacê, 2002.

DAHER, Mauricio Jalife. Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud. en SESMA, Ingrid Brena (coordinadora), *Salud y Derecho*. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas. *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1994.

FOX, René. *Experiment perilous, physicians and patients facing the unknown*. Piscataway, NJ, US: The Free Press, 1959.

GIMÉNEZ PEREIRA, Marta Carolina. *Efectos de la protección de las patentes farmacéuticas*. Un análisis de propiedad intelectual. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.

HOYA, Arturo. *Producción Pública de Medicamentos: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos*. En: CONGRESO ARGENTINO Y CONGRESO SUDAMERICANO DE FARMACIA HOSPITALARIA, 14 y 2., 2014, Santa Fe. Disponible en:  
<<http://www.aafhospitolaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX). Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia. *Patentes y acceso a los medicamentos*. Brasilia, año 2009. Disponible en:

<[http://www.fedeto.es/area\\_internacional/marco\\_politico\\_datos\\_brasil.pdf](http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf)>.

Consultada el: 15 octubre 2009.

JOLIET, René. *Der Patentrechtsvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht*. Munich: GRUR Int., 1982.

MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA. *Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos*. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1 julio 2014. Disponible en:

<<http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>. Consultado el: 7 septiembre 2016.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA Y PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO, SUBSECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA, DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN REGIONAL – DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN SECTORIAL. *Complejo Farmacéutico*. Serie Complejos Productivos. Buenos Aires, junio 2015. Disponible en:

<[http://www.economia.gov.ar/peconomica/docs/Complejo\\_Farmacaceutico.pdf](http://www.economia.gov.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmacaceutico.pdf)>.

Consultado el: 7 septiembre 2016.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), *Tema 27 del proyecto del programa*, año 1972. Disponible en:

<<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consultada el: 7 septiembre 2016.

SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas. La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el desarrollo inclusivo en salud. En THOMAS, Hernán y SANTOS, Guillermo (coordinadores). *Tecnologías para incluir*. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas. Agenda CTD, Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, Editora Lenguaje Claro, 2016.

Autora convidada



## ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO (ACDJ): O CASO DO PROJETO DE LEI Nº. 3.842/2012 E A TUTELA DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR

### *CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS IN LEGAL CONTEXT (ACDJ): THE CASE OF BILL PROJECT NO. 3842/2012 AND WORKER'S DIGNITY PROTECTION*

Virgínia Soares Figueirêdo Alves Colares<sup>I</sup>

Flora Oliveira da Costa<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife, PE, Brasil. (Doutora em Linguística).

<sup>II</sup> Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife, PE, Brasil. (Mestra em Direito).

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Projetos de Lei 3842/2012. 2 Análise crítica do discurso jurídico e os modos de operação da ideologia. 3 ACDJ do Projeto de Lei 3842/12. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo identificar, por meio da Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ), no Projeto de Lei nº. 3.842/2012, os modos de operação da ideologia, segundo Thompson (2011). Esse projeto tramita no Congresso Nacional brasileiro e pretende retirar as expressões “jornada exaustiva” e “condição degradante” da descrição contida no tipo penal do art. 149 do Código Penal brasileiro. Para a consecução deste trabalho, serão utilizadas, como categorias de análise, algumas estratégias típicas de construção simbólica, como os operadores argumentativos e os modos de operação da ideologia para dar conta do funcionamento dessa gramática textual e dos efeitos ideológicos desse discurso. A pergunta de partida do estudo é: “sem o resgate do contexto, é possível ao Congresso Nacional criar um tipo penal que tutele tanto a liberdade quanto a dignidade do trabalhador?” A hipótese considerada é a de que a elaboração de leis abstratas sem a aproximação do contexto social promove um ocultamento ideológico que forja a ideia de que a linguagem é neutra e produzida num vácuo social. Por isso, propomos inicialmente o diálogo entre o Direito e a Linguagem para dar conta do tratamento interpretativo do sentido do discurso do referido Projeto de Lei numa perspectiva transdisciplinar. Como resultado da análise, constata-se que a utilização, consciente ou não, das estratégias de construção simbólica possibilitou que a tutela da dignidade do trabalhador tenha sido eliminada da proposta de alteração legislativa contida nos supramencionado Projeto de Lei.

**Palavras-chave:** Análise crítica do discurso jurídico. Estratégias de Construção Simbólica. Trabalho escravo.

**Abstract:** This paper aims to identify, through the Critical Discourse Analysis in Legal context (ACDJ), in the Bill Project nº. 3.842 / 2012, the modes of operation of ideology, according to Thompson (2011). This bill is being processed by the Brazilian National Congress and intends to remove the terms "exhaustive day" and "degrading condition" from the description contained in the criminal type of art. 149 of the Brazilian Penal Code. To achieve this work, some typical symbolic construction strategies, such as argumentative operators and

the modes of operation of ideology, will be used as analytical categories to account for the functioning of this textual grammar and the ideological effects of this discourse. The research question of the study is: without the rescue of the context, is it possible for the National Congress to create a criminal type that protects both the freedom and the dignity of the worker? The hypothesis considered is that the elaboration of abstract laws without the approximation of the social context promotes an ideological occultation that forges the idea that language is neutral and produced in a social vacuum. For this reason, we initially propose a dialogue between Law and Language to give an account of the interpretative treatment of the meaning of the speech of the aforementioned Bill in a transdisciplinary perspective. As a result of the analysis, it is verified that the use, consciously or not, of the strategies of symbolic construction allowed that the protection of the dignity of the worker has been eliminated from the proposal of legislative amendment contained in the aforementioned Bill.

**Keywords:** Critical Discourse Analysis in legal Context. Symbolic building strategies. Slavery.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trabalho forçado, trabalho em condições degradantes, trabalho em jornada exaustiva e com retenção da liberdade dos trabalhadores, privando de sua liberdade de ir e vir quando retendo seus principais documentos trabalhistas, como a carteira de trabalho, são as hipóteses previstas pela legislação nacional como passíveis de prisão de 2 a 8 anos, pela prática do trabalho em condições análogas à de escravo, com fundamento no artigo 149<sup>1</sup> do Código Penal brasileiro.

Isso porque, no ano de 1994, foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso José Pereira,<sup>2</sup> Trabalhador que em companhia de outro colega, ao tentar escapar de uma fazenda no Estado do Pará, no ano de 1989, fora surpreendido por capangas do dono da fazenda, os quais dispararam tiros de fuzil em suas

<sup>1</sup> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003); I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003); II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003); § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003); I – contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003); II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

<sup>2</sup> Em setembro de 1989, quando tinha apenas 17 anos, José Pereira e um companheiro, com o apelido de Pará, tentaram escapar de uma fazenda onde eles e outros 60 trabalhadores eram forçados a trabalhar sem remuneração e em condições desumanas. Eles foram surpreendidos por funcionários da fazenda e atacados com tiros de fuzil. Paraná morreu. José Pereira sobreviveu porque foi considerado morto. Ele e o corpo do companheiro foram enrolados em uma lona e abandonados na rodovia PA-150. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

direções. José Pereira se fingiu de morto e conseguiu fugir, mas seu companheiro foi morto.

Diante dessa denúncia, o Brasil firmou um acordo amistoso<sup>3</sup> com a referida Comissão, sendo levado a reconhecer o trabalho escravo e também a propor modificações legislativas e medidas de fiscalização e repressão ao trabalho nessas condições. Nesse cenário, surgiu em 1995, o Grupo Móvel de Fiscalização, que atua na medida em que forem surgindo denúncias oriundas da Comissão Pastoral da Terra; Polícia Federal e Sindicatos, que após recebidas, encaminham para as Superintendências do Trabalho e Emprego.

Esses Grupos Móveis de Fiscalização têm comprovado o trabalho escravo em números,<sup>4</sup> atuando em cada região brasileira, seja no meio urbano, seja no rural. Fiscaliza a utilização da mão de obra na condição de trabalho análoga à de escravo, estabelecida no artigo 149 do Código Penal brasileiro. Logo, são modalidades de trabalho escravo, aqueles que mantêm trabalhadores em condições de trabalho forçado e/ou degradantes; em jornadas exaustivas, com privação de liberdade, seja restringindo sua locomoção, seja em razão de dívidas.

Entretanto, está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 3.842/12, que visa retirar do artigo 149 do Código Penal, as hipóteses de trabalho escravo oriundas da jornada exaustiva e da condição degradante.

Portanto, o presente artigo objetiva analisar o discurso ideológico contido no Projeto de Lei 3.842/12, de autoria do Deputado Moreira Mendes, que visa modificar o teor do artigo 149 do Código Penal Brasileiro, reduzindo o conceito atual para a hipótese de redução à condição de trabalho análoga à de escravo.

Em trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto foi proposto por Moreira Mendes, e juntamente com o Projeto de Lei 432/2013, de iniciativa do Senado Federal, faz parte das medidas legislativas que visam retirar do atual conceito de trabalho escravo, as hipóteses fáticas de “condição degradante” e “jornada exaustiva”.

Em que pese o projeto de lei possuir características legislativas próprias, o texto foi produzido por uma autoridade legislativa, que possui ideologias partidárias e pessoais que reproduzem diretamente em suas justificativas de Projeto de Lei.

A pergunta de partida do estudo é: “sem o resgate do contexto, é possível ao Congresso Nacional criar um tipo penal que tutele tanto a liberdade quanto a dignidade do trabalhador?” A hipótese considerada é a de que a elaboração de leis abstratas sem a aproximação do contexto social promove um ocultamento ideológico que forja a ideia de que a linguagem é neutra e produzida num vácuo social.

---

<sup>3</sup> O relatório de número 95/03, referente à solução amistosa entre José Pereira e o Brasil pode ser acessado em <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>.

<sup>4</sup> Dado retirado da página virtual do Ministério do Trabalho e Emprego, disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/trab\\_escravo/resultados-das-operacoes-de-fiscalizacao-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm](http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/resultados-das-operacoes-de-fiscalizacao-para-erradicacao-do-trabalho-escravo.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2016.

Por isso, propõe-se o aprofundamento do diálogo entre o Direito e Linguagem para dar conta do tratamento interpretativo do sentido do discurso do referido Projeto de Lei numa perspectiva transdisciplinar.

Para tanto, vale-se da Análise Crítica do Discurso Jurídico, para desnudar os elementos omitidos por trás da fundamentação do Projeto, como forma de identificar evidências de como as estruturas e práticas sociais afetam e determinam as escolhas dos elementos linguísticos utilizados no texto e que efeitos essas escolhas linguísticas podem ter sobre as estruturas e práticas sociais como um todo.

## **1 PROJETOS DE LEI 3842/2012**

O grupo móvel de fiscalização, que é instalado a partir de apuração das denúncias recebidas nas Superintendências do Trabalho e Emprego, bem como pela Comissão Pastoral da Terra, já libertaram 43.696 (quarenta e três mil, seiscentos e noventa e seis mil) trabalhadores da condição de trabalho análoga à de escravo, nos anos de 2003 até o de 2017.<sup>5</sup>

Somados aos avanços no combate ao trabalho escravo, também pode se classificar o surgimento da “Lista Suja”, publicada pela Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011, que disciplina o cadastro de empregadores que tenham submetido seus trabalhadores ao trabalho escravo. Após inclusão na lista, os empregadores ficam impedidos de conseguir financiamento nos principais bancos públicos e privados.

Ademais, o Brasil é tratado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT (SAKAMOTO, 2006, p. 101), como um excelente aluno em razão de sua atuação pela erradicação do trabalho escravo, já que a legislação nacional é uma das mais vanguardistas em relação ao tema.

Isso porque, na maioria dos países, reduzir alguém à condição de trabalho análogo a de escravo é sinônimo de privar os trabalhadores de sua liberdade, enquanto que o tratamento brasileiro dado ao tema, preocupa-se com a liberdade e com a dignidade dos trabalhadores, tutelando também a condição degradante de trabalho e proibindo trabalhos forçados e em condição degradante, sendo o artigo 149 do Código Penal também um instrumento para efetivação dos direitos humanos.

Entretanto, na contramão de todos os avanços já alcançados com a legislação moderna quanto ao enquadramento legal do crime de trabalho escravo contemporâneo, o Deputado Federal Moreira Mendes apresenta Projeto de Lei para alterar o artigo 149 do Código Penal, sob o argumento da dificuldade de incriminação pelo ilícito penal do trabalho escravo, defendendo a exclusão da jornada exaustiva e ao trabalho degradante, por representarem conceitos vagos e abertos.

---

<sup>5</sup> Dado retirado da página virtual do Observatório do Trabalho Escravo. Disponível em: <<https://observatorioescravo.mpt.mp.br/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

O autor do projeto de lei argumenta, ao justificar a alteração legislativa, que após alteração do artigo 149 do Código Penal, em 2003, não foi conceituado o que seria trabalho degradante e jornada exaustiva, sendo importante a sua retirada das hipóteses legais. Por conseguinte, o Projeto de Lei 3842/2012 propõe alterar o atual artigo 149 do Código Penal para a seguinte redação:

Para fins desta Lei, a expressão "condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça, coação ou violência, restringindo sua locomoção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

O projeto de lei, se aprovado, não tutelar a dignidade do trabalhador nos casos de jornada exaustiva e condição degradante de trabalho, representando, portanto, um retrocesso na promoção da dignidade dos trabalhadores. Isso porque, analisando dados processuais dos Estados de Pernambuco, Minas Gerais e Tocantins, em relação às ações penais envolvendo o crime da condição de trabalho análoga à de escravo,<sup>6</sup> constata-se que a condição degradante é a causa de pedir mais recorrente nas ações. Logo, retirando a hipótese legislativa “condição degradante”, não teríamos mais a quantidade de ações penais, muito menos fiscalizações por parte do Ministério do Trabalho e Emprego, envolvendo essa temática.

O Projeto de Lei ganha força quando dialoga com outras instâncias, como o Poder Executivo, já que o Ministério do Trabalho e Emprego lançou em 13 de outubro de 2017 a Portaria 1129,<sup>7</sup> com o objetivo de apresentar novos conceitos ao trabalho forçado, jornada exaustiva para fins de concessão de seguro desemprego. Em tal portaria, que desafia o texto legislativo presente no artigo 149 do Código Penal, houve a retirada da condição degradante de trabalho e da jornada exaustiva, tal qual propõe o projeto de lei em análise neste estudo.

Ademais, representa retrocesso social aos inúmeros trabalhadores que foram libertos do trabalho escravo, sobretudo, pela inclusão das modalidades “trabalho em condição degradante” e “jornada exaustiva”, inseridos pela modificação legislativa de 2003, ao artigo 149 do Código Penal, conforme assevera o penalista Nucci (2006, p. 625):

A Lei 10.803/03 teve nitidamente por finalidade atacar o grave problema brasileiro do “trabalho escravo”, muito comum em fazendas e zonas afastadas dos centros urbanos, onde trabalhadores são submetidos a condições degradantes de pelo Doutrinador veio inaugurar um novo horizonte para o combate ao trabalho escravo, ao criar novos tipos de formas análogas a escravidão, o Código penal ancora-se na dignidade da pessoa humana, ao proteger juridicamente a saúde e o bem-estar dos trabalhadores no seu ambiente de trabalho.

---

<sup>6</sup> Ao acompanhar os processos criminais, observa-se em trabalhos já publicados [(COSTA, 2018); JACOB (2016); ANDRADE (2015)] que a maioria das causas que fundamentam as ações trata da hipótese Condição Degradante de Trabalho.

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=351466>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

Ainda sobre a importância de considerar como condição análoga a de escravo o trabalho degradante e em jornada exaustiva, assevera outro autor que é necessário ter uma visão sistêmica sobre o tipo penal (LEITE, 2005, p. 169):

A leitura atenta do preceptivo em causa está a revelar que a legislação pátria é mais abrangente do que a prevista na Convenção n. 29 da OIT, na medida em que amplia o conceito de trabalho em condições de escravidão, não se limitando a considerá-lo apenas sob o enfoque de cerceio da liberdade do trabalhador. Dito de outro modo, a lei brasileira considera trabalho em condições análogas à de escravo não apenas quando há cerceio da liberdade de trabalhar, mas também quando existentes condições de trabalho degradantes ou jornadas exaustivas. Torna-se factível afirmar, portanto, que, em nosso ordenamento jurídico, o trabalho em condições análogas à de escravo constitui gênero que tem como espécies o trabalho forçado, o trabalho em condições degradantes e o trabalho realizado em jornada exaustiva.

Assim, a questão do conceito dado ao tema do trabalho escravo e sua tentativa de redução de proteção jurídica, como pretende fazer o Projeto de Lei 3842/12, merece ser analisado de forma crítica e ontológica, nascendo, portanto, a importância de interatuar o Direito com a Linguagem, para descaracterizar os operadores ideológicos e os atores linguísticos que persuadem o discurso de autoridade do Deputado, com a finalidade de retroceder o combate ao trabalho escravo, retirando seus modos de execução jornada exaustiva e condição degradante, como pretende a proposição legislativa.

Conforme exposto, visto o conteúdo material do Projeto de Lei número 3842/12, é importante verificar, à luz da Análise Crítica do Discurso Jurídico, quais os Modos de Operação da Ideologia presente em sua superfície textual, a partir da verificação detalhada de sua redação, linha por linha, como será estudado no tópico seguinte.

## **2 ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO E OS MODOS DE OPERAÇÃO DA IDEOLOGIA<sup>8</sup>**

A linguagem tem papel central na reflexão e na construção das relações de poder e hegemonia. A lacuna ou insuficiência nas ciências sociais, constatada por Chouliaraki (2005), de teorizações acerca do papel da linguagem na vida social e ausência das ferramentas apropriadas – nessas ciências sociais – para a análise empírica dos materiais verbais produzidos socialmente o fez eleger, como objeto de estudo, as práticas sociais.

A Análise Crítica do Discurso (ACD) configura-se como um campo de estudos que busca descrever e explicar o envolvimento da linguagem no

---

<sup>8</sup> Considerando que este trabalho foi construído no âmbito das atividades da disciplina “Análise Crítica do Discurso Jurídico”, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco; reproduzimos aqui, na metodologia deste artigo, parcelas de textos já publicadas pela coautora Virgínia Colares, na metodologia de outros artigos elaborados durante a disciplina.

funcionamento da sociedade contemporânea. Direcionada ao estudo das dimensões discursivas da mudança social, a ACD apresenta uma concepção de linguagem e um suporte de análise para a investigação dos modos como a relação discurso/sociedade se concretiza na prática social. A compreensão que tem Fairclough (1992; 2003) do processo social teve influência da obra de Harvey (1996). A produção teórica de David Harvey contribui para entender as mudanças sociais na acumulação capitalista, no urbanismo, na produção dos espaços sociais e políticos do capitalismo contemporâneo. Em *Justice, nature and the geography of difference*, partindo dos conceitos fundamentais na tradição marxista, o autor incrementa o debate das ciências sociais, incluindo cinco elementos: semiose, relações sociais, poder, instituições e crenças e valores culturais. A semiose é um elemento central do processo social que é dialeticamente relacionado aos outros. Assim, as relações entre os elementos do processo social são diferentes, mas não são separadas: cada elemento, dialeticamente, interioriza os outros sem reduzir-se a eles; daí a relevância da linguagem para a compreensão das relações sociais, do poder, das instituições, das crenças e dos valores culturais. Esses elementos são parcialmente semióticos, sem se reduzirem à semiose. Portanto, as instituições sociais são organizadas por relações interpessoais que são parcialmente semióticas/discursivas.

Fazendo ancoragem na ACD, a ACDJ tem como fulcro a abordagem das relações específicas – internas e recíprocas – entre linguagem, direito e sociedade. Os textos produzidos socialmente em eventos autênticos do judiciário são resultantes da estruturação social da linguagem que os consome e os faz circular. Por outro lado, esses mesmos textos são também potencialmente transformadores dessa estruturação social da linguagem, assim como os eventos sociais são tanto resultado quanto substrato dessas estruturas sociais.

Fairclough (1992; 1995) defende o discurso como prática política e ideológica. Como prática política, o discurso estabelece, mantém e transforma as relações de poder e as entidades coletivas em que existem tais relações, às vezes construindo o consenso. Como prática ideológica, o discurso constitui, naturaliza, mantém e também transforma as visões de mundo nas mais diversas posições das relações de poder. O modelo de análise ou agenda da ACD, proposto por Fairclough (1992), constrói-se numa concepção tridimensional do discurso, ou seja, a análise do texto, a análise das práticas discursivas em articulação com a análise das práticas sociais. A noção de prática discursiva explicita o modo como agimos com os gêneros textuais. Segundo o autor, “a prática discursiva /.../ envolve processos de produção, distribuição e consumo textual, e a natureza desses processos varia entre diferentes tipos de discurso de acordo com fatores sociais” (FAIRCLOUGH, 1992, p. 106). Os textos são produzidos mediante o modo como os sujeitos aprenderam a realizá-los em determinados meios sociais, no nosso caso, na instância jurídica, mediante determinado discurso. Esse saber é dinâmico e está em transformação constante. Conforme afirma o autor, “a prática discursiva é constitutiva tanto de maneira convencional como criativa: contribui para reproduzir a sociedade (identidades sociais, relações sociais, sistemas de conhecimento e crença) como é, mas também contribui para transformá-la” (FAIRCLOUGH, 1992, p. 92). A relação entre discurso e estrutura social, portanto, tem natureza complexa e dialética, resultando do contraponto entre a determinação do discurso e sua construção social.

O discurso reflete uma realidade social mais profunda, assim como a estruturação social se dá de forma idealizada/simbólica, como fonte onde o discurso é representado.

A constituição discursiva de uma sociedade decorre de uma prática social que está seguramente arraigada em estruturas sociais concretas (materiais) e, necessariamente, é orientada para elas, não é fruto de um mero livre-arbítrio de indivíduos isoladamente. Fairclough (2003, p. 23-26) reelabora o arcabouço da abordagem tridimensional do discurso, produzindo uma explicação mais consistente ao incorporar três conceitos centrais: o de estruturas sociais (entidades sociais como a economia, a justiça, as classes sociais e a própria linguagem), o de práticas sociais (articulações de elementos sociais relacionados a áreas específicas da vida social, como a escola, o judiciário, a família) e o de eventos sociais (o fazer concreto dos agentes sociais materializado em forma de textos, como, no nosso caso, as decisões judiciais). Assim, o evento social não é produzido nem como uma simples reprodução da estrutura social, nem como algo absolutamente novo; ele é mediado pela prática social que, desse modo, ocupa um lugar privilegiado nesse quadro conceitual. A prática social, para Fairclough (2003), consiste na articulação de elementos sociais (alguns não discursivos), a saber: (1) a ação e a interação, relações sociais, pessoas (com crenças, atitudes, histórias, etc.); (2) o mundo material; e (3) o discurso que incorpora a linguagem que é entendida por esse autor como a base de toda ação social. O discurso jurídico materializa as práticas sociais de uma tradição através da produção de textos. Portanto, todo discurso é uma construção social, não individual, e somente pode ser analisado ao se considerar o seu contexto histórico-social. Assim, podemos afirmar que discurso é o espaço de onde emergem as significações.

A linguagem que usamos define nossos propósitos, expõe nossas crenças e valores, reflete nossa visão de mundo e a do grupo social em que vivemos, e pode, ainda, servir como instrumento de manipulação ideológica. O termo ideologia, usado pela primeira vez por Destutt de Tracy (2012), em 1796, publicado em 1803, no livro *Éléments d'Idéologie*, em Paris, pela editora Courcier, recebeu inúmeras concepções desde então. Os autores que consagraram o termo, sem dúvida, foram Karl Marx e Frederick Engels, em vários momentos. Entretanto, a adoção do conceito de ideologia, neste trabalho, não implica necessariamente a sua utilização como algo que ofusca a verdade e leva a uma falsa consciência em contraste com algo que é considerado verdadeiro e real. A ideologia opera por intermédio da linguagem, que viabiliza a ação social, sendo parcialmente constitutiva daquilo que, nas nossas sociedades, é denominado “a realidade”. Conforme Thompson (1985, p. 95) “/.../ a concepção crítica da ideologia /.../ denota uma preocupação com o modo como os sujeitos se envolvem em processos de transformação, destruição ou reforço das suas relações com os outros e com o real social.

Em sua obra *Ideologia e Cultura Moderna*, Thompson (2011) apresenta as transformações dos conceitos de ideologia propostos por Destutt de Tracy, Lenin, Lukács e Manheim, apresentando ainda, a partir da teoria social crítica, uma classificação própria da Ideologia. O autor, portanto, não buscava esgotar o conceito de ideologia, tampouco reabilitar concepção anterior, buscava sim uma formulação

alternativa do conceito de ideologia, como forma de investigação social. Nesse cenário, para Thompson (2011, p. 97):

De fato, em alguns casos, a ideologia pode operar através do ocultamento e do mascaramento das relações sociais, através do obscurecimento ou da falta de interpretação das situações; mas essas são possibilidades contingentes, e não características necessárias da ideologia como tal. Ao tratar o erro e a ilusão como uma possibilidade contingente, ao invés de como uma característica necessária da ideologia, nós podemos aliviar a análise da ideologia de parte do peso epistemológico colocado sobre ela desde Napoleão. Entretanto, enganar-se na análise da ideologia não pressupõe, necessariamente, que os fenômenos caracterizados como ideológicos foram mostrados, ou podem ser vistos como errôneos ou ilusórios.

O Quadro 1, a seguir, reproduz o quadro sinóptico com as explicações dadas pelo próprio autor.

MODOS GERAIS	ALGUMAS ESTRATÉGIAS TÍPICAS DE CONSTRUÇÃO SIMBÓLICA
<b>LEGITIMAÇÃO</b> Relações de dominação são representadas como legítimas.	<i>Racionalização</i> : uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações. <i>Universalização</i> : interesses específicos são apresentados como interesses gerais. <i>Narrativização</i> : exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente.
<b>DISSIMULAÇÃO</b> Relações de dominação são ocultas, negadas ou obscurecidas.	<i>Deslocamento</i> : deslocamento contextual de termos e expressões. <i>Eufemização</i> : valorização positiva de instituições, ações ou relações. <i>Tropo</i> : sinédoque, metonímia, metáfora.
<b>UNIFICAÇÃO</b> Construção simbólica de identidade coletiva.	<i>Estandartização</i> : um referencial padrão proposto como fundamento partilhado. <i>Simbolização da unidade</i> : construção de símbolos de unidade e identificação coletiva.
<b>FRAGMENTAÇÃO</b> Segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante.	<i>Diferenciação</i> : ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo. <i>Expurgo do outro</i> : construção simbólica de um inimigo.
<b>REIFICAÇÃO</b> <sup>9</sup> Retração de uma situação transitória como permanente e natural.	<i>Naturalização</i> : criação social e histórica tratada como acontecimento natural. <i>Eternalização</i> : fenômenos sócio-históricos como permanentes. <i>Nominalização/passivação</i> : concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros.

<sup>9</sup> Do latim “res, rei” coisa, matéria, remete ao processo histórico das sociedades capitalistas que transformam a subjetividade humana em objetos inorgânicos, perdendo autonomia e autoconsciência.

	com apagamento de atores e ações.
--	-----------------------------------

Quadro 1: Modos de operação da ideologia (Compilado de Thompson, 2011, p. 81).

Logo, os modos de Operação da Ideologia propostos por Thompson, servem para desmascarar as dinâmicas de dominação (SANCHEZ, 2014, p. 117) presentes na atuação escrita das autoridades, buscando o convencimento e a efetivação de sua autoridade.

Nessa toada, segue-se o entendimento Norman Fairclough (2001), para quem os modos de Operação da Ideologia propostos por Thompson, vinculados ao discurso, constituem formas de imposição do poder, uma luta para remodelar as práticas discursivas e as ideologias nelas construídas no contexto da reestruturação ou da transformação das relações de dominação.

Foi visto acima um pouco sobre o combate ao trabalho escravo e o Poder Legislativo brasileiro, seus avanços e retrocessos, sendo o Projeto de Lei 3842/2013 o mais recente exemplo do posicionamento do legislativo, leia-se, Câmara dos Deputados, sobre a condução do crime de redução a condição análoga à de escravo.

Na fundamentação do Projeto de Lei, o Deputado Moreira Mendes argumenta que a Lei 10.803/2003, ao incluir como modalidades de trabalho escravo o “trabalho degradante” e a “jornada exaustiva”, apresentou elementos ditos “*altamente indeterminados*”, embora silencie sobre o aumento de fiscalização e libertação de trabalhadores mantidos em escravidão contemporânea, a partir da edição da Lei n. 10.803, de 11.12.2003.

Assim, partindo dos conceitos vistos neste tópico, relativos à Ideologia representada no discurso, e o estudo sobre as evoluções conceituais sobre o trabalho escravo contemporâneo, se fará a seguir a Análise Crítica do Discurso Jurídico sobre o Projeto de Lei 3842/2012, a partir dos modos de operação da Ideologia propostos por Thompson.

### 3 ACDJ DO PROJETO DE LEI 3842/12

O documento jurídico/legislativo – Projeto de Lei 3.842/12, de autoria do Deputado Moreira Mendes – possui três artigos, com parágrafos e incisos, redigido e submetido à Câmara dos Deputados. Atualmente está em trâmite na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, com última movimentação datada em 20/04/2015.

- 
1. Art. 1º Para fins desta Lei, a expressão “condição análoga à de escravo,
  2. trabalho forçado ou obrigatório” compreenderá todo trabalho ou serviço exigido
  3. de uma pessoa sob ameaça, coação ou violência, restringindo sua locomoção
  4. e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.
  5. § 1º A expressão “condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou
  6. obrigatório” não compreenderá, para os fins desta Lei:
  7. a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar

8. obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar;
  9. b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns;
  10. c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de decisão judicial;
  11. d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja,
  12. em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como
  13. incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou
  14. epizooticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em
  15. qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar
  16. de toda ou parte da população;
  17. e) serviços comunitários que, por serem executados por membros da
  18. comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como
  19. obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou
  20. seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com
  21. referência à necessidade desses serviços;
  22. f) trabalho voluntário de qualquer natureza.
- 

Fragmento 01

Assim, neste primeiro fragmento, as linhas 01 a 03, apresentam o modo de operação da ideologia apresentado como legitimação, que podem ser determinados, pelos fundamentos racionais, que fazem apelo à legalidade de regras dadas (THOMPSON, 2011). Além disso, ainda nessa primeira parte desse fragmento, é identificada a estratégia discursiva de racionalização, pois a construção simbólica busca delimitar e justificar o conceito de trabalho escravo proposto.

Esse projeto de lei, que tramita no Congresso Nacional brasileiro, pretende retirar as expressões “jornada exaustiva” e “condição degradante” da descrição contida no tipo penal do art. 149 do Código Penal brasileiro e introduzir a expressão “condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório” (linhas 5 e 6), também desse primeiro fragmento. Observa-se o modo de operação da ideologia da *dissimulação*, através da estratégia do *deslocamento* que consiste em “um termo costumeiramente usado para se referir a um determinado objeto ou pessoa é usado para se referir a um outro, e com isso as conotações positivas ou negativas do termo são transferidas para o outro objeto ou pessoa” (THOMPSON, 2011). Ao substituir as expressões “jornada exaustiva” e “condição degradante” pela oração das linhas 5 e 6, o projeto de lei busca minimizar as conotações negativas das expressões e transferir o campo semântico para a nova construção.

Entretanto, ao invés de explicitar em que consiste “condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório” (linhas 5 e 6), o legislador usa a expressão “*não compreenderá*”, deixando de apontar os elementos que caracterizam o trabalho escravo, levando os cidadãos a entenderem o que não é trabalho escravo, quando se deveria conceituá-lo já nesse primeiro momento. Para Ferraz Jr. (2003, p. 223), o sistema normativo não se esgota na legislação, o que decorre do fato de esta, conforme realça o autor, apresentar contradições internas e lacunas, provenientes de sua impossibilidade de cobrir “o universo dos comportamentos”. Mas a escolha lexical ou operador linguístico que modaliza a asserção do enunciado carece que os artigos de lei *preceptivos* expressem uma obrigatoriedade, as *proibitivas*, expressem uma proibição, e as *permissivas*, expressem uma permissão. O que não ocorre no caso acima, a expressão “*não compreenderá*” do Projeto de Lei 3.842/12 não

explicita a natureza da lei se *preceptiva*, *proibitiva* ou *permissiva*, apenas informa o que a lei não é.

Nas linhas de 07 a 11 e 22, utilizam para caracterizar as atividades que não constituem hipóteses de trabalho escravo, no início de cada frase a palavra qualquer, e na linha 22, a mesma palavra, só que de forma deslocada. Ora, vejamos que aqui se busca uma reificação, ou seja, um momentâneo esquecimento do caráter sócio-histórico dos fenômenos que constituem o trabalho escravo, em detrimento de outros fatos.

Da linha 11 à 21, o Projeto de Lei concentra na palavra “qualquer” uma lista de atividades que “não” configuram o trabalho escravo. A estratégia de construção simbólica aqui utilizada é a “unificação” pela estratégia de *estandardização* que cria um referencial padrão proposto como fundamento partilhado. Só que o campo semântico do pronome indefinido<sup>10</sup> “qualquer” – como referencial padrão para que o “não” é trabalho escravo – remete a um “algo” de entre muitos sem escolher, sendo “seja qual for”. Essa construção textual de uma lei corre o risco de gerar uma “lei abstrata” ou uma enorme lacuna.

- 
23. Art. 2º O artigo 149 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar
  24. com a seguinte redação
  25. Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou
  26. obrigatório, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou obrigatórios mediante ameaça,
  27. coação ou violência, quer restringindo a sua locomoção em razão de dívida contraída com
  28. o empregador:
  29. Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à
  30. violência.
  31. § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
  32. I – dolosamente cerceia o uso de qualquer meio de transporte ao trabalhador,
  33. com o fim de retê-lo no local de trabalho;
  34. II – mantém vigilância ostensiva, com comprovado fim de reter o trabalhador no local de
  35. trabalho.
- 

Fragmento 02

Já a linha 23 do fragmento 02, ao determinar a nova leitura do artigo 149 do Código Penal brasileiro, valendo-se do modo de operação da Ideologia da universalização, não informa que o artigo 149 do Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, teve sua redação alterada no ano de 2003, pela Lei 10.803, estando atualmente em vigor, tratando como forma de conceituação do crime de reduzir alguém a condição de trabalho análoga à de escravo, a jornada exaustiva, a condição degradante, o trabalho forçado e o trabalho por dívidas.

Utilizou da *universalização*, um modo de operação da ideologia, pela *Legitimação*, empregado quando interesses específicos são apresentados como interesses gerais e comuns, pois tratou a nova leitura do artigo 149 do Código Penal,

---

<sup>10</sup> “qualquer”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/qualquer>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

proposta, como se fosse única desde a promulgação do artigo no início da vigência do Código Penal (1940), omitindo o fato de que, em 2003, o artigo foi modificado, trazendo novos elementos ao crime de redução a condição análoga à de escravo.

Por outro lado, as linhas 25 a 32, esclarecem como será operada a pena pelo Crime de Trabalho Escravo Contemporâneo, a partir da racionalização, que constitui em cadeia de raciocínio criada para fundamentar condutas que a elas são vinculadas e dependem entre si.

Ademais, não se justificou que as hipóteses atualmente vigentes no artigo 149 do Código Penal, “trabalho em condição degradante” e “jornada exaustiva” estariam excluídas da Proposta de Lei, o que configura uma insegurança jurídica aos cidadãos, sobretudo junto aos Atores engajados no combate ao trabalho escravo, em face dos avanços já demonstrados, com a utilização desses conceitos, por parte dos Grupos Móveis de Fiscalização.

Além do mais, em suas fundamentações do Projeto de Lei, o Deputado Federal Moreira Mendes alega que a atual redação do artigo 149 do Código Penal apresenta termos “altamente indeterminados”, mas na verdade só retirou as hipóteses de “condição degradante” e “jornada exaustiva”, e não apresentou qualquer conceito para as hipóteses de “*trabalho forçado*” e “*trabalho por servidão*”, permitindo inferir-se que o objetivo é de reduzir direitos sob interesses próprios (quiza partidários), em detrimento de tornar a legislação mais objetiva e direta.

---

36. Art. 3º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

---

Fragmento 3

O terceiro fragmento, visto acima, é meramente formal, escrito como pressuposto temporal legislativo, para determinar o marco inicial do projeto de lei e para trazer segurança jurídica aos Magistrados, no atuar de aplicar a lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos, neste estudo, os modos de operação da Ideologia, propostos por Thompson, na superfície textual do Projeto de Lei 3842/2012, de autoria do Deputado Federal Moreira Mendes, a partir da Análise Crítica do Discurso Jurídico dessa proposta legislativa.

Observa-se, como a proposta de lei parece romper todos os avanços já alcançados no combate ao trabalho escravo contemporâneo, sobretudo após a inclusão das modalidades de “trabalho em condição degradante” e “trabalho em jornada exaustiva”, ao tipo legal que estabelece o crime de trabalho escravo. Esse projeto analisado deixa transparecer, na superfície textual, pistas de elementos ideológicos que omitem o que efetivamente caracteriza o que é o “trabalho escravo”, ao contrário, esforça-se em dizer o que não é sob o manto indeterminado do pronome “qualquer”.

Ora, sabe-se que a partir da Constituição da República de 1988, o objetivo maior da nação é proteger a dignidade humana, fornecendo elementos que possibilitem seu desenvolvimento e emancipação. Logo, permitir o andamento, quiçá o acolhimento do Projeto de Lei ora analisado, pelo Congresso Nacional, evidencia que não fora analisado todo o contexto histórico, legislativo e judicial, quanto ao combate do trabalho escravo contemporâneo.

Se a proposta legislativa for concretizada, o sistema de justiça perderá o modo de execução mais comum de ocorrência da escravidão contemporânea, que é a condição degradante de trabalho. Ao esvaziar o conceito que mais justifica a condição análoga à de escravo, inócuas serão as fiscalizações e as ações penais futuramente distribuídas, já que faltará amparo legislativo.

Portanto, em resposta à pergunta de partida: “sem o resgate do contexto, é possível ao Congresso Nacional criar um tipo penal que tutele tanto a liberdade quanto a dignidade do trabalhador?” Confirmamos a hipótese de que a elaboração de leis abstratas sem a aproximação do contexto social promovem um ocultamento ideológico que forja a ideia de que a linguagem é neutra e produzida num vácuo social. Vimos, ao contrário, que as escolhas lexicais sonegam direitos aos trabalhadores.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Shirley Silveira. *A formação da consciência do trabalhador rural escravizado: reflexos sobre as potencialidades dos processos formativos desenvolvidos pela Comissão pastoral da terra no Tocantins*. Brasília, 2015. (Tese Doutorado – Universidade de Brasília, 2015).

BRASIL. *LEI 10.803 de 11 de dezembro de 2013*. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10803-11-dezembro-2003-497431-norma-pl.html>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *PL nº. 3842/2012*. Autor: Deputado Moreira Mendes (PSD/RO). Dispõe sobre o conceito de Trabalho análogo ao de Escravo. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=990429&filename=PL+3842/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=990429&filename=PL+3842/2012)>. Acesso em: 2 fev. 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho escravo no Brasil em retrospectiva: Referências para estudos e pesquisas*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/10298077/TRABALHO\\_ESCRAVO\\_NO\\_BRASIL\\_EM\\_RETROSPECTIVA\\_REFER%C3%80NCIAS\\_PARA\\_ESTUDOS\\_E\\_PESQUISAS\\_Trabalho\\_Escravo\\_no\\_Brasil\\_em\\_Retrospectiva\\_Refer%C3%A0ncias\\_para\\_estudos\\_e\\_pesquisas](https://www.academia.edu/10298077/TRABALHO_ESCRAVO_NO_BRASIL_EM_RETROSPECTIVA_REFER%C3%80NCIAS_PARA_ESTUDOS_E_PESQUISAS_Trabalho_Escravo_no_Brasil_em_Retrospectiva_Refer%C3%A0ncias_para_estudos_e_pesquisas)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. *Portaria Interministerial MTE/SDH nº. 2, de 12 de maio de 2011*. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MPE nº. 540, de 19 de outubro de 2004. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/fisca\\_trab/leg\\_portarias\\_2004.asp](http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/leg_portarias_2004.asp)>. Acesso em: 02 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº. 265, de 06 de junho de 2002*. Estabelece normas para a atuação dos Grupos Especiais de Fiscalização Móvel - GEFM e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=183918>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº. 1129, de 13 de outubro de 2017*. Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 2-C da Lei nº 7998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da PI MTPS/MMIRDH nº 4, de 11 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=351466>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. *Instrução normativa nº. 91, de 05 de outubro 2011*. Dispõe sobre a fiscalização para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo e dá outras providências. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D32DC09BB0132DFD134F77441/in\\_20111005\\_91.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D32DC09BB0132DFD134F77441/in_20111005_91.pdf)>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CHOULIARAKI, L. Media discourse and the public sphere. *D.E.L.T.A.* 21 (especial), São Paulo, EDUC, 2005. p. 45-72.

COLARES, Virgínia. *Anistia Constitucional: a escolha da base jurídica como estratégia para dizer “não”*. Congresso Nacional do CONPEDI, 20, 2011, Vitória-ES. Anais. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

COSTA, Flora Oliveira da. *O amargo doce do açúcar: análise crítica do trabalho escravo a partir das ações judiciais penais distribuídas em Pernambuco entre os anos de 2009 a 2015*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

DESTUTT de TRACY. *Éléments d'idéologie: l'idéologie proprement dite*. Vol. I. Paris: Vrin, 2012.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: Ed. UNB, 2001.

\_\_\_\_\_. *Critical discourse analysis*. London: Longman, 1995.

\_\_\_\_\_. *Analysing discourse: textual analysis for social research*. London/New York: Routledge, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HARVEY, D. *Justice, nature and the geography of difference*. Oxford: Blackwell, 1996.

JACOB, Valena. *O trabalho análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª Região*. Belo Horizonte: RTM, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições análogas à de escravo. *Revista do Superior Tribunal do Trabalho*. Brasília, ano 71, n. 2, maio/ago., 2005.

MAGALHÃES, Celia Maria. *Reflexões sobre a análise crítica do discurso*. Célia Maria Magalhães (Org). Belo Horizonte. Faculdade de Letras: UFMG, 2001.

MEURER. José Luiz; MOTTA-ROTH, Désirée (orgs). *Gêneros textuais: e práticas discursivas*. Subsídios para o ensino da linguagem. Bauru: EDUSC, 2002.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Orgs.). *Parâmetros de Textualização*. Santa Maria: EDUFMS, 1997.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Orgs.). *Gêneros: teorias, métodos, debates*. São Paulo: Parábola, 2005.

MEURER. José Luiz. O conhecimento de gêneros textuais e a formação do profissional da linguagem. In: FORTKAMP, M.B.M.; TOMICH, L.M.B. (org.) *Aspectos da linguística aplicada: estudos em homenagem ao Prof. Hilário Inácio Bohn*. Florianópolis: Insular, 2000. p. 149-166.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As regras do jogo*. Uma breve introdução às normas internacionais do trabalho. Edição do Gabinete para a Cooperação do Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social de Portugal. 3 ed. Fev. 2007.

PEDRO, Emília Ribeiro (Org.). *Análise crítica do discurso: uma perspectiva Sociopolítica e Funcional*. Lisboa: Caminho, 1998.

RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SAKAMOTO, Leonardo (Coordenação de estudos). *Trabalho escravo no Brasil do Século XXI*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº. 432 de 2013*. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

Recebido em 09.04.2018

Aceito em 20.07.2018



## PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA: PRINCÍPIOS DECORRENTES DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

### *PRINCIPLES OF THE SOCIAL FUNCTION AND THE PRESERVATION OF THE COMPANY: PRINCIPLES ARISING OUT OF THE CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER*

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr<sup>I</sup>  
Marcelo de Souza Sampaio<sup>II</sup>  
Leonardo Sanches Ferreira<sup>III</sup>

<sup>I</sup> Centro Universitário  
Curitiba (UNICURITIBA),  
Programa de Pós-Graduação  
Direito Empresarial e  
Cidadania, Curitiba, PR,  
Brasil. (Doutora em Direito).

<sup>II</sup> Centro Universitário de  
Maringá (UNICESUMAR),  
Maringá, PR, Brasil. (Mestre  
em Direito).

<sup>III</sup> Centro Universitário  
Curitiba (UNICURITIBA),  
Curitiba, PR, Brasil.  
(Mestrando em Direito).

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 A ordem econômica constitucional brasileira. 1.1 Os princípios no ordenamento jurídico. 1.2 Princípios norteadores da ordem econômica constitucional. 2 Princípio da função social empresarial e da preservação da empresa. 2.1 Princípio da função social da empresa. 2.2 Princípio da preservação da empresa. 3 Princípios da função social e da preservação da empresa enquanto princípios decorrentes da ordem econômica constitucional. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar em que medida o princípio da preservação da empresa, decorrente do princípio da função social empresarial, deve ser entendido como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira. Para tanto, a pesquisa iniciará pelo estudo do papel dos princípios norteadores da ordem econômica constitucional. A apresentação pormenorizada de cada um dos princípios é realizada para que a compreensão acerca da posição dos princípios objetos de estudo do presente trabalho reste clara. Analisa-se, então, o princípio da função social empresarial e o princípio da preservação da empresa, com enfoque ao protagonismo social exercido pela empresa privada no campo econômico, bem como a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências e Recuperação Judicial), que traz expressamente a preservação da empresa como um finalidade a ser alcançada, aliado à função social empresarial. Por fim, demonstra-se em que medida a empresa é instrumento necessário para a própria manutenção do Estado, enquanto elemento indispensável à organização social. Adota-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, embasando-se em obras e textos que versam sobre o tema, além da análise jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Princípios. Fundamentos econômicos. Função social da empresa. Princípio da preservação da empresa.

**Abstract:** This paper aims at analyzing the extent to which the principle of the preservation of the company, derived from the principle of corporate social function, should be understood as one of the foundations of the Brazilian economic order. To do so, the research will begin by studying the role of the guiding principles of the constitutional economic order. The detailed presentation of each of the

principles is performed so that the understanding about the position of the principles objects of study of the present work remains clear. The principle of corporate social function and the principle of company preservation, with a focus on the social protagonism exercised by private enterprise in the economic field, as well as Law no. 11.101, of February 9, 2005, (Law of Bankruptcy and Judicial Recovery), which expressly brings the preservation of the company as a purpose to be achieved, allied to the corporate social function. Finally, it shows to what extent the company is necessary instrument for the own maintenance of the State, as an indispensable element to the social organization. It adopts the methodology of bibliographical research, based on works and texts that deal with the subject, besides the jurisprudential analysis.

**Keywords:** Principles. Economic fundamentals. Social function of the company. Principle of company preservation.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A reflexão acerca do papel atribuído ao homem em sociedade ultrapassa as barreiras sociais, econômicas e culturais, constituindo questionamento presente nas mais diversas civilizações reconhecidas e estudadas ao longo da história. Platão e Aristóteles na filosofia antiga, Agostinho de Hipona e Justiniano na filosofia medieval, John Locke e Barão de Montesquieu na filosofia moderna, Karl Raymund Popper e Nicolai Hartmann na filosofia contemporânea, dentre tantos outros estudiosos, dedicaram suas vidas e obras pela busca da compreensão do homem e sua relação com seu meio. Chama atenção o fato de que tal questionamento continua em aberto, não havendo resolução simples ou completa que satisfaça aqueles que a enfatizam.

No entanto, tal questionamento, alterado um de seus objetos, qual seja a substituição do homem pela empresa, resultou, ao longo de muito tempo, na formulação de uma resposta simplista, a de que a razão de existir de uma empresa limita-se à sua busca pela obtenção de lucro. Tal entendimento fundamentou a criação de teorias liberais acerca da abstenção total do Estado em matérias da vida privada dos cidadãos, delegando ao mercado sua autorregulação.

A história demonstra que a negativa de atuação do Estado frente à regulamentação econômica privada, principalmente após a Revolução Industrial, resultou no crescimento da indústria e expansão do mercado, bem como no enriquecimento de parcela da população e consequentemente do Estado. Ocorre que, em contrapartida, vislumbrou-se, nesse período, a violação de diversos direitos reconhecidos *a posteriori* como direitos fundamentais, a exemplo a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho.

Nesse contexto, o Estado viu-se na necessidade de estabelecer parâmetros mínimos para a atuação dos agentes econômicos, exigindo, dentre outros elementos, que as empresas respeitassem normas relacionadas à segurança e higiene do trabalhador, limites de jornada, exploração do meio ambiente terrestre, aquático e aéreo.

No século XX, a empresa passa a ser vista como um elemento essencial do Estado do direito que se pauta na livre iniciativa e no valor social do trabalho, sendo responsável pela criação e circulação de bens e produtos, pela geração de empregos e pelo recolhimento de tributos, necessários ao custeio das despesas criadas pelo Estado e pela estrutura necessária à existência dele.

Dessa forma, atesta-se que a empresa exerce, além de todas as obrigações legalmente previstas, função social. Este termo gera grande debate na doutrina, contrapondo-se a teorias ampliativas e restritivas quanto ao que se entende como seu conteúdo normativo e social. Contudo, independentemente da teoria que se adote, inegável a relevância da empresa no cenário econômico, social e político no país.

Compete, então, ao Estado a regulamentação da atividade econômica, das garantias e dos limites incidentes ao exercício empresarial, bem como as medidas em que a empresa pode socorrer-se em caso de necessidade. Significa dizer que o ordenamento jurídico não se limita a impor comportamentos prestacionais às empresas com relação a seus pares e colaboradores, mas que também deve garantir meios para que o ente empresarial consiga perpetuar sua atividade, ante sua necessária existência. A esse conjunto de medidas protetivas à atividade empresarial denominou-se princípio da preservação da empresa.

A Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, e prevê em seu artigo 47, caput, o princípio da preservação da empresa, o qual não possui aplicabilidade limitada à matéria prevista no referido diploma legal, vez que encontra suas bases na principiologia constitucional, em especial no princípio da função social da empresa.

Dessa forma, o presente trabalho analisa em que medida o princípio da preservação da empresa, decorrente do princípio da função social empresarial, deve ser entendido como um dos fundamentos econômicos do direito. Adota-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, embasando-se em obras e textos que versam sobre o tema, além da análise jurisprudencial, quando da análise da aplicabilidade do princípio da preservação da empresa.

## **1 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, CF/88). Para tanto, elenca como princípios norteadores da ordem econômica a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170, I a IX, CF/88). (BRASIL, 1988).

Em que pese amplamente conhecida a dicção do referido artigo e de seus incisos, revela-se necessário o contínuo debate acerca do conteúdo normativo de cada uma dessas expressões para a compreensão sobre qual o papel do Estado perante a economia, ante a adoção de medidas interventivas ou abstensivas.

Vital Moreira leciona que a expressão ordem econômica pode apresentar três distintos sentidos. O primeiro sentido apresentado pelo referido autor corresponde “ao modo de ser empírico de uma determinada economia concreta”, ou seja, “o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais”. O segundo sentido apontado designa o conjunto de todas as normas que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, qualquer que seja a natureza. “É o sistema normativo da ação econômica”. Por fim, o terceiro sentido diz respeito à ordem jurídica da economia, este que serve de aparato para a construção do debate jurídico acerca da função e da posição da ordem econômica constitucional na realidade brasileira (MOREIRA, 1973, p. 67-71).

Assim, ordem econômica passa a ser compreendida como uma parcela da ordem jurídica, que compreende uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social (GRAU, 2015, p. 59). Vislumbra-se, dessa maneira, que a ordem econômica constitucional ultrapassa, em muito, as barreiras da regulação da economia, enquanto campo do conhecimento autônomo e independente. Trata-se da criação de ditames e parâmetros de atuação direcionados aos particulares e aos entes públicos, reconhecida a legitimidade destes em atuar direta e indiretamente na economia.

Torna-se, então, necessária a compreensão acerca dos princípios norteadores da atividade econômica para que se determine em que medida o princípio da preservação da empresa serve como fundamento da ordem econômica constitucional brasileira.

## **1.1 Os princípios no ordenamento jurídico**

A coesão do ordenamento jurídico encontra nos princípios que o fundamentam o crivo necessário para a análise de situações não previstas de forma clara em lei ou atos normativos, ou ainda como instrumento para o reconhecimento da ilegalidade deles. Conforme leciona Miguel Reale:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (2003, p. 37).

Nesse sentido, os princípios auxiliam na composição do ordenamento jurídico “possibilitando a adoção de princípios gerais de direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico” (DINIZ, 2003, p. 456). Resulta a visão de que os princípios possuem diversas funções dentro do ordenamento, dentre as quais se destacam as funções diretiva, integrativa, fundamentadora, interpretativa, supletiva e limitativa, dentre outras. O referido rol de funções não é dotado de taxatividade, tampouco desconsidera classificações distintas realizadas pela doutrina.

A função diretiva diz respeito ao papel direcionador dos princípios quanto aos objetivos a serem perseguidos pelo ordenamento, pelo Estado e pelos particulares. Trata-se da capacidade de determinação de fins econômicos, sociais, políticos, culturais ou de qualquer outra espécie contidos nos princípios.

A função integrativa, por sua vez, traz a ideia de unidade e coesão do sistema jurídico, fazendo com que normas previstas em regramentos esparsos possuam coerência perante o ordenamento. No que tange à função fundamentadora dos princípios, tem-se que estes servem como substrato material para a construção do ordenamento, além de constituírem fonte primária do direito.

Já a função interpretativa relaciona-se com a atividade realizada por juristas na busca pela concretização do conteúdo normativo presente na lei, nos atos normativos e nas demais fontes do direito, a partir dos princípios que atuam como balizadores do ato de interpretação e posterior aplicação. Com relação à função supletiva dos princípios, tem-se que estes, ante a incapacidade legislativa de prever todas as situações de fato e de direito que carecem de proteção jurídica, devem ser utilizados como suplementos às lacunas existentes no ordenamento.

Por fim, a função limitativa refere-se às barreiras impostas pelos princípios a todo o ordenamento jurídico, “os princípios fixam os parâmetros materiais do pensar e do agir jurídicos. Ao servirem de substrato valorativo, delimitam os limites dentro dos quais se podem movimentar as expressões deônticas” (SANTOS, 2013, p. 35).

Contudo, verifica-se que a principiologia constitucional exerce papel determinante perante o ordenamento jurídico e perante o direito. Nesse passo, analisam-se os princípios elencados na ordem econômica constitucional brasileira.

## **1.2 Princípios norteadores da ordem econômica constitucional**

A ordem econômica constitucional brasileira pauta-se na conjugação entre dois princípios aparentemente antagônicos, ante a necessária atuação de Estado na promoção da valorização do trabalho e sua presumida abstenção para o exercício da livre iniciativa.

O legislador, ao reconhecer a relação intrínseca existente entre direito e economia na persecução dos objetivos sociais, elevou os princípios do valor social

do trabalho a da livre iniciativa ao patamar de fundamentos da República (art. 1º, IV, CF/88), o que demonstra que a ordem econômica funda-se na atuação espontânea do mercado e na valorização do trabalho (BARROSO, 2001, p. 205). Nas palavras J. J. Gomes Canotilho, estes configuram princípios políticos constitucionalmente conformadores (2006, p. 201).

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 elenca em seus incisos nove princípios que norteiam a ordem econômica constitucional e servem como aparato para o exercício da atividade econômica, com vistas ao atingimento dos objetivos traçados pela República, estabelecidos no artigo 3º do texto constitucional.

O primeiro princípio apresentado é o da soberania nacional, que configura “norma de eficácia plena, de aplicabilidade direta, imediata e integral, pois desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 produz, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais” (SILVA, 1996, p. 143) e constitui um dos elementos necessários ao reconhecimento do Estado como ente soberano em seu território.

Em seguida é elencado o princípio da propriedade privada, o que demonstra a opção do constituinte em reconhecer que a ordem econômica brasileira pauta-se no sistema capitalista de produção, reconhecendo a proteção à propriedade privada, ainda que ela não configure direito irrestrito ou ilimitado. Cita-se, a título de exemplo, o parágrafo primeiro do artigo 1.228 do Código Civil,<sup>1</sup> que condiciona o direito de propriedade e determina que seu exercício está condicionado à consonância com suas finalidades econômicas e sociais (BRASIL, 2002).

O princípio da livre concorrência vincula-se ao princípio da livre iniciativa, sendo que, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, “a livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa” (2002, p. 807). Trata da garantia que os particulares possuem para que o Estado não promova intervenções ilegais na economia, tampouco limite de maneira abusiva à concorrência no mercado, conforme artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988.<sup>2</sup>

A defesa do consumidor no ordenamento brasileiro supera o campo da principiologia constitucional, revestindo-se de legislação específica, qual seja o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e

---

<sup>1</sup> BRASIL, Código Civil. 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.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

<sup>2</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º – lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias” (BRASIL, 1990).

À defesa e proteção do meio ambiente foi destinado capítulo específico no texto constitucional e determina, em seu artigo 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988), competindo a toda a coletividade e ao Poder Público a defesa e proteção para as futuras gerações.

O princípio da redução das desigualdades regionais e sociais coaduna-se com o objetivo da República, expresso no inciso III do artigo 3º da Constituição Federal, qual seja erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988). O referido princípio também é visualizado a partir da dicção do artigo 174, parágrafo primeiro, também da Constituição, que estabelece a competência da lei em estabelecer “as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (BRASIL, 1988).

A busca do pleno emprego pauta-se na construção de uma sociedade economicamente ativa, em que trabalhadores sejam tratados de forma digna, deixando claro que o posicionamento adotado pelo Estado brasileiro é o da valorização social do trabalho como fundamento da República. Não versa apenas sobre dados quantitativos em índices de emprego, mas que estes sejam vivenciados pela população de forma a emancipá-las e proporcionar o desenvolvimento social.

Quanto ao princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, tem-se no artigo 179 da Constituição Federal que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado”. Tais medidas visam incentivar a atividade empresarial “pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei” (BRASIL, 1988). O legislador infraconstitucional também dedicou legislação específica a este princípio através da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual estabeleceu o "Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte" (BRASIL, 2006).

Ao princípio da função social da propriedade destina-se capítulo específico no presente trabalho, ante sua relevância para a persecução do objetivo delimitado para a pesquisa.

## **2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL EMPRESARIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 170, inciso III, a função social da propriedade como um dos princípios norteadores da ordem econômica constitucional. Significa dizer que a propriedade, prevista e protegida

constitucionalmente, não constitui um fim em si mesmo, cabendo a instrumentalização da propriedade para que esta alcance um fim social e coletivo.

A ideia de função social contempla uma atividade por parte do proprietário tendente a concretizar, na realidade social e histórica, determinado objetivo homogeneizador, integrado à ordem jurídica, que qualifica o modo de apropriação de bens, notadamente, de bens de produção. A função social, todavia, é mais ampla que a função econômica. A funcionalização inscreve na concretude das relações sociais e de produção uma dinâmica que busca realizar objetivos de justiça social (OLIVEIRA, 2006, p. 243-244).

“Usa-se o termo função, na análise institucional do direito, para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou o valor em razão do qual existe, segundo a lei esse conceito estruturado de normas” (TEIZEN JUNIOR, 2004, p. 130). Nas palavras de Luiz Edson Fachin, “a expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade [...] e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção de reação anti-individualista” (1988, p. 19).

Nesse sentido, a pesquisa destina-se a compreender os desdobramentos decorrentes do princípio da função social da propriedade, especificamente nos princípios da função social empresarial e da preservação da empresa.

## 2.1 Princípio da função social da empresa

O texto constitucional determina em seu artigo 5º, inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social. Tal previsão possui alcance geral, incidindo diretamente sobre a atividade empresarial. O Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Empresa e estabelece em seu artigo 966 que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, os elementos necessários à atividade empresária são o capital, a mão de obra, insumos e tecnologia.

A empresa pode ser exercida de maneira individual, como caso de empresário individual, de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), regulada pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, ou como microempreendedor individual, conforme Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008; ou de forma coletiva, sendo previstas as modalidades de Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade Limitada, todas com previsão no Código Civil, entre os artigos 1.039 e 1.087, e Sociedade Anônima, que além da previsão dos artigos 1.088 e 1.089 do Código Civil, possui regulamentação específica na Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Caso se trate de sociedade irregular incide a previsão contida dos artigos 986 a 990 do Código Civil.

Ocorre que, independentemente da forma empresarial exercida, seja ela individual ou coletiva, o ordenamento jurídico reconhece que a empresa exerce determinante na sociedade. “A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua” (COELHO, 2012, p. 76), auxiliando o Estado na persecução de seus objetivos.

Conforme leciona Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira, a função social da empresa possui independência da função social da propriedade, “haja vista, que com eventual revogação dos artigos que preveem a função social da propriedade ainda subsistiria a função social da empresa” (2005, p. 4). Revela-se, assim, o determinante papel exercido pela função social da empresa que deixa de ser vista como um mero instrumento para a obtenção de lucro.

“A responsabilidade social da empresa decorre do fato de que a função social lhe é intrínseca no ordenamento jurídico brasileiro” (SELLOS-KNOERR; SILVA, 2013, p. 445). Compete à sociedade e ao Estado o delineamento da função social, tendo a ciência de que tal função não deve ser apenas cobrada daquele que exerce empresa, mas deve o ordenamento jurídico prever meios para que a atividade empresa seja preservada e consiga superar dificuldades momentâneas, como crises passageiras ou endividamentos que podem ser adimplidos a partir da reorganização empresarial.

Cumprir destacar esse aspecto da função social da empresa, a partir do qual todos os envolvidos na relação Estado, empresa e cidadãos assumem responsabilidades perante a necessária manutenção da atividade empresarial para o bem coletivo, econômico e social. Nesse contexto emerge o princípio da preservação da empresa.

## **2.2 Princípio da preservação da empresa**

A adoção de sistema capitalista pressupõe a produção e circulação de bens, cenário em que a empresa assume protagonismo no desenvolvimento e ampliação do mercado e geração de riqueza. Nessa perspectiva, cabe ao ordenamento estabelecer instrumentos para que a atividade empresarial seja exercida de acordo com a principiologia econômica constitucional, bem como possua instrumentos para sua preservação.

A Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, representa a incorporação desses ideais no direito brasileiro e, ao regular a recuperação judicial e a falência positiva, uma vez mais, a função social exercida pela empresa, considerando que sua preservação deve ser efetivada quando possível.

O artigo 47 do referido diploma legal positiva a preservação da empresa ao determinar que a recuperação judicial tem como finalidade “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos

credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (BRASIL, 2005).

“No princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade, em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste” (COELHO, 2007, p. 13).

O Estado, então, “deve incentivar de forma positiva instituições e institutos que cumprem esse papel social”, em que “o princípio da preservação da empresa ganha foco e importância na mudança de visão da atividade empresarial, que deixa de ser contratualista para a proteção de interesses individuais (sócios e controladores) e passa a exercer função institucional, de interesse coletivo” (SELLMANN; SARHAN JUNIOR, 2015, p. 378).

Nelson Nones aponta previsões legais que demonstram a instrumentalização do princípio da preservação da empresa, como na resolução da sociedade em relação a um sócio pelo direito de recesso; na resolução da sociedade pelo decesso do sócio, em que se liquida a quota do *de cuius* a favor dos herdeiros e a sociedade permanece em atividade; na resolução da sociedade pela exclusão de um sócio; e na resolução em relação à sócia-pessoa jurídica ou ao sócio empresário individual. O autor aponta outros instrumentos como a possibilidade de conversão das sociedades empresárias de prazo determinado em prazo indeterminado; a superveniência de sociedade unipessoal pelo prazo de até cento e oitenta dias;<sup>3</sup> e a vedação de concorrência do alienante com o adquirente do estabelecimento comercial por prazo de cinco anos, exceto na existência de cláusula que permita<sup>4</sup> (2008, p. 114-130).

Verifica-se que a legislação pátria preconiza o princípio da preservação da empresa, ainda que por vezes não o apresente de maneira clara, constituindo a Lei de Recuperação Judicial e de Falências um instrumento essencial para que o princípio alcance eficácia através de sua evocação e aplicação pelos tribunais nacionais.

Dessa forma, evidencia-se que o princípio da preservação da empresa conforma-se com os demais princípios da ordem econômica brasileira, sendo necessária a sua ponderação e aplicação nas demais áreas do direito, não apenas no direito empresarial.

### **3 PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA ENQUANTO PRINCÍPIOS DECORRENTES DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**

A construção constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária que se pauta na livre iniciativa e no valor social do trabalho ainda se apresenta como um

---

<sup>3</sup> BRASIL. Código Civil. Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

<sup>4</sup> BRASIL. Código Civil. Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

desafio constante a ser enfrentado pelo Estado, pelos cidadãos e pelo direito. Para tanto, a Constituição Federal cuidou de elencar os princípios norteadores da ordem econômica brasileira, conforme anteriormente apresentado no presente trabalho.

O rol apresentado pelo texto constitucional serve como base para a edificação da criação legislativa e jurídica acerca da relação existente entre o direito e a economia. Nesse escopo, os princípios da função social empresarial e da preservação da empresa superam os limites do direito empresarial enquanto ramo específico do direito, demonstrando sua influência em todas as áreas jurídicas.

A fim de demonstrar a aplicabilidade dos referidos princípios, o Superior Tribunal de Justiça proferiu em decisão o entendimento da corte acerca do papel social e econômico da atividade empresarial:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/1945. IMPONTUALIDADE. DÉBITO DE VALOR ÍNFIMO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. O princípio da preservação da empresa cumpre preceito da norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário, de modo que refoge à noção de razoabilidade a possibilidade de valores inexpressivos provocarem a quebra da sociedade comercial, em detrimento da satisfação de dívida que não ostenta valor compatível com a repercussão socioeconômica da decretação da quebra. 2. A decretação da falência, ainda que o pedido tenha sido formulado sob a sistemática do Decreto-Lei 7.661/45, deve observar o valor mínimo exigido pelo art. 94 da Lei 11.101/2005, privilegiando-se o princípio da preservação da empresa. Precedentes. 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1023172 SP 2008/0012014-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/04/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2012).

Verifica-se, assim, que a construção teórica e legislativa acerca dos princípios da função social empresarial e da preservação da empresa alcança aplicação nos tribunais nacionais, demonstrando que esses não apenas decorrem dos princípios norteadores da ordem econômica, como também fundamentam decisões de significativa relevância social.

Cumprido destacar que os citados princípios não possuem o condão de afastar o débito existente em desfavor da empresa, mas apenas possibilitar que esta encontre meios para continuar exercendo suas atividades e que sua paralisação não cause os danos reflexos ligados ao fechamento de uma empresa. No tocante às crises econômicas, Fábio Ulhoa Coelho destaca:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no desenvolvimento, como para os credores [...]. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para economia local, regional, ou, até mesmo, nacional.

O lucro configura elemento imprescindível para que aquele que exerce empresa continue a concretizar seus objetivos perante o mercado. A busca pelo lucro é permitida e necessária no sistema capitalista de produção, sendo que, na ausência desse, os valores devidos a trabalhadores, colaboradores, fornecedores e até mesmo ao Estado deixam de ser honrados.

A correlação existente entre os fundamentos da República com os princípios ora analisados deixa claro que houve, para o direito, uma mudança na forma de se compreender a finalidade da empresa. Vislumbra-se a conjugação dos princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, da busca do pleno emprego, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente e do tratamento diferenciado para as micros e pequenas empresas, constituídas sob a lei brasileira.

Resta claro que os princípios da função social empresarial e da preservação da empresa consubstanciam os princípios previstos no artigo 170 da Constituição Federal e ganham cada vez mais notoriedade, ante a primordial atenção que carecem as empresas no cenário de crise econômica vivenciada pelo país. Trazer à baila esses princípios significa compreender que a empresa não mais representa os anseios de seus proprietários, mas que configura um elemento crucial para a manutenção do Estado e da paz social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A desconstrução da imagem da empresa como um ente privado que tem como único objeto a obtenção de lucro ainda configura real desafio para a sociedade. O estigma social de exploração traz consigo a memória de momentos históricos em que para a produção de bens e serviços, os empresários beneficiavam-se da inexistência de regras que garantissem dignidade e valorização ao trabalhador.

Ocorre que o olhar para o passado através do ordenamento jurídico demonstra que tanto empresa quanto trabalhadores passaram a exercer funções perante a sociedade anteriormente não vislumbradas. A elevação da livre iniciativa e do valor social do trabalho a fundamentos da República Federativa do Brasil revela que Estado permite e viabiliza a atividade empresarial, no entanto, exige que ela atenda a fins sociais.

As empresas ocupam, cada vez mais, um espaço que era delimitado ao Estado, promovendo o desenvolvimento e a urbanização do local onde se instauram, a educação e profissionalização de seus trabalhadores e colaboradores, o acesso a novas tecnologias e formas de trabalho, dentre tantos outros benefícios.

O reconhecimento constitucional de que a empresa exerce função social deixa nítido o entendimento de que os fins sociais caminham ao lado dos fins econômicos e que a preservação da empresa significa, também, a continuidade do Estado e da estrutura que ele demanda. Ainda há muito que se fazer no campo de conscientização da população e daqueles que exercem empresa quando à

importância da atuação conjunta dos atores Estado, empresa e cidadãos para a edificação de uma sociedade inclusiva e emancipadora.

O presente trabalho teve como objetivo compreender em que medida os princípios da função social empresarial e da preservação da empresa constituem princípios decorrentes da ordem econômica constitucional. Demonstrou-se que a Constituição e as leis infraconstitucionais realizam uma constante conjugação entre os meios pelos quais o Estado estabelece parâmetros para a atuação das empresas, sem que haja interferência abusiva.

Preservar empresas que atendem à sua finalidade social significa preservar o Estado e o direito. O debate acerca dos instrumentos utilizados necessita de constante atualização, a fim de que as inovações sociais sejam perseguidas pelo direito e para que as situações de fato encontrem no ordenamento previsibilidade, segurança jurídica e justiça.

Não se pretendeu neste trabalho tratar de maneira estanque sobre o tema, mas apresentar de que maneira princípios do direito empresarial devem ser utilizados e invocados, ainda que em outros ramos jurídicos. Em que pese a discordância existente sobre pontos específicos da pesquisa, como no que se refere à amplitude da função social da empresa ou em quais casos o princípio da preservação seja ser invocado, resta cediço que o papel da academia é continuar em sua busca pelo aprimoramento do direito, tendo como finalidade maior a justiça social e a defesa do Estado.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispões sobre as *Sociedades por Ações*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Institui a *Lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Institui a *Empresa Individual De Responsabilidade Limitada*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm)>.  
Acesso em: 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o *Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>.  
Acesso em: 14 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça - STJ - REsp: 1023172 SP 2008/0012014-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/04/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

NONES, Nelson. Sobre o Princípio da Preservação da Empresa. *Revista Jurídica – CCJ/FURB*, v. 12, n. 23, p. 114-130, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. Princípios: características e funções. *Boletim Conteúdo Jurídico*, v. 1, p. 1-38, 2013.

SELLMANN, Milena Zampieri; SARHAN JUNIOR, Suhel. Função social da empresa e seu princípio da preservação: importância do fomento da atividade empresária para a geração de postos de trabalho. In: *Direito empresarial Encontro Nacional do CONPEDI/UFS*: Aracaju, SE. Coordenadores: Demetrius Nichele

Macei, Marcelo Benacchio, Maria de Fatima Ribeiro. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SELLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; SILVA, Marcos Alves da.

Responsabilidade social da empresa e subcidadania: Pautas para uma reflexão de índole constitucional. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*. v. 2, n. 31. P. 435-453, 2013. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/611/472>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geral. *A Função social no Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2004.

Autores convidados



## O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL CELEBRADO PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

### *THE PROCEDURAL LEGAL TRANSACTIONS BY THE DISABLED PERSON AND DECISION-MAKING SUPPORTED*

Marcos Ehrhardt Junior<sup>I</sup> 

Bruno Oliveira de Paula Batista<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió, AL, Brasil. Centro Universitário Cesmac (CESMAC), Maceió, AL, Brasil. (Doutor em Direito).

<sup>II</sup> Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, AL, Brasil. (Mestrando em Direito).

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 O estatuto da pessoa com deficiência e a tomada de decisão apoiada. 1.1 A tomada de decisão apoiada e a autonomia da pessoa com deficiência. 2 O negócio jurídico processual. 2.1 Delimitação do conceito de negócio jurídico processual. 3 A possibilidade de realização do negócio jurídico processual por meio da tomada de decisão apoiada. 3.1 Esclarecimentos sobre a capacidade processual. 3.2 O negócio jurídico processual por meio da tomada de decisão apoiada. 3.3 Alguns limites ao negócio processual praticado pela tomada de decisão apoiada. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** As pessoas com deficiência, após a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), passaram a gozar de capacidade jurídica plena. Essa situação alterou também a capacidade processual de tais pessoas, que não mais necessitam de assistência ou representação para atuar em juízo. As pessoas com deficiência podem, se assim desejarem, adotar o procedimento da tomada de decisão apoiada, no qual serão auxiliadas por duas pessoas de sua confiança para a prática de atos patrimoniais. O Código de Processo Civil permite que as partes celebrem negócios jurídicos que digam respeito às suas situações jurídicas ou acerca do procedimento. Neste artigo advoga-se, por meio do estudo das normas que regem o assunto, bem como da literatura acerca do tema, que é perfeitamente possível a celebração desses negócios jurídicos processuais pela pessoa com deficiência, mediante a tomada de decisão apoiada.

**Palavras-chave:** Pessoa com deficiência. Tomada de decisão apoiada. Negócio jurídico processual.

**Abstract:** Disabled people, from de validity of Law 13.146/15 (Disabled People Statute) came to enjoy full legal capacity. Such situation also altered the procedural capacity of such people, who no longer need assistance or representation to act in court. That disabled people can, if they wish, adopt the decision-making process supported, in which they will be assisted by two people of their confidence to practice patrimonial acts. The civil procedure law allows the parties to enter into legal transactions that relate to their legal situations or to the procedure. Therefore, this article aims to analyze, through the study on the norms that are concerned on the theme, as well as the literature about the subject, the possibility of celebrating these procedural legal transactions by the disabled people and assisted by the decision making supported.

**Keywords:** Disabled people. Decision making supported. Procedural legal transactions.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atual Código de Processo Civil (CPC) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em vigor no Brasil desde o ano de 2016, instauraram novos paradigmas em suas respectivas áreas de atuação. De um lado, o novo Código traz um modelo de processo apoiado numa série de garantias fundamentais e processuais que dão o tom e o ritmo para a aplicação e interpretação de suas normas, voltado para um processo fundado num modelo de cooperação entre todos os sujeitos envolvidos. De outro lado, o EPD rompe completamente com o paradigma do deficiente incapaz, permitindo agora que este último seja incluído na sociedade e conferindo-lhe não só a capacidade, mas também promovendo uma série de mudanças para assegurar a autonomia dessa pessoa.

Os dois diplomas mencionados parecem nem sempre dialogar, tornando ainda mais relevante a tarefa do intérprete e aplicador do Direito, de não permitir que os objetos e os valores neles consagrados se tornem apenas mais um conjunto de dispositivos sem nenhuma eficácia social dentro do nosso ordenamento jurídico.

Abordaremos uma novidade trazida por cada um dos mecanismos legais mencionados, ou seja, o negócio jurídico processual, decorrente do princípio do respeito ao autorregramento da vontade, previsto no art. 3º, § 3º, do atual CPC, e a tomada de decisão apoiada, prevista no artigo 1.783-A do atual Código Civil, que foi acrescida pelo artigo 116 do EPD.

Na busca de conciliar os dois mecanismos mencionados, pretendemos analisar se é possível que a pessoa com deficiência, por meio da tomada de decisão apoiada, celebre o negócio jurídico processual. O estudo de temas aparentemente sem relação fez com que tivéssemos de revisitar alguns conceitos tradicionais, tanto do direito material quanto do direito processual, a exemplo da capacidade jurídica, do negócio jurídico e da capacidade processual. Tudo isso só foi possível graças à realização de cortes que serão sempre mencionados no decorrer de todo o trabalho, esclarecendo não só nossa opção metodológica<sup>1</sup> como o marco teórico utilizado para tratar de cada um desses assuntos.

Para o alcance do objetivo mencionado, dividimos o trabalho em três partes. Na primeira, abordaremos a situação da pessoa com deficiência após o advento do EPD. Na segunda, cuidaremos de analisar a figura do negócio jurídico processual, inserido na teoria do fato jurídico. E na última parte trataremos da possibilidade de celebração do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência, pela tomada de decisão apoiada, tentando apontar alguns problemas e soluções que a combinação de tais mecanismos pode fazer surgir.

<sup>1</sup> Quanto à metodologia do trabalho, a pesquisa é proposta na vertente jurídico-dogmática. Será utilizada a técnica bibliográfica, com consulta à legislação e à jurisprudência pátria.

Para evitar uma abordagem meramente descritiva, bastante comum em estudos de figuras novas no direito, tentamos não fugir do tema proposto neste trabalho. Não temos nenhuma pretensão, por óbvio, de lançar qualquer conclusão que se pretenda definitiva ou imune às críticas, mas tão somente fixar algumas bases para a reflexão acerca de um tema que, apenas recentemente, começou a ser tratado por nosso legislador.

## **1 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência fez com que alguns conceitos clássicos do Direito Civil fossem revisitados ou tivessem seu conteúdo alterado, passando por uma verdadeira ressignificação. Tal estatuto é decorrente da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que, por sua vez, reflete o “ideário de inserção dos deficientes nas relações jurídicas, com atuação ativa e manifestação de vontade expressa e reconhecida”, conforme ressaltam Correia Junior e Albuquerque (2016, p. 377). Para a adequada compreensão do problema proposto, é necessário analisarmos o sentido dado aos conceitos de personalidade e capacidade.

É a personalidade o atributo que expressa a possibilidade de alguém ser parte numa relação jurídica, como consequência da condição humana e de poder titularizar direitos e deveres.<sup>2</sup> Em seu aspecto objetivo, a personalidade seria um conjunto de atributos do ser humano que garante a sua integridade e a sua dignidade, conforme afirmado por Menezes e Teixeira (2016, p. 178).

O outro conceito a ser revisitado é o de capacidade que, tradicionalmente, enquanto gênero, sempre foi compreendida através de suas duas espécies: capacidade de fato e capacidade de direito. O Estatuto da Pessoa com Deficiência passou a utilizar os termos capacidade legal ou jurídica, que vinham sendo usados pela doutrina como sinônimos de capacidade de direito, como observado por Menezes e Teixeira (2016, p. 178), e que será doravante empregado também neste trabalho.

A capacidade de direito seria a manifestação dos poderes de ação que são inerentes à personalidade, sendo medida jurídica dessa última. Já a capacidade de fato seria a aptidão que uma pessoa tem para praticar os atos da vida civil e para exercer os direitos previstos no ordenamento jurídico, independentemente de representação ou de assistência. Conforme afirmam Menezes e Teixeira (2016, p. 179-180), a capacidade de fato remete ao discernimento, à higidez psíquica e à capacidade mental de medir as consequências dos atos praticados. O pressuposto da primeira é o nascimento com vida (para as pessoas físicas), e o da segunda é a capacidade de querer e entender.

---

<sup>2</sup> Mendonça (2016, p. 259) afirma que a noção de personalidade vai além da visão estrutural e abstrata que a associa à subjetividade, sendo ela o conjunto de características da pessoa humana que possui tutela privilegiada na ordem constitucional.

Uma das principais inovações do EPD foi retirar a categoria dos deficientes (que sempre foram tidos pela ordem jurídica brasileira como incapazes) desse rol de pessoas sem a capacidade de fato. Assim, o estatuto em questão excluiu a deficiência como critério redutor da capacidade. Correia Junior e Albuquerque (2016, p. 371) asseveram que, independentemente da limitação mental, toda pessoa é um sujeito de direito e, por conseguinte, deve desfrutar da maior dignidade que o direito pode proporcionar.

Tal mudança se fez necessária como medida de inclusão do deficiente na sociedade e como corolário da própria resignificação da noção de capacidade que, tradicionalmente, sempre serviu como proteção para os aspectos patrimoniais do sujeito, sem levar em consideração seus aspectos existenciais. Essa nova visão da capacidade civil decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana, autodeterminação, inclusão social e da cidadania, como observam Nishiyama e Toledo (2016, p. 42).

A noção de capacidade passa a levar em consideração a própria pessoa e não apenas os seus interesses patrimoniais. É por conta dessa restrição ao âmbito patrimonial que Meirelles (2000, p. 97-98) observa que a restrição da ordem jurídica a um aspecto exclusivamente patrimonial faz com que a personalidade civil se distancie cada vez mais da dignidade humana.

Nessa ordem de ideias, a noção de capacidade deve ser revista, deixando-se de lado o sujeito abstrato e valorando-se a pessoa humana concreta, bem como se levando em consideração a possibilidade de autodeterminação, consoante acentuam Menezes e Teixeira (2016, p. 187-188).

A autodeterminação<sup>3</sup> é uma categoria mais ampla que a autonomia privada da vontade, configurando um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, que permite a abertura do homem para o mundo e suas experiências, qualificando o modo de regência humana num plano individual, conforme defendido por Rodrigues Junior (2004, p. 126-127). Tal autodeterminação é decorrência da própria dignidade da pessoa humana, que põe o sujeito com limitações intelectuais ou psíquicas em igualdade com as demais pessoas, no que diz respeito à sua capacidade.

Lôbo (2012, p. 92), ao tratar da autonomia privada, afirma que ela não pode mais ser considerada como um espaço livre e desimpedido, onde os indivíduos podem autorregular seus interesses, mormente quando se está diante de uma parte vulnerável. Para esse autor, em um sentido axiológico, a finalidade da autonomia privada é servir como instrumento à promoção da dignidade da pessoa humana e da

---

<sup>3</sup> É inevitável, ao tratar do tema ora proposto, enfrentar a distinção entre os termos “autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação”, que, ainda hoje, são empregados em sentido equivocado ou, o que é pior, como se fossem sinônimos. Tal enfrentamento foge aos limites do problema aqui proposto e não influencia a conclusão a que chegaremos. Para uma melhor compreensão desta temática, recomendamos a leitura de RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, jul./set., trimestral, 2004. pp. 113-130. ISSN 0034-835x. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496895>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

solidariedade social. É justamente em tal sentido axiológico<sup>4</sup> que o EPD busca preservar a autonomia da pessoa portadora com deficiência.

Daí por que também, em relação à capacidade, é isso que o EPD busca assegurar: igual dignidade a todas as pessoas, com igual reconhecimento de capacidade jurídica, deixando esta última de se concretizar como uma barreira ampliadora da desigualdade e que impede a fruição de direitos existenciais. Conforme acentua Mendonça (2016, p. 263), o EPD busca provocar uma mudança social capaz de assegurar às pessoas com deficiência sua plena inclusão na sociedade através da eliminação das barreiras que impedem o alcance de tal objetivo.

Assim, a capacidade jurídica, frise-se, passa a ser garantida a todos independentemente de sua capacidade mental.<sup>5</sup> Essa última, quando reduzida, ou quando se afigura como obstáculo à tomada de decisões, faz com que surja para o Estado, e a sociedade como um todo, a obrigação de que seja disponibilizada toda uma rede de apoio, que pode ir desde o auxílio informal até a tomada de decisão apoiada ou a curatela.<sup>6</sup>

Por isso, é correto afirmar-se que a mudança de paradigma verificada em relação ao tratamento jurídico dispensado aos portadores de deficiência ocorre pela troca de um modelo protetivo fundado na substituição de vontade – no qual um terceiro era escolhido para gerir e tomar todas as decisões em nome da pessoa com deficiência – para um modelo de apoio, no qual se assegura o respeito à dignidade e à autonomia, aí incluída a liberdade de fazer as próprias escolhas.<sup>7</sup>

---

4 É também nesse sentido que Perlingieri (2002, p. 17-18) defende a autonomia privada, entendendo que ela não se restringe à, nem se identifica apenas com a liberdade econômica da pessoa. É que para o autor, por trás da noção sempre difundida de autonomia privada, está escondido tão somente o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas de relações de força mercantil. Ainda segundo esse autor, as expressões de liberdade em matéria não patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional.

5 Para Mendonça (2016, p. 267-269), tal afirmação não seria correta, pois a incapacidade será concretamente apurada com base na situação global da pessoa, sob pena de que sejam imputadas responsabilidades infundadas às pessoas com deficiência. Entende-se a preocupação da autora. Todavia, a despeito da aparente discordância com o que afirmamos, o que se defende é que a capacidade não seja um elemento de exclusão ou obstáculo ao exercício de direitos de conteúdo não patrimonial.

6 Nesse sentido: INTERDIÇÃO – Sentença que declarou a ré absolutamente incapaz – Insurgência da demandada – Alegação de que apenas os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes e de que é necessária a regulamentação da curadoria – Parcial cabimento – Interditanda que, à luz da nova legislação, é relativamente incapaz, nos termos do art. 4º, III, do CC – Ré que tem retardo mental profundo, sendo incapaz de exprimir a vontade – Demandante que é mãe da demandada, estando apta a exercer a curadoria – Instituto da decisão apoiada que é impertinente ao caso – Prestação de contas na forma do art. 1.781, do CC – Requerida que afigura apenas um benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação 1007676-41.2016.8.26.0577; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 14/2/2018; Data de Registro: 14/2/2018).

7 Ainda são raros os julgados em segunda instância sobre o tema das medidas de apoio após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Recentemente, o TJMG ratificou a excepcionalidade da curatela diante das novas alternativas descritas na legislação após o advento do referido estatuto. Eis a ementa do julgado: “AÇÃO DE INTERDIÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDIÇÃO PROVISÓRIA.

## 12.1 A tomada de decisão apoiada<sup>8</sup> e a autonomia da pessoa com deficiência

Como forma de permitir a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, bem como o exercício da autodeterminação por essa mesma pessoa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou ao trazer um mecanismo denominado “Tomada de Decisão Apoiada” (TDA).

Conforme afirma Requião (2016, p. 43), o mecanismo em questão confere autonomia ao portador de deficiência, permitindo que ele constitua, em torno de si, uma rede de sujeitos de sua confiança, objetivando que tais pessoas prestem auxílio em assuntos de seu interesse. É o oposto da antiga curatela, na qual alguém era escolhido (sem a participação do curatelado) para decidir em nome da pessoa com deficiência e, às vezes, até contra a vontade e os interesses dela. É um terceiro gênero protetivo que auxilia as pessoas com deficiência na prática de atos patrimoniais, garantindo não só a igualdade com as demais pessoas, mas também a efetividade da dignidade e liberdade, segundo as lições de Nishiyama e Toledo (2016, p. 42).

Com a tomada de decisão apoiada, o respeito à autodeterminação da pessoa com deficiência é muito maior, pois além de haver necessidade de iniciativa do próprio apoiado, é este quem escolherá seus apoiadores. Como lembra Requião (2016, p. 43), a pessoa com deficiência possuirá apoiadores “não porque lhe foram designados, mas sim porque assim quis”.

Por ser um tema bastante recente, há uma questão pouco debatida, que importa para os limites do presente trabalho e que, por tal razão, necessita ser enfrentada. Ela diz respeito ao seguinte: com a TDA, a capacidade do apoiado é afetada?

Pelo próprio texto e objetivos do EPD, entende-se que a pessoa apoiada não tem sua capacidade afetada por conta do procedimento da TDA, de maneira que ela não perderá sua capacidade, tampouco terá reduzido tal atributo. Consoante também defendido por Requião (2016, p. 43), ela é apenas um reforço à validade dos negócios jurídicos realizados pela pessoa apoiada.

---

CURATELA. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSENTES REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. No momento de análise sumária, se apresentam parcas as razões e motivações para que seja possível concluir pela necessidade da nomeação de um curador provisório ao interditando, sobretudo ante as alternativas que o recém-vigente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) passou a oferecer, como é o caso, por exemplo, do processo de tomada de decisão apoiada. Ausentes os requisitos essenciais à concessão da antecipação dos efeitos da tutela, na inteligência do artigo 300 do NCPC, a manutenção da decisão é medida que se impõe. Recurso não provido. (TJMG – Agravo de Instrumento – Cv 1.0144.16.004464-6/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 6/3/2018, publicação da súmula em 16/3/2018)”.

8 Como não pretendemos fazer aqui uma abordagem descritiva e procedimental da tomada de decisão apoiada, recomendamos a leitura integral do artigo 1.783-A do Código Civil vigente, que cumpre satisfatoriamente tal objetivo.

Prova do que acaba de ser dito pode ser encontrada no próprio artigo 1.783-A, §§ 4º e 5º<sup>9</sup> do Código Civil vigente, os quais não fornecem espaço para a invalidação de negócio jurídico praticado com base e nos limites do termo de tomada de decisão. A conclusão a que acaba de se chegar influencia diretamente no problema aqui proposto, haja vista poder influenciar na possibilidade ou não de a pessoa portadora de deficiência praticar negócio jurídico processual por meio da TDA. Ora, se a TDA afetasse a capacidade da pessoa apoiada, restringindo tal atributo, certamente a prática do negócio jurídico processual restaria comprometida pela pessoa com deficiência.

Feita a observação acima, pode-se afirmar, conforme defendem Tostes e Aquino (2017, p. 69), que a TDA é mais um reflexo do compromisso que o Estado brasileiro assumiu<sup>10</sup> na ordem internacional, com vistas a proteger a dignidade das pessoas com deficiência. Tal mecanismo é essencial para o exercício da autodeterminação<sup>11</sup> e, por conseguinte, da dignidade, permitindo que a pessoa com deficiência possa exercer suas escolhas individuais, gerindo livremente sua esfera de interesses e orientando sua vida de acordo com as suas preferências, como bem acentua Ribeiro (1999, p. 22).

Como corolário da necessidade de manter a autonomia das pessoas com deficiência, o Estado brasileiro deve garantir o efetivo acesso de tais pessoas à justiça, nas mesmas condições das demais, inclusive por meio de adaptações processuais que sejam adequadas à idade, facilitando o exercício de todas as garantias processuais, quer na condição de participante direto, quer como participante indireto do processo, conforme ressaltam Nishiyama e Toletto (2016, p. 37).

---

9 Art.1.783-A [...] § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. § 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

10 O artigo 32 da convenção assim dispõe: Artigo 32. Cooperação internacional.1.Os Estados Partes reconhecem a importância da cooperação internacional e de sua promoção, em apoio aos esforços nacionais para a consecução do propósito e dos objetivos da presente Convenção e, sob este aspecto, adotarão medidas apropriadas e efetivas entre os Estados e, de maneira adequada, em parceria com organizações internacionais e regionais relevantes e com a sociedade civil e, em particular, com organizações de pessoas com deficiência. Estas medidas poderão incluir, entre outras:

11 Recentemente, o TJSP reconheceu a importância das medidas de apoio como alternativas ao tradicional remédio da curatela: “Apelação cível – Interdição – Sentença de improcedência. Autoras que apontam a nulidade da sentença, pugnano pela realização de nova perícia, em razão do tempo decorrido entre a sua confecção e a prolação do julgado monocrático. Sentença mantida – Perícia que foi complementada alguns meses antes da sentença – Apelada, ademais que, embora tenha sofrido acidente vascular cerebral, está lúcida, com limitação física, somente – Procuração pública ou tomada de decisão apoiada que poderão suprir a ausência da curatela especial. Curatela, ademais, que é excepcional, notadamente após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Recurso improvido. (TJSP; Apelação 1000989-40.2015.8.26.0009; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX – Vila Prudente – 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 21/5/2018; Data de Registro: 21/5/2018)”.

## 2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico, integrando a Teoria Geral do Direito. Isso não significa afirmar, contudo, que seja um conceito estanque, imutável e que não tem seus contornos adaptados ao ramo do Direito a que ele serve. Como ensina Ehrhardt Júnior (2016, p. 12), os conceitos e categorias elaborados por Pontes de Miranda e difundidos por Marcos Bernardes de Mello, e dos quais o negócio jurídico faz parte, são de “indiscutível utilidade para a solução de situações conflituosas que não se limitam ao direito privado” e podem ser aplicados, entre outros ramos, ao Direito Processual Civil.

Isso sem mencionar a própria evolução do conceito de negócio jurídico, sobretudo a partir do final do século passado, quando surgiram novas tentativas de redefinição do instituto com vistas a adequá-lo às exigências do Estado social e da própria noção de autonomia da vontade, à força normativa da Constituição, bem como à eficácia das normas constitucionais, conforme acentuado por Nogueira (2016, p. 123).

A concepção de negócio jurídico defendida no presente trabalho não se coaduna com a teoria subjetivista, segundo a qual o negócio seria um ato de vontade que busca produzir determinados efeitos jurídicos (defendemos que os efeitos do negócio já estão definidos na norma e que não derivam da vontade), tampouco com a noção que enquadra o negócio jurídico como um preceito, uma vez que, conforme exposto nas lições de Nogueira (2016, p. 132), ela não se prestaria a definir o que é um negócio jurídico, bem como não fornece uma explicação satisfatória acerca da figura do negócio nulo.

Ainda em relação à teoria subjetivista, são esclarecedoras as lições de Mello (2013, p. 225), para quem o sistema jurídico, quando estabelece o conteúdo das relações por ele reguladas, pode: a) formular uma regulação exaustiva, sem deixar nenhuma liberdade para a vontade dos agentes, podendo estes escolher apenas a categoria do negócio; ou b) permitir que os agentes escolham, entre as espécies negociais, variações quanto à irradiação e à intensidade de cada uma, de maneira que é possível escolher a categoria negocial e estruturar o conteúdo eficaz da relação jurídica dela decorrente. Em nenhuma das duas situações é admitido que a vontade seja criadora de efeitos que não estejam previstos ou, no mínimo, que sejam permitidos pelo sistema.

A ressalva formulada é fundamental para que se afaste o que se denomina de “dogma da vontade”<sup>12</sup> e se delimite o conceito aqui adotado de negócio jurídico, fundamental para que se possa rebater a grande maioria das críticas que são dirigidas à admissão da figura do negócio jurídico processual.

---

<sup>12</sup> De acordo com Cunha (2014, p. 10-11), tal dogma impediu que no processo se construísse uma adequada teoria sobre os atos processuais, bem como um tratamento satisfatório sobre sua interpretação e sobre os vícios da vontade sobre os atos processuais. Isso porque sempre se entendeu que, no processo, a vontade das partes seria irrelevante, tendo estas unicamente a opção de praticar ou não o ato previsto numa seqüência fixada de antemão pelo legislador.

Por tal razão concordamos com a noção de Mello (2013, p. 233), para quem o negócio jurídico é um fato jurídico que traz como elemento nuclear de seu suporte fático a manifestação da vontade de forma consciente e em relação ao qual o sistema jurídico permite aos sujeitos envolvidos, dentro de certos limites já predeterminados, a escolha da categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas, seja quanto ao seu surgimento, seja quanto à permanência e à intensidade no mundo jurídico. Ou ainda, nas palavras de Lôbo (2012, p. 228), pode assim ser conceituado: “fato jurídico cujo núcleo é a vontade negocial exteriorizada nos limites da autonomia privada, ou a conduta humana participante de tráfico jurídico, a que o direito confere validade e eficácia negociais”.<sup>13</sup>

O elemento que vai distinguir o negócio jurídico das demais espécies de fato jurídico é o autorregramento da vontade,<sup>14</sup> que engloba a liberdade de negociação (negociações preliminares); liberdade de criação (criar novos modelos negociais atípicos); liberdade de estipulação (referente ao conteúdo do negócio); e liberdade de vinculação (celebrar ou não o negócio). Assim, ainda que só reste ao indivíduo uma das esferas de liberdade mencionadas, o negócio jurídico permanecerá de pé, desde que preservado (ainda que de forma mínima) o autorregramento,<sup>15</sup> como bem acentua Nogueira (2016, p. 136).

Dessarte, a vontade das partes, mesmo integrando o suporte fático dos negócios jurídicos, não é plena e não é capaz de ilidir os limites impostos pelo ordenamento jurídico, conforme Toledo (2016, p. 76). No caso do Direito Processual Civil, que é regulado, em sua maior parte, por normas cogentes, tais limites são ainda mais fortes, mas não a ponto de eliminar o poder de autorregramento da vontade.

---

<sup>13</sup> Essa segunda parte do conceito do autor, conforme ele mesmo adverte, difere do conceito tradicional de negócio jurídico, visto que inclui as condutas ou comportamentos avolitivos, sendo necessária apenas a inclusão destes no tráfico jurídico, ou seja, são negócios nos quais se exclui a vontade, atribuindo-se eficácia negocial à conduta das pessoas. Para Lôbo (2012, p. 229-231), a noção tradicional de negócio jurídico não atende à realidade dos fenômenos contemporâneos da concentração empresarial e da massificação social, em que os negócios jurídicos têm no núcleo de seu suporte fático não a vontade exteriorizada, mas as condutas, abstraídos os aspectos volitivos. Seriam exemplos os contratos de adesão e os chamados contratos massificados (transporte coletivo, telefonia, água etc.), nos quais pouco importa a vontade do sujeito contratante.

<sup>14</sup> Nogueira (2016, p. 135-136), com fundamento nas lições de Pontes de Miranda, utiliza o termo “autorregramento” no lugar de “autonomia privada”, pois entende que ele é mais apropriado ao Direito Processual e, especificamente, para relacioná-la aos negócios jurídicos processuais. É assim que faremos também neste trabalho, sem prejuízo das observações que tecemos acima na nota de nº 2, quando tratamos da expressão “autodeterminação”. Para Toledo (2016, p. 82-88), o autorregramento é a prerrogativa que os sujeitos possuem de escolha da categoria eficaz do negócio jurídico, bem como o preenchimento do conteúdo de tal categoria eficaz, por meio da manifestação da vontade humana. Sobre o mesmo assunto, é interessante a opinião de Cabral (2016, p. 141), para quem não é a liberdade contratual do direito privado que justifica a autonomia das partes no processo. Esta última autonomia seria assegurada pela combinação do princípio dispositivo e princípio do debate.

<sup>15</sup> Lôbo (2012, p. 229-230) não concorda com a ideia defendida nesse parágrafo, afirmando que onde entra a necessidade, sai a liberdade. Apesar do peso argumentativo de tal afirmação, ficamos com a opinião contrária, defendida por Nogueira (2016, p. 136) e que tem apoio nas lições de Mello (2013, p. 190), para quem, mesmo na alternativa de aceitar ou não aceitar a celebração do negócio, está presente a liberdade de escolha (autorregramento), ainda que de forma mínima.

## 2.1 Delimitação do conceito de negócio jurídico processual<sup>16</sup>

Resta-nos definir agora os contornos do que vem a ser um negócio jurídico processual.<sup>17</sup> Para Nogueira (2016, p. 152),<sup>18</sup> o negócio jurídico processual é:

O fato jurídico voluntário em cujo suporte fático e descrito na norma processual esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, entre os limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

Neste trabalho, a noção de negócio jurídico processual exige como elemento essencial a referibilidade a um procedimento. Ou seja, os negócios jurídicos que têm como objeto uma demanda futura, também chamados de negócios jurídicos sobre o processo, estão fora da definição aqui proposta e, portanto, do próprio objeto deste trabalho.<sup>19</sup>

Para Cabral (2016, p. 48),<sup>20</sup> é um ato que produz ou pode produzir seus efeitos no processo, escolhido como decorrência da vontade do sujeito praticante e que é capaz de constituir, modificar ou extinguir situações processuais ou alterações no procedimento.

Tal negócio é uma espécie de ato jurídico processual *lato sensu* e se contrapõe ao ato jurídico processual *stricto sensu*, no qual a vontade é importante para a estrutura do ato, mas não é capaz de determinar seu conteúdo eficaz. Segundo Cunha (2014, p. 5), os atos jurídicos seriam incondicionáveis, cabendo ao sujeito apenas praticar (ou não) o ato. Já nos negócios jurídicos processuais, tal

---

<sup>16</sup> Neste estudo, partimos da premissa de que os negócios processuais são admitidos pelo Direito Processual Civil. Assim, não trataremos (até por conta dos próprios limites aqui traçados) das posições contrárias ao negócio jurídico processual. Tal discussão (acerca da possibilidade ou não de celebração de negócios jurídicos processuais), a nosso ver, perdeu muito de sua importância em razão da posituação, pelo atual CPC, de tais negócios processuais. Prova do que foi dito, apenas a título de exemplo, encontra-se nos artigos 190 e 200 daquele mesmo diploma legal.

<sup>17</sup> A nomenclatura “negócio jurídico processual” não é utilizada de forma unânime na doutrina. Há quem prefira a locução “Convenção Processual”, como o fazem Cabral (2016, p. 31 e segs.) e Moreira (1984, p. 89), ou “atos de disposição processual”, utilizada por Greco (2008, p. 290). Por coerência com a teoria do fato jurídico, utilizaremos também a expressão “negócio jurídico processual” ao longo de todo o trabalho.

<sup>18</sup> O autor adota uma noção ampla de fato processual, com a qual concordamos, e que engloba (ou é capaz de englobar) certos acontecimentos (mesmo que extraprocedimentais) e que estejam ligados ao processo, resultando em situações jurídicas exercitáveis no procedimento.

<sup>19</sup> A mesma posição é defendida por Nogueira (2016, p. 231), ao afirmar que os negócios que “têm em mira futuras demandas não são adjetivados de ‘processuais’”, uma vez que faltaria a “processualidade” inerente à existência concreta de um procedimento ao qual se refira. Já Cabral (2016, p. 75-80) não exclui tais espécies de acordos do que ele denomina de “convenção processual”.

<sup>20</sup> Apesar do conceito apresentado, o objeto de estudo do autor mencionado são as convenções processuais, sendo tal expressão, ainda segundo o autor, mais adequada para se referir aos negócios plurilaterais pelos quais as partes, antes ou durante o processo, criam, modificam e extinguem situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento. Note-se, assim, que tal noção é mais ampla do que a que apresentamos quando mencionamos a expressão “negócios jurídicos processuais”.

vontade é relevante não só na opção por praticar ou não o ato, como também na definição de seus efeitos,<sup>21</sup> conforme esclarece Cabral (2016, p. 49).

Pela categoria ora em comento, os sujeitos do processo podem influir e participar no procedimento, em todas as suas etapas. O que importa para que se caracterize um determinado ato como negócio jurídico processual é que a vontade do sujeito esteja direcionada não só para a prática do ato, mas à produção de determinado efeito. Isso não significa, porém, que todos os efeitos do ato sejam decorrentes da vontade do sujeito, como se houvesse a necessidade de correspondência entre eles (vontade e efeitos do ato), haja vista que tal correspondência não se verifica nem mesmo no plano material, como advertem Didier Junior e Nogueira (2013, p. 64-65).

Assim, a realização de negócio jurídico processual, além de possível, é fruto da autonomia privada (ou autorregramento), sendo caracterizada pela liberdade de celebração e de estipulação. Tal liberdade não impede que a lei fixe determinados limites, bem como o regime para a celebração de tais negócios, como ressalta Cunha (2014, p. 14). Tais limites, diga-se de passagem, também são fixados para os negócios jurídicos não processuais e, nem por isso, se nega que tais negócios são admitidos no ordenamento jurídico.

O atual CPC (Lei nº 13.105/2015) torna a realidade mencionada ainda mais evidente, uma vez que instaura, de forma expressa, o chamado modelo cooperativo de processo, no qual a vontade das partes é valorizada. Nesse sentido, merecem ser transcritas as palavras de Cunha (2014, p. 21):

Põe-se a descoberto, no novo CPC, o prestígio da autonomia da vontade das partes, cujo fundamento é a liberdade, um dos principais direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal. O direito à liberdade contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*.

Percebe-se, portanto, que a figura dos negócios processuais assim como o Estatuto da Pessoa com Deficiência têm como ponto comum a fundamentação na autonomia privada da vontade (ou autorregramento), já que ambos tentam concretizar a dignidade da pessoa humana, pelo respeito das escolhas feitas pelo indivíduo, sejam elas no âmbito pessoal ou no próprio processo, decidindo os melhores rumos para o alcance de seus objetivos.

O que nos resta saber, e é o ponto central do tema proposto, é se a pessoa com deficiência, que se encontra auxiliada pelo procedimento da tomada de decisão

---

<sup>21</sup> Uma das principais objeções feitas à categoria dos negócios jurídicos processuais é que, em razão da publicidade do processo, todas as condutas das partes já teriam seus efeitos fixados na lei, havendo apenas o ato jurídico processual em sentido estrito. Todavia, conforme salienta Nogueira (2016, p. 155), não existem efeitos jurídicos que decorram exclusivamente da vontade das partes, como se costumava acreditar nas teorias que defendiam o “dogma da vontade”. Didier Júnior (2016, p. 52-55 e 60) defende que a categoria negócio jurídico é conceito lógico-jurídico e que, portanto, pela sua pretensão de validade universal não se restringe ao âmbito do direito privado.

apoiada, pode celebrar o negócio jurídico processual ou se tal auxílio se limita apenas às questões patrimoniais fora do âmbito do processo. É sobre este ponto que nos debruçaremos no item a seguir.

### **3 A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL POR MEIO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

No presente capítulo, abordaremos a capacidade das pessoas com deficiência para celebrar o negócio jurídico processual, bem como a realização de tal ato por meio da tomada de decisão apoiada.

#### **3.1 Esclarecimentos sobre a capacidade processual**

O problema da participação das pessoas com deficiência no processo guarda estreita relação com a questão da capacidade processual. Assim, é necessário que se faça uma pequena abordagem acerca de tal capacidade, para que se construa mais uma das premissas em que se funda o trabalho ora apresentado.

As normas que tratam da capacidade processual asseguram a participação das partes, permitindo que elas possam compreender o significado de tal participação e os efeitos produzidos na esfera jurídica de todos os interessados. E não é só: elas asseguram o direito fundamental à paridade de armas e ao processo justo, conforme ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 81). Assim, em qualquer acordo, deve-se verificar a capacidade da parte, à luz dos requisitos previstos tanto no direito material quanto no direito processual, como lembra Cabral (2016, p. 273).

É exatamente nesse sentido que ganha relevo a questão da participação das pessoas com deficiência no processo. Por tal razão, antes da entrada em vigor do EPD, o atual Código de Processo Civil exigia que tais pessoas, quando consideradas relativa ou absolutamente incapazes, estivessem assistidas ou representadas. Tal situação, contudo, foi alterada, consoante se verá um pouco mais adiante.

Tradicionalmente, a doutrina sempre dividiu a capacidade processual em capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. A capacidade de ser parte é o que se denomina de Personalidade Judiciária, conforme ensina Didier Júnior (2015, p. 314), ou seja, é a aptidão para ser sujeito da relação jurídica processual ou assumir uma situação jurídica processual. A noção de capacidade de ser parte confunde-se com a própria noção de personalidade jurídica, prevista no art. 1º do atual Código Civil, não obstante ser mais ampla, pois, em alguns casos, a lei processual confere a capacidade de ser parte a quem não possui personalidade jurídica, a exemplo do nascituro e da massa falida. Possuem a capacidade de ser parte todos os que possuem a personalidade civil.

A capacidade de estar em juízo é definida pelo próprio artigo 70 do atual Código de Processo Civil. Percebe-se que tal capacidade guarda estreita relação com

a capacidade de fato<sup>22</sup> (ou de exercício), prevista no Direito Civil, e da qual já tratamos neste trabalho, ao discorrer sobre a capacidade civil. Por tal razão, as pessoas que não possuem a capacidade de estar em Juízo devem regularizar tal situação, nos moldes disciplinados pela própria legislação processual.

A capacidade postulatória, também conhecida como *jus postulandi*, diz respeito a uma capacidade técnica, que pode ser exigida do sujeito para a prática de atos processuais. Na lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 81), “é a capacidade de traduzir juridicamente as manifestações de vontade e as declarações de conhecimento das partes no processo civil, portando a partir daí a produção de efeitos jurídicos”. Excepcionalmente, também pode ser conferida a outras pessoas que não teriam a formação técnica dos aludidos profissionais, a exemplo das partes nos processos que tramitam sob o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95.

A capacidade processual, portanto, é a aptidão para praticar atos processuais sem representação ou assistência, consistindo no somatório das três modalidades mencionadas, ou seja, da capacidade de ser parte, da capacidade de estar em juízo e da capacidade postulatória. Por isso, ausente qualquer das três modalidades, não se pode falar em capacidade processual, devendo esta ser integrada na forma do próprio Código de Processo Civil.

### **3.2 O negócio jurídico processual por meio da tomada de decisão apoiada**

Feitas as considerações acima, é preciso salientar que, conforme já mencionado, com o advento do EDP a regra é que as pessoas com deficiência são dotadas de capacidade jurídica, ou seja, possuem tanto a capacidade de ser parte num processo (o que sempre se admitiu) como a capacidade de estar em juízo (situação que não existia nem mesmo com o advento do atual CPC).

Tal fato significa, por óbvio, que as pessoas com deficiência possuem a capacidade de estar em juízo independentemente de representação ou assistência, permitindo assim um amplo acesso à justiça. Portanto, não se pode excluir a possibilidade de as pessoas com deficiência poderem utilizar o importante mecanismo de reforço de acesso à justiça, que se traduz na possibilidade da prática de negócio jurídico processual.

Nas palavras de Cabral (2016, p. 276-277):

De fato, a possibilidade de celebração de acordos processuais por grupos vulneráveis, sejam pessoas com deficiência, sejam incapazes (pensemos em crianças, já não em pessoas com deficiência), deve ser admitida, sobretudo porque estes pactos podem beneficiar o vulnerável, ampliando prazos, facilitando-lhe a produção de prova ou conferindo oportunidade de ajuizamento da demanda em foro mais próximo da sua residência.

---

<sup>22</sup> Nada impede, porém, que a lei processual restrinja a capacidade processual de pessoas que possuem a capacidade de fato (ou de exercício), como são exemplos as situações previstas nos artigos 72, II, e 73 do Código de Processo Civil.

O procedimento da tomada de decisão apoiada vem ao encontro do objetivo antes mencionado. Por ser uma participação qualificada, mediante a qual a pessoa com deficiência pode tomar decisões, preservando sua manifestação de vontade e autonomia, não há razão para que se negue a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual.

E não é só. A admissão da prática do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência atende não só aos objetivos do EPD,<sup>23</sup> mas aos do próprio sistema instaurado pelo atual CPC. Como anota Cabral (2016, p. 137-138), tais negócios contribuem não só para a contenção do arbítrio, mas também para o controle e a mais adequada repartição de poder no processo.

Ademais, se a pessoa com deficiência tem domínio sobre assuntos patrimoniais e existenciais que lhe dizem respeito, por que não poderia dispor também de assuntos que digam respeito ao processo? Se há autonomia para a tomada de decisões cujos assuntos se acham regulados pelo direito material, por que não admitir que tal autonomia ocorra também em relação ao processo, que serve exatamente como método de solução para os problemas que dizem respeito aos assuntos do direito material?

Restringir a autonomia da pessoa com deficiência, impedindo a prática dos negócios jurídicos processuais, viola todos os objetivos e princípios até aqui mencionados. Nem se cogite que tal restrição seria necessária para proteger a limitação de discernimento que algumas pessoas com deficiência possuem. Tal proteção revelaria um preconceito velado, desprezando a autonomia e a capacidade que tais pessoas possuem.<sup>24</sup>

A eventual vulnerabilidade das pessoas com deficiência não é motivo, por si só, para que se impeça a prática do negócio processual. Isso porque tal vulnerabilidade não é exclusiva de tais pessoas e não decorre apenas de deficiências, mas de diversos fatores de natureza econômica, social, cultural, técnica e tecnológica, conforme Cabral (2016, p. 320). Esses fatores de vulnerabilidade não são suficientes para impedir a prática dos referidos negócios pelas pessoas que se incluem em tais grupos; tão somente exigem uma maior atenção com vistas a se preservar a igualdade e, conseqüentemente, o exercício da liberdade.

---

<sup>23</sup> Conforme o artigo 79 do EPD: “O poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistida”.

<sup>24</sup> Em recente decisão, o TJSP entendeu pela impossibilidade de internação involuntária em clínica psiquiátrica, diante das provas dos autos que apontavam para a capacidade civil do paciente, em benefício do qual foi impetrado *Habeas Corpus*, conforme se verifica na ementa a seguir transcrita: *HABEAS CORPUS. INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA EM CLÍNICA PSIQUIÁTRICA. LEI 10.216/01. ATO DE PARTICULAR. Cabimento. Ausência de provas ou indícios de perturbação mental do paciente qualificado como advogado. Constrangimento ilegal delineado. In casu, há elementos suficientes à concessão da ordem, diante da comprovada união estável e indicativos de plena capacidade civil do paciente que, inclusive, celebrou recentemente contrato de locação e possui situação regular junto à OAB. ORDEM CONCEDIDA, com determinação. (TJSP; *Habeas Corpus* 2028726-23.2018.8.26.0000; Relator (a): Rosângela Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mairinque – 1ª Vara; Data do Julgamento: 18/4/2018; Data de Registro: 18/4/2018).*

A tomada de decisão apoiada surge como importante ferramenta não só de apoio, mas também de proteção à pessoa com deficiência, permitindo que ela possa celebrar o negócio jurídico processual sem que nenhuma garantia fundamental ou processual seja violada.

A possibilidade que aqui acaba de ser defendida é ainda mais evidente quando se trata de um negócio jurídico processual unilateral, em que não há necessidade de concordância de outros sujeitos, uma vez que envolve apenas a esfera jurídica da pessoa que a pratica. Mais uma vez aqui, reveste-se a tomada de decisão apoiada da condição de importante instrumento não só de apoio, como de proteção da pessoa com deficiência.

### **3.3 Alguns limites ao negócio processual praticado pela tomada de decisão apoiada**

A prática de negócios jurídicos processuais pela pessoa com deficiência encontra limites, porém não em decorrência do fato de ser o praticante uma pessoa com deficiência. Tais limites decorrem da própria natureza dos negócios jurídicos processuais.<sup>25</sup> Ademais, o negócio jurídico processual celebrado pela pessoa com deficiência submete-se aos mesmos requisitos de validade do negócio jurídico comum. Impor limites à prática de negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência seria impor restrição que contraria os próprios objetivos do EPD já comentados ao longo deste trabalho.

Situação interessante diz respeito aos limites para a prática dos atos por meio da tomada de decisão apoiada. Isso sucede porque o § 1º<sup>26</sup> do artigo 1.783-A do Código Civil vigente exige que o pedido formulado deva vir acompanhado de termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, bem como o prazo de vigência do acordo, além de outros requisitos. Assim, cabe a seguinte indagação: se no termo referido no dispositivo legal ora mencionado não constar expressamente a possibilidade de negócio jurídico processual, é permitida à pessoa com deficiência a prática de tal negócio?

Em outras palavras, se o termo que delimitará o âmbito de atuação dos apoiadores não fizer nenhuma menção à prática de negócio jurídico processual, poderá a pessoa portadora de deficiência praticar tal ato?

Entende-se que a resposta à indagação formulada está na própria observação já feita em relação à capacidade de estar em juízo, ou seja, se a pessoa portadora de

---

<sup>25</sup> Para Nogueira (2016, p. 161), os limites do negócio jurídico processual são ditados pelo formalismo processual que, sendo uma noção ampla, abrange não só as formalidades do processo, mas “delimita os poderes, facultades e deveres dos sujeitos processuais, e a organização do procedimento, a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas”.

<sup>26</sup> § 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

deficiência é juridicamente capaz e se possui a capacidade de estar em juízo, não há por que proibir a celebração do negócio jurídico processual, sob pena de restrição indevida no autorregramento de sua vontade. O argumento de que tal pessoa não teria o adequado discernimento para a prática de tal ato também não parece nos convencer, além de revelar um flagrante preconceito. Isso porque uma pessoa sem deficiência, que não possua a capacidade postulatória, não parece, a nosso juízo, ter mais ou menos noção – em relação a uma pessoa com deficiência – do inteiro significado da desistência de um recurso,<sup>27</sup> por exemplo. Nem por isso alguém ousaria afirmar que a pessoa sem deficiência estaria proibida de praticar o negócio jurídico processual.

Pois bem, respondida a primeira indagação, é necessário enfrentar outro problema, a saber: caso se achem ausentes, nos limites do termo referido no § 1º do artigo 1.783-A, os poderes para a prática do negócio jurídico processual, ainda assim os apoiadores poderiam auxiliar a pessoa com deficiência? Ou seja, poderiam prestar auxílio para a prática de um ato não previsto no termo ora em questão?

Mais uma vez, não enxergamos obstáculo. Se a pessoa com deficiência pode praticar o negócio jurídico processual, independente de assistência ou representação, porquanto dispõe da capacidade de estar em juízo, por que não poderia praticá-lo com o auxílio de pessoas de sua confiança? A ausência de poderes expressos nos termos em que se funda a decisão apoiada seria obstáculo para a prática de tais atos? Apesar da resposta negativa, devemos admitir que a questão interferirá na responsabilidade dos apoiadores, bem como na eficácia do ato perante terceiros. Explicamos.

A responsabilidade do apoiador parece estar presente apenas nos casos em que ele agir com negligência, exercer pressão indevida sobre o apoiado ou não adimplir as obrigações assumidas. É o que se depreende da leitura do § 7º<sup>28</sup> do artigo 1.783-A. Assim, desde que o negócio processual seja realizado, com o auxílio do apoiador e sem que este incorra numa das condutas referidas no dispositivo em comento, não há que se falar na sua responsabilidade, ainda que a prática de tal ato não esteja inserida expressamente no termo de que trata o § 1º do artigo 1.783-A do Código Civil vigente.

Todavia, é preciso que se esclareça que o apoiador, com fundamento nesse motivo (ausência de poderes incluídos no termo), pode apresentar recusa em prestar o apoio para a prática do negócio jurídico processual ou solicitar que seja feita a ressalva de que tal negócio está sendo praticado pela pessoa com deficiência contra a vontade daquele apoiador. Contudo, repita-se, mesmo diante de tal recusa do

---

<sup>27</sup> Será mesmo que uma pessoa sem deficiência teria a inteira compreensão das consequências práticas de seu ato processual? Teria ela conhecimento de que a desistência do recurso é um fato extintivo do direito de recorrer? Que traria o imediato trânsito em julgado da decisão? Que permitiria a execução da obrigação reconhecida na decisão? Não acreditamos que as respostas sejam positivas. Daí por que frisamos que a ausência de discernimento completo em relação ao ato praticado não serve como argumento contra a prática de negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência.

<sup>28</sup> § 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao Juiz.

apoiador ou ressalva apresentada, a pessoa com deficiência pode praticar o negócio jurídico processual.

Já no que diz respeito à eficácia do negócio processual praticado na forma acima mencionada em relação a terceiros, é preciso que se interprete o § 4º do artigo 1.783-A,<sup>29</sup> que regula exatamente a eficácia da decisão tomada por pessoa apoiada perante terceiros. Tal dispositivo não parecer trazer qualquer influência sobre os negócios jurídicos processuais, haja vista que esses últimos apenas podem produzir efeitos para os sujeitos celebrantes, vinculando também o juiz (que não é terceiro na forma do artigo 1.783-A).

Assim, não há como o negócio jurídico processual, a nosso ver, afetar a esfera jurídica de terceiros que, repita-se, não se vinculam ao aludido ato negocial. Por tal razão o dispositivo ora em comento é irrelevante para o fato de ter sido o negócio jurídico processual praticado dentro ou fora dos limites do termo regulador da decisão apoiada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de algumas conclusões já terem sido apresentadas ao longo do trabalho, como consequência da necessidade de realização de cortes necessários para a apresentação do tema nos limites de um artigo, cuidaremos de reforçar as principais premissas aqui utilizadas, na tentativa de apresentar uma resposta ao problema proposto.

O EPD, ao entrar em vigor no Brasil, excluiu as pessoas com deficiência do rol de incapazes previstos no Código Civil vigente. Assim, com o advento desse estatuto as pessoas com deficiência passaram a gozar de capacidade jurídica e, por isso, não mais precisam ser assistidas ou representadas para a prática de quaisquer atos. Mas não foi só isso: o EPD criou uma verdadeira rede de apoio à pessoa com deficiência, garantindo a efetivação de sua dignidade pelo exercício de sua autonomia.

Entre os mecanismos que integram a rede de apoio mencionada tem-se a tomada de decisão apoiada, representando importante instrumento para o exercício de autonomia da pessoa com deficiência, sem que ela tenha sua vontade substituída por um terceiro nomeado contra sua vontade. Pelo contrário, a tomada de decisão apoiada preserva o direito de escolha da pessoa com deficiência não só no que diz respeito à nomeação dos apoiadores – que devem ser pessoas de confiança do apoiado –, como também das próprias decisões a serem tomadas.

Com relação ao atual CPC, verificou-se que esse diploma consagra o princípio do respeito ao autorregramento da vontade e afasta as opiniões contrárias à aceitação do chamado negócio jurídico processual. Assim, uma vez admitida a

---

<sup>29</sup> A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

possibilidade de negócio jurídico processual – agora positivado no CPC –, resta-nos saber se é possível à pessoa com deficiência praticar tais atos, utilizando, inclusive, a tomada da decisão apoiada, se for o caso.

Se com o advento do EPD a pessoa com deficiência possui capacidade jurídica, então não há mais a necessidade de assistência ou representação para o exercício da capacidade de estar em juízo. É clara, a nosso ver, a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual por essa pessoa, sujeitando-se aos limites impostos apenas à prática de tais negócios e não aos limites que antes existiam, por ser ela considerada incapaz.

A tomada de decisão apoiada surge como um instrumento de auxílio à pessoa com deficiência, mas não se revela como condição necessária à prática do negócio jurídico processual. Uma pessoa com deficiência não é mais ou menos capaz porque se encontra (ou não) auxiliada por um apoiador. Se ela optou por não tomar tal iniciativa, deve-se respeitar tal decisão, e não presumir uma redução em sua incapacidade, criando obstáculos não previstos em lei para a prática de atos jurídicos.

A restrição da prática do negócio jurídico processual pela pessoa com deficiência não encontra fundamento no ordenamento jurídico e viola os objetivos previstos pelo EPD e, sobretudo, pela Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, além de revelar disfarçado preconceito em relação à situação dessas pessoas, tornando ainda mais difícil a sua inclusão na sociedade.

## REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodvim, 2016.

CORREIA JUNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. A influência do direito civil constitucional sobre a (im)prescritibilidade contra portadores de deficiências mentais após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: EHRHARDT JR, Marcos (coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual*. Lima, Peru, novembro de 2014. Texto disponível em: <[www.academia.edu/10270224/Negócios\\_jurídicos\\_processuais\\_no\\_processo\\_civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/10270224/Negócios_jurídicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro)>. Acesso em: 27 jul. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos sobre a teoria do fato jurídico. In: BESERRA, Karoline Mafra Sarmento; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Jéssica Aline Caparica (Orgs.). *Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. Sergipe: Universitária Tiradentes, 2016. p. 11-41.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coords.). *Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 290-292.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Jussara. O ser o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 87-114.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Bruna Lima de. Apontamentos sobre as principais mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) no regime das incapacidades. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 257-277.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: *Temas de Direito Processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. *O estatuto da pessoa com deficiência: reflexões sobre a capacidade civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974. p. 35-62, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodvim, 2016.

PERLINGIERI, Pietro; CICCIO, Maria Cristina de (trads.). *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paul, v. 6. p. 37-54, 2016.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, jul./set., trimestral, 2004. p. 113-130. ISSN 0034-835x. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496895>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

TOLEDO, Arthur de Melo. O poder de autorregramento da vontade e os seus limites. In: BESERRA, Karoline Mafra Sarmiento; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Jéssica Aline Caparica (orgs.). *Estudos sobre a teoria do fato jurídico na contemporaneidade: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. Sergipe: Universitária Tiradentes, 2016. p. 75-89.

TOSTES, Camila Strafacci Maia; AQUINO, Leonardo Gomes de. A repercussão do estatuto da pessoa com deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 75. p. 63-77, 2017.

Recebido em 15.11.2017

Aceito em 27.07.2018

## O DIREITO DE AÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

### *ACTION RIGHT AS TUTELAGE INSTRUMENT OF HUMAN RIGHTS*

Sidney Guerra<sup>I</sup> 

Fernanda Figueira Tonetto<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade do Grande Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Faculdade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. (Doutor em Direito).

<sup>II</sup> Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), RS, Brasil; Université Paris II Pantheon-Assas, Paris, França. (Doutoranda em Direito).

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 O direito de ação no estado constitucional e sua função protetiva. 1.1 A concepção de função protetiva dos direitos fundamentais e garantidora da democracia participativa. 1.2 O direito de ação como direito fundamental na nova ordem jurídica processual brasileira. 1.3 O fundamento teleológico do direito à tutela jurisdicional, o direito ao processo justo e o conteúdo mínimo de direitos fundamentais processuais na ordem interna. 2 O direito de ação em uma ordem jurídica cosmopolita. 2.1 a evolução da concepção de jurisdição supranacional e dos sujeitos de Direito Internacional. 2.2 O direito (instrumental) de ação nas Cortes Internacionais. 2.3 A inserção do direito de ação em uma comunidade internacional de valores. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** As teorias da ação podem ser abordadas no quadro da evolução estatal, dentro de sua concepção de função protetiva dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, mas igualmente centrando-se no estudo da evolução da concepção de jurisdição internacional e da própria ideia de indivíduo como sujeito de direito internacional, para então compreender de que forma se estabelece e se consolida o direito de ação nas Cortes internacionais, que acabam por identificar direitos fundantes que se sobrelevam a qualquer espécie de relativismo. É nesse sentido que o direito de ação pode ser abordado enquanto direito instrumental garantidor da existência de um núcleo mínimo de direitos humanos, chegando mesmo a ser pensado como um direito universal.

**Palavras-chave:** Jurisdição Internacional. Direito Internacional. Direitos Humanos. Direito de ação. Direito Cosmopolita.

**Abstract:** The right of action may be analysed from a perspective of a national law, from the point of view of the Constitutional State, based on the conception of protective function of fundamental rights that are guaranteed by the Constitution, as well as from the concept of international jurisdiction and the idea of individual as a subject of international law, to understand, so, why the right of action establishes and consolidates itself in these international courts, that identify human rights, belonging to an international community of values because they surpass the relativism. In this sense, the right of action may be approached as instrumental right, guarantor of the existence of such a minimum core of fundamental rights belonging to all mankind.

**Keywords:** International Jurisdiction. International right. Human rights. Right of action. Cosmopolitan Law.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho volta-se ao estudo do direito de ação em dois planos distintos, partindo de uma ótica do direito interno, sob o ponto de vista do Estado Constitucional e chegando ao estudo do direito de ação junto às Cortes internacionais, partindo-se da premissa de que o direito de ação é um direito fundamental e ora erigido então ao status de um *ius cosmopolitanicum*.

Por ser verdade que o direito de ação surge primeiramente no plano interno, banhado no conceito de soberania e na ideia de que cada Estado-nação, isoladamente, possui o monopólio da jurisdição, o estudo começa justamente pelo desenvolvimento das teorias da ação no quadro da evolução estatal, a partir do contexto do Estado liberal, passando-se para o Estado social até se chegar ao que hoje é compreendido por Estado constitucional.

Nessa perspectiva, analisar-se-á o direito de ação dentro de sua concepção de função protetiva dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados e garantidora da democracia participativa, bem como o fundamento teleológico do direito à tutela jurisdicional do Estado e do direito ao processo justo, aqui incluído o conteúdo mínimo que deve ser inserido nos direitos fundamentais processuais para que o direito de ação cumpra sua finalidade e possua a natureza de direito fundamental, o que se aplica tanto ao plano do direito interno quanto ao plano do direito internacional.

Mas se no curso da história a própria ideia de jurisdição ultrapassou os limites dos Estados, em virtude de uma série de decorrências que serão explicitadas ao longo do trabalho e que culminaram com o surgimento de diversas Cortes posicionadas em um patamar supranacional, também o direito de ação acompanhou esse processo evolutivo.

Parte-se da perspectiva de uma ordem jurídica nacional centrada nos Estados constitucionais em direção ao que se pode denominar ordem jurídica cosmopolita, da qual fazem parte diversos entes, incluídos os Tribunais Internacionais.

Nesse aspecto se situa a segunda parte do trabalho, que começa por analisar a evolução da concepção de jurisdição internacional e da própria ideia de indivíduo como sujeito de direito internacional, para então compreender de que forma se estabelece e se consolida o direito de ação nas Cortes internacionais.

Pela ótica do direito internacional e pelas normas de *ius cogens*, existem direitos fundantes que se sobrelevam a qualquer espécie de relativismo e que por isso mesmo são pertencentes ao que se pode denominar comunidade de valores. É nesse sentido que o direito de ação, ao final do presente artigo, será abordado enquanto direito instrumental garantidor da existência desse núcleo mínimo de direitos fundamentais pertencentes a toda humanidade.

Para cumprir os objetivos propostos, será utilizado como meio de investigação da pesquisa o método de procedimento histórico, tendo em vista a

necessidade de analisar o direito de ação sob seu aspecto evolutivo, bem como o método de procedimento monográfico, centrado no próprio direito fundamental processual de ação.

Por fim, como método de abordagem, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se dos aspectos gerais do direito de ação até se chegar ao regramento específico de institutos que dele são decorrentes.

## **1 O DIREITO DE AÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E SUA FUNÇÃO PROTETIVA**

Sob a ótica de sua função protética, o direito de ação no Estado constitucional pode ser avaliado do ponto de vista da necessária garantia à democracia participativa, assim como a partir da concepção de que o direito de ação é um direito fundamental na ordem jurídica constitucional e processual brasileira.

### **1.1 A concepção de função protetiva dos direitos fundamentais e garantidora da democracia participativa**

No contexto do Estado liberal, se por um lado era declarado o direito de ação, esse era totalmente indiferente às necessidades sociais, não sendo compreendido como um direito cuja efetividade fosse imprescindível para a proteção de todos os outros direitos, como hoje se compreende. Nesse sentido, o direito de ação resumia-se a um mero direito formal de propor uma ação, não havendo separação entre o direito material e o direito processual, já que o Estado em nada tinha envolvimento. Decorrência disso era que a ação se exercia contra o réu e não contra o Estado.

Todas essas assertivas são uma decorrência da ênfase dada pelo Estado liberal aos direitos de liberdade, em detrimento à garantia da igualdade. Os direitos fundamentais eram vistos apenas como prerrogativas titularizadas pelo indivíduo e, por consequência, a ação era mero exercício desse direito de liberdade. Se a desigualdade não era uma preocupação do Estado, estaria em juízo apenas quem pudesse suportar os custos de uma demanda e tivesse discernimento para tal. Por isso o Estado limitava-se a declarar o direito de ação, sem anexar a ele nenhuma garantia de exercício.

Quando se começa a construir a ideia de autonomia da ação e da existência de um direito de ação contra o Estado, a partir de meados do século XIX, essa autonomia se edifica timidamente, sem se aventar para a concepção segundo a qual dos direitos fundamentais decorrem direitos a prestações.

Com o advento gradativo do Estado social, o direito à liberdade, como direito isolado dos demais, passa a ser visto como mero privilégio daqueles membros da sociedade empoderados pela riqueza econômica, identificados com a classe burguesa.

A desigualdade acirrada, produto do exercício do direito de liberdade sem garantias, trouxe consigo a necessidade de criação de aparatos estatais asseguradores da real possibilidade fática do exercício dos direitos então declarados.

Em relação ao direito de ação, surgem mecanismos de sua sustentação, tais como o direito de acesso à justiça. Cuida-se de concretizar a efetividade do direito de ação, sob pena de seu conteúdo ser esvaziado ou resumido a uma mera declaração pública, já que os direitos previstos nas constituições só seriam concretizados se garantido real acesso à justiça, elo entre o processo civil e a justiça social.

No Estado social, começa-se a tecer o conceito de instrumentalidade do direito de ação, uma vez que a existência de um direito sem a correspondente garantia de sua tutela consistiria na própria inefetividade do direito. Problemas como o custo do processo e a repercussão do tempo sobre a proteção do direito material são temas que passam a ser objeto de tutela, mediante a criação de mecanismos como a assistência jurídica gratuita.

É também nesse contexto que eclodem novos direitos fundamentais, especialmente após o segundo pós-guerra, em que muitas das Constituições ocidentais passaram a conter exigências em relação ao Estado não só de um não fazer, ou de não violar direitos, mas principalmente de criar prestações positivas, inaugurando uma nova fase de proteção dos direitos fundamentais, a serem garantidos pelo pleno exercício do direito de ação.

O Estado constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, em um plano jurídico superior, com normas constitucionais vinculantes, em especial no que tange à oponibilidade dos direitos fundamentais frente a todos os poderes do Estado (FREIRE, 1997). Esse Estado constitucional é produto da constitucionalização dos direitos fundamentais, acompanhada de outros aparatos como a criação de um sistema de garantias institucionais e procedimentais (SARLET, 2009).

Por isso é que no quadro evolutivo do modelo de Estado constitucional, o direito de ação passa a ser entendido a partir de um conteúdo finalístico, como direito processual fundamental hábil a assegurar a efetividade dos direitos materiais também previstos pelas Constituições.

A partir da premissa de que ao Estado não incumbe apenas declarar direitos ou mesmo limitar-se a impedir a sua violação, o direito de ação também se presta à finalidade de servir como mecanismo de satisfação de um novo direito, relacionado às prerrogativas dos destinatários da ordem constitucional às prestações sociais, protetivas e viabilizadoras da participação no poder e na organização social.

Esses direitos a prestações decorrem justamente do dever do Estado de criar pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos, cuja exigibilidade é assegurada mediante o exercício do direito de ação.

Se por um lado esse dever de proteger direitos fundamentais estende-se ao Estado em seu conjunto, compreendendo o dever do Poder Legislativo de editar normas protetivas e a obrigação do Poder Executivo de fiscalizar sua aplicação e propiciar os pressupostos fáticos de seu cumprimento, por outro lado é por meio do

direito de ação que se assegura maior efetividade à sua observância, na medida em que, por meio de prestações jurisdicionais, incumbe ao Estado-juiz o dever de cumprir uma norma de proteção, ou mesmo de suprir a omissão quanto à existência dessas obrigações que originariamente seriam do legislador ou do administrador.

Nessa perspectiva, mesmo com todos os aspectos negativos decorrentes da judicialização de políticas públicas, por outro lado se trata também de uma forma de participação do cidadão na administração do poder.

Também as diversas modalidades de representações e a ampliação da legitimação ativa para a propositura dessas ações, como a representação de grupos para a proteção jurisdicional de direitos transindividuais, difusos e coletivos, são instrumentos de ampliação da democracia participativa por meio do exercício do direito fundamental processual de ação.

São formas, embora não as únicas, de equilibrar o produto da sociedade industrial, por Jürgen Habermas chamado de *democracia de massa*, segundo quem a autodeterminação democrática só se concretiza se o povo do Estado se transforma em nação de cidadãos do Estado que toma o seu destino político em suas próprias mãos. É o que Habermas denomina *patriotismo constitucional*, oportunidade em que afirma que um dos pontos fortes do Estado constitucional é justamente poder fechar as brechas da integração social com base na participação política dos cidadãos, assimilando modelos de comportamento da coletividade, tal como se dá na ampliação da legitimidade ativa de grupos e de organizações não governamentais que, não raro, exercitam seus direitos por meio do exercício da ação (HABERMAS, 2000).

Com isso se consolida uma nova conformação para o processo civil, outrora ocupado somente da reparação de ilícitos já consumados, e atualmente preocupado em proteger bens fundamentais à manutenção da própria ordem constitucional, o que lhe permite imiscuir-se em searas como a própria supressão de omissões de normas de proteção.

A fim de cumprir com essa nova conformação do processo civil e, por consequência, do próprio direito de ação, a ele deve ser assegurado um conteúdo mínimo, com vistas à consecução de seu fundamento teleológico, que é justamente a proteção dos direitos fundamentais. Para uma melhor análise do direito de ação como um direito fundamental protetivo, necessário antes discorrer sobre a nova conformação do direito de ação no direito brasileiro.

## **1.2 O direito de ação como direito fundamental na nova ordem jurídica processual brasileira**

Analisando-se o desenvolvimento do conceito de ação, verifica-se que o mesmo foi fruto de uma evolução propulsionada pela doutrina, ao lado de um contexto evolutivo da própria concepção de Estado. Não há aqui a pretensão de discorrer sobre toda a evolução das teorias que se ocuparam de discernir o direito de

ação, porquanto a finalidade é a de perquirir como se conforma esse direito na nova ordem jurídica brasileira.

Há muito deixou o direito de ação de se confundir com o direito material, herança da concepção romana em que o direito de ação era visto como um direito nascido da lesão de um direito material, consistindo justamente em uma transformação do direito material ao ser lesado, ideia que muito bem se associa ao período do Estado liberal que conjuga o direito de ação com um direito constitucional garantidor do acesso de todos ao Poder Judiciário, mas que não se confundiria com o direito de agir.

Com alguns temperamentos, essa foi a teoria adotada pelo direito brasileiro, no Código de Processo Civil de 1973, cujo artigo 267, inciso VI, elencava como condições da ação: (1) a legitimidade das partes, consistente na relação de identificação entre autor e réu com o direito material em litígio; (2) o interesse processual, ou a necessidade da jurisdição para proteção do direito, conjugada com a escolha do modelo procedimental apto; e (3) a possibilidade jurídica do pedido, que deve ser viável e não expressamente proibido pela lei.

Por seu turno, o Código de Processo Civil de 2015 deixou de mencionar a expressão *condição da ação*, reportando-se apenas, no seu artigo 485, às hipóteses de legitimidade e de interesse processual, cuja ausência pode levar à extinção do processo.

De qualquer sorte, se analisada a evolução das teorias da ação sob o ponto de vista doutrinário até o conceito atual adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, essa transformação foi em última análise impulsionada pelo próprio desenvolvimento da concepção de Estado, culminando em uma nova conformação para o processo civil, cuja evolução se estende desde o Estado liberal até o momento em que hoje se encontra e que, por todas as suas características, consubstancia o denominado Estado Constitucional.

### **1.3 O fundamento teleológico do direito à tutela jurisdicional, o direito ao processo justo e o conteúdo mínimo de direitos fundamentais processuais na ordem interna**

O Estado Constitucional tomou para si o dever de proteger uma larga escala de direitos e, acima de tudo, dos direitos fundamentais, o que faz primeiramente por meio da edição de normas que proíbem condutas lesivas a bens jurídicos, objetivando evitar danos.

Sob esse aspecto, o Estado assume o dever de editar essas normas protetivas, mas que restam esvaziadas se não acompanhadas da respectiva edição de regras procedimentais para atuação efetiva do dever de proteção. Dessa dualidade de obrigações estatais, ao mesmo tempo complementares, advêm as normas de proteção de direito material, de um lado, e as normas de proteção de direito processual, de outro. Ao Estado incumbe, portanto, assegurar direitos materiais fundamentais e direitos processuais fundamentais, sendo esses instrumentais em relação àqueles.

Um dos fundamentos teleológicos da própria existência do Estado é justamente assegurar a edição de normas materiais protetivas, aliadas às respectivas normas processuais, além de aparatos fiscalizadores e punitivos que imponham a observância dessas normas. Esse é o papel imposto ao Estado-Legislador e ao Estado-Administrador.

Sendo, no entanto, insuficiente a proteção do Poder Legislativo e do Poder Executivo em relação ao rol de direitos assegurados pelas constituições, especialmente quanto aos direitos fundamentais, quer porque as normas necessárias não são editadas, quer porque o dever fiscalizador ou punitivo é insuficiente ou ineficaz, quer porque os direitos são violados apesar da atuação do estatal, decorre dessa circunstância a atuação do Poder Judiciário, no que tange à obrigação imposta ao Estado-Juiz quanto à supressão da omissão de proteção legislativa ou administrativa.

Esse o fundamento teleológico do direito de ação, consistente na prerrogativa de proteção dos direitos (fundamentais ou não) por parte do Estado, com o fito de evitar violação da norma criada pelo Estado constitucional, ora para eliminar os efeitos concretos do ato de violação, ora para remediar a omissão de proteção do legislador, obrigando a que o Estado-Juiz edite a norma inexistente.

No intuito de cumprir sua essência finalística, a ação deve se estruturar sobre um conjunto de técnicas processuais voltadas à efetiva e tempestiva proteção desses direitos, sob pena de sua inefetividade e da remanescência dos direitos materiais ao plano declaratório.

O direito de ação passa a ser visto como direito fundamental (processual), porquanto permite a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (permitindo-se impetração do Mandado de Segurança), a realização dos direitos fundamentais sociais, a satisfação dos direitos fundamentais de proteção, como ocorre com a tutela dos direitos do consumidor, além de servir como canal de participação do cidadão no poder, pelo ajuizamento da ação popular ou de outras espécies de ações.

Esse o fundamento teleológico do direito de ação, utilizado para satisfazer um fim e garantir efetividade aos direitos fundamentais materiais, quando violados ou mesmo quando simplesmente ameaçados de lesão. Pode-se dizer por isso que o direito de ação se encontra no rol dos direitos fundamentais, já que dele muitas vezes dependem os direitos fundamentais materiais no que tange à eficácia. Além disso, se o direito de ação decorre da proibição da tutela privada e se o Estado detém o monopólio da solução de conflitos e da tutela dos direitos (com raras exceções, como na hipótese de legítima defesa), daí decorre que assegurar o exercício do direito de ação transmuda-se em dever do Estado.

De todas essas decorrências surgem intrincadas relações entre os direitos fundamentais materiais e os direitos fundamentais processuais. Se por um lado os direitos fundamentais materiais incidem sobre o legislador (por dependerem de proteção normativa), sobre o administrador (que deve atuar na implementação, fiscalização e aplicação de punições no caso de inobservância) e sobre a jurisdição (com atuação específica da norma não observada ou para suprir omissão do

legislador), por outro lado os direitos fundamentais processuais vinculam a forma como o Estado deve proceder para viabilizar a efetividade da proteção dos direitos, regulando a relação entre o Estado e o particular.

O direito fundamental processual de ação, portanto, obriga o Estado a prestar a tutela jurisdicional, de maneira adequada, ao mesmo tempo em que depende do legislador, obrigando-o a traçar técnicas processuais diferentes para cada caso concreto, tais como as técnicas de antecipação de tutela, a previsão de meios executivos diferenciados, a criação de Juizados Especiais, todas hábeis a propiciar o julgamento do pedido de forma efetiva e capazes de atender as necessidades do caso concreto. Por isso é que ao criar deveres ao legislador, o direito fundamental de ação não se volta somente ao Estado-juiz, mas ao Estado em sua integralidade, ao menos no plano do direito interno.

Não obstante, garantir o pleno exercício do direito de ação tem como contrapartida a criação de um dever também em relação ao juiz, de forma ainda mais ampla, porquanto possui a obrigação de prestar a tutela jurisdicional adequada. Nesse sentido, nem mesmo a omissão de lei autoriza a omissão do juiz, à medida que deve suprir omissão legislativa para exercer sua função de maneira adequada.

Para que esse direito fundamental de ação possa ser plenamente satisfeito, o seu exercício possui corolários, de forma a que seja alcançado verdadeiramente o seu conteúdo teleológico. É o que se pode denominar direito ao processo justo, ou conteúdo mínimo do direito de ação. Nesse sentido, não basta garantir o direito de ação. Para que a ação possa cumprir efetivamente seu conteúdo teleológico de tutela dos direitos, ela deve ter atributos que lhe conferem uma maior extensão.

Trata-se do *direito fundamental ao processo justo*, outrora denominado devido processo legal, previsto nas principais constituições ocidentais e em tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos contida no Pacto de San Jose da Costa Rica (SARLET *et al.*, 2013), formando um corpo normativo que se pode chamar de *ius commune* em matéria processual.

O direito ao processo justo, que tem por objetivo assegurar a produção de uma decisão justa, configura-se como meio de exercer a pretensão à tutela jurídica e tem a justiça processual como condição de legitimidade. Essa legitimidade somente se configura quando o processo é contido de um *núcleo forte ineliminável*, ou um *conteúdo mínimo essencial*, ou *perfil mínimo* (SARLET *et al.*, 2013).

Esse conteúdo mínimo do processo, que garante a justiça processual, depende da presença de elementos como a colaboração do juiz, a tutela jurisdicional adequada e efetiva, a igualdade e paridade de armas, além de contraditório, ampla defesa, direito à prova, respeito aos princípios do juiz natural e da motivação das decisões, utilização de publicidade no procedimento, com duração razoável, assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.

São elementos do perfil mínimo que permitem aferir a justa estruturação do processo, funcionando como verdadeiros meios de controle da justiça processual, que obrigam o Estado a promover.

O direito ao processo justo e o conteúdo mínimo do direito fundamental processual compreendem o direito de acesso à justiça, em sua maior amplitude configurada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, na prescindibilidade de condicionamento da apreciação do pedido pela prévia petição em instância administrativa, bem como na garantia constitucional de assistência jurídica integral a ser prestada pelo Estado (SARLET *et al.*, 2013).

Compreende também a necessidade de previsão de procedimentos adequados, que garantam efetividade à tutela dos direitos materiais, sejam ou não direitos fundamentais, efetividade essa que deve se estender desde o direito ao julgamento até a garantia de uma execução efetiva. Compreende-se aqui a previsão pelo legislador de técnicas processuais adequadas à efetividade da preservação do direito material violado, a qual depende da capacidade do procedimento para atender ao direito material. Por isso a necessidade de previsão de procedimentos diversos, compatíveis com a tutela dos diferentes direitos.

A ideia de ação única era apenas reflexo dos valores do Estado liberal, que se preocupava unicamente com a previsão de ressarcimento em pecúnia, contexto em que o juiz se limitava a declarar a (in)existência de um direito, o que hoje iria de encontro aos princípios do Estado constitucional que, antes, tem por finalidade preservar a não violação dos direitos. Daí a necessidade de adequação da ação para viabilizar a obtenção de várias tutelas específicas. Essa efetividade também compreende o direito à duração razoável do processo e de previsão dos meios que garantem sua celeridade (SARLET *et al.*, 2013), porquanto a demora repercute sobre a efetividade da ação.

A nova conformação do processo civil, em consonância com os valores do Estado constitucional, determina que o processo não pode existir sem compromisso com a realidade social, motivo porque deve ser dotado de requisitos mínimos, ou de um conjunto de características hábeis a garantir a efetividade desses direitos, pois do contrário o processo seria incapaz de atender as novas realidades sociais.

Essa nova conformação é produto do Estado constitucional e transpassa sua própria existência, refletindo-se também na ordem jurídica internacional, que, assim como no campo dos Estados nacionais, possui um conjunto de direitos a serem protegidos, assegurados com o auxílio das Cortes supranacionais, de caráter regional ou internacional, em que também se manifesta o direito de ação.

## 2 O DIREITO DE AÇÃO EM UMA ORDEM JURÍDICA COSMOPOLITA

### 2.1 A evolução da concepção de jurisdição supranacional e dos sujeitos de Direito Internacional

Se comparada com a jurisdição edificada pelos Estados nacionais, a jurisdição supranacional é bastante recente, já que surgida com a experiência de Cortes regionais ou internacionais nascidas de forma extremamente heterogênea.

Especialmente ao longo do século XX, o direito internacional conheceu um desenvolvimento sem precedentes, culminando com a multiplicação de jurisdições posicionadas acima dos Estados, provocando o nascimento do que se pode chamar *ordem jurídica mundial*, contextualizada em uma era de transição do modelo de soberania para um modelo universalista, em que subsiste a coexistência das jurisdições internas e das jurisdições supranacionais, que já não podem funcionar de maneira isolada, dada a diversidade de temas a que são submetidas.

Pois essa concepção de jurisdição supranacional desponta exatamente da necessidade de regular a relação entre os povos e entre os Estados, em busca da solução pacífica de controvérsias e da preservação de direitos fundamentais mínimos que muitas vezes não são observados na ordem interna. O fortalecimento das jurisdições supranacionais decorre também do próprio reconhecimento por parte desses Estados acerca da necessidade de limitarem sua força em nome do equilíbrio da ordem internacional.

Se por um lado as jurisdições nacionais são ainda hoje fulcradas no paradigma inaugurado pela Paz de Vestfália, que fundou a era das codificações, contexto em que os Estados nacionais passaram a ser os protagonistas únicos do exercício da jurisdição, amparada no conceito de soberania, que tem como um dos corolários a ideia de que ao Estado são afetos todos os fatos ocorridos dentro de seus limites internos, por outro lado a emergência de temas que superam essas limitações impulsionaram o surgimento e o crescimento das Cortes supranacionais.

Essa necessidade de abandonar o modelo único de jurisdição nacional adveio principalmente de demandas como a imperiosa construção da paz e da justiça e a proteção dos direitos pertencentes a uma comunidade internacional de valores, no intuito de alicerçar um mundo civilizado e fortalecer o império da lei, passando pela construção de uma sociedade mundial e do que aqui se denomina ordem jurídica cosmopolita, cujos membros devem ser capazes de determinar a aproximação dos Estados e dos indivíduos de diferentes nacionalidades, no intuito de aperfeiçoarem suas relações.

O fim do século XVIII e início do século XIX foram marcados por um período de intensas guerras, de delimitação de territórios, culminando com o Congresso de Viena (1814-1815), que pode ser considerado como um primeiro marco na tentativa de criação de um meio de solução de controvérsias na ordem internacional. Posteriormente, com o fim da Guerra da Crimeia (1853-1856), as

Conferências de Paz de Haia de 1899 e 1907 reorganizaram o poder na Europa, fortalecendo as relações internacionais inclusive com os países americanos, que já se encontravam em estágio avançado de relacionamento interestatal,<sup>1</sup> destacando-se também o fim da primeira Guerra Mundial e a criação da Liga das Nações em 1919 e de sua Corte Permanente de Justiça, em 1922, que sofreu grande enfraquecimento com a eclosão da segunda Guerra Mundial, culminando com sua extinção formal em 1946 (MENEZES, 2013).

O fim da segunda Grande Guerra ocasionou um ambiente propício para a frutificação da justiça internacional, com o advento das Nações Unidas, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com a globalização econômica, fazendo surgir os mais diversos sistemas de solução de controvérsias internacionais, dentre os quais se inclui concorrentemente o papel das Cortes supranacionais, paralelo a outros mecanismos como a mediação, a via diplomática e as organizações internacionais.

Os vários conflitos internacionais que ocorreram até meados do século XX e especialmente as graves violações de direitos humanos cometidas tornaram imperativa a necessidade de se jurisdicionarizar o direito internacional, culminando com a multiplicação de instâncias decisórias em âmbitos regional e internacional, engendrando-se um contexto de adição às jurisdições nacionais, e não de concorrência em relação a elas, como explicitado por Antônio Augusto Cançado Trindade:<sup>2</sup>

A multiplicação de tribunais internacionais é, desse modo, um fenômeno alentador, ao prover foros adicionais de acesso à justiça e a realização da mesma, também, em nível internacional. Dever-se-ia centrar a atenção neste saudável desenvolvimento substancial, que é reflexo da expansão da aplicação do direito internacional em geral e da solução judicial em particular, em lugar de tentar – como alguns doutrinadores estão tentando fazer – criar um “problema” artificial a partir da preocupação tradicional com a delimitação de competências. As questões pleiteadas pela coexistência dos tribunais internacionais podem ser adequadamente examinadas através do diálogo entre os juízes internacionais e não a partir de autoafirmações infantis de uma suposta primazia (de um tribunal sobre os demais).

Assim é que o nascimento e desenvolvimento das jurisdições supranacionais veio a somar-se à função de solução de conflitos, em matérias específicas, muitas vezes não resolvidos pelas jurisdições nacionais. Muito embora inexista na seara internacional um quadro sistêmico em matéria jurídico-normativa, as Cortes internacionais podem ser divididas em (1) mecanismos jurídicos universais

---

<sup>1</sup> Pode ser apontada como primeiro exemplo de jurisdição internacional a Corte de Justiça Centro-Americana, criada em 1907 e extinta em 1918, formada por Estados Unidos da América, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua.

<sup>2</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C n. 118. Voto Razonado Antônio Augusto Cançado Trindade. §§ 42-45.

gerais,<sup>3</sup> (2) mecanismos jurídicos especializados,<sup>4</sup> (3) tribunais especializados universais<sup>5</sup> e (4) Tribunais *Ad Hoc*.<sup>6</sup>

Em muitas dessas Cortes, o direito de ação é exercido pelo Estado, o que varia em razão das diferentes competências *ratione materiae*.<sup>7</sup> Há Cortes, porém, em que se faz bastante presente o exercício da ação por parte dos nacionais de determinado Estado, com capacidade para postular a análise e a reparação de um direito próprio em face de um Estado.

Essa evolução se tornou possível na medida em que no âmbito do direito internacional se passou a entender que o indivíduo era sujeito de direito internacional, o que só ocorreu após o fim da II Guerra Mundial, com os julgamentos (em matéria penal), por duas Cortes Internacionais,<sup>8</sup> dos acusados de praticarem crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade.

Ao mesmo tempo em que Nuremberg superou paradigmas, como o rompimento do elo que ligava o indivíduo ao seu Estado nacional e impedia a sua responsabilização internacional, foi a partir dessa concepção que se sedimentou a possibilidade do exercício da ação por esses indivíduos, porquanto somente a partir de então passaram a ser considerados sujeitos de direito internacional, já que as relações internacionais travadas sob a ótica do modelo vestfaliano deixava, até então, a cargo exclusivamente dos Estados o trato das relações em nível supranacional.

É justamente dessa concepção que se pode entender por nascido o direito de ação nas Cortes Internacionais, enquanto direito instrumental capaz de assegurar e garantir efetividade aos direitos materiais pertencentes aos indivíduos, especialmente em matéria de direitos humanos assegurados por tratados internacionais.

---

<sup>3</sup> Corte Permanente de Arbitragem e Corte Internacional de Justiça.

<sup>4</sup> Incluídos aqui os Tribunais Especializados Regionais: Tribunal de Justiça da União Europeia, Tribunal Andino, Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, Órgão de Solução de Controvérsias do NAFTA, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Corte Centro-americana de Justiça e Corte de Justiça do Caribe.

<sup>5</sup> Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos, Tribunal Internacional do Direito do Mar e Tribunal Penal Internacional.

<sup>6</sup> Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Especial para Serra Leoa e Tribunal Especial para o Líbano.

<sup>7</sup> Nas Jurisdições Penais Internacionais não se fala em direito de ação por parte dos indivíduos, ou mesmo em Cortes como o Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem competência para resolver controvérsias entre os Estados.

<sup>8</sup> O Tribunal Internacional de Nuremberg e o Tribunal Internacional de Tóquio.

## 2.2 O direito (instrumental) de ação nas Cortes Internacionais

Na comunidade internacional atual há diversas experiências de Cortes Internacionais que asseguram o exercício do direito de ação aos sujeitos individualmente considerados.<sup>9</sup>

A Corte Europeia de Direitos Humanos, criada em 1959, expoente do desenvolvimento da teoria do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Europa e nascida da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos, assinada em Roma em 1950, tem por competência zelar pela observância dos direitos previstos na própria convenção, cabendo não somente aos Estados, mas também aos indivíduos postularem perante seus juízes, o que lhe torna um avançado mecanismo jurisdicional por ser acessível aos cidadãos (RENUCCI, 2005).

No contexto das Américas, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, semeou um terreno favorável para a posterior assinatura da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – conhecida como Pacto de São José da Costa Rica – de 1969, que criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência para receber ações de pessoas físicas ou jurídicas em relação a violações de direitos ocorridas no âmbito dos Estados nacionais, mediante própria apresentação de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Embora limitado, existe também previsão de direito de ação pelos indivíduos junto à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que poderão ajuizar demandas desde que autorizados previamente pelos Estados envolvidos na lide, centrando-se a capacidade postulatória na Comissão Africana, nos Estados membros do seu protocolo de criação e nas organizações africanas intergovernamentais. A Corte possui competência consultiva e contenciosa, buscando primeiramente uma solução amistosa entre as partes (PIOVESAN, 2006).

A Corte de Justiça do Caribe também admite a apresentação de petições por indivíduos, muito embora restrita a pedidos de interpretação e de aplicação do Tratado Constitutivo da Comunidade do Caribe (*Caribbean Community – Caricom*).<sup>10</sup>

O Tribunal Internacional do Direito do Mar, criado pela Convenção de Montego Bay, em 1982, com sede em Hamburgo na Alemanha, que tem por competência a aplicação de matérias previstas na própria convenção e a outros acordos multilaterais sobre Direito do Mar, tais como a liberação de embarcações, pode ser acessível tanto por Estados quanto por pessoas jurídicas de direito privado e pessoas naturais (RIMABOSCHI, 2006).

---

<sup>9</sup> Não é o caso, por exemplo, da Corte Internacional de Justiça, acessível unicamente a Estados. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

<sup>10</sup> CARIBBEAN COURT OF JUSTICE. Disponível em: <<http://www.caribbeancourtofjustice.org>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

Em todas as Cortes referidas, é possível visualizar a possibilidade de exercício do direito de ação pelos indivíduos, enquanto direito instrumental de garantia à efetividade dos direitos materiais previstos em tratados internacionais, razão pela qual o exercício do direito de ação é aqui também visto como direito fundamental processual, prerrogativa que se estende desde o direito interno até o direito internacional.

### **2.3 A inserção do direito de ação em uma comunidade internacional de valores**

Por se tratar de direito inalienável, sem o qual a efetividade dos demais direitos não se opera, pode o direito de ação ser inserido no que hoje se denomina comunidade internacional de valores. Essa comunidade internacional de valores constitui-se num núcleo mínimo de prerrogativas que pertencem a toda a humanidade, e sem a qual inexistente qualquer espécie de ordem jurídica e respeito aos direitos mínimos.

Trata-se de valores que se encontram no seio da comunidade humana mundial, que começa a emergir, mediante a interseção de comunidades nacionais, infranacionais e regionais e da comunidade dos Estados, resultantes de dinâmicas complexas, em que os princípios e regras especialmente de direito humanitário refletem considerações elementares de humanidade largamente reconhecidas como o mínimo obrigatório para a conduta de conflitos e violações (DELMAS-MARTY, 2007).

Refere-se a um direito que não se identifica unicamente com uma determinada nação, mas que por possuir uma tal dimensão ética, relaciona-se com valores comuns que humanizam essas comunidades humanas em uma escala mundial, encontrando-se acima dos relativismos culturais e que por serem tão elementares e mínimos podem ser universalizados. Impõe-se aqui uma distinção, à medida em que não se está a referir ao direito interestatal, nascido do direito das gentes, mas sim de um direito universal, de natureza supraestatal, de origem cosmopolita, que revela uma unificação a todas as pessoas:

Une première distinction s'impose en effet entre le droit international de nature interétatique, né de l'ancien *jus gentium* ou droit des gens, et le droit universel, de nature supraétatique, venu du droit cosmopolitique cher à Kant qui désigne ainsi le droit « dans la mesure où il porte sur l'unification possible de tous les peuples, relative à certains lois universelles » (DELMAS-MARTY, 2004).

Nesse patamar pode ser inserido o direito de ação enquanto bem comum, na medida em que a comunidade que não o reconhece perde seu caráter de humanidade e de garantidora de direitos mínimos, razão pela qual o reconhecimento do direito de ação em todas as comunidades humanas o inclui em um núcleo de direito comum.

Essa inserção do direito de ação em uma comunidade internacional de valores obriga a que em todos os âmbitos das Cortes supranacionais em que se

possibilita o exercício do direito de ação pelos indivíduos sejam harmonizadas as regras procedimentais e de garantia no âmbito do processo, de forma a garantir-lhe também um conteúdo mínimo, ou um núcleo mínimo comum também em seara internacional.

A harmonização do processo civil pelos países da União Europeia, por exemplo, torna-se uma necessidade a partir do momento em que as disparidades procedimentais de um país em relação a outro criam uma espécie de concorrência ou um sério entrave em sede jurisdicional, caso em que essa aproximação encontra fundamento nas próprias disposições dos tratados fundadores da União Europeia, bem como naqueles cronologicamente posteriores, mas que reforçaram o sentido de uma comunitarização crescente (CADIET, 2013). O primeiro desses direitos é justamente o direito de acesso a um Tribunal hábil a formar um direito comum:

À la seule évocation du “droit d’accès à un tribunal”, l’attention se tourne irrésistiblement vers la Convention européenne des droits de l’homme et la jurisprudence qui s’est greffée sur elle. À juste titre. C’est, de loin, l’instrument le plus fréquemment invoqué. C’est dans le domaine ainsi couvert que, la multiplicité des applications aidant, la matière a été la plus fouillée. Le même droit apparaît aussi, quoique sous une dénomination différente, en droit constitutionnel et en droit de l’Union. Pour formellement distincts qu’ils soient, les fondements de ces droits sont, en substance, absolument identiques (CADIET, 2013).

Pois o direito de acesso à justiça, não só no quadro da União Europeia, mas acima de tudo de forma universal, comporta o direito de acesso a todo e qualquer tribunal, especialmente às Cortes Internacionais que permitam o direito de ação aos indivíduos, em decorrência de violações a direitos seus, reconhecidos no plano do direito material, também por uma ordem jurídica verdadeiramente cosmopolita, na seara dos tratados internacionais.

Trata-se do direito de acesso às jurisdições internacionais, que por certo ainda possui muitos desafios a serem vencidos até seu amplo reconhecimento, a começar pelo fato de que a justiça internacional se constitui em uma justiça consentida, que se inicia pela própria anuência dos Estados em criarem a jurisdição, pela via das convenções internacionais. Ademais, muitos conflitos, lesões ou ameaças de lesões a direitos podem não encontrar seu lugar nas jurisdições internacionais, em razão de sua competência restrita (GUINCHARD, 2007).

Contudo, ainda que restrito a questões como a limitação de competência, o direito de ação na esfera supranacional também comporta um núcleo mínimo de prerrogativas, capazes de formar um direito comum em matéria processual internacional, haja vista que são exigências inerentes ao exercício do direito de ação perante uma Corte supranacional prerrogativas como a independência e a imparcialidade do juiz e a observância de garantias ao procedimento.

Visto sobre outra ótica, mais precisamente a partir do plano do direito comparado, também no quadro dos Estados nacionais o direito de ação observa, ou pelo menos deve observar esse núcleo mínimo de garantias, hábeis a lhe conferir a

nota de um direito comum em matéria processual, assim denominado de *modèle universel de procès équitable*, posto que “*le droit à un procès équitable, le “due process of law”, ou encore le ‘right to a fair trial’, constituent le critère principal d’un État de droit*” (GUINCHARD, 2007).

Já por essa razão o direito de ação, nele contido um núcleo mínimo de direitos, possui conteúdo universalizável, só por si capaz de inseri-lo em uma comunidade internacional de valores, mesmo que analisado somente pela via dos direitos nacionais comparados entre si.

Todas essas acepções do direito de ação, quer no plano do direito de acesso às Cortes Internacionais pelos indivíduos, quer no plano dos direitos nacionais que devem comportar um núcleo mínimo de garantias, inserem o direito ao processo justo (composto do direito de ação somado às garantias de uma jurisdição equitativa) no plano de uma comunidade de valores enquanto direitos inalienáveis em toda e qualquer sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de toda a evolução do conceito do direito de ação a partir do próprio desenvolvimento das concepções e das funções do Estado, desde a época do Estado liberal até a edificação do Estado social, aporta-se a ideia de direito de ação como um dos fundamentos do Estado constitucional, cujo escopo é exatamente assegurar a tutela dos direitos fundamentais.

Paralelamente a essa função dos Estados nacionais, processos de regionalização e internacionalização de alguns direitos, que hoje compõem o direito internacional dos direitos humanos, passaram a tornar superada a ideia de jurisdição nacional como *ultima ratio* da proteção aos indivíduos, sobrepujando o nascimento e o desenvolvimento das jurisdições supranacionais, regidas por uma ordem jurídica de corte cosmopolita.

Desse contexto advêm instâncias complementares de proteção aos direitos materiais, tanto os previstos pela ordem interna quanto os previstos por meios de tratados multilaterais.

Assim é que, se por um lado o Estado tem o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição, daí decorrendo as tutelas normativa, administrativa e jurisdicional dos direitos, de outra parte há direitos que também são tutelados por uma ordem supranacional, em decorrência de sua natureza de direitos mínimos fundamentais ou de prerrogativas advindas do direito internacional dos direitos humanos.

Se a jurisdição tem a função de tutelar esses direitos (fundamentais ou não), garantindo-lhes efetividade, como laços entre o processo e o direito material, essa eficácia se consubstancia tanto nos planos do direito interno quanto no plano do direito internacional.

Sob ambas as óticas, o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material, interno ou internacional, devendo haver entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais uma relação de adequação, de modo a serem capazes de propiciar a efetiva prestação da tutela concebida pelo direito material. Tal só é possível mediante o exercício do direito fundamental processual de ação, que tem como corolários o direito às técnicas processuais adequadas à proteção das várias necessidades do direito material e o direito à construção da ação adequada à tutela do direito material.

Diante de sua importância no contexto da efetividade desses direitos materiais, o direito fundamental processual de ação, com seus corolários e padrões mínimos hábeis a garantir o processo equitativo, insere-se em uma comunidade internacional de valores, quer no que tange ao direito de acesso às Cortes Internacionais, quer no que diz respeito ao direito interno dos Estados, que devem conter normas aptas a propiciar o direito ao processo justo.

Se de um lado os ordenamentos jurídicos nacionais ainda são discrepantes no que tange ao regramento mínimo do direito de ação e se ainda se está distante de um verdadeiro direito comum em matéria processual civil, é possível perceber-se a latência de uma ultrapassagem em direção a um novo paradigma, por via da complementaridade entre as jurisdições nacionais e supranacionais, de forma a reconhecerem o direito de ação como verdadeiro metavalor, com garantias que devem ser reconhecidas em ambos os planos.

Sendo a comunidade internacional de valores um núcleo mínimo de direitos pertencentes a toda a humanidade, contida de sobreprincípios inalienáveis, e sendo o direito de ação a garantia da efetividade de todos os demais direitos, sem o qual esses permaneceriam apenas no plano declaratório, tem-se como decorrência a imperativa inserção do direito de ação como prerrogativa que compõe esse núcleo mínimo de valores, e que deve ser garantido como imperativo de estabilidade do Estado constitucional, no plano do direito interno, e da própria ordem jurídica internacional.

## REFERÊNCIAS

CADIET, Loïc *et al.* *Théorie générale du procès*. 2. édition mise à jour. Paris: Presses universitaires de France, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE. Disponível em:  
<<http://www.caribbeancourtjustice.org>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de

noviembre de 2004. Serie C n. 118. Voto Razonado Antonio Augusto Cançado Trindade. §§ 42-45.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.

\_\_\_\_\_. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2007.

GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel droit commun et droit comparé du procès équitable*. Paris: Dalloz, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*. Trad. Pere Fabra, Daniel Gamper Sachse e Luis Déz. Barcelona: Paidós, 2000.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais*. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RENUCCI, Jean-François. *Introduction to the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2005.

RIMABOSCHI, Massimiliano. *L'unification du droit maritime: construction d'un ordre juridique maritime*. Marseille: Press universitaires d'aix\_marseille, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Recebido em 25.06.2018

Aceito em 02.08.2018

## AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

### *THE GROUNDS FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY ENVISAGED IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

Priscilla Camargo Santos<sup>I</sup> 

João Daniel Vilas Boas Taques<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Ponta Grossa, PR, Brasil;  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil.  
(Doutora em Direito).

<sup>II</sup> Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Ponta Grossa, PR, Brasil.  
(Mestrando em Direitos Humanos e Democracia).

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 As excludentes de responsabilidade previstas no artigo 31 do Estatuto de Roma. 1.1 Enfermidade ou deficiência mental. 1.2 Intoxicação. 1.3 Legítima defesa. 1.4 Coação e estado de necessidade. 2 As demais excludentes previstas no Estatuto de Roma. 2.1 O erro. 2.2 A obediência hierárquica e as disposições legais. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** Este artigo tem como principal objetivo abordar de maneira pormenorizada as excludentes de responsabilidade previstas no Estatuto de Roma. Para tanto, foram analisados diversos teóricos de Direito Internacional Penal, buscando-se sempre identificar o entendimento de cada um deles sobre as excludentes aqui abordadas. Após o estudo, foi possível concluir que, no que pese os diferentes matizes teóricos dos estudiosos, a doutrina internacional penal se mostra em relativa harmonia, apresentando problemas e críticas semelhantes. Foi possível notar, ainda, a pouca aplicabilidade concreta dessas excludentes ao longo da história do Direito Internacional Penal, ponto esse muito criticado pela doutrina como um todo.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Penal. Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional. Excludentes de Responsabilidade.

**Abstract:** The main objective of this paper is to approach in details the grounds for excluding criminal responsibility in the Rome Statute. Therefore, an amount of authors in International Criminal Law from several countries were studied, always seeking to highlight the opinion of each of them on the subjects discussed here. After the study, it was possible to conclude that, despite the different nationalities of those authors, the international criminal law doctrine shows itself in relative harmony, with similar thoughts and criticisms. It was also possible to notice little applicability in concrete cases of these exclusions throughout the history of the International Criminal Law, a point that is very criticized by the doctrine as a whole.

**Keywords:** International Criminal Law. Rome Statute. International Criminal Court. Grounds for excluding criminal responsibility.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo não pretende abordar os prós e contras do Tribunal Penal Internacional, nem fazer uma análise de seus tipos legais, mas tão somente tratar do

estudo das chamadas “excludentes de responsabilidade internacional” previstas no Estatuto de Roma, documento constituinte do Tribunal Penal Internacional. Essas ferramentas de defesa têm se mostrado um assunto deveras conflituoso no âmbito do Direito Internacional Penal, em razão, principalmente, da sua pouca aplicabilidade no caso concreto. De todo modo é dentro desse panorama de incerteza, quanto ao alcance prático do instituto, que se devem desenvolver os limites teóricos.

Afinal, todo o esforço histórico se justifica na busca de uma justiça internacional ou, ao menos, à proteção pela integridade da pessoa humana que passou a ser um objetivo a ser concretizado. Assim, não obstante o fato de o Tribunal Penal Internacional se reservar a julgar apenas os principais responsáveis pelos mais abomináveis crimes, nem por isso serão preteridos os princípios que orientam a maioria dos sistemas jurídicos ao redor do mundo, tais como o da ampla defesa, do contraditório e outras garantias penais. Inclusive, a aplicação de princípios nacionais, como garantias, está previsto no próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 21, item 1.c. Nesse sentido é que se incumbe analisar as excludentes previstas no Estatuto de Roma.<sup>1</sup>

O olhar sobre o fenômeno das excludentes de responsabilidade permite ressaltar uma aparente harmonia no plano teórico na doutrina internacional, justamente por sua pouca aplicabilidade no mundo fático, o que não impede novos estudos sobre o assunto. Assim, busca-se compreender neste trabalho como se manifesta no plano do direito internacional penal, notadamente do Tribunal Penal Internacional, dada sua importância global, as excludentes de responsabilidade elencadas nos artigos 31 a 33 do Estatuto de Roma.

A escassez de doutrina nacional sobre o assunto justifica o estudo e orienta o desenvolvimento de teorias que auxiliem a compreensão das excludentes de responsabilidade no plano internacional. Assim, serão abordadas, no presente artigo, as excludentes previstas no artigo 31 do Estatuto de Roma que é o que concentra o maior número dessas defesas, bem como as regras gerais aplicadas às excludentes de maneira geral, o artigo 32, que dispõe sobre o erro de fato e erro de direito e o artigo 33, que trata da obediência hierárquica.

## **1 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO ARTIGO 31 DO ESTATUTO DE ROMA**

O marco inicial das excludentes no Estatuto de Roma está elencado no artigo 31.<sup>2</sup> O *caput* do referido dispositivo já dispõe que o artigo 31 não regula de

---

<sup>1</sup> Destaque-se que no âmbito do Tribunal Penal Internacional, conforme o item 2 do artigo 25 do Estatuto, os indivíduos são considerados responsáveis. Assim, a responsabilidade penal internacional se dará de forma individual, em consonância com a ideia de que é o indivíduo que pratica crimes internacionais e não entidades abstratas, como Estados ou organizações.

<sup>2</sup> Art. 31: 1. Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:

modo exaustivo as excludentes de responsabilidade. Os artigos 32 e 33, por exemplo, também tratam de possíveis excludentes de responsabilidade, como o erro de fato ou de direito e a decisão hierárquica.

Em seguida, em seu item 2, o artigo 31 determina que o Tribunal terá discricionariedade quando da possibilidade de aplicação das excludentes de responsabilidade no caso concreto. Para parcela dos teóricos internacionais este dispositivo seria um juízo de admissibilidade, segundo o qual o Tribunal teria o poder de avaliar se a excludente arguida seria aplicável ao caso concreto (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010). Para outros, como Kai Ambos (2008), tal dispositivo permite à Corte encontrar uma solução adequada ao caso concreto.

O item 3 determina que o Tribunal não precisa se limitar apenas às excludentes previstas no Estatuto de Roma, podendo fundamentar a aplicação de outras excludentes, de acordo com o artigo 21 do mesmo documento, como os princípios e normas de direito internacional geral, bem como as normas e princípios encontrados nos mais variados direitos nacionais. Se por um lado tal dispositivo permite o entendimento da desnecessidade da enumeração específica das excludentes no corpo do documento (ALMEIDA, 2009), por outro, se interpreta como uma porta de ingresso para outras situações concretas que possam surgir e não estejam abarcadas pelo artigo (AMBOS, 2008).

Não se pode ignorar que qualquer que seja a interpretação pela doutrina desse dispositivo, a imprecisão da norma no plano do direito internacional penal é

- 
- a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;
  - b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;
  - c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;
  - d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se proponha evitar. Essa ameaça tanto poderá:
    - i) Ter sido feita por outras pessoas; ou
    - ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.
2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão aplicáveis no caso em apreço.
  3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual. (BRASIL, 2002).

demasiado perigosa. O princípio da legalidade deve ser trasladado ao plano internacional em todas as suas vertentes (*lex scripta, stricta, certa e praevia*) para que se atenda as aspirações de uma justiça penal internacional, sob pena de ser burlada a proteção aos direitos fundamentais.

### 1.1 Enfermidade ou deficiência mental

Dispõe a alínea *a* do item 1 do artigo 31 do Estatuto que estará abarcado pela excludente de responsabilidade aquela pessoa que “sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei”. Esse dispositivo pode ser separado em três partes: a incapacidade de entender a natureza de sua conduta; a incapacidade de compreender a ilicitude da conduta; e a capacidade de entender a natureza e a ilicitude da conduta, mas a incapacidade devido à doença mental de resistir ao impulso e atuar conforme o entendimento (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010).

Segundo o direito e a jurisprudência norte-americana a exculpação por insanidade ocorre quando

Uma pessoa não é responsável por uma conduta criminosa se, no momento de tal conduta como resultado de doença mental ou defeito, ele não possui capacidade substancial para apreciar a criminalidade (ilicitude) de sua conduta ou para conformar sua conduta com os requisitos da lei (GILBERT, 2006).

Há, contudo, uma observação a ser feita. A tradução para o português do Estatuto de Roma determina que a enfermidade ou doença mental *prive* a pessoa de suas capacidades para avaliar a ilicitude ou a natureza de sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta de modo a não violar a lei. O texto original, em inglês, por sua vez, determina que a essa capacidade do agente deve estar destruída (“The person suffers from a mental disease or defect that destroys that person's capacity...”), sendo essa uma palavra que importa numa condição muito mais gravosa do que mera privação. Para Gilbert (2006), “a defesa de insanidade se refere a uma destruição da capacidade do acusado, e tal aniquilação levaria a uma absolvição, enquanto que a defesa de capacidade mental diminuída se refere apenas a um comprometimento da capacidade mental” (tradução nossa).

A mera diminuição da capacidade para compreender a natureza ou ilegalidade da conduta não é uma excludente no Tribunal Penal Internacional, e também não encontra espaço na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010). No mesmo sentido, Darcy (2011) entende que a diminuição da capacidade mental não é passível de se evitar a condenação, o que não impede uma mitigação na sentença.

Para Ferreira de Almeida (2009, p. 455-456), certas condições se fazem necessárias para que se verifique, no caso concreto, a excludente de responsabilidade por incapacidade mental. Assim,

Constituem seus requisitos básicos, um estado mental *defectivo* e, em consequência dele, a privação da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da conduta (dimensão cognitiva) ou da capacidade para controlar essa conduta, em ordem a não ser violada a lei (dimensão volitiva). Evidente se torna, pois, que – divergindo, nesse aspecto, o Estatuto de Roma de algumas legislações penais nacionais – a exclusão da responsabilidade criminal não poderá resultar, por força da alínea a) do n.º 1, de uma mera perturbação psicológica ou emocional momentânea. Em jogo deverá estar, por conseguinte, uma qualquer (e não uma específica) enfermidade ou deficiência mental de que padeça o agente, sem que, todavia (*et por cause*), sejam suficientes, para efeitos do normativo em apreço, dos distúrbios mentais *efêmeros* ou esporádicos (*sic*).

Contudo, alguns autores entendem que o Tribunal não deve levar essa “destruição” da capacidade mental como algo total. Eser (2008, p. 875) entende que

Para dar às testemunhas uma orientação apropriada e viável, e conceder aos réus portadores de doenças mentais uma chance justa de se argumentar a incapacidade, a capacidade mental “destruída” pode residir entre a incapacidade substancial e a absoluta das habilidades cognitivas ou volitivas.

Darcy (2011, p. 4) ainda leciona que, nos casos práticos, a incapacidade mental é, na verdade, avaliada antes do julgamento. Isso porque eventual incapacidade mental pode lhe importar em um prejuízo durante o julgamento, ferindo assim, por exemplo, o princípio da ampla defesa ou até mesmo uma resposta efetiva do tribunal. O autor cita o caso Kovačević do Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia, em que o Tribunal entendeu que o acusado “não tinha a capacidade para entrar em plenário e enfrentar julgamento, sem prejuízo de futuros procedimentos criminais contra ele, caso a sua condição mental mudasse”.

Por fim, as críticas que se fazem ao Estatuto de Roma são de que, apesar de apresentar a excludente de responsabilidade por insanidade mental, não se manifesta quanto à destinação do indivíduo. No direito pátrio, por exemplo, a absolvição por insanidade mental pode resultar em uma absolvição imprópria, que acarreta uma medida protetiva. Para Gilbert (2006), é lamentável que o Estatuto de Roma não aborde a situação do acusado considerado deficiente mental, nesse sentido a Anistia Internacional se manifestou de que caberá ao Estatuto estabelecer procedimentos adequados e em conformidade com o direito internacional nesses casos.

## 1.2 Intoxicação

Em seguida, na alínea *b* do item *I* do artigo 31 o Estatuto de Roma determina que não será responsável no âmbito internacional penal aquele que estiver em

estado de intoxicação que o prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder (BRASIL, 2002).

Segundo Ferreira de Almeida (2009), tal ponto foi de extrema controvérsia quando da elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Conforme leciona o autor, há uma grande diferença entre a cultura dos Estados ocidentais e dos Estados islâmicos em relação ao consumo do álcool, sendo que para estes últimos a ingestão de bebidas alcoólicas é uma circunstância agravante, enquanto que para aqueles, é uma atenuante. À época, a Organização das Nações Unidas emitiu um documento em que relatava as negociações para esse dispositivo em específico:

Algumas delegações têm dúvidas sobre aceitar a intoxicação voluntária como motivo para excluir a responsabilidade criminal. Chegou-se a conclusão que a intoxicação voluntária como motivo para excluir a responsabilidade penal geralmente não se aplica em caso de genocídio ou crimes contra a humanidade, mas pode ser aplicada a atos isolados que constituem crimes de guerra. Uma delegação considerou que não se devem diferenciar os tipos de crimes (NAÇÕES UNIDAS, 1998).

A intoxicação, segundo o Black's Law Dictionary (1979), é aquele estado em que o acusado, pelo uso de substâncias tóxicas, como álcool e drogas, não se encontrava no "uso normal de suas faculdades físicas ou mentais, tornando-o incapaz de agir da maneira em que um homem ordinariamente prudente e cauteloso, em plena posse de suas faculdades, usando cuidados razoáveis, agiria sob condições semelhantes" (tradução nossa). Tal excludente é assim considerada porque, quando do momento do fato, o agente não apresentava a capacidade para entender que aquele fato era um ilícito internacional penal ou para se orientar de maneira a não cometer tal ilícito.

Tal qual na excludente abordada anteriormente, é preciso, aqui, que haja uma total destruição da capacidade do agente. Exige-se, portanto, que a intoxicação destrua a capacidade de entendimento quanto ao ato ilícito ou a capacidade de controlar-se, conforme os requisitos da lei (ESER, 2008).

De outro modo, resta fazer algumas observações quanto à parte final da alínea em análise. Ao se ressaltar os casos em que "se tenha intoxicado

voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder” o Estatuto de Roma consagra o princípio da *actio libera in causa*. Tal princípio pressupõe capacidade de culpabilidade na ação precedente, em que o autor deliberadamente se coloca em estado de incapacidade, com intenção de realizar a conduta típica. A conduta em que consiste esse injusto não é livre no ato, e sim livre na sua causa. Para Ferreira de Almeida (2009, p. 457),

tal princípio se destina a prevenir as intoxicações de má-fé, quer dizer, aquelas sob cujo efeito o agente voluntariamente se coloca com o fito de cometer um crime, invocando, mais tarde, esse estado como fundamento de exclusão de sua responsabilidade.

Segundo Bitencourt (2014), a *actio libera in causa* ocorre quando “o agente coloca-se voluntariamente em um estado de inimputabilidade que representa um risco não permitido para o bem jurídico, que é, previsivelmente, adequado para a produção do resultado típico”. Existem duas teorias sobre a *actio libera in causa*, a *teoria da exceção* que considera uma exceção ao princípio da capacidade de culpabilidade no momento do fato, pautada no direito costumeiro,<sup>3</sup> e a *teoria do tipo*, que fundamenta a atribuição do resultado típico ao autor no momento de capacidade de culpabilidade anterior ao fato, determinando o resultado típico e não ao momento posterior do fato (SANTOS, 2006).

Para Eser (2008, p. 877) o Estatuto de Roma

tenta prevenir um estado de incapacidade de *mala fide*, como seria caso a lei penal tolerasse que uma pessoa se colocasse em um estado de não responsabilidade por meio de intoxicação com o objetivo de cometer um crime e, mais tarde, invocasse sua falta de capacidade como motivo para excluir a responsabilidade (tradução nossa).

Assim, ao adotar esse princípio, o Estatuto de Roma impediu que a colocação voluntária do agente em um estado de intoxicação gerasse uma possível excludente de responsabilidade.

Em que pese a aceitação da teoria da *actio libera in causa* pela maior parte da doutrina estrangeira, ela não se apresenta livre de críticas. A principal seria a de que constituiria uma violação ao princípio da reserva legal. Nesse sentido entendem Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 529), ao sustentar que colocar-se em estado ou situação de inculpabilidade exige a tipicidade objetiva. Assim, não se verifica a conduta típica de homicídio no ato de beber, tratando-se apenas de um ato

---

<sup>3</sup> Para Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 294), a teoria da exclusão é “incompatível com o princípio da legalidade, que exclui o direito costumeiro como incriminação de condutas, e com o princípio da culpabilidade, porque dolo e imprudência não determinam o fato, nem fundamental a reprovação de culpabilidade”.

preparatório atípico.<sup>4</sup> Inexistindo a tipicidade objetiva, pois o que existe é a vontade de beber e embriagado realizar o tipo objetivo, esse desejo não pode se configurar como dolo, pois lhe “falta toda tipicidade objetiva em que assentar-se”. Para os autores, ao se aceitar a teoria da *actio libera in causa*, teria que se admitir que há culpabilidade sem tipicidade, o que é insustentável.

### 1.3 Legítima defesa

Dispõe o artigo 31, item 1, alínea c, do Estatuto de Roma que estará abarcado pela excludente de responsabilidade aquele que:

Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea (BRASIL, 2002).

Tal dispositivo pode ser dividido em duas partes: a primeira determina em que condições se dará a legítima defesa, sem divisão entre eles, enquanto que a segunda determina que esta não se confunde com a legítima defesa do Estado. Faz-se mister, portanto, uma abordagem dessas duas partes, uma vez que possuem explicações e fundamentos diversos. Por motivos didáticos, abordar-se-á antes a segunda parte, e somente então a legítima defesa em si do indivíduo.

Em relação à última parte, o dispositivo em apreço determina que a participação em uma força de defesa do Estado não configura, por si só, uma excludente de responsabilidade criminal individual. Note-se que a legítima defesa do Estado é, atualmente, um direito assegurado pela lei internacional, tanto a positivada quanto a costumeira (GILBERT, 2006). Contudo, a legítima defesa do Estado não implica, automaticamente, que seus agentes de defesa estão abarcados pela excludente de responsabilidade. Nesse sentido, aduz Ferreira de Almeida (2009, p. 461):

Bem se compreende que a participação numa força que leve a cabo uma operação de defesa não confira, em si mesma, qualquer título de exoneração da responsabilidade criminal individual. Antes, para que isso suceda, terá a

---

<sup>4</sup> Aduzem os autores: “[...] quando alguém está em um bar, bebendo na companhia de outras quinze pessoas, por maior que seja a sua vontade de embriagar-se para matar seu rival no amor, sua conduta em nada se distingue da dos quinze bebedores restantes, não se podendo, ainda neste caso, falar de começo de execução. Se neste momento fosse ele detido pela polícia, não haveria juiz na Terra capaz de condená-lo por tentativa de homicídio, porque há uma total ausência de tipicidade objetiva” (ZAFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 529).

conduta do agente de se confinar dentro dos limites assinalados ao conceito de legítima defesa pela proposição inicial da alínea c.

O professor português, ainda, é da posição que o mesmo entendimento vale no sentido contrário, em que o reconhecimento de legítima defesa para o indivíduo não implica, necessariamente, em reconhecimento da legítima defesa do Estado, apesar de esta ainda não ser uma posição pacífica na doutrina.

A legítima defesa em si, por sua vez, segundo uma leitura atenta ao dispositivo em análise, é quando o agente age em defesa de direito próprio ou de terceiro contra um uso iminente e ilegal de força, sendo que essa defesa deve se dar de maneira proporcional. Para Darcy (2011, p. 4), “não se espera que um indivíduo permaneça ocioso enquanto um crime é cometido contra a sua pessoa ou propriedade, embora haja limites óbvios para a extensão de força que a vítima pode usar para acabar ou impedir a comissão de um crime” (tradução nossa). No Direito pátrio, Bitencourt (2014, p. 423) aponta que a legítima defesa possui dois fundamentos, que podem ser aplicados também ao Direito Internacional Penal: “de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão injusta; de outro lado, o dever de defender o próprio ordenamento jurídico, que se vê afetado ante uma agressão ilegítima”.

Ferreira de Almeida (2009) entende que a alínea c do item 1 do artigo 31 pressupõe a existência de quatro requisitos básicos: que o agente atue em resposta a um ataque iminente ou já desencadeado contra sua vida, vida de terceiro ou contra um bem que seja essencial a uma missão militar; que não haja outra forma de impedir o ataque; que a atuação ilícita do autor não tenha sido provocada por aquele que se age em legítima defesa; e, por fim, uma resposta proporcional à ofensa. Gilbert (2006), por sua vez, entende que são três os requisitos: que o ato de legítima defesa tenha sido razoável; que essa resposta tenha se dado em razão de um ataque iminente e injusto; e que a resposta tenha sido proporcional ao grau de perigo. Em que pese essas diferenças, abordaremos os requisitos aceitos de forma ampla pela doutrina.

Sobre o requisito temporal, a atuação do que age sob a excludente deve se dar frente a um ataque iminente ou que já tenha se iniciado. Segundo Ferreira de Almeida (2009, p. 460),

do que não se duvida é de que terá de estar-se perante um ataque iminente, *actual* ou perdurante, não podendo a reacção ocorrer demasiado cedo (em face de uma remota ameaça) ou demasiado tarde (uma retaliação a um ataque já consumado e bem sucedido) (*sic*).

Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst (2010, p. 409) se manifestam no sentido de que: “O que é ‘iminente’ é caso de apreciação, embora o artigo 31 (1) (c) deixe claro que o indivíduo não deve esperar que outra pessoa o ataque (tradução nossa)”. O Direito Penal pátrio, por sua vez, faz distinção entre atual e iminente, sendo atual aquela que está acontecendo e iminente a que está em vias de acontecer (BITENCOURT, 2014).

Outro requisito é o de que a resposta deve se dar a um ataque injusto ou ilícito. Nesse sentido, destaca Eser (2008, p. 881):

Como um terceiro requisito, o uso da força tem que ser ilegal. Expandindo a distinção acima mencionada entre ações "pessoais" e "operacionais", a ilegalidade do "uso da força" nos termos do parágrafo 1 (c) não deve ser confundida com a legalidade ou ilegalidade de um compromisso coletivo. O parágrafo 1 (c) está preocupado com a ilegalidade do ataque individual, enquanto que é indiferente ao fato de este ataque ser parte de um campo coletivo legal ou ilegal. Assim, o uso da força é "ilegal" se não for justificado por lei ou por qualquer outra permissão ou ordem legalmente válida (tradução nossa).

Cumpra mencionar que há posicionamentos que entendem que não haveria que se falar em legítima defesa para aqueles ataques sob a excludente prevista nos itens anteriores, como insanidade mental e intoxicação. Contudo, a defesa contra o deficiente mental ou altamente intoxicado deve ser aceita, nesse sentido seria de grande valia a distinção entre justificativa e exculpação. O que age em justificativa não está atuando ilegalmente, enquanto que os considerados exculpados (deficientes e intoxicados) estão agindo ilegalmente e, portanto, podem ser defendidos (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010).

A defesa deve se utilizar, ainda, da força necessária ou, ao menos, proporcional ao ataque, sob pena de extrapolar os limites da legítima defesa e não mais se encontrar abarcado pela excludente. Na opinião de Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst (2010, p. 410) "nem toda reação a um ataque é aceitável. Para que esta resposta seja passível de defesa pelo artigo 31 (1) (c), deve ser razoável recorrer à força e o nível de força deve ser 'proporcional' ao grau de perigo enfrentado" (tradução nossa). O entendimento, portanto, é de que os meios utilizados por quem atua em legítima defesa sejam necessários, adequados e proporcionais suficientes a causar do agente dano suficiente para rechaçar o perigo (ALMEIDA, 2009).

Apesar de o dispositivo em apreço nada falar sobre um elemento subjetivo, alguns autores entendem que se faz necessária a presença de uma consciência de que age em legítima defesa, elemento esse que deriva dos princípios gerais de direito consagrados pelo artigo 21º do Estatuto de Roma. Ferreira de Almeida (2009, p. 462) entende que o elemento subjetivo é requisito necessário à configuração da legítima defesa, assim, "o emprego da força em legítima defesa não poderá repousar, de modo exclusivo, na presença de um *standard objetivo*. Por outras palavras, este será condição necessária, mas não suficiente, de uma válida exercitação daquele direito". No sentido oposto, Eser (2008) defende que em uma situação defensiva, o homem simplesmente age, sem ter um elemento volitivo definido. Desse modo, depreende-se que para o autor seria necessário que a legítima defesa fosse apenas parcialmente motivada.

Resta, por fim, abordar as situações de legítima defesa da propriedade que seja essencial para a realização de uma missão militar, excludente essa abarcada pelo Estatuto de Roma, o que gera críticas ferrenhas da doutrina. Para Eser (2008), tal dispositivo deu uma "permissão", ou, ao menos, uma "brecha" ao cometimento de

crimes de guerra em defesa de alvos militares, o que até agora não tinha sido aceito pelo Direito Internacional Humanitário, que orienta os crimes de guerra. Gilbert (2006) também critica tal dispositivo, apontando que

No entanto, é bastante difícil imaginar que tipo de propriedade pode justificar as perpetrções de crimes de guerra de forma "proporcional". Embora essa defesa esteja "apenas" disponível em caso de crimes de guerra, tais crimes de guerra envolvem, por exemplo, tortura, uso de armas envenenadas ou ataque ou bombardeio de cidades, vilas, etc.

[...] Assim, é bastante difícil compreender em que situação a defesa da propriedade pode ser uma defesa aceitável para os crimes de guerra (tradução nossa).

#### 1.4 Coação e estado de necessidade

A alínea *d* do item 1 do artigo 31 do Estatuto de Roma traz, por fim, a coação como uma das modalidades de excludente da responsabilidade internacional penal. Determina o dispositivo que estará sob a excludente de responsabilidade quando

Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá:

- i) Ter sido feita por outras pessoas; ou
- ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade (BRASIL, 2002);

Embora a coação e o estado de necessidade sejam, na maioria das legislações nacionais, institutos diversos, o Estatuto de Roma entendeu por bem mantê-los em um mesmo dispositivo, o que, ao menos na opinião de Ferreira de Almeida (2008), se deu apenas por não ter sido considerado imprescindível. No que pese suas diferenças, o autor português enumera quatro pontos comuns entre a coação e o estado de necessidade:

[...] ter o comportamento em causa sido *adoptado* sob uma grave e imediata ameaça à vida ou à integridade física; não haver outros meios *idôneos* para esconjurar o perigo; não haver desproporção entre o crime cometido e a ameaça sofrida, de tal maneira que possa dizer-se que a conduta do agente constituiu o menor de dois males ou, quando menos, que representou para a vítima a inflicção de um mal tão grave como aquele com que, por força da aludida ameaça, o autor se confrontou e pretendeu repelir; e, por último, não ter o agente contribuído voluntariamente para a situação de necessidade ou de *coacção* (*sic*) (ALMEIDA, 2009, p. 461-462).

Segundo Kai Ambos (2008, p. 538). o Estatuto de Roma optou por diferenciar os dois em razão, também, de terem os mesmos requisitos. Há que se observar, ainda, que “a jurisprudência de Nuremberg utiliza com frequência – em razão do *common law* dos juízes e do confuso *case law* anglo-americano – o conceito de ‘necessity’ (necessidade), ainda que isto aludisse de fato à ‘duress’ (coação)”.

O dispositivo em análise fixa a excludente tanto para ameaças humanas quanto para ameaças naturais, de modo que o estado de necessidade seria uma justificante geral, podendo ser aplicada à reação a desastres naturais, pois, nesta não importaria a origem do perigo, mas apenas a existência do perigo, enquanto que a coação precisa, necessariamente, vir de uma ameaça de origem humana (AMBOS, 2008).

A coação só foi consagrada como excludente de responsabilidade quando da elaboração do Estatuto de Roma. Segundo Darcy (2011, p. 9), tal entendimento foi veementemente repudiado pelo Tribunal para a ex-Iugoslávia, no caso Erdemović, em que foi decidido que “coação não é uma defesa completa para o soldado acusado de um crime contra a humanidade e/ou crime de guerra que envolva a morte de seres humanos inocentes” (tradução nossa).

Essa excludente em muito se confunde com as ordens superiores, que é vista apenas como um fato de diminuição da pena. Quando dos julgamentos de Nuremberg e subsequentes, a coação era reconhecida como excludente, enquanto que as ordens superiores, em que os soldados alemães baseavam muito de suas defesas, era visto apenas como uma maneira de mitigar a pena. A diferença entre essas duas modalidades de ordens foi abordada em um dos inúmeros julgamentos da época:

Os réus, neste caso, que receberam, obviamente, ordens criminais estavam em uma posição difícil, mas o cumprimento servil de ordens claramente criminosas, por medo de alguma desvantagem ou punição que não representem uma ameaça imediata, não pode ser reconhecido como defesa. Para estabelecer a defesa da coerção ou da necessidade em face do perigo, deve haver uma demonstração de circunstâncias que um homem razoável estava frente a um perigo físico tão iminente que o privaria da escolha de abster-se do erro (tradução nossa) (GILBERT, p. 16).

No plano doméstico, Bitencourt (2014, p. 485) define a coação como “tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha”. Trata-se, pois, de uma causa de excludente de culpabilidade, uma vez que retira o próprio poder de escolha, a vontade do agente. Já o estado de necessidade é uma causa justificativa, e não exculpativa. Para o mesmo autor é “a colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso” (BITENCOURT, 2014, p. 409).

Já no plano internacional no estado de necessidade há uma lesão a um bem jurídico, mas esse é de menor valor quando comparado com o bem sacrificado, do contrário não haveria que se falar em estado de necessidade (AMBOS, 2009).

Para que se possa falar em coação ou estado de necessidade, faz-se necessária a presença de alguns requisitos. O primeiro é a necessidade e a razoabilidade. Segundo Gilbert (2006), “para invocar a coação, o acusado deve ter estado em uma situação onde era absolutamente incapaz de agir em conformidade com a lei. O acusado deve ter sofrido uma pressão considerável. A doutrina usa a expressão ‘coação irresistível’” (tradução nossa). Aqui, Eser (2008) faz uma distinção de extrema importância entre as excludentes da alínea *d* e a legítima defesa prevista na alínea *c*: enquanto esta exige uma reação proporcional, no estado de necessidade/coação a reação é necessária, independente da proporcionalidade. Contudo, Kai Ambos (2008, p. 554) adverte que a diferença entre “proporcionalidade” e “necessidade” pode ser meramente terminológica, posto que “os meios empregados para rechaçar o perigo devem ser idôneos e necessários e os danos ocasionados devem limitar-se especialmente ao absolutamente necessário para evitar o perigo”.

Em segundo lugar, pode-se falar em uma ameaça concreta ao indivíduo ou a terceiro, um risco real de morte ou lesão corporal grave, nos termos do próprio dispositivo legal. Nesse sentido, Eser (2008, p. 887):

O requisito básico deve ser a ameaça de morte iminente, em termos que pareçam prováveis e sérios, ou uma ameaça de danos corporais graves, contínuos ou iminentes que exigem mais do que feridas superficiais facilmente curadas. Assim, um perigo meramente abstrato ou simplesmente uma probabilidade elevada de que uma situação perigosa possa ocorrer não é suficiente (tradução nossa).

As ameaças podem ser contra o acusado ou terceiros, não se exige uma relação particular entre o acusado e as pessoas ameaçadas. O que se exige, no entanto, é que a ameaça seja real e não apenas crível para o réu (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010). Kai Ambos (2008, p. 553), por sua vez, classifica o perigo ou ameaça como “uma situação objetiva na qual em razão de determinadas circunstâncias é provável a produção de um dano”, e a iminência como “os que têm lugar neste preciso momento e os que ainda perduram”.

Por fim, restam, como requisito do estado de necessidade ou coação, dois elementos subjetivos específicos: que agiu pretendendo evitar o perigo e que não tinha a intenção de causar um dano maior do que aquele que pretendia evitar. Ora, o próprio texto do dispositivo legal determina que para que haja a exclusão da responsabilidade, o agente deve ter agido de modo a “evitar” a ameaça, denotando que o sujeito sabia que estava em perigo e agiu para evitar esse perigo. Assim,

O requisito de atuar em conhecimento da situação de estado de necessidade tem um sólido fundamento de direito comparado e resulta também do texto do artigo 31 (1) (d). Pois, se o autor deve atuar para “evitar essa ameaça (“to avoid

this thraet”), então deve conhecer ao menos que atuou em estado de necessidade (AMBOS, 2008, p. 556).

Portanto, para o autor alemão, o indivíduo deve ter agido com uma vontade de evitar o perigo ou que se dirija a evitar tal perigo, do contrário não estaria agindo em estado de necessidade ou coação, mas praticando um crime de Direito Internacional Penal.

O outro elemento subjetivo é a não intenção em causar um dano maior do que queria evitar. Eser (2008, p. 887) sintetiza este elemento subjetivo:

Para valorizar que o réu adote subjetivamente o bem superior ou escolheu deliberadamente o menor de dois males, este é o requisito negativo de que o réu não pode atuar com *dolus malus*. Por conseguinte, a cláusula que o réu "não pretende causar um prejuízo maior do que aquele que se pretende evitar" encapsula o raciocínio no caso Eichmann: se o réu, embora exposto a um risco não evitável, se identifica com o projeto dele ou sobrecumprir as tarefas estabelecidas, sua responsabilidade criminal não está excluída nos termos do parágrafo 1 (d) (tradução nossa).

Assim, trata-se de uma limitação à possibilidade de se arguir o estado de necessidade ou a coação. O agente deve sempre escolher o menor de dois males, o bem jurídico de menor importância, do contrário pode ser entendido que ele apenas se utilizou de tal ameaça para praticar um ato que já objetivava.

## 2 AS DEMAIS EXCLUDENTES PREVISTAS NO ESTATUTO DE ROMA

### 2.1 O Erro

Determina o artigo 32 do Estatuto de Roma que:

1. O erro de fato só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.
2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do artigo 33 do presente Estatuto.

Assim, o referido artigo aborda as duas modalidades de erro previstas nos mais variados ordenamentos jurídicos nacionais: o erro de fato e o erro de direito. Contudo, segundo o magistério de Kai Ambos (2008), o erro encontrou, até agora, pouca ou nenhuma relevância na jurisprudência internacional. Aduz o autor que “em tal âmbito, apenas se reconhece a relevância do erro de fato, enquanto que o erro de direito é rechaçado, remetendo-se à regra *ignorantia iuris nemi nem excusat* ou *error*

*iuris nom nocet*” (AMBOS, 2008, p. 500-501). Tal posição, ao menos no âmbito do Estatuto de Roma, é acertada, uma vez que o dispositivo em análise determina que, salvo algumas poucas exceções, o erro de direito não é suficiente para excluir a responsabilidade do indivíduo.

Segundo Cryer, Friman, Robinson e Wilmschurst (2010), o erro possui resultados diferentes nos sistemas de *civil law* ou de *common law*. Enquanto no primeiro, como é o caso do Brasil, o erro, tanto de fato como de direito, geralmente fornece uma ampla gama de possibilidades de exclusão de responsabilidade, a *common law*, como é o caso dos EUA, apenas entende o erro como relevante quando ele prejudica o elemento subjetivo. O artigo 32 do Estatuto de Roma segue a vertente da *common law*.

Em direito comparado, Bitencourt (2014, p. 511) define o erro de fato como “o que recai sobre a circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal”. Assim, o erro está sobre um dos elementos que compõe o tipo penal.

Para os efeitos do Tribunal Internacional Penal, somente serão considerados relevantes os erros de fato que eliminem o dolo do crime. Isso porque, segundo o artigo 30 do Estatuto de Roma, “nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”. Assim, para que o Tribunal exerça a sua competência, faz-se mister que o crime tenha sido praticado com dolo. Sobre o tema, lecionam Cryer, Friman, Robinson e Wilmschurst (2010, p. 414): “O artigo 32 (1) é inequívoco. Um erro de fato somente é relevante para a responsabilidade se demonstrar que o réu não possuía a *mens rea*” (tradução nossa). Os autores citam, como exemplo, o caso do indivíduo que bombardeia um *bunker* de civis acreditando piamente que se tratava, na verdade, de um centro de comando militar.

O erro de fato pode se dar sobre um dos elementos descritivos do tipo. Kai Ambos cita o exemplo do indivíduo que, controlando um tanque, durante uma neblina intensa, realiza um disparo e atinge um carro que pertence a uma missão de paz das Nações Unidas, o que caracterizaria o tipo previsto no artigo 8, item 2, alínea b, III. Aduz o autor que

neste caso, a questão (sucessiva) acerca de um erro sobre um elemento normativo do tipo – veículo protegido – não se apresenta, pois tem lugar um simples erro *in obiectum* que conduz à eliminação do dolo por falta de conhecimento da existência do elemento principal do tipo do artigo 8 (2) (b) (iii). A responsabilidade jurídico-penal está excluída conforme o artigo 32 (1) (AMBOS, 2008, p. 502).

Ora, no caso apresentado pelo autor alemão, infere-se que o indivíduo não pretendia atingir o bem que fazia parte de uma missão de paz, logo, não há que se falar em dolo. Estaria, portanto, abarcado pela excludente prevista no artigo 32, item 1.

Essa modalidade de erro também pode ocorrer sobre uma causa justificativa, também conhecida como discriminante putativa. Para Ferreira de Almeida (2009) isso ocorre quando alguém objetivamente não atua em legítima defesa, embora acredite que assim o faz. A problemática sobre esse erro, na opinião de Kai Ambos (2008, p. 506), reside no fato de que, apesar de acreditar estar agindo em legítima defesa, o agente ainda tem o dolo, entrando, assim, em conflito com o próprio artigo 32 (1). Assim, “o erro sobre uma situação fática de permissão que elimina o dolo de injusto ou então a reprovação da culpabilidade dolosa, deve ser tratado, por conseguinte, como um erro de fato que exclui o dolo de fato (art. 32 (1), analogicamente”.

Já o erro de direito pode ser definido como aquele que incide sobre a ilicitude de um comportamento: o autor supõe erroneamente que sua conduta é lícita quando na verdade ela é ilícita (BITENCOURT, 2014). Conforme visto, o erro de proibição no Estatuto de Roma se apresenta limitado, sendo aceito apenas se eliminar, tal qual o erro de fato, o dolo. Para Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst (2010, p. 415), “o único erro aceitável no artigo 32 (2) é aquele em que o elemento de um crime exige uma avaliação legal, e o erro se relaciona com esta, por exemplo, quando uma pessoa leva a propriedade sob uma crença equivocada de que ele ou ela era seu dono” (tradução nossa).

O erro de proibição não é aceito de uma maneira geral porque, na visão de Kai Ambos (2008, p. 513), “o interesse ‘objetivo’ de toda a sociedade em um ordenamento jurídico estável e com vigência irrestrita prevalece sobre o interesse ‘subjetivo’ do indivíduo a uma adequada consideração de sua errônea interpretação do direito”. Ora, os crimes internacionais são considerados gravíssimos, que afrontam a sociedade internacional como um todo, e é inconcebível que o indivíduo alegue que cometeu tais crimes porque não sabia que eles eram proibidos.

## **2.2 A obediência hierárquica e as disposições legais**

Dispõe, por fim, o artigo 33 do Estatuto de Roma que não estará isento de pena o indivíduo que cometer um crime de competência do Tribunal em cumprimento de uma decisão emanada de um governo ou de um superior hierárquico, militar ou civil. O dispositivo traz, ainda, que para que a obediência a ordens superiores seja uma defesa, o agente deve, pelas alíneas “a” a “c”, cometer os crimes porque estava obrigado por lei a cometê-los, se não tinha conhecimento de que a decisão era ilegal e se a decisão não era manifestamente ilegal. O item 2 do referido dispositivo, por sua vez, determina de maneira expressa que as decisões que envolvam os crimes de genocídio ou contra a humanidade sempre serão considerados manifestamente ilegais, não sendo possível, portanto, se alegar a obediência hierárquica como defesa.

Convém mencionar que os julgamentos subsequentes ao Tribunal de Nuremberg criaram um vasto repertório jurisprudencial, dentre eles, os chamados “princípios de Nuremberg”. Dentre eles, de extrema importância para a excludente prevista no artigo 33 do Estatuto de Roma são os princípios II e IV, que assim

dispõem: “Princípio II: O fato de que as leis internas não imponham punição por um ato que constitua crime com base no Direito Internacional não exime a pessoa que o cometeu de sua responsabilidade com base no Direito Internacional” (CRETELLA NETO, 2014, p. 131) e “Princípio IV: o fato de que uma pessoa agiu com base em ordem de seu governo ou de um superior não o exime da responsabilidade de acordo com o Direito Internacional, desde que uma escolha moral lhe fosse possível” (CRETELLA NETO, 2014, p. 131). O entendimento restritivo de Nuremberg refletiu-se nos demais Tribunais internacionais durante o século XX, senão vejamos:

A Convenção sobre o Genocídio e a Convenção de Genebra, por exemplo, não contêm qualquer disposição sobre ordens superiores, embora a Convenção sobre Tortura exclua a defesa baseada nisso. O artigo 7.º (4), do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o artigo 6º (4) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda repetiram essencialmente o artigo 8º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg (tradução nossa) (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010, p. 416).

Tal excludente sempre foi cercada de discussões, em razão, principalmente, do conflito entre os princípios de direito internacional e os princípios da disciplina militar. Quando dos julgamentos de Nuremberg, Hartley Shawcross, no papel da acusação, se manifestou no sentido de que

a lealdade política, a obediência militar são coisas excelentes, mas não exigem nem justificam a perpetração de *actos* manifestamente ilegais. Chega-se a um momento em que um ser humano deve recusar-se a obedecer ao seu chefe, sempre que deva também obedecer à sua consciência. Mesmo o simples soldado não é obrigado a obedecer ordens ilegais (ALMEIDA, 2009, p. 465).

Em sentido semelhante, se manifesta Kai Ambos (2008, p. 533):

O princípio da obediência e disciplina dentro de organizações militares que serve de base para a causa de exculpação de punibilidade fundada em uma ordem, deve encontrar um limite ali onde a execução da ordem conduz à lesão de bens jurídicos fundamentais, como os que se protegem com os tipos penais do ETPI.

Segundo Ferreira de Almeida (2009), esse conflito se dá, em grande parte, porque a concepção de uma disciplina militar rigorosa não ocorre no Direito Internacional, porque este não possui um exército próprio, sendo assim inconcebível que uma ordem hierárquica superior entre em conflito com o dever de proteger os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico internacional.

Tal é a insignificância das ordens superiores no Direito Internacional que essa excludente existe apenas na teoria, não sendo uma defesa suficiente para a prática internacional penal. Nesse sentido, aduz Kai Ambos (2008, p. 531-532):

Ademais, ainda que o atuar em cumprimento de uma ordem siga sendo continuamente alegado nos processos de direito penal internacional, praticamente nunca foi reconhecido como uma causa independente de exclusão da punibilidade. Isto confirma a tese de que o autor que se encontra integrado em uma estrutura hierárquica de mando e comete crimes internacionais “em cumprimento a uma ordem” não poderá beneficiar-se da ordem em si, senão somente outras “defesas”, especialmente um erro (relevante) sobre a antijuridicidade da ordem ou uma exclusão da punibilidade fundada em um estado de necessidade por coação.

Para o autor, portanto, os requisitos necessários para que se configure a excludente por ordem superior ensejam, na verdade, outras excludentes com uma base mais sólida no Direito Internacional Penal, como o erro e a coação. Partilha dessa opinião também Ferreira de Almeida (2009), que compreende que o fato de um subordinado simplesmente obedecer a uma ordem ilegal, não se constitui por si, uma defesa e sim uma circunstância, que poderá valer ao acusado se combinada com outras defesas, como um erro relevante sobre a ilicitude da ordem ou um estado de necessidade por coação, por exemplo.

No que pese sua pouca aplicabilidade concreta, o artigo 33 do Estatuto de Roma determina que, para a obediência hierárquica ser sustentada como uma excludente da responsabilidade internacional penal deve-se atentar a três requisitos: o agente estava, por lei, obrigado a obedecer às decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico; o agente não tinha conhecimento da ilegalidade da decisão; e a decisão não era manifestamente ilegal.

O requisito de obrigação de obedecer às leis ou decisões resulta do fato de que o agente deveria, para suscitar a defesa, estar obrigado, legalmente, a cumprir a ordem que determinou que cometesse o delito internacional. Contudo, esse requisito vem encontrando posicionamentos discrepantes, em razão, principalmente, das diferenças entre os Estados, pois há Estados em que apenas os militares são obrigados a cumprir ordens, enquanto que em outros os civis também o são; alguns Estados determinam que deve haver uma ordem específica a ser obedecida, enquanto outros nada falam sobre isso, entre outras diferenças (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010).

O segundo requisito, por sua vez, é de que o agente não pode ter conhecimento de que a ordem que lhe foi dada era ilegal. Para Kai Ambos (2008, p. 536), “este desconhecimento pode ocorrer, contudo, somente a respeito de ordens não manifestamente antijurídicas, pois se uma ordem é manifestamente antijurídica, sua antijuridicidade está *per definionem*, ‘escrita na frente’”. Tal requisito se faz necessário porque todo o conceito dessa tese defensiva resta no dilema entre cumprir a ordem e sofrer a sanção internacional penal ou não cumpri-la e sofrer uma sanção militar, e, uma vez que a ordem é ilegal, não haverá uma sanção militar (CRYER; FRIMAN; ROBINSON, WILMSHURST, 2010).

Por fim, o terceiro requisito é o de que a ordem não pode ser manifestamente ilegal. Ora, tal condição se relaciona diretamente com a anterior: se a ordem for manifestamente ilegal, o indivíduo não precisa cumpri-la, pois sabe que não haverá punição pelo seu descumprimento. Essa defesa depende do fato de existir

uma ignorância em relação à ilicitude da ordem, o que não aconteceria nestes casos, posto que seria manifestamente ilegal. A problemática desse requisito, contudo, resta na sua parte principal: o que é manifestamente ilegal? Kai Ambos (2008) entende no sentido de que tal expressão era duramente criticada pela doutrina internacional penal, porque, antes do Estatuto de Roma, não havia uma tipificação positivada dos delitos internacionais. Já Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst (2009, p. 419), por sua vez, entendem que a ideia do que é ilegal possui padrões diferentes (como entre civis e militares) e que certas coisas, como cultura e propaganda, também influenciam no conceito de “manifestamente ilegal”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os conflitos do século XX deixaram como resultado um número assustador de 200 milhões de mortos, o equivalente a 10% da população mundial em 1900. O século XXI, até o momento, não demonstra sinais de que será menos violento do que o anterior. Só a guerra civil na Síria já vitimou mais de 500 mil indivíduos.

Frente a essa perspectiva assustadora, de vital importância se mostra o Tribunal Penal Internacional: um órgão permanente com a competência para julgar as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional. O Estatuto de Roma trouxe consigo uma parte geral do Direito Internacional Penal, algo impensável até pouco tempo atrás, que agora possui uma certa organização.

Entre essa parte geral, há também que se falar da presença das excludentes de responsabilidade previstas nos artigos 31 a 33 do Estatuto de Roma. Isso demonstra que, apesar de abarcar apenas os crimes mais graves no plano internacional, nem por isso o Tribunal deixou de proporcionar meios apropriados de defesa aos acusados, garantindo, assim, o devido processo legal.

Pelo artigo 31 do Estatuto de Roma, estará abarcado pelas excludentes aquele que sofre de enfermidade mental, que esteja intoxicado, que aja em defesa própria ou de terceiro e aquele que aja em razão de uma coação ou de um estado de necessidade. Apesar de não ser um rol exaustivo, haja vista que há, ainda, os artigos 32 e 33, tal dispositivo se reveste de enorme importância, uma vez que é todo o alicerce da construção das excludentes no Estatuto de Roma, além de trazer no seu texto algumas das principais defesas.

Contudo, esses meios de defesa encontraram uma base sólida apenas no plano ideal, sendo de pouca aplicabilidade nos casos concretos, o que, na opinião de alguns doutrinadores, se dá em razão de uma reserva psicológica, no sentido de que os julgadores se negassem a reconhecer tais defesas frente às atrocidades cometidas pelos acusados. Como se arguir uma defesa de insanidade mental após ajudar a perpetrar um crime de genocídio? Ou um crime contra a humanidade?

Ainda, há que se mencionar o fato de que o Estatuto de Roma não faz qualquer distinção entre as causas exculpantes e as causas justificativas, como

ocorre no Brasil, por exemplo. Sem dúvida uma diferenciação no plano do Tribunal Penal Internacional traria vantagens para o Direito Internacional Penal.

Quanto às excludentes de responsabilidade propriamente ditas, previstas nos artigos 31 a 33 do Estatuto de Roma, encontram-se poucas posições divergentes entre a doutrina internacional. Apesar de se terem cotejado lições de autores alemães, brasileiros, portugueses e ingleses, todos apresentaram opiniões semelhantes, mesmo pertencendo a sistemas jurídicos diferentes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal (tese de doutoramento)*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Ed. bras. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRYER, Robert; FRIMAN, Hákan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Second Edition. Cambridge University Press: Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo, 2010.

DARCY, Shane. *Defences to International Crimes*. 2011. Disponível em: <<https://aran.library.nuigalway.ie/bitstream/handle/10379/2147/DARCY%20Defence%20to%20international%20crimes.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

ESER, Albin. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. München, 2008.

*Estatuto de Roma*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2017.

GILBERT, Jérémie. *Justice not Revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility': defences or negation of criminality?* Middlesex University Research Repository. Disponível em: <<http://eprints.mdx.ac.uk/4268/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris,

2006.

Síria entra no sétimo ano de um conflito que já matou 320 mil pessoas. *Diário de Notícias*. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/siria-entra-no-setimo-ano-de-um-conflito-que-ja-matou-320-mil-pessoas-5723217.html>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em 05.07.2018

Aceito em 11.07.2018



## IL DIRITTO FRATERO E IL PARADOSSO DEI BENI COMUNI DELL'UMANITÀ

### O DIREITO FRATERO E O PARADOXO DOS BENS COMUNS DA HUMANIDADE

#### THE FRATERNAL LAW AND THE PARADOX OF THE COMMON GOODS OF HUMANITY

Sandra Regina Martini<sup>I</sup>  
Francesco Rubino<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Porto Alegre, RS, Brasil. (Doutora em Evolução dos Sistemas Jurídicos e Novos Direitos).

<sup>II</sup> Università degli Studi di Napoli Federico II (UNINA), Nápoli, Itália. (Doutor em Direito).

**Sumário:** Introdução: il paradosso di un'etica comune (Bioetica). 1 Il paradosso dell'inclusione nello spazio di tutti (Ecologia). 1.1 Il conflitto tra locale e globale. 1.2 Identità pubbliche e private. 1.3 La finitudine e il futuro. 2 Il paradosso conclusivo dell'eguale diversità (e un'altra Ecologia Politica). Conclusione. Referenciei.

**Riassunto:** Il principio della *fraternità*, compiutamente definito dalla meta-teoria del diritto fraterno e abbinato alla teoria dei sistemi sociali, definisce un orizzonte trans-culturale all'interno del quale diviene possibile affrontare in maniera innovativa i problemi ecologici del nostro tempo, particolarmente acuti di fronte allo sviluppo tecnologico. Si accede dunque a una visione dei *beni comuni* in cui vengono dissolti i classici paradossi legati alle distinzioni pubblico/privato, locale/globale, titolarità/proprietà. In questo modo, per affrontare la fragilità e la vulnerabilità dell'individuo e della specie umana nel suo complesso di fronte alle catastrofi politiche, economiche, ambientali, si perviene all'equivalenza tra fraternità e non-violenza e alla consapevolezza che la responsabilità costituisce un vincolo imprescindibile tra *brothers of oppression*.

**Parole chiave:** Fraternità. Beni comuni. Ecologia. Non-violenza.

**Resumo:** O princípio da *fraternidade*, completamente definido no marco da Metateoria do Direito Fraterno e articulado com a Teoria Geral dos Sistemas Sociais, define um horizonte transcultural no interior do qual é possível enfrentar de maneira inovadora os problemas ecológicos do nosso tempo, particularmente vinculados ao desenvolvimento técnico-científico. Com isso, visibilizam-se os *bens comuns*, os quais serão apresentados através dos clássicos paradoxos ligados às distinções público/privado, local/global, titularidade/propriedade. Desse modo, para enfrentar a fragilidade e a vulnerabilidade do indivíduo e da espécie humana na sua complexidade em relação às catástrofes políticas, econômicas e ambientais, retorna-se à equivalência entre fraternidade e não violência e à consciência de que a responsabilidade constitui um vínculo imprescindível entre *irmãos* e oprimidos.

**Palavras-chave:** Fraternidade. Bens comuns. Ecologia. Não violência.

**Abstract:** The principle of *fraternity*, conceived by the Meta-theory of

fraternal law and combined with the Social systems theory, defines a trans-cultural horizon that allow to face in a original way the contemporary ecological problems, particularly acute due to technoscientific development. Then the *common goods* could be conceived overcoming the classic paradoxes related to the distinctions public/private, local/global, ownership/possessory. Consequently, to deal with the fragility and the vulnerability of the individual and of the mankind in the face of political, economic and environmental catastrophes, we propose the equivalence between fraternity and nonviolence and the awareness that the responsibility is an essential constraint between *brothers of oppression*.

**Keywords:** Fraternity. Common goods. Ecology. Non-violence.

## INTRODUZIONE: IL PARADOSSO DI UN'ETICA COMUNE (BIOETICA)

Secondo la prospettiva del diritto fraterno, la negoziazione che porta al patto sociale costitutivo (tanto sul piano filosofico quanto su quello politico) dovrebbe essere *congiunta*, oltre che *condivisa*. Questo al fine di evitare ogni rischio possibile di imposizione (anche di un'imposizione non violenta e non autoritaria, ma che derivi magari dalla forte asimmetria culturale dei soggetti o dalla loro eventuale dipendenza culturale).<sup>1</sup>

Lo studio dei *beni comuni dell'umanità*, come si vede, riveste allora anche un'importanza politica pratica. Più sono *comuni*, i beni mondiali, e più la loro rilevanza si pone dinanzi alla *umanità come soggetto*, tanto più si eviteranno i rischi di strumentalizzazione, di autoritarismo morbido e di paternalismo che già tante (troppe) volte hanno purtroppo svuotato di prospettiva concreta i progetti di pacifismo universale e di giustizia internazionale.

Non è ovviamente semplice, né sul piano filosofico, né su quello politico. La *fraternità*, peraltro, potrebbe a sua volta essere attratta nell'alveo culturale e politico di altre grandi narrazioni del possibile, quali quella del *Principio Speranza* (Ernst Bloch), o del *Principio Responsabilità* (Hans Jonas, per tutti), della condizione di *Unicità* (o "insostituibilità", secondo il danese Peter Kemp),<sup>2</sup> per non

<sup>1</sup> Questo aspetto è peraltro importante anche per decifrare la natura *rivoluzionaria* o *post-rivoluzionaria* del principio fraternità (ed è un aspetto che spesso sfugge anche tra i più grandi teorici del diritto fraterno come Rodotà o lo stesso Resta). Adirittura, se non si scioglie questo nodo interpretativo, e se si ipotizza che la fraternità è una condizione pressoché naturale (anche se non universale) come se esprimesse ad esempio la sola appartenenza alla specie umana (o alla "razza" umana, come si è tornati a dire di recente), ne deriverebbe che la fraternità potrebbe assumere (in maniera davvero irrazionale) la natura di un principio *prerivoluzionario*: il che, detto in altri termini, porterebbe a considerare come non necessaria la Rivoluzione stessa! E questo – almeno in mancanza di eguaglianza e di libertà, nelle tante combinazioni possibili tra di loro (inclusa quella, avanzata, che ci vuole tutti *eguali nella diversità*, ed *egualmente liberi*) – è inaccettabile. Per questo motivo bisogna peraltro essere molto cauti a bilanciare le ipotesi filosofiche con le implicazioni politiche del diritto fraterno, proprio al fine di evitare le semplificazioni filosofiche e le ingenuità politiche (spesso frequenti entrambe).

<sup>2</sup> KEMP, Peter. *Das Unersetzliche. Eine technologie-Ethik*. Berlin: Wichern, 1992.

parlare di Noriko Hashimoto, David Rasmussen o Paul Ricoeur.<sup>3</sup> Per non parlare delle molte versioni socialiste, comuniste, o anche “solo” marxiste, dal *Postmoderno* di Lyotard al *Postmodernismo* di Fredric Jameson, all’*Eco-marxismo* della Monthly review (James O’Connor per tutti) o all’*Eco-socialismo* del gruppo francese di Actuel Marx.<sup>4</sup>

Ancora, come già si vede dopo un rapido sguardo agli autori sopra citati, proprio in ragione della comune appartenenza all’umanità (come specie o come società), la fraternità ha una sorta di coestensività con l’etica detta *comune*, quella che parte dal *fatto* del *bios* condiviso, ovvero (come è stata spesso definita) la *bioetica*.<sup>5</sup>

È la condizione di una fraternità come appartenenza ad una medesima specie animale che giustifica (sul piano politico e giuridico, ad esempio) la necessità di una solidarietà come fondamento etico *per tutti*. In altri termini, non soltanto apparteniamo alla stessa specie (*fatto*), ma dobbiamo anche (*diritto*) prendere coscienza (*psicologia* e *fisica*) della condizione generale (*etica*) di vulnerabilità (*ecologia*) e di fragilità (*biologia*) di questa specie animale a cui apparteniamo, al fine di sopravvivere e mantenere il nostro ambiente di vita. La solidarietà, in altri termini ancora, nasce dalla vulnerabilità della specie e dalla fragilità degli individui.

Siamo qui, come si nota, proprio a un passo dall’inversione della Legge di Hume, e rischieremmo – tanto con le semplificazioni della bioetica quanto con le limitazioni teoriche del diritto fraterno – di oltrepassare il limite logico e politico della legge stessa. In una maniera peraltro pericolosa. Vediamo.

Se, infatti, dalla vulnerabilità della specie e dalla fragilità degli individui facciamo derivare la necessità della solidarietà come principio etico generale, ebbene allora questa stessa solidarietà dovrebbe essere interpretata in funzione del benessere della specie. Dunque, in momenti ad esempio di catastrofe o di trasformazione ambientale (e sembra che purtroppo i tempi siano proprio questi), questo benessere della specie, cioè le stesse condizioni di sopravvivenza della specie, avrebbero il sopravvento su quelle di mantenimento delle condizioni di vita dei singoli individui. Questa *politica* di sopravvivenza non avrebbe limiti, perché sarebbe essa stessa l’etica generale e l’etica comune.

“In fondo, si potrebbe dire, se siamo *fratelli*, ci sacrifichiamo per i nostri *fratelli*, no?” E, se doniamo il sangue, gli organi, il tempo di lavoro, le cure e

---

<sup>3</sup> Si veda le recenti ricognizioni effettuate nel volume collettivo curato da Peter Kemp e Noriko Hashimoto per la collana berlinese Eco-ethica: KEMP, Peter; HASHIMOTO, Noriko. *Ethics and justice/Ethique et justice. With a third part on Paul Ricoeur*. Berlin: Lit Verlag-Hopf, 2017.

<sup>4</sup> Com’è noto, più di recente la narrazione del possibile ha preso anche una direzione “paranoico-costruttiva” nelle ricerche dell’antropologo e geografo di Boston, Jared Diamond: ad esempio nel suo volume ecologista forse più ambizioso, DIAMOND, Jared. *Collapse. How societies choose to fail or succeed*. New York: Viking Press, 2005.

<sup>5</sup> Si veda a questo proposito già RUBINO, Francesco. *On dignity*. Copenhagen: Centre for Ethics and Law, 1998 o il più recente RUBINO, Francesco. *Dal corpo alla guerra. Saggi di bioetica 1994-2014*. Firenze-Parigi: Classi, 2016 e in particolare tra questi RUBINO, Francesco. *La bioetica tra principio di corporeità e principio di solidarietà*, 2003.

l'attenzione, perché non donare, in alcuni momenti catastrofici, anche la vita stessa, se questo serve a salvare i nostri fratelli e i nostri figli?

Davanti a questa prospettiva, non servirebbe neanche opporre il principio della non violenza (dire cioè che *tutto* è consentito per la salvezza di *tutti* tranne l'obbligo di farlo). Sia perché sarebbe un assurdo logico (perché vietare di compiere gli unici sacrifici che contano realmente?), sia perché sarebbe più corretto opporre alla fraternità "di sacrificio", semmai, il principio di libertà (cioè: solo chi vuole, e se e come vuole, può liberamente sacrificarsi per il bene collettivo). Certo, sarebbe un bel freno alle guerre, bisogna dirlo.<sup>6</sup> Ma non avrebbe alcun fondamento né alcuna utilità per l'ecologia, la salvezza del pianeta, il futuro dell'umanità.

Che cosa otteniamo insomma se applichiamo questa visione dell'etica comune? Uno spazio teorico e politico *sterminato* tra il *bios* e la guerra, e cioè tra l'eugenetica e la sterilizzazione di massa, tra la ricerca di esopianeti e le campagne di contraccezione giovanile, tra la diffusione di virus creati in laboratorio e le iniziative scolastiche per l'aumento del verde urbano, tra i drenaggi che hanno distrutto il Lago di Aral e 100 terawattora annui della Diga delle Tre Gole...

Un paesaggio immenso, in cui i problemi della modernità borghese occidentale (dal credito al consumo al matrimonio tra gay, passando per le beghe politiche tra partiti e l'informazione-spettacolo) quasi scompaiono davanti alla complessità della sfida etica per l'umanità e per il pianeta.

E quali alternative allora? Una diffusione calcolata di virus e campagne autoritarie di sterilizzazione di massa?<sup>7</sup> O la progressiva democratizzazione dell'alta tecnologia e del sapere tecnico?<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Non sempre è così, peraltro, se si tiene conto di come le "nuove guerre" (studiate da anni da Mary Kaldor) utilizzino proprio le popolazioni *contro* le popolazioni, sorreggendo i conflitti con motivazioni etniche, neo-razziali, religiose, quando non direttamente con la questione generale della sopravvivenza e la gestione di risorse fondamentali per una comunità. Dall'altro lato, le guerre "ufficiali" implicano in maniera ormai determinante (anche se non ancora maggioritaria, ovviamente, ché smaltire carne da macello serve sempre, appunto!) l'utilizzo di tecnologie militari automatizzate e, sul campo, di milizie private (per gran parte di tipo commerciale).

<sup>7</sup> Come la cultura popolare ha spesso paventato: si veda il successo (planetario anch'esso) del romanzo *Inferno* di Dan Brown, che ha reso accessibile a tutti l'idea della sovrappopolazione mondiale e dei pericoli che questa comporta. Una delle serie tv più seguite al mondo, inoltre, *The 100* (prodotta dalla CW – Time Warner e CBS dal 2013 e tratta dai romanzi di Kass Morgan) mette assieme un po' tutto, tra stazioni spaziali con i sopravvissuti terrestri che, tuttavia, per motivi di sovrappopolazione delle stazioni orbitali stesse, inviano cento criminali (i *100* appunto, espulsi dall'Arca) sulla Terra per studiarne la vivibilità residua. E che dire di un evento politico e filosofico, e non solo commerciale e di intrattenimento, come i libri e la serie *Game of Thrones*, in cui, anche se in una diversa geografia terrestre e in una dimensione uchronica, l'alternativa del pianeta oscilla tra le lotte per il potere sui Sette regni e l'unione delle forze tra tutti i governanti per combattere il nemico comune che è il Regno dei morti? E che dire di *Utopia*, serie tv prodotta dalla BBC e da Channel 4 nel 2012 (sovrappopolazione, virus per la sterilizzazione, effetti collaterali, alleanza massoni/servizi segreti/multinazionali del farmaco, tecniche di programmazione mentale...), o del recentissimo *Hard Sun* prodotto dalla BBC e da Hulu nel gennaio 2018 (flare solare apocalittico tra cinque anni, hacker uccisi, dilemma per la polizia, servizi segreti a favore del segreto, eliminazione dei testimoni, psicosi di massa, terrorismo globale...)? Sulla difficile dialettica tra fraternità e spettacolo rinviamo a VIAL, Sandra Regina. *Tough Dialectics. Postmodernity between Fraternity and Spectacle*. 2018. Sull'ideologia del terrore e sulla psicopatologia delle forme postmoderne della paura si veda la recente raccolta di saggi dello psichiatra napoletano Antonello

L'alternativa (meglio: la questione delle alternative) è forse posta male. Non ci proponiamo qui di reimpostare il dibattito sull'etica e la bioetica, ma possiamo rilevare brevemente che strumenti necessari sono sotto gli occhi di tutti, e non solo degli scienziati sociali e degli analisti politici. Capire la *governamentalità*, ad esempio, consente di accantonare (purtroppo) l'illusione di una democratizzazione delle tecnologie così come il progetto di un potere dal basso. La questione è quella cioè del *controllo* delle tecnologie, e non del loro utilizzo da parte di tutti. Traducendolo nella sfera della politica, è la questione del *kratos* e non quella del *demos*, a risultare strategica, dal momento che il *popolo* c'è (e si presenta in molteplici forme) ma è il suo *potere* che manca! È cioè la *sapere* del popolo e la *tecnica* del popolo che non hanno *potere* (come, appunto, suggeriva Foucault nei celebri corsi al *Collège de France* sulla biopolitica, la popolazione, il governo: cioè la "governamentalità").

Sempre su questa linea, la *tecnica* della distribuzione della popolazione sul *territorio* – che è peraltro un elemento di tutte le grandi rivoluzioni del passato, di quella francese (dal lato dei sostenitori della monarchia) come di quella sovietica (che grazie a questo ha ottenuto i primi grandi successi economici) – dovrebbe tornare ad essere l'oggetto di un dibattito necessario e non riducibile, almeno quando si discuta del futuro dell'umanità e la conservazione del pianeta.<sup>9</sup>

Dal diritto fraterno – che è, non lo si dimentichi, una delle teorie della complessità (che si avvale peraltro dello strumento del paradosso e della contraddizione dialettica)<sup>10</sup> – provengono gli strumenti concettuali dell'*inclusione* dell'altro e del superamento netto della divisione inter-umana imposta dal territorio. Sondiamoli con attenzione e interesse.

---

Scamardella: SCAMARDELLA, Antonello. *Verità e paura*. Tre saggi su terrorismo e psichiatria. Firenze: Classi, 2018. Infine, molto successo (e molti accesi dibattiti) ha prodotto in Francia, uno dei paesi più resistenti alla penetrazioni delle produzioni televisive nordamericane, l'uscita di una ricognizione filosofica sulla serie tv *Game of Thrones* proposta da Marianne Chaillan, docente di filosofia all'Università di Aix-Marseille: CHAILLAN, Marianne. *Game of Thrones*. Une métaphysique des meurtres. Paris: Le Passeur, 2016.

<sup>8</sup> È a questo tipo di cooperazione che pensa Freeman Dyson quando sostiene che nei prossimi quarant'anni il progresso tecnologico (incluso quello delle biotecnologie, della medicina, della biologia, della robotica, ecc.) nascerà dalle idee messe in comune liberamente e spontaneamente (e gratuitamente, o comunque in maniera extra-commerciale) dalle centinaia di milioni di utilizzatori di computer, apparecchi domestici e reti di comunicazione digitale. Questa è anche peraltro una ricorrente e bella idea keyneso-marxista proposta nel tempo da grandi ricercatori sociali ed economisti come Samir Amin o Giorgio Lunghini, per non dire di Amartya K. Sen.

<sup>9</sup> Non è proprio la distruzione delle prime nazioni nordamericane (rinchiuse nelle riserve) ad avere favorito le estrazioni petrolifere nel sud degli Usa e nel Messico, e dunque ad avere determinato la creazione di un mercato unico del carbone, del petrolio e dei suoi derivati, fino alla necessità delle guerre di aggressione e di rapina? Una bella ricostruzione della storia "indiana" in relazione all'industrializzazione Usa è nel lungo saggio di Laura Woodward-Ney dedicato alla riserva dei Coeurs d'Alene (popolo che un tempo abitava l'Idaho, il Montana e parte del Washington, e che oggi conta poco più di duemila discendenti): WOODWARD-NEY, Laura. *Mapping Identity: The Coeur d'Alene Indian Reservation (1803-1902)*. Boulder: University of Colorado Press, 2004. Altrove, non è forse l'invasione militare e la colonizzazione delle terre abitate da indigeni medioorientali da parte dello stato di Israele (dalla sua fondazione ad oggi) ad avere favorito l'ascesa di un terrorismo globale (spesso chiamato "post-moderno" proprio per la sua capillarità e per la sua forma di "guerra attraverso i popoli")?

<sup>10</sup> Così ad esempio nel già citato VIAL, *op. cit.*, 2018.

## 1 IL PARADOSSO DELL'INCLUSIONE NELLO SPAZIO DI TUTTI (ECOLOGIA)

Il diritto fraterno è inclusivo, nel senso che sceglie diritti fondamentali e definisce l'accesso universalmente condiviso a beni inclusivi.<sup>11</sup>

Partiamo dalla prospettiva dunque di una società che non sia definita dai suoi confini geografici ma che esprima la comunità umana nel suo insieme.<sup>12</sup>

Facendo un grande sforzo didattico, possiamo articolare questa “nuova” dialettica sociale su tre livelli:

1. Quello *geografico-antropologico* (la dialettica assume qui la forma della doppia tendenza locale / globale);
2. Quello *territoriale-identitario* (la dialettica è a questo livello di analisi quella del “conflitto” tra pubblico e privato);
3. Quello *costituzionale-politico* (cioè, soprattutto con riferimento alle “soluzioni” e alle politiche da adottare ai livelli precedenti, ci riferiamo più precisamente agli scenari per l'oggi e a quelli per il domani).

I tre livelli riproducono peraltro quella particolare dialettica studiata dal diritto fraterno (in maniera derivante dalla teoria sistemica) tra esclusione e inclusione. All'osservazione critica che spesso, purtroppo, questa dialettica funziona soprattutto nei termini di una “esclusione attraverso l'inclusione”, bisognerebbe più correttamente contrapporre quella opposta, anch'essa in forma *paradossale*, quella cioè di una “inclusione per esclusione”.

### 1.1 Il conflitto tra locale e globale

Da quando una trentina di anni fa si è cominciato rapidamente e con insistenza a parlare di “globalizzazione” (o mondializzazione, o altre versioni miste come quella di una “economia-mondo” o quella di una “riallocazione planetaria delle risorse”, ecc., incluse altre visioni rinnovate dell'imperialismo e sintesi assurdamente semplificatorie come “il pensiero unico”), il conflitto di tipo *verticale* e quello di tipo *orizzontale* sono esplosi ad ogni livello di analisi della decisione politica.

Quanto alla prima dimensione di complessità, quella *verticale* (in cui il la decisione individuale si dialettizza con quella locale, e poi con quella regionale,

---

<sup>11</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari, Laterza, 2002. p. 133.

<sup>12</sup> Seguiamo l'osservazione che segue del grande antropologo e geografo brasiliano Milton Santos: “Podemos admitir que existam ainda espaços geográficos cujas características são o resultado de uma interação íntima entre grupo humano e base geográfica. Mas estes casos são cada vez menos numerosos; eles parecem ser o resultado de uma falta de dinamismo social frequentemente denominado, na linguagem corrente, dinamismo geográfico”. Così SANTOS, Milton. O país distorcido. O Brasil, a globalização, a cidadania. COSTA RIBERIO, Wagner (Org.). São Paulo, Publifolha, 2002. p. 61.

statale, sovrastatale, fino a quella tendenzialmente globale e “unica”) è apparso da subito sempre più chiaro che la libertà individuale, la dignità umana e l’integrità fisica fossero progressivamente ridotte ad essere “semplici” variabili subordinate alla decisione di livello superiore.<sup>13</sup>

Quanto alla seconda dimensione, quella *orizzontale* (in cui la decisione individuale si dialettizza con quella della comunità di riferimento, con le istituzioni, con gli operatori economici, fino alla “prova di forza” per il mantenimento del controllo sul proprio territorio e spazio di vita) è apparso da subito sempre più chiaro che la libertà individuale, la dignità umana e l’integrità fisica fossero progressivamente ridotte ad essere “semplici” variabili subordinate alla decisione dei protagonisti dell’economia e della politica.<sup>14</sup>

La massima ampiezza di questa dimensione *orizzontale* coincide con quella *globale*. A questo livello troviamo il concetto di *bene comune* (e la sua variante di *bene pubblico globale*). In effetti vi è un disaccordo qui tra la nostra posizione e quella di una nota studiosa italiana di beni comuni e riferimento per tutta l’ecologia politica, Giovanna Ricoveri. Il punto non è secondario, e merita di essere (per quanto brevemente) discusso.

Secondo Ricoveri, infatti

i “beni comuni globali” non devono essere confusi con i “beni pubblici globali”: con la prima definizione si mette infatti l’accento sull’aggettivo “comune” per indicarne la natura di patrimonio dell’umanità, proprietà indivisa i cui frutti spettano a tutti e a ciascuno. Con la seconda definizione, si mette invece l’accento sull’aggettivo “pubblico” per indicare la natura di merci o beni globali di consumo.<sup>15</sup> (RICOVERI, 2005, p. 12).

È comprensibile che la preoccupazione degli autori rappresentati qui in maniera esemplificativa dalla fondatrice del gruppo di *Capitalismo Natura*

---

<sup>13</sup> È la nota linea habermasiana, seguita da molti, e spesso a giusta ragione. È il caso in Italia del costituzionalista Carlo Amirante, nelle sue analisi di fine secolo sullo “stress” post-costituzionale dei diritti umani e sulla ridefinizione dei diritti fondamentali nello scenario delle politiche di globalizzazione, tra le quali AMIRANTE, Carlo. *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello stato*. Torino: Giappichelli, 2001. Il grande costituzionalista e comparatista napoletano è tornato spesso sugli stessi temi, ad esempio in *Dalla forma stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008; in *The Hegemony of Governance and Mult-level Constitutionalism in a Globalized World*. In: NERGELIUS, Joakim; POLICASTRO, Pasquale; Urata, Benji (Orgs.). *Form and Substance in Contemporary Constitutionalism. International Proceedings of IVR World Congress*. Kraków: Ratio, 2004 o nel recente volume dedicato alle migrazioni planetarie, scritto con Michelangelo Pascali (AMIRANTE, Carlo; PASCALI, Michelangelo. *Alien. Immigrazione clandestina e diritti umani*. Napoli-Roma: ESI, 2015).

<sup>14</sup> È la nota linea della *Governance*, che emerge nel dibattito da una “raffinazione” e “traduzione” giuridica delle tesi foucaultiane della biopolitica e della governamentalità. In maniera didattica, su questo sviluppo teorico dalla governamentalità alla *governance* rinviamo agli studio di Francesco Rubino, ad esempio nel recente RUBINO, Francesco. *Conferenza sulla governance*. Firenze: Classi, 2015, ma già anche, tra i molti interventi dell’autore su questo tema, nel saggio che è unanimemente considerato quello “fondativo” del dibattito europeo: RUBINO, Francesco. *Governance. Un modello intermedio di controllo dell’economia*. In: BORRELLI, Gianfranco. (Org.) *Governance*. Napoli: Dante & Descartes, 2004.

<sup>15</sup> Si veda anche RICOVERI, Giovanna. *Beni comuni vs. Mercì*. Milano: Jaca Book, 2010 e già RICOVERI, Giovanna (Org.). *Capitalismo, natura, socialismo*. Milano: Jaca Book, 2005.

*Socialismo* sia quella della tendenziale mercificazione delle risorse globali: mercificazione che, come è noto, si concretizza in prevalenza nella modalità del *brevetto*, e con una prevalenza dunque della comunità scientifica rispetto alle altre (e, all'interno di questa, dei centri di ricerca meglio finanziati e "politizzati").

E tuttavia, potrebbe quasi sembrare che queste preoccupazioni configurino una sorta di *fuga dal reale*, non nel senso (ovviamente) che sono irrazionali o astratte, ma nel senso che si pongono con uno statuto almeno quadruplo: il superamento del brevetto e della mercificazione, cioè, può essere *tendenziale*, *transizionale-procedurale*, *programmatico-costituzionale* o *post-rivoluzionario*.

E peraltro, anche laddove fosse di tipo (ad esempio) programmatico-costituzionale, questo non impedisce che sia nello stesso tempo anche soltanto tendenziale oppure (perché no?) post-rivoluzionario. Come è noto, molte costituzioni (e proprio quella italiana e quella brasiliana, nello specifico) sanciscono una finalità sociale *obbligatoria* tanto per la proprietà privata quanto per l'attività economica imprenditoriale. Ma questa finalità sociale non fa altro che spostare in avanti nel tempo la sua efficacia costituzionale al momento in cui la costituzione sarà realmente applicata (o, come si dice in gergo costituzionalista, *concretizzata*). Il che, appunto, potrebbe non accadere *mai*!

Ecco perché, in altri termini, la nozione di *beni comuni globali* e quella di *beni pubblici globali* non possono essere separate.<sup>16</sup> E, più che la *titolarità* o la *proprietà*, bisognerebbe articolare la *responsabilità* in relazione ai beni.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> A un livello di filosofia del diritto, con riferimento al diritto fraterno, si può anche affermare che, alla base della concettualizzazione di *tutti* i beni comuni dell'umanità vi sia un nucleo condiviso di verità, considerato anch'esso come un *sapere* comune (una tradizione comune dell'umanità, come l'ha intesa Höffe). Su questa versione dell'idea di *verità*, osserva ad esempio Resta che "da molti punti di vista si può affermare che non è la verità a definire e condizionare il tempo, ma è il tempo a definire la verità" (RESTA, *op. cit.*, 2002, p. 159). Ecco, da questo specifico (e importante) punto di vista, arricchito semmai da una visione più articolata della verità (come ad esempio quella proposta una ventina d'anni fa da Enrique Dussel in dibattito con Karl-Otto Apel) si dovrebbe dunque aprire un serio dibattito (post-disciplinare e inclusivo, naturalmente!) proprio sulle nuove forme del relativismo.

<sup>17</sup> Non si dimentichi, ovviamente, che si tratta di un primo passo verso il superamento della nozione di "bene", che è fuorviante sul piano metodologico e ambigua sul piano politico, perché, ad esempio, non lascia comprendere che anche la *catastrofe* (politica, umanitaria, economica, ambientale, urbana, ecc.) può essere un bene comune, e per certi versi *deve* essere un bene comune dell'umanità. D'altra parte, la *catastrofe* è un bene comune anche per i governi e per le imprese multinazionali, oltre che per quelle imprese che hanno uno statuto politico che ormai sfugge anche a quello di "multinazionale" o "sovranazionale" (come le quattro OTT nordamericane: Apple, Google, Facebook e Amazon) e che controllano *direttamente* alcuni beni comuni dell'umanità come le telecomunicazioni informatiche o alcuni valori universali come la (famigerata, *definitely!*) *amicizia*. Certo, Facebook non ha il potere di "controllare" gli oceani e non può avere alcun impatto (sempre che lo volesse) sulla fauna tuttora inaccessibile della Fossa delle Marianne... Ma la questione è che può invece controllare (sempre che lo voglia, è chiaro) la visione degli oceani (politica e scientifica, immaginaria e visuale, economica e statistica) da parte della comunità umana. E può naturalmente imporre la propria *visione* a quella della comunità umana. E non si tratta di allarmismo filosofico, o della contrapposizione risalente e tenace tra tradizione e innovazione! Né ovviamente intendiamo opporre una nuova comunità di fratelli alla comunità degli amici di Facebook (sarebbe ridicolo, anche se è stato di recente tentato). È che bisogna segnalare con forza che la visione della *biosfera* è schiacciata da quella della *infosfera*. E che il capitalismo – che non è più soltanto occidentale, e in effetti non lo è mai stato nella modernità – ha una forza pervasiva e performante che determina oggi gli stessi modelli di pensiero e di azione che dominano

Una responsabilità, infine, che si lega alle stesse *capacità cognitive* (almeno potenziali e tendenziali) della comunità. Detto altrimenti in forma di domanda, e sempre con riferimento al dibattito con le posizioni di Giovanna Ricoveri, siamo sicuri che il turismo indotto dal gioco d'azzardo e dalla liberalizzazione commerciale siano la migliore valorizzazione delle stesse loro risorse territoriali da parte degli indiani d'America? Insomma, se non è la *proprietà* a implicare la *titolarità*, non è neanche quest'ultima ad implicare la *responsabilità*, ma è la capacità cognitiva della comunità. Se cioè l'agricoltura è più antica nelle Americhe e in Africa di quanto non sia in Europa, questo implica che il territorio americano è molto meglio gestito da chi sappia praticare l'agricoltura (anche modernizzata e arricchita di tecnologie, certo). E *non è questo quello che succede!*<sup>18</sup>

Le *companies* di San Josè sono *tutte* rispettose dei criteri di sostenibilità ambientale, e sono naturalmente i migliori esempi al mondo di tecnologia non invasiva. Eppure i loro prodotti (dai telefonini ai pc ai miliardi di "app" da scaricare sui propri supporti informatici digitali, fino alla robotica e alle centraline delle automobili) sono l'evento antropico maggiormente *catastrofico* dell'intera storia dell'umanità.<sup>19</sup>

## 1.2 Identità pubbliche e private

Come appare dunque chiaro già a una primissima ricognizione, il soggetto dei processi della postmodernità è come teso (meglio: lacerato, smembrato, o, nella migliore delle ipotesi, *liquefatto*)<sup>20</sup> tra le varie identità che gli impone la decisione politica derivante dallo spostamento tendenzialmente globale della complessità sistemica.

---

la cultura, la scienza e la politica (per non dire della cultura popolare e dell'immaginario collettivo, o, *ça va sans dire*, della *Massenkulturindustrie*). Siamo, per dirla con Adorno, ai *minima moralia*.

<sup>18</sup> Il primo lungo saggio di *Collapse* di Jared Diamond (DIAMOND, *op. cit.*, 2005) si sofferma sulle trasformazioni ambientali del Montana (in realtà sulla devastazione di foreste e corsi d'acqua) a seguito della modificazione della destinazione economica di intere regioni dello stato (è proprio alla bellezza paesaggistica che si lega la speculazione edilizia e la conseguente alterazione della fauna fluviale, che ricadono in termini negativi poi proprio su quella bellezza perduta...). Ora, Diamond non vuole sottolinearlo espressamente (perché la sua visione è sì sistemica, ma la sua idea della complessità è un po' "fotografica" e statica, e non seleziona le cause principali rispetto a quelle secondarie o incidentali o accidentali), eppure era il grande popolo dei Coeur d'Alene (ora ridotto a duemila discendenti) che sapeva gestire al meglio *quel* territorio, e non il governo federale o locale degli States.

<sup>19</sup> Certo, non è una catastrofe da estinzione. Ma è una conferma dell'impossibilità di un capitalismo "verde", come paventato ad esempio da Isabelle Stengers e Daniel Tanuro. Si veda una buona discussione in TANURO, Daniel. *L'impossible capitalisme vert*. Paris: La Découverte, 2012.

<sup>20</sup> Non vi è sociologo o filosofo della postmodernità che non abbia rilevato (pure nella varietà enorme ed eclettica delle posizioni politiche e delle scelte metodologiche) molteplici processi di decentramento e dispersione della soggettività: da Bauman a Lasch, da Rosi Braidotti a Slieterdijk, da Sennett al pionieristico Guattari, da Homi Bhabha a David Harvey, da Judith Butler a Peter Dews... per restare a un *mainstream* riconosciuto.

La sua identità *privata* è immediatamente *pubblica* nel momento in cui la sua stessa soggettività diventa rilevante per la decisione politica dei livelli superiori o più ampi di cui abbiamo accennato nel punto precedente.<sup>21</sup>

Il paradosso è allora che le stesse politiche pubbliche “di inclusione” o di contrasto all’esclusione sociale, soprattutto quelle del ciclo ventennale 1990-2010 detto “neo-costituzionale”, si rivelano tanto necessarie e non differibili quanto intimamente autoritarie.<sup>22</sup>

Come ha osservato nei primi anni '90 la giurista “blagoslovéna” Agnès Lejbowicz (al di là di alcuni aspetti spiritualisti che hanno poi indebolito la sua produzione successiva),

se fixant pour tâche de définir le droit de l’humanité, les internationalistes, qui optent pour une autre logique que la logique étatique de la territorialisation, n’ont pas réussi cependant à définir l’humanité autrement qu’à l’intérieur d’un régime de propriété appelé patrimoine commun de l’humanité.<sup>23</sup> (LEJBOWICZ, 1999, p. 345)

Ora, è chiaro che opporre la *territorializzazione* irrazionale (e lo è, senza dubbio) alla *deterritorializzazione* in favore di uno spazio comune dell’intera umanità, non implica di per sé che questo processo sia razionale (ma magari soltanto che sia necessario).

---

<sup>21</sup> Un esempio molto chiaro di come le politiche pubbliche siano per certi versi interamente subordinate alla complessità governamentale, e di come i processi di *inclusione* finiscono per coprire la mappa della stessa *esclusione* sociale e mascherare i problemi fondamentali, è quello del programma *Fome zero* in Brasile (ma lo stesso potrebbe dirsi di altre misure di contrasto al disagio sociale diffuso). Il dato dell’obesità, in questo programma tanto articolato, potrebbe essere un limite all’applicazione generalizzata dello stesso, se non si tenesse conto che l’obesità è un indice fondamentale della mancanza di educazione alimentare e della distribuzione ineguale delle risorse economiche da destinare all’alimentazione.

<sup>22</sup> La domanda fondamentale a proposito della democrazia costituzionale rimane dunque la stessa almeno dal grande dibattito aperto da Rosa Luxemburg all’indomani della Rivoluzione bolscevica del 1917: è *sufficiente* (sempre che sia possibile, ovviamente) costituzionalizzare il potere statale, ovvero bisogna *prima* superare decisamente quest’ultimo? Una ricostruzione monumentale della storia di questa opposizione teorica e politica (dalle civiltà orientali alla “nuova Resistenza” in Europa e alla costituzione brasiliana), sulla linea dell’analisi della dialettica a quattro tra la transizione costituzionale, la costituzione, la resistenza e la rivoluzione, è sviluppata in sette volumi dalla ricercatrice parigina Alessia J. Magliacane in MAGLIACANE, Alessia J., *Constitution et Résistance*. Paris: Publications EHESS, 2016 (già apparsa col titolo di *Transition constitutionnelle et Résistance. Une étude comparée*), o nel recentissimo *Tout le pouvoir. Lénine, Rosa et la Révolution*. Paris: l’Harmattan, 2018, che si concentra sulla visione di Rosa Luxemburg.

<sup>23</sup> LEJBOWICZ, Agnès. *Philosophie du droit international. L’impossible capture de l’humanité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999. p. 345. Leggiamo il seguito: “Les conventions relatives à ce patrimoine cherchent à soustraire à l’incurie de certains États et à l’appétit hégémonique des autres, des biens et des espaces dont l’intérêt touche le genre humain pour le présent, mais surtout pour le futur, dans le domaine de la recherche (Antarctique), de la culture (Conventions de l’Unesco relatives à la protection de certains sites), de la communication (orbite des satellites géostationnaires), des ressources (nodules polymétalliques des fonds marins), etc. Mais ce régime de propriété signifie la non-appropriation, la non-militarisation et le partage des richesses entre kes différents nations. Autrement dit, ce régime de propriété s’établit à l’inverse de celui qui fonde la politique de l’État.” (*Loc. cit.*).

Un processo di certo più razionale sarebbe quello di *distribuire* la popolazione sul territorio, valorizzando in maniera auto-organizzata le competenze delle tante comunità ecologiche del pianeta.

Tornando ai lavori di Giovanna Ricoveri, va precisato che per beni comuni non si intendono solo le risorse naturali in quanto tali, ma anche usi civili o diritti collettivi d'uso da parte di una data comunità a godere dei frutti di quella data risorsa.

Quello cioè che contraddistinguerebbe i beni comuni (o anche gli “usi civili”) sarebbe

la forma partecipata o comunitaria della proprietà o dell'uso delle risorse naturali, che non sono pertanto né pubbliche né private; forma partecipata di proprietà o gestione che persiste nonostante la modernità e i cambiamenti da essa indotti.<sup>24</sup> (RICOVERI, 2005, p. 11)

Insomma, la questione aperta è quella dell'umanità: tanto l'insufficienza della prospettiva teorica<sup>25</sup> quanto la vastità del progetto politico.<sup>26</sup>

### 1.3 La finitudine e il futuro

Ne discende (almeno) una terza dialettica, quella che potremmo individuare tra le esigenze di *programmazione* (esigenze che sono tipicamente costituzionali, almeno se *non* si intende la costituzione come un progetto ma la si limita, come si fa

---

<sup>24</sup> Anche qui abbiamo a che fare con un criterio tipicamente giuridico (e privatistico), quella cioè del *preuso*. Se ne possono indagare alcuni limiti e altre possibilità nel caso del conflitto, ad esempio, tra un principio di conservazione (e di promozione) della *biodiversità* e la tecnica del *brevetto* (che tende invece a ridurre appunto la biodiversità). Come ha peraltro rilevato la stessa Ricoveri, occorre una precisazione a questo proposito “in merito alla distinzione di uso corrente tra beni comuni locali e beni comuni globali, che può indurre in equivoco perché la differenza non sempre è detta: la biodiversità, ad esempio, è sicuramente locale nel senso che la popolazioni locali ne sono i custodi e quindi i legittimi proprietari; ma è anche globale nel senso che è patrimonio dell'umanità nel suo insieme”. (RICOVERI, *op. cit.*, p. 12).

<sup>25</sup> Come ha acutamente osservato in proposito Giovanni Franzoni, un noto protagonista delle lotte altermondialiste degli anni 2000, già corrispondente di Pasolini negli anni '70, “un ostacolo al riconoscimento del diritto dell'umanità sui *beni comuni* viene indubbiamente dall'imperfetta elaborazione del concetto di *umanità*, vagamente espresso recentemente quando si è parlato di *crimini contro l'umanità* non prescrivibili, ma ancora indeterminato sull'identità del soggetto di diritto perché non è chiaro se l'umanità abbia rappresentanza o meno, perché non è soggetto”. Si vedano, dal secondo volume di FRANZONI, Giovanni. *Opere*. Roma: EdUP, 2006; *I beni comuni*. Roma: EdUP, 1973; e *Farete riposare la Terra*. Roma: EdUP, 1996. Peraltro, come spesso ha osservato Riccardo Petrella (si vedano le note successive) a proposito del concetto di *umanità* come intermediario necessario tra la natura e la specie, sembra che gli esseri umani non siano né gestori né proprietari di alcun bene di interesse generale, con cui hanno perduto qualsiasi relazione, perché hanno perso la capacità umana di *condividere*. È questo, secondo il grande economista ligure, il grande problema che la nozione di “bene comune” deve risolvere.

<sup>26</sup> Da Berkeley e Parigi giusto cinquant'anni fa, all'abolizione della pena di morte nel mondo, alla salvezza del pianeta dall'Antropocene, all'altermondialismo in ogni sua forma, al riscatto delle tradizioni culturali comuni delle popolazioni originarie...

un po' dappertutto, ad un'elencazione "razionale" di norme programmatiche e di principio) e le urgenze di *democrazia sostanziale*.

Anche qui un paradosso. I diritti, cioè, si oppongono l'uno all'altro, e tra di loro. E il *sistema giuridico* (evolvendosi e differenziandosi nelle forme statali e delle istituzioni del diritto pubblico) si oppone a tanto a quello dei *diritti umani* (e delle "esigenze etiche fondamentali" sviluppate in natura e nelle società) quanto a quello della *democrazia* (e dei "diritti fondamentali" riconosciuti dagli ordinamenti e dalle costituzioni).

La dialettica "costitutiva" della politica tra amico e nemico si trasforma cioè (da un'opposizione, una tensione che era) in una ambivalenza: l'amico e il nemico tendono a coincidere nello stesso soggetto, sia esso l'Altro o lo stato.<sup>27</sup>

E anche i diritti (o, meglio, le *capacità*, come direbbe la Nussbaum) entrano in conflitto tra di loro ed assumono le forme ambivalenti di quello che è *possibile* fare in natura (come capacità) e di quello che invece è *possibile* fare nelle società (come capacitazione).

Nasce anche qui, da un'inversione dell'idea di *capacità* come proposta da Martha C. Nussbaum e Amartya K. Sen (cioè il "bisogno attivo" e "attraattivo"), l'ambivalenza del concetto di *bene comune*, che si è ritagliato lungo l'intero ultimo quarto di secolo uno spazio di primaria importanza tanto per il diritto (pubblico e privato) quanto per le politiche ambientali (ecologiche ed economiche). Alla luce del diritto fraterno, infatti, il *bene comune* sarebbe uno spazio condiviso da esseri eguali nell'uso e nella partecipazione al godimento delle risorse naturali: costituisce, cioè, in altri termini, una "forma primordiale di inclusione".<sup>28</sup>

Ora, è fin troppo semplice annotare anche che questa *inclusione* (che è peraltro "appena" conquistata, se pensiamo ad esempio ai progressi della biologia, della genetica, della medicina, delle biotecnologie in generale) si trasforma

---

<sup>27</sup> Come ha ad esempio osservato mirabilmente Wendy Brown nel suo bel saggio sull'ambivalenza del "bambino picchiato" in Freud, come fondamento della decisione politica: si veda BROWN, Wendy. **Politics out of history**. Oxford-Princeton: Princeton University Press, 2001. Lo stato stesso è, in maniera altamente ambivalente, amico e nemico dei suoi stessi cittadini: li punisce con il carcere e li manda in guerra, ma li aiuta anche con le politiche sanitarie ed assistenziali, e li rende utenti di infrastrutture e servizi. Li *include* nello spazio della nazione e nel tempo della politica (è questo, ad esempio, il senso della frase "politics out of history" scelta dalla Brown come titolo per la sua raccolta di saggi sopra citata). Li *esclude* dal potere e dalla partecipazione alle scelte collettive (riconosciuti loro, soltanto in una parte ridotta, grazie ai modelli di *democrazia procedurale* di matrice occidentale britannica). Li *include* rendendoli beneficiari di una serie di garanzie previste dalla costituzione, ma li *esclude* dal gioco costituzionale stesso, e riduce l'accesso diretto alle norme costituzionali unicamente in maniera procedurale e giudiziaria (e nella maggior parte dei sistemi costituzionali tale accesso non è neanche *diretto*, cioè tramite un ricorso diretto del cittadino al tribunale supremo o costituzionale, ma è *indiretto* e *incidentale*, cioè mediato dal un giudice ordinario che funge da filtro necessario e insormontabile). Ancora, li *include* aprendosi al controllo degli atti pubblici secondo un principio generale di trasparenza, ma al contempo li *esclude* secondo un principio generale anch'esso di efficienza dell'azione amministrativa...

<sup>28</sup> "Beni e diritti fondamentali sono inclusivi quando un individuo non può goderne se nello stesso momento non ne godono tutti gli altri. L'aria, la vita, il patrimonio genetico non possono non essere inclusivi; possono esserlo meno le proprietà quando non sono ugualmente distribuite". (RESTA, *op. cit.*, 2002, p. 133).

immediatamente in una *esclusione* del diritto di goderne. *Non siamo cioè proprietari* del nostro genoma, né della nostra vita biologica stessa, né possiamo arruolare la capacità di curarci autonomamente, di produrre la nostra alimentazione, di proteggere il nostro corpo dalla natura (dal freddo come dalle malattie, dagli effetti del Sole come dai cambiamenti climatici, dai virus come dalle asbestosi...). La nostra è una mera *titolarità* e non una vera e piena proprietà. Ed è per questo che il concetto di *bene* è fuorviante, oltre ad essere (come abbiamo ben visto) ambivalente in quanto inclusivo e non inclusivo a un tempo.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Certo, potremmo abbandonare il concetto di proprietà nei termini kantiani (nei termini del diritto individuale e di libertà), e pensare a un patrimonio comune dell'umanità (sempre di origine kantiana, ma questa volta in base al progetto di pace perpetua e di cosmopolitismo). Allo stesso modo, e proprio per gli stessi motivi, potremmo suggerire di abbandonare il criterio dei *cicli* o delle *generazioni* dei diritti umani: criterio che è sicuramente efficace dal punto di vista didattico, ma non ha alcuna utilità scientifica e anzi si rivela spesso fuorviante. Non si può ad esempio distinguere tra un diritto ai servizi pubblici essenziali (come la fornitura d'acqua o di energia elettrica) e un diritto derivante dallo sfruttamento delle risorse petrolifere di un determinato territorio! Allo stesso modo, impiegando le categorie di ciclo o generazione di diritti, non si comprenderebbe perché la "propagazione guidata" in fibra ottica (volgarmente detta *connessione internet*, di cui chiunque potrebbe reclamare il godimento a titolo individuale) sia un bene primario come la fauna oceanica (di cui nessuno ha un godimento diretto). Per questa categorizzazione (tripartita, dall'aria a internet) si veda invece RICOVERI, *op. cit.*, 2005. Per una discussione rinviamo a VIAL, Sandra Regina. *Propriedade da terra: análise sócio-jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. In effetti, la questione è complessa, perché implica un doppio statuto dei *beni comuni*, in base alla loro origine e in base alla loro destinazione. Non c'è dubbio, infatti, che una scoperta scientifica *debba* essere resa pubblica (al di là della necessità stessa, dunque, di una qualche proprietà intellettuale). Allo stesso tempo, non può stupire nessuno il fatto che l'estrazione del "plus-valore" di una qualsiasi innovazione tecnologica (l'esempio per tutti è quello della cd. telefonia cellulare) non sia nel controllo (tanto del "processo di produzione" quanto dei "frutti del commercio") di quanti materialmente costruiscano il telefono, vi installino il software, lo rendono disponibile al mercato, ecc. Insomma, come notava correttamente Maria Turchetto già nel 1993 (quando Google non era ancora stata fondata) il lavoro intellettuale postmoderno è una nuova catena di montaggio, con le stesse regole del mercato di schiavi e dello sfruttamento delle risorse intellettuali. Era una controversia italiana che si svolse sulle pagine della rivista *Alternative* (fondata dal caro Domenico Jervolino), e la Turchetto si contrapponeva (in nome dei suoi studi foucaultiani e gouldiani) al Marco Revelli del "modello Toyota" e del *Postfordismo*. Siamo cioè, si chiedeva Turchetto, realmente davanti a un cambio di paradigma e a una rivoluzione scientifica? O si tratta piuttosto di una "sola" (ma quanto grande, certo!) modernizzazione su base "immateriale" e "cognitiva" del capitalismo novecentesco classico di origine fordista? Si veda già TURCHETTO, Maria. *Lavoro, scienza, potere*. Milano: Feltrinelli, 1981, nonché le lezioni raccolte in TURCHETTO, Maria. *Le forze produttive nella storia del pensiero economico*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 1998, o il recente volume (in cui la studiosa veneta riprende proprio la teoria della dipendenza e la critica al Post-fordismo) TURCHETTO, Maria. *Economia e società*. Otto lezioni eretiche. Milano-Udine, Mimesis, 2017. È un dibattito naturalmente immenso e articolato, in cui le posizioni sono spesso contingenti e dettate dalla necessità di una testimonianza politica (encomiabile), più che da una ponderata visione scientifica che si alimenti anche di visioni contrarie, chiarimenti, passi falsi, avanzamenti. Si veda allora, per finire, l'esempio di uno dei maggiori specialisti mondiali di acqua e di beni comuni, Riccardo Petrella. Secondo l'economista ligure fondatore del Comitato internazionale per il Contratto mondiale dell'acqua, "il nostro futuro – quello delle nostre famiglie, degli abitanti di Roma e di Osaka, come delle popolazioni indigene dell'Ecuador, dei popoli usbecchi, tagicchi e turcomanni dell'Asia centrale o degli americani di California – risiede non tanto nello sviluppo tecnologico ed economico quanto nella capacità delle società umane a darsi regole, istituzioni e mezzi d'azione comuni, definiti e gestiti in comune ai vari livelli dell'organizzazione sociale, per "vivere insieme" in un mondo divenuto complesso, interdipendente, "mondiale" ma caratterizzato da nuovi rapporti di dominazione/dipendenza e, di conseguenza, violento, fragile." (PETRELLA, Riccardo. *Il diritto di sognare. Le scelte economiche e politiche per una società giusta*. Milano: Sperling & Kupfer, 2005. p. 11). Si vedano anche, nel periodo cruciale sopra considerato,

## 2 IL PARADOSSO CONCLUSIVO DELL'EGUALE DIVERSITÀ (E UN'ALTRA ECOLOGIA POLITICA)

Interessa invece capire come e perché, di quelle grandi narrazioni, la fraternità, accennata allora ma rimasta inedita e irrisolta rispetto agli altri temi dell'uguaglianza e della libertà, ritorni prepotentemente oggi, quanto più il presente impone, con le sue giacobine accelerazioni, la questione del globale, della dipendenza di tutto da tutto.<sup>30</sup>

Arriviamo alla fine di questa "escursione". Vi giungiamo con la serena consapevolezza di avere tentato di affrontare direttamente le questioni più rilevanti, andando ai fondamenti epistemologici e alle radici filosofiche di una modernità che ormai (anche nella sua fase già decisamente *post*) ritiene compiuta la *maitrise* del soggetto e del suo spazio vitale. Ma anche con la sensazione d'urgenza che, invece, proprio la formulazione più radicale di quelle istanze di senso, induce, soprattutto a proposito del posto della specie umana in un ambiente che cambia, e cambiando fa perdere gli equilibri di *fitness* e spinge ad una ripetizione dello schema della catastrofe (ecologica, umanitaria, economica).

Forse le domande lasciate aperte e le questioni che restano irrisolte superano di gran lunga le risposte e le ipotesi costruttive. E di certo l'esigenza di proporre le linee generali di un'analisi non ancora tentata ci ha portati ad eccedere con idee che anche noi (come molti altri un po' dovunque nel mondo) vorremmo *nuove e resistenti*. Il risultato è forse più *incerto* di quanto potremmo augurarci (e augurare al lettore). Eppure alcuni punti fermi di un dibattito che è ancora tutto da costruire possiamo riproporli ancora una volta. Convintamente. Da giuristi, sì, ma soprattutto da analisti sociali.

In primo luogo, il nodo della *non violenza*. Ci attribuiamo il merito di avere con forza chiarito che parlare di fraternità equivale a parlare di non violenza. Lo abbiamo fatto in una maniera dialettica e tentando di considerare le maggiori implicazioni che il principio della non violenza offre all'analisi politica e giuridica. La sua natura *evoluzionista e progressiva* (non è l'opposto della violenza sociale generalizzata, né l'inverso della guerra, né il "rovescio" dell'aggressività) ne fa un principio che si snoda in maniera parallela alla pulsione di morte. Da questo punto di vista, la non violenza è la verità "rivelata" (cioè la verità *bella*, come ha sottolineato Lacan in *Kant avec Sade* del 1966) della pulsione di morte freudiana (quella sadica e aggressiva, cioè). La non violenza è, in altri termini, l'opposto della morte, più di quanto non lo sia la vita stessa.

Ma abbiamo anche chiarito che *non violenza* non significa incapacità di difendersi o di proteggere i fratelli umani e animali, di proteggere i loro ambienti di vita, di garantire la loro libertà di decisione. Non violento è il *metodo* della decisione (che non si lascia contaminare dalla pulsione di morte e dal "disagio della civiltà",

---

i precedenti PETRELLA, Riccardo. *Il bene comune. Elogio della solidarietà*. Torino: Bollati Boringhieri, 1997, e soprattutto PETRELLA, Riccardo. *I limiti della competitività*. Roma: Manifestolibri, 1995.

<sup>30</sup> RESTA, *op. cit.*, 2002, p. v.

cioè dalle norme e dall'autorità). Ma anche la *distruzione* (quella dei bambini, come negli studi straordinari della psicanalista sovietica Sabina Spielrein) può essere non violenta, cioè libera e liberatoria, oltre che libertaria. Come già aveva acutamente (e drammaticamente) rilevato Wilhelm Reich in *Psicologia di massa del fascismo* (la prima edizione è del 1933), il vero mistero è che, in questa società tanto repressiva, oppressiva e castrante, non ci sia uno sciopero ogni ora e una rivoluzione ogni mese!

E infine, quanto alla non violenza, se è vero quello che spesso viene attribuito a Gandhi, e cioè che la *non violenza è più antica delle montagne*, è proprio questa tradizione comune che dovrebbe indurci a comprendere che la *non violenza* è un *sapere*, e allo stesso modo, e forse soprattutto, che *ogni sapere è non violento*. È cioè violenta la *dipendenza* dalle tecnologie, dai beni di consumo, da un mercato che non è più una Samarcanda di popoli e uno scambio di abilità, competenze, e creatività, ma una cieca competizione asimmetrica e castrante.

Sappiamo bene che uno dei rischi di “narrazioni del presente” così vaste dal punto di vista tematico è proprio quello di lasciarsi andare ad un elogio nostalgico o elegiaco per un passato spesso lontanissimo (come quello matriarcale, ancestrale e arcaico) che tendiamo a supporre, senza alcuna conferma, come pacifico e accogliente (fraterno, appunto). E in questa dimensione mitica contrapposta a un presente brutale e violento, si commette spesso l'errore di sovrapporre intuizioni politiche a concetti filosofici, e di abbinare dati sociologici a una ipotesi psicanalitica, o di combinare in maniera casuale (soprattutto nel finale!) il “pessimismo della ragione” e un certo “ottimismo della volontà”, la critica e l'esortazione...

Per questo preferiamo essere *cauti*. Alla certezza delle ipotesi (ad esempio quelle sui cambiamenti climatici da riduzione dello strato di ozono nell'atmosfera terrestre) e alla solidità delle teorie scientifiche (ad esempio quella dell'Antropocene o quella del *collasso* delle società), abbiamo preferito invece le teorie eretiche (ad esempio quella dell'estinzione ciclica di Stephen Jay Gould, basata sulla competizione tra le specie viventi, ma anche il pessimismo costruttivo post-conciliare dell'*abate rosso* Giovanni Franzoni) e le formule dotate immediatamente di una certa forza critica (come quella dell'*infosfera*, da contrapporre ad una statica *biosfera* da difendere). Anche della *complessità* (all'interno della teoria sistemica) abbiamo preferito i modelli dell'auto-organizzazione e del *caos* come più adatti a spiegare i cambiamenti di *fitness* della specie umana nel rapporto con l'ambiente. E il modello della *catastrofe*, appunto, per spiegare invece la mancanza di *fitness* e la rottura degli equilibri (come evento prevedibile nella sua eventualità concreta e nelle sue modalità astratta, ma imprevedibile nei tempi e nelle modalità concrete). La *catastrofe* è il limite naturale cioè alla conoscenza: è la quantità di conoscenza perduta nel corso dell'evoluzione dei modelli di equilibrio sociale e ambientale.

Sul piano politico (di politica della scienza, naturalmente, alla Kuhn o alla Feyerabend, se non alla Bateson o, appunto, alla Stephen Jay Gould) questo atteggiamento critico e cauto a un tempo, ci ha portati a proporre una sorta di ribaltamento della visione classica dei diritti umani. Parlando delle *minoranze etniche* o delle *vittime di genocidio* (tra gli esempi: le “prime nazioni” delle Americhe e della Penisola araba) abbiamo sottolineato che queste fossero portatrici

di un patrimonio comune dell'umanità molto più ampio di quello di cui sono portatori i popoli che le hanno sterminate.

Erano cioè popoli *superiori eticamente*, nel senso che erano capaci di un *sapere non violento* e di una *conoscenza non dogmatica* (spesso neanche scritta, ma egualmente sofisticata e idonea) e soprattutto di una capacità di gestione del territorio che ne riconosceva la complessità strutturale (e non la contrastava in favore magari di una forma unica di produzione economica, come nel caso dell'allevamento). Non è in fondo difficile rinvenire in questa *superiorità* etica nel rapporto con l'ambiente e il territorio un'anticipazione di quella che da Latouche in poi si chiama la "decrescita". Ma, appunto, parliamo di una superiorità, di un'abilità di adattamento più flessibile e resiliente, di una capacità tecnica più razionale, di una visione più complessa del progresso (e non "soltanto" in quanto non distruttiva o invasiva).

In altri termini, non è il genocidio di una popolazione che preesisteva e abitava i territori da conquistare che offre l'occasione di una riflessione sulla violenza dei conquistatori e sulla violazione dei diritti umani delle vittime.

Ma è la distruzione del *sapere* (diverso e più complesso) che quella popolazione portava. È questo il significato profondo del mito ancestrale di Atlantide: non tanto la distruttività esemplare dello stato e la pervasività del capitalismo, l'indifferenza etica della crescita tecnologica e la proceduralità dell'accumulazione della ricchezza (denunciata anch'essa come pulsione di morte da Otto Fenichel negli anni '30, in quanto burocratizzazione competitiva del desiderio), quanto piuttosto la capacità di approvvigionarsi in pieno oceano, di prosperare grazie alla solidarietà fraterna degli abitanti, di sopravvivere alle catastrofi naturali grazie alla visione *comune* del proprio passato e del proprio futuro (attivando dunque *saperi* che, proprio perché parliamo di eventi catastrofici *imprevisti*, devono essere non solo cooperativi ma anche innovativi e non dogmatici).

La distruzione di Atlantide, la sua implosione sotto il peso di un conflitto di *saperi* (l'uno, appunto, solidale e cooperativo, e l'altro, invece, selettivo e competitivo) che ha portato alla stagnazione (della) tecnica (inclusa quella per la sopravvivenza), ricorda quella (ancora mitica, ma già politica) di una Troia senza lavoratori schiavi, o quella (già storica, e con quanto rispetto vi allude Platone, nonostante si trattasse di "nemici"!)) della civiltà micenea, e quella da parte dei vescovi cattolici della biblioteca di Alessandria (laddove il dato realmente rilevante, oltre alla perdita dei 40mila o 700mila volumi raccolti, e alla lapidazione della grande direttrice Ipazia, è soprattutto quello della mancata difesa della biblioteca e del museo da parte della popolazione locale), o l'implosione burocratica delle enormi città-stato centroamericane (che erano passate in circa mille anni alla monocultura e allo schiavismo) poco prima che arrivassero poi gli eserciti spagnoli, fino al crollo del collettivismo burocratico (come lo chiamava intelligentemente Bruno Rizzi, prima di Orwell e prima di Gilas, e come poi avrebbe ripreso Stuart Kauffman nei suoi studi sulla complessità a Santa Fè) dell'Unione sovietica, quasi trent'anni fa...

E con l'evento *catastrofico* più importante del secolo scorso chiudiamo realmente questa ricognizione, con un terzo punto fermo. È proprio per questa esigenza insopprimibile di sincretismo politico (di tipo antagonista e altermondialista) e culturale (di tipo sistemico, post-strutturalista e tendente alla rottura dei paradigmi e alla rivoluzione scientifica) che fa da sfondo alla cautela (tentata) del giudizio e alla precisione (auspicata) dell'analisi, che abbiamo recuperato la *fraternità* come principio negletto della Rivoluzione e l'abbiamo integrata alla teoria sistemica (riproponendo dunque una teoria giuridica che sembrerebbe minore, basata sull'ipotesi metateorica del diritto fraterno).

Ci era sembrato quasi inevitabile infatti che, fallito il progetto storico novecentesco di un socialismo fondato sulla condizione generale *catastrofica* che derivava dall'essere *eguali* nella vulnerabilità e nell'oppressione, e davanti al fallimento ripetuto e costante del progetto storico capitalista di renderci *liberi* soltanto di accettare la dipendenza dal mercato, dalla burocrazia e dalla tecnica... davanti alle macerie della storia della *liberté* e dell'*égalité* insomma, l'angelo rivoluzionario di Walter Benjamin avesse bisogno soprattutto di esplorare anche la *fraternité*, cercasse dovunque fosse possibile *fratelli* che lo aiutassero a voltarsi e fermare la corsa. Perché se c'è un punto fermo finale e incontestabile da qualsiasi altro punto di vista teorico e politico che voglia considerare la ricchezza della vita e le possibilità di futuro su un pianeta così bello e così ostile – sul quale la nostra specie si è evoluta solo perché un meteorite ha annientato i dinosauri 63 milioni di anni fa, e solo perché un migliaio di scimmie ha imparato a cooperare per estrarre il ferro dalle rocce nelle grotte sudafricane di Pinnacle Point dopo la grande glaciazione di 200mila anni fa – è che, come dichiarava Malcolm X in un'intervista alla *Monthly review* una settimana prima di essere ammazzato, siamo tutti *brothers of oppression*.

## CONCLUSIONE

Quindi il diritto è finalizzato alla vita, è finalizzato, come già visto, all'esigenza di dare forma alla vita sociale, quindi alla vita condivisa, alla vita in quanto comunicazione, relazione, naturalmente anche conflitto. Non potremmo credibilmente coltivare una visione irenica, armonicistica del diritto. (ALFIERI, 2015, p. 7)

Un diritto finalizzato alla vita mostra i suoi paradossi costitutivi dando forma alla vita sociale. In questo articolo abbiamo identificato alcuni di questi paradossi con lo scopo di dimostrare che la vita intesa come comunicazione può differire dalla nostra vita attuale o da quella che cerchiamo di costruirci.

Crediamo che sia possibile dare compimento a un'etica comune, nonostante essa possa presentare proprie contraddizioni interne ed esterne. Quanto più abbiamo a disposizione beni comuni, tanto più aumenta l'autoresponsabilizzazione del soggetto, e principi quali fraternità, speranza, solidarietà, responsabilità vengono

fortemente reclamati all'interno delle nuove relazioni che caratterizzano la società-mondo.

La sopravvivenza dell'umanità è collegata in maniera diretta alla forma che assume la vita a livello sociale, economico, politico e ambientale. È in questo senso che puntiamo a una nuova etica della vita, che caratterizzi uno spazio di inclusione universale, dove – cercando di realizzare una differente ecologia politica – i beni comuni globali e i beni pubblici globali non possono essere concepiti separatamente.

## REFERÊNCIAS

ALFIERI, Luigi. Apresentação. In: (Orgs.) ALFIERI, Luigi; MITTICA Maria Paola (Org.). *La vita nelle forme: Il diritto e le altre arti*.

Atti del VI Convegno Nazionale ISLL, Urbino 3-4 luglio 2014 (Life Forms: Law and the Other Arts. Proceedings of the 6th ISLL National Convention). 2015. DOI: 10.6092/unibo/amsacta/5561.

AMIRANTE, Carlo. *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello stato*. Torino: Giappichelli, 2001.

\_\_\_\_\_. The Hegemony of Governance and Multi-level Constitutionalism in a Globalized World. In: NERGELIUS, Joakim; POLICASTRO, Pasquale; Urata, Benji (Orgs.). *Form and Substance in Contemporary Constitutionalism: International Proceedings of IVR World Congress*. Kraków: Ratio, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dalla forma stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.

\_\_\_\_\_; PASCALI, Michelangelo. *Alien: immigrazione clandestina e diritti umani*. Napoli-Roma: ESI, 2015.

BROWN, Wendy. *Politics out of history*. Oxford-Princeton: Princeton University Press, 2001.

CHAILLAN, Marianne. *Game of Thrones: une métaphysique des meurtres*. Paris: Le Passeur, 2016.

DIAMOND, Jared. *Collapse: how societies choose to fail or succeed*. New York: Viking Press, 2005.

FRANZONI, Giovanni. *I beni comuni*. Roma: EdUP, 1973.

\_\_\_\_\_. *Farete riposare la terra*. Roma: EdUP, 1996.

\_\_\_\_\_. *Opere*. Roma: EdUP, 2006.

KEMP, Peter. *Das Unersetzliche: Eine technologie-Ethik*. Berlin: Wichern, 1992.

KEMP, Peter; HASHIMOTO, Noriko. *Ethics and justice/Ethique et justice*: with a third part on Paul Ricoeur. Berlin: Lit Verlag-Hopf, 2017.

LEJBOWICZ, Agnès. *Philosophie du droit international: L'impossible capture de l'humanité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

MAGLIACANE, Alessia J., *Constitution et résistance*. Paris: Publications EHESS, 2016.

\_\_\_\_\_. *Tout le pouvoir: Lénine, Rosa et la révolution*. Paris: l'Harmattan, 2018.

PETRELLA, Riccardo. *Il diritto di sognare: le scelte economiche e politiche per una società giusta*. Milano: Sperling & Kupfer, 2005. p. 11).

\_\_\_\_\_. *I limiti della competitività*. Roma: Manifestolibri, 1995.

\_\_\_\_\_. *Il bene comune: elogio della solidarietà*. Torino: Bollati Boringhieri, 1997.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari, Laterza, 2002.

RICOVERI, Giovanna. (Org.). *Capitalismo, natura, socialismo*. Milano: Jaca Book, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introduzione a beni comuni tra tradizione e futuro*. Bologna: EMI, 2005.

\_\_\_\_\_. *Beni comuni vs. Mercè*. Milano: Jaca Book, 2010.

RUBINO, Francesco. *On dignity*. Copenhagen: Centre for Ethics and Law, 1998.

\_\_\_\_\_. *La bioetica tra principio di corporeità e principio di solidarietà*, 2003.

\_\_\_\_\_. *Governance. Un modello intermedio di controllo dell'economia*. In: BORRELLI, Gianfranco. (Org.) *Governance*. Napoli: Dante & Descartes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Conferenza sulla governance*. Firenze: Classi, 2015.

\_\_\_\_\_. *Dal corpo alla guerra: saggi di bioetica 1994-2014*. Firenze-Parigi: Classi, 2016.

SANTOS, Milton. *O país distorcido: o Brasil, a globalização, a cidadania*. COSTA RIBERIO, Wagner (Org.). São Paulo, Publifolha, 2002.

SCAMARDELLA, Antonello. *Verità e paura: tre saggi su terrorismo e psichiatria*. Firenze: Classi, 2018.

TANURO, Daniel. *L'impossible capitalisme vert*. Paris: La Découverte, 2012.

TURCHETTO, Maria. *Lavoro, scienza, potere*. Milano: Feltrinelli, 1981.

\_\_\_\_\_. *Le forze produttive nella storia del pensiero economico*. Soveria  
Mannelli: Rubbettino, 1998.

\_\_\_\_\_. *Economia e società: Otto lezioni eretiche*. Milano-Udine, Mimesis, 2017.

VIAL, Sandra Regina. *Propriedade da terra: análise sócio-jurídica*. Porto Alegre:  
Livreria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tough dialectics: postmodernity between fraternity and spectacle*. 2018.

WOODWARD-NEY, Laura. *Mapping Identity: the coeur d'Alene Indian  
Reservation (1803-1902)*. Boulder: University of Colorado Press, 2004.

Recebido em 25.06.2018

Aceito em 05.07.2018

## IMPACTOS DO VALOR DEMOCRÁTICO NAS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS E POLÍTICAS DOS PAÍSES DA UNASUL ANTE A SUSPENSÃO DA VENEZUELA DO MERCOSUL

### *IMPACTS OF DEMOCRATIC VALUE IN THE DIPLOMATIC AND POLITICAL RELATIONS OF THE COUNTRIES OF UNASUR DUE TO THE MERCOSUR'S SUSPENSION OF VENEZUELA*

William Paiva Marques Júnior<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil. (Doutor em Direito).

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Panorama do valor democrático nos países da Unasul. 2 O Mercosul como espaço de debate do valor democrático. 3 A complexa realidade contemporânea da Venezuela e a suspensão do país do Mercosul: impactos políticos e diplomáticos. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** A possibilidade de reconstrução da ordem jurídica, econômica, política e social após o declínio dos regimes ditatoriais que marcaram o século XX implicou no fortalecimento dos paradigmas da democracia e dos direitos humanos nos países da UNASUL, que perpassa necessariamente por uma análise em torno da suspensão da Venezuela do MERCOSUL, ocorrida por força do descumprimento das normas regulatórias do Bloco.

**Palavras-chaves:** Valor. Democrático. UNASUL. Suspensão. Venezuela. MERCOSUL.

**Abstract:** The possibility of reconstruction of the juridical, economic, political and social order after the decline of the dictatorial regimes that marked the twentieth century implied in the strengthening of the paradigms of democracy and human rights in the countries of UNASUR necessarily goes through an analysis of the suspension of Venezuela of MERCOSUR, due to non-compliance with the Block's regulatory standards.

**Keywords:** Value. Democratic. UNASUR. Suspension. Venezuela. MERCOSUR.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações internacionais na primeira década do século XXI foram marcadas por acontecimentos de grande relevo, como a guerra ao terror, promovida principalmente pelos Estados Unidos, a ascensão econômica chinesa, não apenas no entorno asiático, mas em escala mundial, a mudança nos termos de troca em favor dos países produtores de bens primários, a extraordinária dinâmica de crescimento dos anos de 2003 a 2007, a crise financeira sistêmica desde 2008 e a recuperação do crescimento econômico dos países em desenvolvimento. Esses fenômenos sinalizam modificações estruturais no sistema econômico e político internacional,

configurando novas relações estatais e o fortalecimento de outros projetos integracionistas, dentre os quais avultam em importância o MERCOSUL e a União das Nações Sul-Americanas (UNASUL).

A UNASUL, cujo Tratado Constitutivo foi assinado em 2008, busca o estreitamento de relações entre todos os países da América do Sul, integrando, dessa forma, os Estados que compõem o MERCOSUL, a Comunidade Andina de Nações (CAN), a Guiana e o Suriname em um bloco único. A UNASUL possibilita o aprofundamento de relações cooperativas em diversos temas, como infraestrutura, educação, saúde, energia, financiamento do desenvolvimento, ciência e tecnologia, combate ao narcotráfico e defesa, dentre outras questões fundamentais para o desenvolvimento da América do Sul.

Desde a morte de Hugo Chávez ocorrida em 2013, a Venezuela vive inegável processo de crise econômica, política e social. O vazio de poder se acentuou com a pouca efetividade de Nicolás Maduro e com a baixa do preço do petróleo no mercado internacional, uma vez que o País está bastante suscetível às baixas do preço do petróleo no mercado internacional por não ter conseguido se industrializar e criar uma infraestrutura.

Com o agravamento da crise econômica, o governo de Nicolás Maduro aumentou a repressão exercida contra seus opositores, as detenções arbitrárias, violações sistemáticas aos direitos humanos, a falta de eleições livres e o cerceamento das liberdades individuais, inclusive com a questionável eleição de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Em dezembro de 2016, a Venezuela foi suspensa do MERCOSUL, sob o argumento jurídico que o país deixou de cumprir os compromissos assumidos na sua adesão ao Bloco e, portanto, perdeu todos os direitos de participação.

Em agosto de 2017, com o agravamento da situação política e econômica na Venezuela, foi imposta nova suspensão pelo MERCOSUL à Venezuela, de índole política com base na ruptura democrática das regras esposadas pelo Protocolo de Ushuaia, que trata do compromisso democrático nos países do MERCOSUL, Bolívia e Chile.

Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos internacionais e da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

## **1 PANORAMA DO VALOR DEMOCRÁTICO NOS PAÍSES DA UNASUL**

Consoante Karl Loewenstein (1970, p. 28), o poder encerra em si mesmo a semente de sua própria degeneração. Isso quer dizer que, quando não está limitado, o poder se transforma em tirania e em arbitrário despotismo. Daí que o poder sem controle adquire um aspecto moral negativo que revela o demoníaco no elemento do poder e o patológico no processo do poder.

Tal é o que se verificou historicamente nos países da América do Sul, que apresentavam uma organização de perpetuação do *status quo* por meio de ditaduras civis ou militares, com um viés marcadamente excludente. A discussão atual do reconhecimento dos direitos humanos nos países da UNASUL perpassa necessariamente pela adoção do regime efetivamente (e não apenas nominalmente) democrático.

No segundo quartel do século XX advieram os governos autoritários, quando os países latino-americanos se submeteram à instalação de regimes ditatoriais-militares e liberticidas, ressaltando mais ainda a forma antidemocrática de poder e descomprometida com a eficácia dos direitos humanos, com instituições nitidamente descompromissadas com a democracia. A tomada do poder pelos militares gerou não só uma crise político-institucional com a perseguição dos opositores e diversos cometimentos de violações aos direitos humanos, fatores esses que culminaram em uma crônica instabilidade político-institucional regional, exacerbando ainda mais a existência de políticas públicas excludentes e personalistas. Sob o argumento de combate à ideologia socialista que propugnava movimentos de transformação social (com a revogação/revisão dos direitos fundamentais clássicos burgueses, dentre os quais avulta em importância a propriedade por intermédio da reforma agrária), países como Paraguai (1954), Brasil (1964), Peru (1968), Bolívia (1971), Uruguai (1973), Chile (1973) e Argentina (1976) passaram por sucessivos golpes de Estado liderados pelos militares favoráveis à manutenção do *status quo*. Observa-se, portanto, que a ditadura no Paraguai foi a mais duradoura, Stroessner se manteve no poder durante 35 (trinta e cinco) anos, o golpe de Estado que ascendeu Stroessner foi em 1954, e apenas 10 (dez) anos, o exemplo de instalação de um regime liberticida viria a se instaurar na América do Sul, ocasião na qual uma junta militar depunha João Goulart, presidente do Brasil, e instalaria outra ditadura no Cone Sul. O Paraguai foi o precursor das ditaduras militares instauradas na região hoje integrante da UNASUL, aspecto que demonstra a participação efetiva do país dentro do contexto das ditaduras.

No contexto da decadência dos regimes ditatoriais na América do Sul observa-se o surgimento de diversas organizações compostas por familiares de presos e desaparecidos políticos paralelamente com a organização de movimentos pela anistia que denunciaram as violações de Direitos Humanos perpetradas pelos regimes autoritários. A composição de tais movimentos era bastante variada, apesar de terem uma postura apolítica, entre outros motivos, para neutralizar a repressão, havia no interior dessas organizações a participação principalmente de jovens, professores, intelectuais e estudantes universitários.

Um ponto convergente nos movimentos populares para a redemocratização dos países da América do Sul foi a bandeira de luta pelos direitos humanos. As populações dos países que hoje compõem a UNASUL mostraram-se extremamente descontentes com a exclusão no gozo de seus direitos fundamentais (em especial os atrelados à liberdade).

Na década de 1980, as sucessivas crises econômicas, a constante restrição de liberdades individuais, os diversos crimes de violação dos Direitos Humanos e as perseguições e assassinatos por razões político-ideológicas conduziram ao colapso

dos regimes militares, em graduais processos de redemocratização. Nesse sentido, observa-se na primeira metade da década de 1980 que começou a redemocratização nos países da América do Sul, que culminou com as eleições dos presidentes Raúl Alfonsín, em 1983, e Tancredo Neves, em 1985, encerrando, respectivamente, as ditaduras argentina e brasileira.

Conforme assevera Boris Fausto (2010, p. 289-290), a transição do regime militar para a democracia insere-se em um contexto mais amplo, abrangendo quase todos os países da América do Sul. O Brasil saiu na frente, com relação a seus vizinhos mais importantes. A ditadura argentina caiu bruscamente em 1983, como consequência da desastrosa Guerra das Malvinas. No Chile, o fim do regime Pinochet ocorreria em 1987-1988. Pela possibilidade de ocorrência de agudos conflitos sociais nesses países, eles pareciam exemplos a serem evitados pelo Brasil. Tanto os promotores da abertura no interior do governo quanto muitas figuras da oposição buscavam um modelo de transição concertada, não em países da América Latina, mas na Espanha. Entretanto, havia mais diferenças do que semelhanças entre o quadro brasileiro e o espanhol. O grau de articulação dos agrupamentos sociais na Espanha é maior que no Brasil, conferindo aos que assumem a direção desses agrupamentos um acentuado grau de representatividade. Isso facilitou o grande entendimento alcançado pelo Pacto de Moncloa, tentado sem êxito no Brasil. No plano dos personagens políticos, faltou ao Brasil uma figura como a do rei Juan Carlos, que além de ser rei fizera carreira no Exército, com prestígio suficiente para aproximar diferentes forças políticas e encaminhar a transição.

Dessa forma, devem ser registrados diversos levantes populares nos mais variados matizes: (1) na Argentina, a invasão das Ilhas Malvinas, em 1982, apressou o desgaste popular e levou ao fim da ditadura. A derrota humilhante frente aos ingleses levou à queda da última junta militar, já enfraquecida pela insatisfação do povo com os rumos da economia e a repressão; (2) no Chile, ao longo de três anos o desgaste causado sobre a figura de Allende impulsionou um movimento para derrubar o presidente. Em setembro de 1973, um grupo de militares realizou um golpe que culminou na morte do presidente Salvador Allende. Sob a liderança do general Augusto Pinochet, o Chile passou a viver uma terrível ditadura preocupada em perseguir a oposição das esquerdas nacionais e atender às demandas oriundas dos interesses norte-americanos. Em 1980, o governo Pinochet promulgou uma nova constituição que legitimava o regime ditatorial. Ao longo daquela década, os grupos oposicionistas iniciaram uma nova articulação política para dar fim ao regime totalitário. Um novo plebiscito, realizado em 1987, vetou o direito de Augusto Pinochet a permanecer no governo em oito anos. Dois anos depois, Patricio Aylwin foi eleito como novo presidente, prometendo restaurar as liberdades democráticas e punir os militares envolvidos com o regime. Tal como no Brasil e na Argentina, a Ditadura no Chile também matou e sequestrou milhares de pessoas. Os militares fizeram uso dos mais rudes métodos de tortura e assassinato contra os opositores do regime. Durante vários anos o Chile viveu sob censura, tortura, sequestros e assassinatos.

No caso brasileiro, observa-se que, entre os meses de janeiro e abril de 1984, realizaram-se os “Comícios das Diretas Já”, cujo escopo foi a reivindicação

do retorno das eleições diretas para presidente, suspensas desde 1964, por ocasião do Golpe de Estado que implantou a Ditadura Militar. Os dois maiores foram em abril: na Candelária (centro do Rio de Janeiro, cerca de um milhão de pessoas se reuniram no dia 10) e na região central de São Paulo, no Vale do Anhangabaú, o número estimado de manifestantes chegou a um milhão e meio, no dia 16. Os referidos comícios foram decisivos uma vez que levariam milhões de manifestantes pessoas às ruas de outras grandes capitais brasileiras. As campanhas populares surgiram no ano anterior, bem como a Proposta de Emenda Constitucional número 5, do então Deputado Federal Dante de Oliveira. Pela PEC, o Presidente da República deveria ser eleito por voto direto, e não pelo Colégio Eleitoral – que reunia os congressistas e mais seis membros da bancada majoritária em cada Assembleia Legislativa. A iniciativa ganhou o apoio do grupo oposicionista do então Partido denominado de MDB que incluía o Senador Teotônio Vilela e o Deputado Ulysses Guimarães.

Por seu turno, a Bolívia diferentemente do Brasil, da Argentina, do Paraguai e do Chile – que passaram por regimes ditatoriais militares mais longos – passou por sucessivos golpes e regimes ditatoriais e por breves momentos de democracia. O período de golpes se iniciou em 1964, encabeçado pelo General René Barrientos, a partir dessa data os militares assumiram o poder na Bolívia e, igualmente aos outros países do Cone Sul, usaram as Forças Armadas como alicerce de seu poder, baseado no medo, na repressão aos direitos fundamentais e na violência, o primeiro e até então único Presidente democraticamente eleito a concluir o seu mandato foi Evo Morales Ayma já no século XXI.

No contexto das ditaduras latino-americanas observa-se que a perseguição política, métodos de tortura e a censura às liberdades individuais foram integralmente incorporadas a esses governos autoritários, que se estabeleceram pelo uso da força, sem nenhuma legitimidade democrática. Dessa forma, os clamores por justiça social que ganhavam espaço no continente foram brutalmente cerceados nessa nova conjuntura. Ainda hoje, as desigualdades sociais, o atraso econômico e a corrupção política integram a realidade de muitos desses países que sofreram com a ditadura, daí a existência de novos movimentos populares na construção e consolidação da pauta dos direitos humanos.

Tradicionalmente os países da UNASUL apresentam uma instabilidade institucional com diversos fatores contributivos, tais como: (1) a fragmentação do sistema político-partidário, em prejuízo da governabilidade democrática; (2) corrupção no sistema político, que implica na perda da legitimidade das instituições junto à sociedade e, como conseqüência (3) a instabilidade político-institucional e a desconfiança social como descrédito para seu bom funcionamento.

A presença de um sistema político-institucional corrupto nos países da UNASUL acarreta na perda da legitimidade das instituições perante a sociedade. A profunda desigualdade socioeconômica nos países da América do Sul é um dos fatores que compromete a democracia.

Em um plano mais voltado ao acesso à justiça observa-se uma maior abertura do Poder Judiciário aos direitos humanos outrora violados. Busca-se uma

cultura judiciária plural, cidadã e aberta às demandas de grupos historicamente colocados à margem do processo decisório.

Para Danielle Annoni (2017, *online*), nesse contexto, o Estado deixa de ser o único responsável pela efetividade dos direitos consagrados e passa a ser o principal ator-conciliador das necessidades dos mais distintos grupos sociais, associando-se e promovendo a participação ativa e integrada de outros atores sociais e políticos, representados pela iniciativa privada, nacional e internacional, pelo terceiro setor, pelos grupos de pressão e pelos nascentes movimentos sociais. Vislumbra-se, portanto, um repensar o Direito para abraçar também o direito não estatal, reconhecendo e fomentando novas práxis no exercício da cidadania, em busca de uma democracia pluralista e global. A construção de uma democracia pluralista não implica, por evidente, em reconhecer e legitimar práticas violadoras de direitos e garantias fundamentais. Antes o contrário, visa fomentar a participação social, o exercício pleno e efetivo da cidadania, destacando, não os direitos, mas o dever da sociedade e de cada grupo indistintamente de trabalhar em prol da concretização dos direitos de todos. Com efeito, a construção de uma democracia plural emerge da horizontalidade não apenas dos direitos, mas também do poder conferido aos sujeitos que, em condições de igualdade, possam legitimar novos instrumentos de promoção dos direitos fundamentais, tornando concreta a proteção conferida pela norma, no sentido de permitir a todos, indiscriminadamente, acesso aos mecanismos que os materializem, sejam eles jurídico-estatais ou não.

Para Norberto Bobbio (2011, p. 155-156), o alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas pela integração da democracia representativa com a democracia direta, mas, também, e, sobretudo, por via da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos.

Por seu turno, Luigi Ferrajoli (2011, p. 746-747) assevera que os direitos e garantias fundamentais constituem condições jurídicas de democracia. Obviamente, a democracia depende das condições pragmáticas – políticas, econômicas, sociais e culturais, em grande parte, independentes do Direito.

As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) surgiram com o desafio de superar uma série de falhas estruturais das Nações, herdadas desde o período da Independência em relação ao Império Espanhol: são países marcados por enormes desigualdades sociais, que têm excluído do contexto social, político, econômico e cultural os grupos compostos por camponeses, indígenas, mulheres e jovens, dotado de uma gestão centralizadora, burocrática e, muitas vezes, corrupta, que tem marginalizado o desenvolvimento da maioria absoluta da população e cuja economia é dependente do mercado externo, uma vez que se encontra voltada à exportação de produtos primários.

Assiste razão o ensinamento de Konrad Hesse (1991, p. 19), ao dispor que a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na força singular do presente. Embora a Constituição não possa,

por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta, segundo a ordem nela estabelecida se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Pode-se afirmar que a Constituição se converterá em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Nos regimes democráticos, as vontades predominantes são das maiorias, no entanto, no atendimento de tais interesses, não podem ser oprimidos os clamores dos grupos minoritários. A realidade contemporânea demonstra que as minorias exercem uma função política relevante e decisiva, de oposição institucional. A genuína democracia é aquela na qual é assegurada a oitiva das minorias, com garantia institucional do direito de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. O escopo fundamental da oposição é a formulação de propostas alternativas às ideias e políticas públicas do governo da maioria que o sustenta. Deve ter a liberdade de criticar, fiscalizar, apontar falhas, censurar a maioria e propor um modelo diverso para a opinião pública. Nos sistemas eleitorais que tendem a favorecer a maioria, tais disposições são ainda mais importantes ante a possibilidade de criar uma antítese salutar à plena implementação dos direitos humanos e das instituições democráticas.

Consoante preleciona Paulo Bonavides (2004, p. 319), a vontade popular, as correntes de opinião, a presença organizada ou difusa dos grupos e seus interesses em confronto, completam com uma atuação contínua aquele quadro da realidade infraestrutural, que repercute sobre as instituições políticas, até formar a espécie de constituinte permanente que ninguém convocou, mas que compõe a vontade profunda e decisiva da sociedade quando ela se manifesta com os governantes ou apesar dos governantes. O poder constitucional formal cede lugar assim a outro poder constituinte, mais real, mais eficaz, mais político e social, embora menos jurídico, que não está nos parlamentos senão na sociedade mesma. É o poder constituinte material ou real, que fez a Constituição da Inglaterra, e tem feito nos Estados Unidos, por meio de arestos da Suprema Corte, a parte mais considerável da Constituição americana.

A análise da situação contemporânea revela profunda influência do valor democrático que se qualifica como genuíno agente diplomático, capaz de modificar o cenário internacional em que está inserido, uma vez que suas ações objetivam, primeiramente, estimular o espírito de reivindicação da sociedade civil, em quase todas as regiões do Planeta.

Muitas das manifestações populares tiveram como primeira e, indubitavelmente, mais expressiva razão a crise econômica surgida a partir de 2008, cujas consequências negativas, foram sentidas especialmente nos países europeus. Como exemplo, deve-se destacar o fato de que a crise na Espanha desencadeou um quadro de altíssimas taxas de desemprego, especialmente na população mais jovem, e um aumento exorbitante no preço dos imóveis, o que produziu sérios problemas sociais.

A partir de 2010, uma onda revolucionária restou verificada nos países árabes, expressa em uma série de manifestações populares, tipificando a denominada “Primavera Árabe”, denotando nítida conotação das mais legítimas aspirações democráticas, acima de tudo pelo reconhecimento de que o poder se encontra, de fato e de direito, nas mãos do povo, com o conseqüente fortalecimento dos direitos fundamentais e do Estado de Direito. Os ventos revolucionários invadiram abruptamente os países árabes, de forma sequenciada e contagiosa, reverberando em outras regiões do Planeta, inclusive na América Latina.

Nesse contexto de expansão das reivindicações sociais, fortalecendo a agenda da democratização das relações sociais, em 2013, desenvolve-se uma série de manifestações populares nas ruas de centenas de grandes e médias cidades brasileiras. Tendo inicialmente como pauta a redução das tarifas do transporte coletivo, as manifestações ampliaram-se, ganhando um número imensamente maior de pessoas e também novas reivindicações (tais como saúde, educação, segurança pública, maior participação política, prestação dos serviços públicos com qualidade desejada pelos cidadãos, tudo conforme previsto no Texto da Constituição Federal de 1988). O despreparo das autoridades e a violência policial aos atos também contribuíram para que mais pessoas fossem às ruas para garantir os direitos de livre manifestação. As autoridades ficaram atônitas e não conseguiram responder aos anseios de forma adequada.

Para Ferdinand Lassale (2005, p. 45) onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.

Não se pode ignorar a força viva emergente dos movimentos populares para a exata compreensão do poder constituinte, sob pena de forjar-se uma ordem descomprometida que inevitavelmente soçobrará ante a organização do povo, que reivindica com voz ativa nos reclamos institucionais. Tal é o que se verifica contemporaneamente nos países da UNASUL.

A ordem sociopolítica resultante da globalização impõe novas delimitações conceituais que redimensionam a ordem mundial, após as fusões advindas com a criação de comunidades transnacionais (Comunidade Europeia; NAFTA; MERCOSUL; UNASUL; ALCA), bem como da reorganização que surgirá a partir da integração dos países da América do Sul na construção de um modelo de unidade político-democrática que supere as assimetrias regionais que se perpetuam ao longo dos séculos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ante a reorganização sociopolítica com a criação dos Estados transfronteiriços, conferir WACHOWICZ, Marcos *et al.* (2017, *online*): a revisão dos tradicionais conceitos basilares da Teoria do Estado: povo, Estado e soberania. Nesse sentido, dispõem que os fenômenos de integração econômica entre Estados estão cada vez mais presentes. Se de um lado a globalização da economia leva a que os Estados se sintam, crescentemente, dependentes uns dos outros, de outro lado, em razão até mesmo desse comércio global, tem-se um processo de integração econômica entre esses Estados. Nesse contexto, a ideia clássica de soberania, como poder supremo do Estado, independente de qualquer limitação, indivisível e inalienável, começa a levantar dúvidas. A criação de um ordenamento jurídico dentro de um

Nesse sentido, observa-se que o art. 2º do Tratado Constitutivo da UNASUL estabelece que um de seus objetivos é a participação cidadã e o fortalecimento da democracia:

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.

Esclarece Peter Häberle (2002, p. 37-38) que “povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania. Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base da legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição. Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, por exemplo, na estruturação do setor econômico público.

Segundo estabelece Miguel Carbonell (2001, p. 30), atualmente a soberania continuou a ser uma desculpa para realizar as mais miseráveis violações da dignidade humana, ainda funciona como um escudo e tiranos genocidas, embora há muitos anos, se rendeu aos encantos da globalização econômica.

## **2 O MERCOSUL COMO ESPAÇO DE DEBATE DO VALOR DEMOCRÁTICO**

Esclarece Hans Kelsen (2005, p. 403) que o princípio de uma separação de poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, correspondente à ideia de democracia é a noção de que todo o poder deve estar concentrado no povo e,

---

bloco econômico desenvolvido por órgãos funcionando com caráter permanente, tomando decisões vinculantes não só para os Estados, como também para cidadãos e empresas, leva a que os sistemas jurídicos se sobreponham num mesmo espaço territorial e a que os indivíduos se sintam duplamente vinculados. O Estado deixa de ser proprietário de algumas políticas, que, historicamente, eram suas, perde a jurisdição sobre certas matérias, é obrigado a harmonizar a sua legislação com a dos restantes Estados, partes no fenômeno de integração, e, isso é o mais importante, muitas vezes, sem o seu consentimento (caso das decisões tomadas por maioria quando se defronta com a supranacionalidade).

onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo. Caso esse órgão tenha apenas funções legislativas, os outros órgãos que têm de executar as normas emitidas pelo órgão legislativo devem ser responsáveis para com ele, mesmo que também tenham sido eleitos pelo povo.

Consoante aduz Sérgio Urquhart de Cademartori (2006, p. 209), a lesão dos direitos fundamentais por parte dos poderes justifica não apenas a resistência, mas até mesmo a guerra civil. Isso porque, com a constitucionalização (positivação) dos chamados *direitos naturais*, vê-se o súdito transformado em cidadão, como consequência dos limites impostos ao poder. Esse estado caracterizado por limitações de conteúdo em seu poder normativo é o que passa a denominar-se de Estado de Direito.

Até a crise comercial entre Argentina e Brasil, iniciada em meados de 1999, o MERCOSUL vinha demonstrando ser o projeto mais exitoso de integração econômica dentre as frustradas experiências anteriores vivenciadas pelos países latino-americanos. O início do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso fez surgir uma crise econômica no Brasil que reverberou na desvalorização cambial do Real ante o Dólar, o que implicou em impacto sobre os preços relativos internos dos demais membros do MERCOSUL. O Governo argentino reagiu, sob pressão dos setores mais ameaçados por uma avalanche de importações procedentes do Brasil e tomou uma série de medidas para proteção de seu mercado interno, que derivaram em contramedidas do Governo brasileiro, comprometendo o futuro do bloco.

De acordo com Luiz Felipe Viel Moreira, Marcela Cristina Quinteros e André Luiz Reis da Silva (2010, p. 352-353), a crise do MERCOSUL começou com a desvalorização do real em relação ao dólar, em janeiro de 1999. Com o peso atrelado ao dólar, a Argentina viu suas vendas para o Brasil caírem. Pediu medidas do Governo brasileiro para compensar o desequilíbrio e não foi atendida. A resposta à crise do MERCOSUL veio com a ampliação e fortalecimento da América do Sul. Em 31 de agosto e 1º de setembro de 2000, na primeira Cúpula de Presidentes Sul-Americanos, foi relançado o projeto de integração da América do Sul em Brasília, com a participação dos 12 presidentes da América do Sul, primeira vez em que todos os chefes de Estado do continente se reuniram. Dois dias antes, com o objetivo de contrabalançar o protagonismo brasileiro, Bill Clinton havia visitado a Colômbia e oficializado ajuda de 1,3 bilhão de dólares para combate ao narcotráfico. O objetivo do Encontro Sul-Americano foi de aprofundar a cooperação já existente, estabelecendo um projeto de cooperação em distintos campos: combate a drogas ilícitas e delitos conexos; ciência e tecnologia e integração física. Já a Segunda Reunião de Presidentes Sul-Americanos, realizada em Guayaquil, no Equador, em 26 e 27 de julho de 2002, procurou aprofundar a ideia de integração sul-americana, mesmo em uma conjuntura difícil, em meio ao colapso da Argentina e das dificuldades na maioria dos países da região. A reunião demonstrou a vontade política do Governo brasileiro de avançar a cooperação econômica e política na América do Sul. O Presidente Fernando Henrique Cardoso discursou em nome dos

presidentes, criticando o protecionismo do Primeiro Mundo e a lentidão nas negociações com a União Europeia, demonstrou resistências à ALCA e pregou a necessidade de associação entre o MERCOSUL e a CAN.

Após mais de duas décadas de criação do MERCOSUL, por via do Tratado de Assunção, verifica-se a timidez nas metas do projeto do Bloco ante as instabilidades políticas e econômicas dos países-membros, muitos dos objetivos ainda não foram atingidos, verificou-se a perpetuação das assimetrias regionais e a falta de vontade político-diplomática para a efetivação do projeto integracionista. Por meio do Tratado de Assunção (assinado em 1991, entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), foi reconhecido o intuito de criar um mercado comum entre os países acordados formando o MERCOSUL (oficialmente Mercado Comum do Sul). Posteriormente, em 1994, o Protocolo de Ouro Preto foi assinado como um complemento do Tratado, estabelecendo que o Tratado de Assunção fosse reconhecido juridicamente e internacionalmente como uma organização.

A aproximação da Venezuela com o Mercosul, até sua entrada no bloco, teve início em 2003, durante reunião de cúpula do bloco realizada no Uruguai. Na ocasião, foi assinado o Acordo de Complementação Econômica Mercosul com Colômbia, Equador e Venezuela. Nele foi estabelecido um cronograma para a criação de uma zona de livre comércio entre os Estados signatários e os membros do Mercosul. Em 2004, a Venezuela foi elevada ao patamar de membro associado. Em 2005, o bloco a reconheceu como uma nação associada em processo de adesão, o que na prática significava que a Venezuela tinha voz, mas não voto. A adesão plena venezuelana encontrou resistência paraguaia. Apenas em 2012, em resposta ao *impeachment* de Fernando Lugo da presidência do Paraguai, os presidentes do MERCOSUL decretaram a suspensão do país até a eleição presidencial seguinte, em 2013. Ainda em 2012, os demais do bloco (Argentina, Brasil e Uruguai), reconheceram a adesão plena da Venezuela e diversos acordos comerciais foram firmados.

Sob os aspectos econômicos, políticos e sociais, observa-se que as realidades dos países do Bloco são bastante díspares e assimétricas, uma vez que os Produtos Internos Brutos dos dois maiores países (Brasil e Argentina) são imensamente superiores aos do Uruguai e do Paraguai. Quanto às estruturas produtivas, apenas Argentina e Brasil denotam semelhanças. O Brasil tem a indústria mais importante e o Paraguai é o mais dependente do agronegócio. Os níveis de renda *per capita* também exprimem grandes disparidades, sendo os mais elevados na Argentina e no Uruguai. Apesar das grandes diferenças de magnitude e de composição setorial de suas economias, os países do bloco enfrentam situações de desequilíbrios macroeconômicos similares nos últimos anos. Em particular, Argentina e Brasil protagonizaram crises inflacionárias agudas durante a década de 1980, que só foram contornadas com a implementação de programas de estabilização macroeconômica, implementados nos anos de 1990.

O fortalecimento e a consolidação das ainda frágeis instituições nas democracias latino-americanas não devem passar por líderes personalistas carismáticos, caso contrário, estar-se-iam reavivando o populismo e a autocracia. O

caminho correto a ser seguido é outro: mediante a participação madura e ativa dos cidadãos, com instituições fortalecidas, legítimas, transparentes e eficazes; com a existência de um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, com lideranças democráticas e uma sólida estrutura cívica.

Sobre a necessidade de fortalecimento do valor democrático na América Latina para o futuro ante o passado problemático vaticina o historiador mexicano Enrique Krauze (2017, *online*):

El siglo XIX latinoamericano fue el del caudillismo militarista. El siglo XX sufrió el redentorismo iluminado. Ambos siglos padecieron a los hombres 'necesarios'. Tal vez en el siglo XXI despunte un amanecer distinto, plenamente democrático, donde no haya hombres 'necesarios', donde los únicos necesarios seamos los ciudadanos actuando libremente en el marco de las leyes y las instituciones.

As iniciativas de fortalecimento do protagonismo popular, pela incorporação de mecanismos de democracia direta e autogestão no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, são usurpadas pela predominância do Executivo como elemento recorrente na tradição política do País, caracterizada pelo hiperpresidencialismo e, em especial, nos casos equatoriano, boliviano e venezuelano pelo personalismo, nas figuras de Rafael Correa, Evo Morales e Hugo Chávez.

A herança econômica de décadas de inflação galopante, com políticas legitimadas para combatê-la, provocou um desmantelamento do Estado, produzindo um desarranjo na vida da camada mais pobre da população latino-americana. As reformas adotadas pelo Estado como estabilização monetária, interferência do Estado e certos mecanismos da política, economia e adoção de programas sociais norteados por critérios de eficiência, priorizaram os setores mais pobres da população. Por outro lado, o modelo estatizante de nacionalismo arraigado com o Estado assumindo o protagonismo no setor econômico, mobilizando apoio popular com política assistencialista, asfixiou o Estado que empreendeu um regime destinado à perpetuação no poder político-econômico.

Os problemas relacionados à América Latina estão concentrados na impossibilidade de garantia de bem-estar social compreendidos na sociedade de consumo, por sua vez vulnerável às tentações do neopopulismo ideológico. O grande desafio é construir o arcabouço de um projeto que venha a garantir ampla expressão individual a ser outorgada pelo Estado, primando pela autonomia cidadã não apenas na perspectiva existencial, mas também ideológica.

Na proposta de Bernardo Sorj e Danilo Martuccelli (2008, p. 266), a política democrática se constrói sempre ao redor de um projeto de nação dentro do qual os indivíduos e os grupos sociais encontram valores comuns; de um Estado que propõe as regras do jogo com as quais os cidadãos se identificam e que permitem criar o sentimento de ser parte de um destino comum, e de uma comunidade nacional, produzindo sentimentos de dignidade e de autoconhecimento. Diante desse imperativo iniludível da coesão social, o principal déficit do reformismo

tecnocrático foi não haver investido recursos suficientes na construção de sua legitimidade simbólica. Isso exige o desenvolvimento de novas visões políticas capazes, por um lado, de conjugar uma visão de nação com valores democráticos em contato com os processos de globalização e, por outro, de reconhecer uma sociedade em que os indivíduos exigem maiores espaços de autorrealização, e também de respeito à dignidade de cada um. Em suma, trata-se de passar do reformismo tecnocrático ao reformismo democrático. Somente uma transição desse tipo dará à região um projeto político durável e sustentável.

Ao tratar do interesse dos pobres com a democracia e com os direitos políticos aduz Amartya Sen (2010, p. 200): “No momento em que de certa forma houve um teste da proposição de que os pobres em geral não se importam com direitos civis e políticos, as evidências foram inteiramente contrárias a essa afirmação”.

### **3 A COMPLEXA REALIDADE CONTEMPORÂNEA DA VENEZUELA E A SUSPENSÃO DO PAÍS DO MERCOSUL: IMPACTOS POLÍTICOS E DIPLOMÁTICOS**

No início do século XXI, as populações em quase toda a América do Sul, decepcionadas com as reformas estruturais neoliberais e com o desempenho social da democracia, depositaram suas esperanças elegendo novos líderes e conduzindo ao poder forças políticas aparentemente mais preocupadas com a defesa dos interesses nacionais e com questões referentes à pobreza e à desigualdade, segundo o escrutínio dos próprios eleitores.

Nesse contexto, a lista dos novos presidentes foi grande: Hugo Chávez (Venezuela, 1998); Ricardo Lagos (Chile, 1999); Lula (Brasil, 2002); Néstor Kirchner (Argentina, 2003); Tabaré Vázquez (Uruguai, 2004); Evo Morales (Bolívia, 2005); Michelle Bachelet (Chile, 2006) e Alan Garcia (Peru, 2006).

Entende Alejandro Mendible (2013, p. 275) que a morte de Hugo Chavez, que ocorreu em Caracas na terça-feira, dia 5 de março de 2013, fez emergir uma nova realidade política na Venezuela, contando com um novo quadro, o MERCOSUL. Desde então a Venezuela vive inegável processo de crise econômica, política e social. O vazio de poder se acentuou com a pouca efetividade de Nicolás Maduro e com a baixa do preço do petróleo no mercado internacional, uma vez que o País está bastante suscetível às baixas do preço do petróleo no mercado internacional por não ter conseguido se industrializar e criar uma infraestrutura.

A situação política do governo Nicolás Maduro na Venezuela indica intensa instabilidade social, política e econômica, com prejuízos para a democracia. O país passa por um profundo processo de crise econômica, com filas que se formam ao redor dos supermercados ainda na madrugada, a falta de produtos básicos (alimentícios e de higiene pessoal), bem como a escassez de remédios nas prateleiras são problemas comuns. O país ostenta os maiores índices inflacionários e o maior déficit fiscal do mundo. A queda no valor do petróleo no mercado internacional por

volta de 50% entre 2014 e 2015 impactou ainda mais o enfraquecimento da economia, uma vez que essa *commodity* corresponde à quase totalidade das receitas das exportações do País. Desse modo, o custo de vida aumenta rapidamente para a população, a incapacidade de importar enseja escassez, a dívida do País cresce rapidamente e a arrecadação do Governo é insuficiente para sustentar a continuidade de seus programas sociais.

O Presidente reagiu com radicalização por meio das prisões arbitrárias de diversos opositores políticos. Em 2015, foi aprovada a Resolução n.º. 8.610, que autoriza o uso da força para a contenção de manifestações. As supostas arbitrariedades e abusos cometidos pelo Governo venezuelano merecem um tratamento cuidadoso e atento da União das Nações Sul-Americanas para que os países da região não protagonizem o déficit democrático.

Nesse sentido, observa-se que o art. 2º do Tratado Constitutivo da UNASUL estabelece que um de seus objetivos é a participação cidadã e o fortalecimento da democracia:

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.

Dessa forma, observa-se que os países do Bloco devem buscar a articulação e a coordenação de múltiplas culturas, bem como o respeito às diferenças, em vez da igualdade em homogeneização na perspectiva formal propugnada pelo constitucionalismo clássico e mantida pelo neoconstitucionalismo europeu-continental.

A análise da situação atual da América Latina revela que os movimentos de oposição não tendem para soluções militares (totalmente anacrônicas com os avanços da democracia na região), mas para a dominação política de líderes neopopulistas que se apresentam como alheios ao poder tradicional e prometem perspectivas inovadoras, tal qual ocorreu na Era de Hugo Chávez na Venezuela, iniciada com sua posse em 1998 até a sua morte em 2013.

A ascensão de Nicolás Maduro ao poder em 2013, a queda contínua e expressiva do valor pago ao barril do petróleo (principal produto da economia local), desencadeou uma grave e profunda crise econômica na Venezuela, as instabilidades são transpostas igualmente para os aspectos políticos. A intensidade da crise provocou a escassez de produtos e serviços básicos no país, como alimentos, água, medicamentos, utensílios de higiene pessoal e energia elétrica.

Na América do Sul existe o compromisso com a democracia firmado desde a década de 1990 pelos países que compõem o MERCOSUL. Nesse contexto, os Chefes dos Estados do Bloco firmaram, em 1997, a Declaração de Defesa da

Democracia, com o escopo de preservação e fortalecimento da democracia representativa, valor compartilhado por todos os subscritores, constituindo-se em compromisso para os Estados signatários. O documento referenciado estabeleceu que a democracia representativa é o fundamento da legitimidade dos sistemas políticos e condição indispensável para a paz, a estabilidade e o desenvolvimento da região, assim como para o processo de integração hemisférica, no qual se encontram comprometidos os países integrantes do Bloco. Reafirmaram que toda agressão à democracia de um país da região constitui um atentado contra os princípios que fundamentam a solidariedade dos Estados americanos erigindo verdadeira cláusula democrática.

Sobre o paradigma democrático nos países do MERCOSUL, como relata Samuel Pinheiro Guimarães (2005, p. 408), o Foro de Consulta e Concertação Política do MERCOSUL (FCCP) deu grande ênfase à implementação da chamada *cláusula democrática*, o que levou à adoção do Protocolo de Ushuaia pelos países do MERCOSUL, a Bolívia e o Chile. O segundo enfoque de atenção para o FCCP foi o esforço de desarmar (as já desarmadas) Forças Armadas da região nos campos nuclear, biológico e químico e também na área de minas terrestres e armas convencionais. A Declaração de Ushuaia, que menciona em seu Preâmbulo o Tratado de Tlateloco e a Declaração de Mendonza sobre Armas Químicas e Biológicas, transformou o MERCOSUL, a Bolívia e o Chile em uma Zona de Paz, livre de armas de destruição em massa (sem, no entanto, mencionar a passagem ou a presença dessas armas em navios de guerra de outros países). Os esforços de coordenação dos países do MERCOSUL foram mais bem-sucedidos com relação a dois tópicos de especial interesse para os objetivos políticos dos Estados Unidos na região: o desarmamento dos países e a manutenção de regimes formalmente democráticos, transparentes e abertos à influência externa, nos planos político e econômico. O compromisso democrático, ou *cláusula democrática*, é um desvio do tradicional princípio sul-americano da não intervenção em assuntos internos e pode gerar, no futuro, questões delicadas no momento de sua implementação, com sua aplicação seletiva e manipulada por pressões externas.

Um dos vetores informativos do atual estágio do Estado Democrático de Direito é o respeito ao Direito Internacional, que apresenta dentre seus valores diretivos a importância da obediência aos tratados internacionais plasmada na preservação da legalidade (*pacta sunt servanda* e boa-fé) como meio de assegurar a harmônica convivência entre as nações.

No plano das relações internacionais, suas normas cumprem uma dupla função, corolário do postulado da legalidade: (1) indicação e informação aos Estados sobre o padrão aceitável de comportamento e (2) sobre a provável conduta dos atores estatais na vida internacional.

O art. 20 *in fine* do Tratado de Assunção, que criou o MERCOSUL, prevê adesões, mas estabelece que sua aprovação será objeto de decisão unânime dos Estados-partes:

O presente Tratado estará aberto à adesão, mediante negociação, dos demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração, cujas solicitações poderão ser examinadas pelos Estados Partes depois de cinco anos de vigência deste Tratado. Não obstante, poderão ser consideradas antes do referido prazo as solicitações apresentadas por países membros da Associação Latino-Americana de Integração que não façam parte de esquemas de integração sub-regional ou de uma associação extrarregional. A aprovação das solicitações será objeto de decisão unânime dos Estados Partes.

Em outubro de 2016, o Poder Judiciário venezuelano, por meio do Tribunal Supremo, controlado pelas forças governamentais, interveio no Parlamento de maioria opositora, assim como declarou nulas todas as suas medidas. Na subsequente escalada de obstruções mútuas, o mesmo tribunal emitiu em fins de março de 2017 uma decisão na qual despojava a Assembleia Nacional de suas faculdades legislativas para transmiti-las ao presidente Nicolás Maduro. Essa medida foi denunciada pela oposição como sendo um golpe de Estado e deu lugar a quatro meses de intensos protestos populares, sendo desafiada pela então Procuradora-Geral, Luisa Ortega Díaz, que qualificou as manobras governamentais como interrupção da ordem constitucional estabelecida pela Constituição Venezuelana de 1999, delineada sob a influência de Hugo Chávez, padrinho político de Nicolás Maduro.

Desde abril de 2017, a Venezuela vive o acirramento de manifestações populares a favor e contra o governo, muitas delas violentas e que já deixaram centenas de mortos, milhares de feridos e muitos opositores encarcerados. O governo do presidente Nicolás Maduro deu posse, no dia 04 de agosto de 2017, a uma nova Assembleia Nacional Constituinte, iniciativa criticada pelo MERCOSUL porque é composta quase exclusivamente por representantes simpatizantes do governo de Nicolás Maduro, eleitos sob fortes suspeitas de fraudes. Nesse sentido, vale ressaltar que todos os membros da Assembleia Nacional Constituinte ratificaram Maduro como presidente da Venezuela por unanimidade. Por exercer oposição às manobras de Maduro de se perpetuar no poder, a Procuradora-Geral (Chefe do Ministério Público) da Venezuela, Luisa Ortega Díaz, foi destituída de suas funções pela Assembleia Nacional Constituinte em agosto de 2017. Os líderes dos Ministérios Públicos dos países que fazem parte do MERCOSUL repudiaram a destituição da procuradora-geral da Venezuela, Luisa Ortega, por entenderem tratar-se de atentado à autonomia e à independência do Ministério Público venezuelano. Após alegar sofrer perseguições pessoais, a ex-Procuradora-Geral, fugiu da Venezuela e requereu asilo político na Colômbia.

A partir de todos esses acontecimentos, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai consideraram, invocando o Protocolo de Ushuaia sobre o compromisso democrático, que houve ruptura da ordem democrática na Venezuela ante o fundamento de que a Assembleia Nacional Constituinte teria usurpado as atribuições do Parlamento controlado pela oposição.

Por seu turno, deve-se ressaltar que o art. 4º do Protocolo de Ushuaia prevê: “No caso de ruptura da ordem democrática em um Estado Parte do presente Protocolo, os demais Estados Partes promoverão as consultas pertinentes entre si e

com o Estado afetado”. A ideia de consenso entre os Estados-partes é sempre a priorizada nos dispositivos componentes do Protocolo de Ushuaia.

Tanto o Tratado de Assunção como o Protocolo de Ouro Preto (que atribuiu ao Mercosul sua estrutura institucional), são tratados-quadro de natureza internacional e constitucional. Suas normas são superiores às de outras normativas que dela derivam, inclusive as que levaram aos desdobramentos da suspensão do Paraguai, que não têm a natureza de uma reunião ordinária de condomínio. Sobre o sistema de tomada de decisões normatiza o art. 37 do Protocolo de Ouro Preto: "As decisões dos órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados Partes", exigência essa irretorquível para uma decisão que efetivamente alterou toda a estrutura do MERCOSUL, como a incorporação de um novo membro (a Venezuela, que sofria a oposição do Paraguai).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, está em vigor no Brasil. Deve ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém, como estatuí o Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (art. 1º). A Convenção estabelece, no art. 26, o postulado da força vinculante dos tratados (*pacta sunt servanda*): "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé". Estipula, no art. 31, nº 01, como regra geral de interpretação, que "1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade".

Deve-se ainda ressaltar que o princípio da não intervenção é um postulado consagrado pelo Direito Internacional Público, que foi constitucionalizado como um dos princípios norteadores das relações internacionais da República Federativa do Brasil, consoante normatizado pelo art. 4º, inciso IV, da CF/88.

A Venezuela passou a ser membro pleno do MERCOSUL em 2012, em meio a diversas negociações polêmicas. Para alguns, a decisão de incorporação da Venezuela, como foi feita, não atende às obrigações relacionadas à observância dos tratados previstas na Convenção de Viena. Carece de boa-fé, seja na acepção subjetiva de uma disposição do espírito de eticidade, lealdade e honestidade, seja na acepção objetiva de condutas norteadas para essa disposição no plano das relações internacionais.

Em 2013 o presidente democraticamente eleito do Paraguai, Horacio Cartes, rechaçou reintegrar seu país ao MERCOSUL, sob o argumento de que o ingresso da Venezuela e a entrega da presidência rotativa ao presidente Nicolás Maduro não cumpria os tratados internacionais firmados pelos membros fundadores do grupo. Observa-se, portanto, que a ruptura do paradigma democrático perpetrado por Brasil, Argentina e Uruguai com a exclusão do Paraguai e inclusão da Venezuela pôs em risco a manutenção do MERCOSUL, bem como pode comprometer a eficácia da UNASUL, caso soluções casuísticas e políticas continuem sendo perpetradas em detrimento dos normativos regentes do Direito Internacional.

Com a suspensão, os países do MERCOSUL objetivam convencer o governo venezuelano a estabelecer negociações com a oposição para saída da crise política que envolve o país, agravada com a convocação de uma assembleia constituinte.

Com as suspensões impostas à Venezuela pelo MERCOSUL, o direcionamento diplomático revela-se uma tentativa de demonstrar respaldo àqueles que têm lutado por forças democráticas dentro da Venezuela, especialmente a oposição. O agravamento das crises social, política e econômica na Venezuela também reverberam no incremento do fluxo de venezuelanos para os países fronteiriços, especialmente Brasil e Colômbia.

Em dezembro de 2017, o Brasil declarou *persona non grata* o então Encarregado de Negócios da Venezuela no Brasil, Geraldo Antonio Delgado Maldonado, como retaliação ao fato de o Embaixador do Brasil em Caracas, Ruy Carlos Pereira, haver sido declarado *persona non grata* pelo Governo venezuelano. No plano prático, a medida corresponde a uma expulsão de agente diplomático. O Ministério das Relações Exteriores brasileiro agiu pautado pelo princípio da reciprocidade, reitor do Direito Internacional.

O artigo 9 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961<sup>2</sup> trata dos efeitos da declaração de um agente diplomático como *persona non grata*. O objeto do instituto é permitir que um Estado retire um agente que não esteja contribuindo para o bom desenvolvimento do relacionamento diplomático ou que crie o potencial de que as relações diplomáticas não se desenvolvam num quadro de diálogo. Entretanto, no plano prático das relações internacionais, o instituto é mais empregado como instrumento de retaliação política, e a Venezuela tem frequentemente se utilizado desse mecanismo. A definição das competências para a prática desses atos no âmbito das relações internacionais é de política interna. Nesse contexto, não há problema que a Venezuela ou o Brasil definam politicamente quem serão os diplomatas estrangeiros qualificados como *persona non grata*.

O governo de Nicolás Maduro não tem dado nenhum tipo de sinalização de que realmente deseja estabelecer um diálogo com a oposição. Esse isolamento tanto em âmbito político, quanto em âmbito relacional dificulta uma saída conciliatória dentro da própria Venezuela, piora a situação econômica, bem como impõe ainda mais sacrifícios à população.

Para um futuro emancipatório e inclusivo para a Venezuela propõe-se mais diálogo, uma democracia aberta à participação cidadã e um governo atento, acessível e sensível aos clamores sociais. Para Daniela Mesquita de Leutchuk de Cademartori (2006, p. 97), justamente por se recusarem a reconhecer as existências autônomas da sociedade civil e política, os regimes totalitários impedem a formação de atores econômicos e culturais independentes, capazes de promover as inovações necessárias, transformando-se em um obstáculo ao desenvolvimento autossustentado.

---

<sup>2</sup> Veja-se: “Artigo 9. 1. O Estado acreditado poderá a qualquer momento, e sem ser obrigado a justificar a sua decisão, notificar ao Estado acreditante que o Chefe da Missão ou qualquer membro do pessoal diplomático da Missão é *persona non grata* ou que outro membro do pessoal da Missão não é aceitável. O Estado acreditante, conforme o caso, retirará a pessoa em questão ou dará por terminadas as suas funções na Missão. Uma Pessoa poderá ser declarada *non grata* ou não aceitável mesmo antes de chegar ao território do Estado acreditado. 2. Se o Estado acreditante se recusar a cumprir, ou não cumpre dentro de um prazo razoável, as obrigações que lhe incumbem, nos termos do parágrafo 1 deste artigo, o Estado acreditado poderá recusar-se a reconhecer tal pessoa como membro da Missão”.

A evolução histórica dos países da UNASUL enquadra-se nessa colocação, na medida em que seus regimes ditatoriais se apresentaram totalmente antitéticos às noções indissociáveis de desenvolvimento socioeconômico e democracia inclusiva.

Assiste razão o ensinamento de Konrad Hesse (1991, p. 32), ao dispor que não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos.

Não se pode olvidar, contudo, que vários dos movimentos sociais libertários ocorridos ao longo da evolução da história venezuelana, revelaram-se em verdadeiros movimentos constituintes reivindicadores de pleno gozo dos direitos humanos fundamentais. Nesse jaez, tem-se a legitimidade dos movimentos sociais libertários no país, na medida em que refletem os anseios políticos, institucionais, jurídicos e econômicos daquelas sociedades, tradicionalmente excluídas do acesso à mais rudimentar democracia cidadã e dos direitos humanos.

A democracia pluralista não se coaduna com a ideologia da unanimidade. Seu maior desiderato é a promoção de uma institucionalização da divergência, ou seja, a permissão que representantes dos diferentes interesses gozem de liberdade para defender institucionalmente seus interesses, desde que esses se relacionem com os meios legais e participativos. Essa é a recomendação ideal para a superação dos problemas ora em andamento na Venezuela.

Para Gregorio Robles (1997, p. 153), se o pluralismo originalmente exigia a convivência no âmbito da democracia formal, hoje exige o desenvolvimento de uma democracia material (substantiva), estabelecida, portanto não só em liberdades 'vazias', mas também em critérios de política positiva que, do ponto de vista ético, não pode encontrar um assento na ideia individualista, mas na ideia da solidariedade e da responsabilidade.

Observa-se também que o “imperativo democrático” progressivamente toma lugar entre as prioridades da ONU, interpretado como um princípio de legitimidade democrática entre os direitos da coletividade e os direitos individuais civis e políticos. Nesse jaez, verifica-se o disposto no nº 08 da Declaração da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, de 1993.<sup>3</sup> Nessa ordem de ideias, vários comunicados foram expedidos pelo alto comissário de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas pedindo à Venezuela que abdique da violência e do assédio contra integrantes da oposição ao governo Nicolás Maduro

---

<sup>3</sup> Confira-se: “8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a promoção de democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro”.

Decerto o constructo democrático e garantista nos países acometidos pelos movimentos sociais libertários, na América do Sul, amoldam-se à constatação de Amartya Sen (2011, p. 386) consoante a qual: a liberdade democrática pode certamente ser usada para promover a justiça social e favorecer uma política melhor e mais justa. O processo, entretanto, não é automático e exige um ativismo por parte dos cidadãos politicamente engajados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual conjuntura dos países da UNASUL demonstra que as mudanças estruturais jurídicas, sociais, políticas e institucionais são contagiosas: trata-se de um caminho irreversível na busca de novos paradigmas democráticos e inclusivos, comprometidos com a implementação dos direitos humanos na construção do Estado de Direito.

O resgate dos direitos humanos fundamentais representará a redenção dos povos sul-americanos, cada vez mais envolvidos em discussões atreladas à legitimidade popular, promovidos pelo clamor do povo em resposta aos anseios de uma elite que busca de forma desenfreada a maximização e perpetuação de seus benefícios econômicos e políticos.

A ascensão de Nicolás Maduro ao poder em 2013 e a queda contínua e expressiva do valor pago ao barril do petróleo (principal produto da economia local) desencadearam grave e profunda crise econômica na Venezuela, sendo as instabilidades transpostas igualmente para os aspectos políticos. A intensidade da crise provocou a escassez de produtos e serviços básicos no país, como alimentos, água, medicamentos, utensílios de higiene pessoal e energia elétrica.

O governo de Nicolás Maduro não tem dado nenhum tipo de sinalização de que realmente deseja estabelecer um diálogo com a oposição. Esse isolamento tanto em âmbito político, quanto em âmbito relacional dificulta uma saída conciliatória dentro da própria Venezuela, piora a situação econômica, bem como impõe ainda mais sacrifícios à população.

Com supedâneo em razões de diversas ordens (técnicas, políticas e econômicas), os países fundadores do bloco econômico sul-americano (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) decidiram pela suspensão da Venezuela do MERCOSUL no final de 2016. Em agosto de 2017, nova suspensão foi imposta a esse país pelo Bloco, tendo razões jurídicas como determinantes, por conta da violação da cláusula democrática consagrada pelo Protocolo de Ushuaia. A suspensão, uma das modalidades punitivas mais severas aplicáveis aos países que aderem aos Blocos, teve ainda viés político ante o acirramento da crise interna pela convocação de uma assembleia constituinte situacionista pelo Presidente Nicolás Maduro.

Com a suspensão, os países do MERCOSUL objetivam convencer o governo venezuelano a estabelecer negociações com a oposição para saída da crise política que envolve o país, agravada com a convocação dessa assembleia

constituente. Para um futuro emancipatório e inclusivo para a Venezuela propõe-se mais diálogo, uma democracia aberta à participação cidadã e um governo atento, acessível e sensível aos clamores sociais.

## REFERÊNCIAS

- ANNONI, Danielle. *O movimento em prol do acesso à justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_517.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_517.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *O diálogo democrático*: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2.006.
- CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- CARBONELL, Miguel. *Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001.
- FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2. ed. 3. reimpr. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios brasileiros na era dos gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KRAUZE, Enrique. *El fin del redentorismo iluminado*. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12671436>>. Acesso em: 6 jan. 2017.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Tradución Alfredo Gallego Anabitarte. Segunda Edición. Barcelona: Ariel, 1970.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. *A integração, o meio ambiente e a democracia na América do Sul: o significado do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da democracia participativa para a construção da UNASUL*. 403 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza. 2016.

MENDIBLE Z., Alejandro. Venezuela: su tránsito elíptico en el destino histórico sudamericano y el rol moderador del Brasil en el presente. In: CARMO, Corival Alves do (et. al.) *Relações internacionais: olhares cruzados*. Brasília: FUNAG, 2013.

MOREIRA, Luiz Felipe Viel; QUINTEROS, Marcela Cristina; SILVA, André Luiz Reis da. *As relações internacionais da América Latina*. Petrópolis: Vozes, 2010.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Reimpresión revisada. Madrid: Civitas, S.A., 1997.

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

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *O desafio latino-americano: coesão social e democracia*. Tradução Renata Telles. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

WACHOWICZ, Marcos et al. *Empresa transnacional como fator de desenvolvimento e integração regional para a América Latina*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/luis\\_alexandre\\_carta\\_winter.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/luis_alexandre_carta_winter.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2017.

Recebido em 14.03.2018

Aceito em: 26.06.2018

## A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS ÁREAS ÚMIDAS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO PARA AS FUTURAS GERAÇÕES

*THE IMPORTANCE OF THE PRESERVATION AND CONSERVATION OF THE WETLANDS AS A MECHANISM FOR THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO THE ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT FOR THE FUTURE GENERATIONS*

Fernanda Ribeiro Darold<sup>I</sup>

Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Cuiabá, MT, Brasil. (Mestranda em Direito).

<sup>II</sup> Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Programa de Pós-Graduação em *Stricto Sensu* de Direito Agroambiental, Cuiabá, MT, Brasil. (Doutor em Direito).

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Considerações gerais sobre as áreas úmidas. 2 A importância socioambiental das áreas úmidas – necessidade de preservação e conservação. 3 A Convenção de Ramsar e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar mediante referencial bibliográfico a caracterização das áreas úmidas, enfatizando a sua importância na manutenção da biodiversidade, bem como a necessidade da sua preservação como mecanismo de efetivação do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações, realizando o estudo comparado dos preceitos trazidos pela Convenção das Zonas Úmidas de Importância Internacional (Convenção de Ramsar), a qual se tornou importante instrumento de proteção ambiental, com vistas a promover o uso racional e sustentável desses ecossistemas específicos.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Zonas Úmidas. Convenção de Ramsar.

**Abstract:** The goal of this paper is to analyze the definition of wetlands from a bibliographic reference, emphasizing its importance for the maintenance of biodiversity, also the need for this preservation as a mechanism for the realization of the constitutional right to the environment ecologically balanced for future generations, realized through a comparative study of the precepts from The Convention on Wetlands of International Importance (Ramsar Convention), which has allowed greater environmental protection by promoting the rational and sustainable use of these specific ecosystems.

**Keywords:** Environmental Law. Ecologically Balanced Environment. Wetlands. Ramsar Convention.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde os primórdios da humanidade, a natureza é fonte de subsistência para a manutenção e evolução da espécie humana, dela advindo os mais diversos tipos de bens essenciais à sobrevivência dos seres vivos. E, por muito tempo, a consciência humana induziu o homem a uma exploração destrutiva dos recursos naturais na vã ideia de tratá-los como fontes inesgotáveis de aproveitamento, ocasionando imensuráveis impactos ecológicos.

O uso irracional e insustentável dos recursos naturais pela sociedade foi fator determinante para a ocorrência de diversas catástrofes ambientais e, portanto, a preocupação com os danos causados ao meio ambiente passou a ser ponto central de estudos e debates, com nítido destaque nos diplomas internacionais.

Considerando a importância da preservação da natureza e de sua biodiversidade como forma de garantia de sobrevivência das presentes e futuras gerações, o Direito Ambiental Internacional criou diversos mecanismos legais destinados a garantir a preservação ambiental, os quais servem como parâmetros para a elaboração de normas e regras internas dos Estados signatários dos tratados e convenções internacionais.

Uma das vertentes ambientais amplamente discutidas é a regulamentação da relação do homem com a água, posto que o avanço e a dinâmica social fizeram com que os recursos hídricos se tornassem fonte de vida, alimento necessário para a existência e subsistência humana, transformando sua exploração em atividade essencial para o desenvolvimento humano.

Dentro desse quadro, as chamadas áreas úmidas ganharam relevância internacional em virtude de abarcar vários tipos de ecossistema, desenvolvendo um papel essencial na manutenção da biodiversidade, do equilíbrio ecológico e do bem-estar social e, por tais razões, fazem parte dos ecossistemas mais ameaçados pela conduta humana.

A relevância econômica e ecológica dessas áreas acarretou na elaboração da Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional – Convenção Ramsar – em 1971 no Irã, considerada o marco no desenvolvimento de ações nacionais e internacionais destinadas ao uso e conservação sustentável das áreas úmidas, bem como dos recursos naturais nelas existentes.

O Brasil é signatário da Convenção, tendo 20% de seu espaço territorial coberto de áreas úmidas (JUNK, 2015). Em 1993, ao assinar o referido instrumento, com *status* de tratado de direitos humanos, nosso país assumiu a obrigação de proteger as áreas úmidas, zelando pelo uso adequado, preservação e restauração ecológica, pela importância que elas ocupam na vida humana.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 protegeu também as áreas úmidas ao reconhecer o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental (CRB – Art. 225) e especialmente ao determinar que áreas como o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, devendo ser

conservadas e preservadas para as presentes e futuras gerações (CRB – Art. 225, § 2º).

Apesar da importante posição que o Brasil ocupa na Lista de Ramsar, os estudos acerca das áreas úmidas ainda são tímidos, não havendo um levantamento pormenorizado das referidas zonas, tampouco proteção jurídica no direito interno, carecendo de criação de normas específicas hábeis a cumprir os objetivos e finalidades fixadas na Convenção Ramsar.

O presente artigo tem por escopo analisar a caracterização das áreas úmidas e sua importância na manutenção da biodiversidade, de molde a demonstrar a necessidade da sua preservação como mecanismo de efetivação do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações.

## 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS ÁREAS ÚMIDAS

Os ecossistemas da terra são classificados em ecossistemas terrestres e ecossistemas aquáticos. Contudo, vislumbrou-se a existência de um ecossistema intermediário, que, pelas características estruturais, foi denominado de áreas úmidas.

O Centro de Monitoramento para Conservação do Mundo estima que, atualmente, as áreas úmidas ocupam 570 milhões de hectares, o que corresponde a 6% da superfície do planeta. O território brasileiro possui uma imensa diversidade de áreas úmidas, as quais ganham nomenclaturas diversas a depender da variação de clima e vegetação da região, sendo que a maioria se localiza no interior do Brasil, e uma pequena parcela à beira-mar.

Segundo Junk *et al.* (2015, p. 19), há cerca de 111 terminologias de áreas úmidas encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, entre legislações municipais, estaduais e federais, dentre as quais destacam, segundo o autor:

**Tabela 01.** Nomes populares em ordem alfabética para os diferentes tipos de AUs brasileiras e sua caracterização.

Nome popular	Região	Caracterização
Baixadas litorâneas (Restinga)	Área costeira	Corpos de água rasa e pântanos entre dunas no litoral, de afloramento do lençol freático, com macrófitas aquáticas e palustres, até florestadas.
Banhado	Sul do Brasil	Denominação geral de áreas úmidas no Rio Grande do Sul.
Branquilha Brejo	Paraná	Floresta de várzea. Nome popular pouco específico para áreas encharcadas.
Buritizal	Brasil	Áreas encharcadas cobertas com buritis ( <i>Mauritia flexuosa</i> ).
Campina, Campinarana	Amazônia central	Áreas arenosas com solos periodicamente encharcados, cobertos por uma vegetação savânica hidromórfica.
Carnaubal	Área costeira	Áreas encharcadas de água doce, dominadas pela palmeira Carnaúba ( <i>Copernicia prunifera</i> ) e herbáceas palustres.
Caxetal	Sudeste/Sul	Mata turfosa/paludosa com a dominância da caxeta ( <i>Tabebuia cassinoides</i> Lam).
Chavascal	Amazônia	Área permanentemente encharcada, coberta com floresta altamente resistente contra inundação.

Estuários	Brasil	Áreas úmidas costeiras caracterizadas como as áreas finais de rios ou lagos com forte influência das marés e água salina.
Igapó	Amazônia central	Área alagável ao longo dos rios de água preta e clara, pobres em nutrientes.
Lagoa	Brasil	Nome usado de forma não precisa para corpos de água permanentes ou temporários por todo o território nacional, independentemente de tamanho, localização e salinidade.
Lagunas costeiras	Áreas costeiras	Corpos de água ao longo da costa, geralmente de salinidade e vegetação variáveis, incluindo desde manguezais até macrófitas aquáticas de água doce, tais como taboais ( <i>Typha angustifolia</i> ).
Lavrados	Roraima	Áreas savânicas com lagos, brejos e veredas dominados por <i>Mauritia flexuosa</i> .
Manguezal	Área costeira	Ecosistema costeiro, que ocupa depósitos sedimentares lamosos, argilosos ou arenosos até o limite superior das preamares equinociais. Pode apresentar estrutura caracterizada por um <i>continuum</i> de feições conhecidos por: lavado, bosque de mangue (cobertura arbórea), e apicum ou salgado.
Mata ciliar	Brasil	Mata alagável ao redor de corpos de água.
Mata ripária, mata galeria	Brasil	Mata periodicamente alagada ao longo de rios.
Mata turfosa/paludosa	Sudeste/Sul	Caracteriza-se por uma florística e estrutura muito particulares, diferenciando-se das demais formações florestais por suas espécies capazes de germinar e crescer em condições de saturação hídrica do solo, também conhecidas como matas de baixada, matas brejosas, matas higrófilas, matinha palustre ou matinha pantanosa.
Nascente/Olho d'água	Brasil	Nascentes de rios. Áreas de descarga de água proveniente de águas subterrâneas ou de bolsões de água sub-superficial (aluvionárias).
Pântano	Brasil	Nome popular pouco específico para áreas encharcadas.
Restinga	Área costeira	Áreas arenosas com corpos de água rasa e pântanos entre dunas no litoral, de afloramento do lençol freático, com macrófitas aquáticas e palustres, até florestadas.
Turfeiras	Sul do Brasil	Pequenas áreas úmidas localizadas em áreas de altitude ou na planície costeira com grande concentração de matéria orgânica em decomposição e pH baixo (águas ácidas). Presença de <i>Sphagnum</i> spp.
Vargem	Brasil	Qualquer tipo de área periodicamente alagada.
Varjão	Mato Grosso, Tocantins, Goiás	Várzea muito grande em áreas savânicas.
Várzea	Amazônia central	Área alagável ao longo dos rios de água branca de origem Andina, ricos em nutrientes.
Várzea	Outras regiões brasileiras	Qualquer tipo de área periodicamente alagável.
Vereda	Região do Cerrado	Área permanentemente úmida, coberta por vegetação gramíneo-herbácea.

Fonte: JUNK *et al.*, 2015.

A tabela acima demonstra a variedade de ecossistemas definidores das áreas úmidas, englobando as áreas marinhas e costeiras, bem como as continentais e artificiais.

Para Maltchik (2003, p. 14), o estabelecimento das áreas úmidas está ligado diretamente à duração da inundação do ambiente, pois o período de inundação deve ser longo o suficiente para o estabelecimento de solos hídricos e o desenvolvimento

de organismos aquáticos (adaptados a essa condição hídrica) e, portanto, há três critérios essenciais para a identificação dessas zonas: (i) hidrologia (áreas permanentemente ou periodicamente inundadas e que apresentam condições de solos saturados – água subsuperficial com profundidade inferior a 45cm); (ii) solo hídrico (solo que está saturado ou inundado durante um período de tempo suficiente para desenvolver condições anaeróbicas e plantas aquáticas); e (iii) vegetação (presença de espécies vegetais que respondem eficientemente à variação do nível de água).

A Convenção de Ramsar traz a principal conceituação das áreas úmidas, como sendo aquelas de “pântano, charco, turfa ou água, natural ou artificial, permanente ou temporária, com água estagnada ou corrente, doce, salobra ou salgada, incluindo áreas de água marítima com menos de seis metros de profundidade na maré baixa”, dividindo-as em marinhas/costeiras, continentais e artificiais, classificação oficial internacional, embora outras áreas assim também podem ser consideradas.

Apesar do conceito determinado pela Convenção de Ramsar, ainda não existe uma única definição ecologicamente correta para áreas úmidas.

A preocupação com os riscos e ameaças sofridas por essas áreas, levou um grupo de pesquisadores a elaborarem uma definição das AUs brasileiras (JUNK *et al.* 2014), nos seguintes termos:

Áreas Úmidas (AUs) são ecossistemas na interface entre ambientes terrestres e aquáticos, continentais ou costeiros, naturais ou artificiais, permanentemente ou periodicamente inundados por águas rasas ou com solos encharcados, doces, salobras ou salgadas, com comunidades de plantas e animais adaptadas à sua dinâmica hídrica.

Resta evidente que o fator determinante para a caracterização das áreas úmidas é relação intrínseca da água com a vida animal e vegetal que, por transitarem entre os sistemas terrestres e aquáticos, podem ocorrer nos litorais e nas áreas internas da superfície.

As áreas úmidas constituem, portanto, ecossistemas essenciais para a manutenção do equilíbrio ecológico e para o bem-estar das populações, além de regular todo o sistema hídrico das regiões, essencial para a biodiversidade, demonstrando ampla relevância econômica, cultura e recreativa.

## **2 A IMPORTÂNCIA SOCIOAMBIENTAL DAS ÁREAS ÚMIDAS – NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO**

Por fornecerem serviços ecológicos essenciais para a fauna e a flora, bem como para a manutenção da vida, as áreas úmidas no Brasil são frequentemente ameaçadas por condutas humanas insustentáveis, principalmente pelo uso desordenado da terra e pela exploração inadequada da água aliados ao crescente aumento populacional.

Junk *et al.* (2015, p. 28) listam os principais serviços proporcionados pelas áreas úmidas, dentre eles:

(1) estocagem periódica da água e a sua lenta devolução para os igarapés, córregos e rios conectados, reduzindo com isso as flutuações do nível da água e o perigo de enchentes e secas catastróficas; (2) recarga dos aquíferos e do lençol freático; (3) retenção de sedimentos; (4) purificação da água; (5) fornecimento de água limpa; (6) dessedentação de animais, silvestres e domésticos; (7) irrigação da lavoura; (8) regulação do microclima; (9) recreação (banho, pesca, lazer); (10) ecoturismo; (11) manutenção da biodiversidade; (12) estocagem de carbono orgânico; (13) moradia para populações tradicionais; (14) fornecimento de produtos madeireiros e não madeireiros (fibras, plantas medicinais, frutas, etc.), pescado, produtos agrários e de pecuária.

A riqueza de biodiversidade suportada pelas áreas úmidas a tornam instrumentos naturais determinantes para purificação das águas e controle dos ciclos hidrológicos, garantidores do desenvolvimento das atividades humanas.

O Ramsar Convention Secretariat (2013, p. 8) aponta as áreas úmidas como o ambiente mais produtivo do mundo, em razão da imensa diversidade ecológica e importante fornecimento de água, essenciais para o crescimento de inúmeras espécies de plantas e animais, demonstrando, portanto, a sua importância na manutenção dos processos ecológicos essenciais e de sistemas de suporte da vida, na preservação da diversidade genética e na utilização sustentável de espécies de ecossistemas. Para tanto, a elenca como benefícios (2006, p. 7):

**Manutenção dos processos ecológicos essenciais e de sistemas de suporte da vida:** As áreas úmidas desempenham essas funções de diversas formas; algumas mantêm e aumentam a qualidade da água, algumas regulam os fluxos para a redução de inundações e podem aumentar os fluxos dos córregos no final do verão, e algumas recarregam águas subterrâneas. As áreas úmidas são importantes como áreas de reprodução e pouso para aves migratórias, como criadouros e ninhos para peixes, e como habitat para uma grande variedade de invertebrados, répteis, anfíbios e plantas.

**Preservação da diversidade genética:** As áreas úmidas exercem um papel essencial na manutenção das populações de animais silvestres, fornecendo habitats chave para uma fauna e flora diversa. As áreas úmidas são a casa de aproximadamente um terço das espécies de animais silvestres que foram identificadas como em perigo, ameaçadas ou raras.

**Utilização sustentável de espécies e ecossistemas:** Muitas economias locais ou provinciais dependem diretamente dos recursos das áreas úmidas, tais como peixes e animais silvestres, produtos florestais e madeira. Recursos renováveis associados com áreas úmidas são centrais para o modo de vida tradicional de subsistência de populações nativas e indígenas. As áreas úmidas também sustentam considerável turismo e atividades recreacionais, como caça, pesca, observação de pássaros e fotografia da natureza.

A importância desse ecossistema se volta para a manutenção do equilíbrio ambiental, ecológico, biológico e hidrológico, evidenciando, portanto, a necessidade de protegê-lo e conservá-lo de forma legal, o que vem gerando conflitos diretos com

as questões ligadas à urbanização e agricultura, entre outros usos potencialmente impactantes.

Essas zonas apresentam uma latente fragilidade, ao passo que intervenções humanas realizadas de forma inadequada e irracional são suficientes para sua degradação e reflete diretamente no desenvolvimento socioambiental, posto que as atividades econômicas dependem necessariamente dos recursos naturais e condições ecológicas fornecidas pelas áreas úmidas.

Apesar da relevância ecológica e cultural das áreas úmidas, elas são constantemente ameaçadas e dentre as principais ameaças à preservação dessas zonas estão a poluição por resíduos e esgotos, drenagens decorrentes de atividades agropecuárias, construção civil e exploração desordenada de recursos naturais. Diegues (2002, p. 24-35), ao analisar os impactos ambientais sofridos pelas áreas úmidas, aponta alguns fatores comumente indicados como degradantes desse ecossistema:

- a) As atividades agrícolas, especialmente pela conversão das áreas úmidas em áreas cultiváveis, com sua supressão/drenagem; pelo lançamento de agrotóxicos e outros resíduos (como o vinhoto das usinas de cana-de-açúcar);
- b) Impactos industriais, especialmente no litoral, com o lançamento de resíduos poluentes e hidrocarbonetos (tal como o petróleo);
- c) Conversão para instalação de tanques de cultivo de camarão;
- d) Pesca, especialmente a sobrepesca de determinadas espécies e a pesca ilegal;
- e) Mineração, especialmente a mineração do ouro, com o uso do mercúrio, nos rios da Amazônia; a exploração de carvão, especialmente em Santa Catarina e no Rio Grande do Sul, com a poluição das águas, dos rios e do mar e a destruição irrecuperável da paisagem;
- f) Atividades de transporte rodoviário, ferroviário e dutos; e
- g) Projetos de desenvolvimento não sustentáveis, como a Hidrovia Paraguai-Paraná, a Hidrovia Araguaia-Tocantins, o Prodetur (projeto de investimento em turismo no Nordeste brasileiro, que prioriza investimentos em áreas urbanas, construção de hotéis e estradas, sem estudos de impactos ambientais que levem em consideração as consequências para as comunidades de pescadores, sua cultura e seu modo de vida), o Projeto Calha Norte, dentre outros.

Para Maltichik (2003, p. 15), a humanidade depende do uso sustentado das áreas úmidas, posto que à medida que a função desses ecossistemas se perde, as oportunidades para o desenvolvimento sustentável e o uso inteligente desaparecem. Urge, portanto, uma preocupação internacional na proteção das áreas úmidas, as quais vêm sendo suprimidas gradativamente em todo o mundo.

E, considerando as mais diversas intervenções humanas degradantes nas áreas úmidas, a Convenção de Ramsar buscou tutelar e evidenciar a importância dessas zonas sob os aspectos de diversidade biológica e produtividade, ou seja, pelo fato de abrigar grande concentração de espécies endêmicas e por ser altamente produtiva, possuindo um solo rico em minerais e outros nutrientes, com capacidade de produzir muito mais matéria orgânica vegetal que outros campos.

Em suma, denota-se que o equilíbrio ambiental mantido pelas áreas úmidas irradia reflexos proporcionais diretos à vida em sociedade, pois, quanto maior a

preservação dos processos ecológicos desse ecossistema, maiores são os benefícios socioambientais da população e, quanto mais intervenções e modificações essas zonas sofrerem, mais consequências negativas a coletividade suportará.

A preservação e conservação das áreas úmidas ultrapassa os limites ambientais, incorporando valores culturais e sociais intimamente relacionadas à existência e subsistência da vida humana. Sendo assim, é clarividente a necessidade de adoção de medidas de proteção e conservação desse ecossistema por se tratar de importante instrumento de garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sobretudo para as futuras gerações.

### **3 A CONVENÇÃO DE RAMSAR E O DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO PARA AS FUTURAS GERAÇÕES**

A comunicação entre o homem e a natureza se tornou a preocupação central do direito ambiental internacional, o qual vem buscando criar mecanismos legais de proteção ao meio ambiente que permitam o crescimento econômico e financeiro global de forma sustentável.

Não se trata, contudo, de uma tarefa de fácil execução, principalmente se se partir da premissa que o meio ambiente é um bem jurídico da coletividade, usufruído por todos, o que pode resultar em diversos desequilíbrios decorrentes das ações humanas, merecendo, portanto, proteção especial.

A Conferência de Estocolmo de 1972 foi considerada um marco para o Direito Ambiental Internacional na busca pelo equilíbrio ecológico, embora existissem convenções internacionais anteriores tratando de assuntos correlatos específicos. Dentre as normas preconizadas na Conferência, o princípio n. 1 possui grande relevância por tratar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direitos humanos, demonstrando a sua conexão com os demais direitos fundamentais para a dignidade da pessoa humana:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 1972).

Com o destaque internacional da questão ambiental, a Comissão de Brundtland organizou o relatório *Nosso Futuro Comum*, o qual foi enviado à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1987, trazendo a temática do Desenvolvimento Sustentável como sendo um processo de mudança, no qual a exploração dos recursos, orientação dos investimentos, o desenvolvimento

tecnológico e mudanças institucionais devem estar de acordo com as necessidades atuais e futuras.

A par de tratar o direito ao meio ambiente como um direito humano, em 1971 criou-se no Irã a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, conhecida como Convenção de Ramsar, com o intuito de tutelar internacionalmente as regiões mapeadas como sendo áreas úmidas, mediante a elaboração de normas de proteção que permitam o uso adequado e sustentável ante a relevância ecológica desse ecossistema específico.

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais voltados para a proteção ambiental e de sua biodiversidade, demonstrando sua preocupação com o assunto. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 elegeu o meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado como direito fundamental assegurado no art. 225, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O artigo 170 da Constituição Federal corrobora ainda mais a preocupação ambiental brasileira ao dispor que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, restando observado o princípio da defesa do meio ambiente, evidenciando, assim, a necessidade de desenvolvimento da atividade econômica desde que se garanta a exploração sustentável dos recursos naturais para assegurar a vida humana.

Expressando sua preocupação com a proteção do meio ambiente, o Brasil ratificou a Convenção de Ramsar em 1993, se tornando país signatário, que, por ser considerada tratado de direitos humanos, possui tratamento diferenciado pela Constituição Federal de 1988, que assumiu a obrigação de proteger as áreas úmidas, zelando pelo uso adequado, preservação e restauração ecológica até mesmo como forma de garantir o efetivo exercício dos direitos socioambientais.

Pela importância que ocupa na vida humana, apesar de não haver capítulo específico na Constituição Federal, como assinalado as áreas úmidas encontram-se constitucionalmente com expressa referência à necessidade de especial proteção ao Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira elevando-os à categoria de patrimônio nacional.

O artigo constitucional supracitado traz como sujeito coletivo não só a geração presente, mas, também, aqueles que ainda não nasceram e que possuem, tanto quanto os já existentes, o direito de vir a gozar de um meio ambiente saudável e equilibrado, ressalta, assim, o aspecto intergeracional da preservação ambiental. Nesse sentido, Serafini (2007, p. 48) afirma que

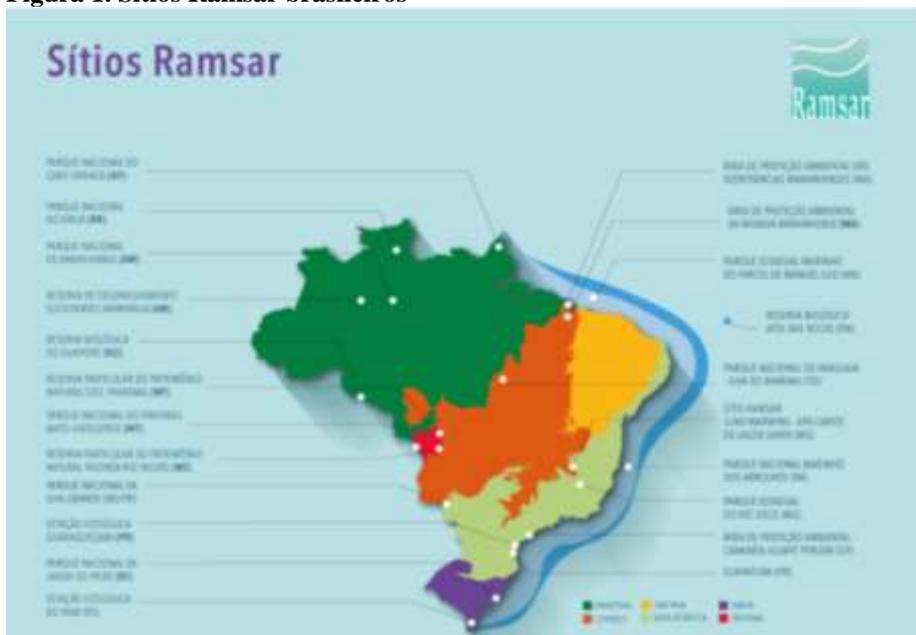
[...] o artigo 225 instituiu um novo sujeito coletivo de direitos, além do sujeito já mencionado (envolvendo os nascidos – intrageracional); trata-se de um

outro, coletivo, composto por indivíduos que ainda não nasceram, mas que têm direito de vir a um planeta no qual o meio ambiente esteja em condições de equilíbrio, a fim de que desfrutem uma vida sadia e tenham acesso aos recursos naturais existentes (intergeracional). Além disso, gera uma obrigação para as atuais gerações para que promovam o uso racional dos recursos naturais e defendam o meio ambiente para aquelas gerações vindouras. Este mandamento representa ruptura profunda no paradigma moderno e no modo de produção capitalista que o domina, focado na satisfação das necessidades atuais e imediatas.

Portanto, a ratificação da referida Convenção pelo Brasil expressou o compromisso do país na promoção do uso sustentável das áreas úmidas, mediante a adoção de políticas e legislações específicas para o uso racional, bem como de pesquisas objetivando o correto e preciso mapeamento dessas zonas no território nacional como meio de efetivar a proteção devida, garantindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Desde a adesão à Convenção, o Brasil incluiu vinte e duas unidades de conservação à Lista Ramsar, contando com uma área de 8.783.614 hectares:

**Figura 1. Sítios Ramsar brasileiros**



Fonte: Ministério do Meio Ambiente (2016). Sítios Ramsar. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protetidas/instrumentos-de-gestao/s%C3%ADtios-ramsar>>.

Em que pese o Brasil possuir diversos Sítios Ramsar e a Constituição Federal de 1988 prever a criação de espaços territorialmente protegidos, bem como a Lei n. 9.985/2000 criar o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC e

o Código Florestal – Lei n. 4771/65 alterada pela MP 2166/01 – regular o tratamento das Reservas Legais e das Áreas de Preservação Permanente, tais instrumentos normativos de proteção ambiental não conseguem garantir, sequer, a proteção mínima necessária às zonas úmidas ante a ausência dos fundamentos da Convenção de Ramsar (GRANZIEIRA; ADAME; GALLO, 2006).

Nesse sentido, Irigaray (2015) destaca que embora figurassem no rol dos espaços territoriais que deveriam gozar de proteção diferenciada, as áreas úmidas, cuja importância é reconhecida internacionalmente em convenção da qual o Brasil é signatário, ficaram particularmente desprotegidas, seja em decorrência dos retrocessos introduzidos no novo Código Florestal, seja em decorrência da omissão do Estado e da pressão de grupos econômicos, com interesses numa exploração predatória, trazendo como exemplo de desproteção as constantes ameaças que colocam em risco o equilíbrio ecológico do pantanal mato-grossense, considerado a maior área úmida do território brasileiro, reconhecido como Patrimônio da Humanidade e Reserva da Biosfera pelo Programa Intergovernamental — O Homem e a Biosfera (MAB) — da UNESCO.

Em 2003 criou-se o Comitê Nacional das Zonas Úmidas, mediante decreto federal, com o objetivo de subsidiar a elaboração de um Plano Estratégico de Zonas Úmidas, tendo como função

fornecer um foco mais amplo no nível nacional para a implementação da Convenção, envolvendo as agências governamentais relevantes, instituições técnicas e científicas, autoridades locais e regionais, comunidades locais, ONGs e o setor privado, especialmente para lidar com questões como: políticas nacionais de áreas úmidas; gerenciamento de sítios Ramsar; aplicação dos mecanismos do Registro Montreux e da Missão Ramsar de Assessoramento; inclusão de novos sítios na Lista Ramsar; submissões ao Fundo Ramsar de Pequenas Subvenções. Além disso, os comitês nacionais poderão: fornecer conhecimento especializado aos relatórios nacionais para as reuniões das Conferências das Partes; avaliar a implementação das resoluções e recomendações adotadas pela Conferência das Partes. (RAMSAR CONVENTION SECRETARIAT, 2013, p. 43).

Contudo, o Comitê possui caráter meramente consultivo, não tendo o condão de deliberar acerca das áreas úmidas, necessitando, por conseguinte, de uma Política Nacional de Áreas Úmidas específica e institucionalizada, a qual resta inexistente no Brasil. Há, portanto, uma latente desproteção jurídica das áreas úmidas, as quais se encontram carecedoras de elaboração de políticas públicas brasileiras a elas direcionadas, podendo-se falar, então, na necessidade de um Novo Marco Regulatório das zonas úmidas que preveja definições, objetivos, diretrizes e instrumentos para o uso adequado e preservação desses ecossistemas.

Ainda que, teoricamente, as zonas úmidas sejam protegidas pelo ordenamento jurídico pátrio por se tratarem de Sítios Ramsar, a legislação federal brasileira ainda não contempla mecanismos legais que garantam de forma efetiva a proteção das áreas úmidas, carecendo de criação de normas específicas hábeis a cumprir os objetivos e finalidades fixadas na Convenção Ramsar, inviabilizando, por

consequente, a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações.

Portanto, resta clarividente a importância de implementar instrumentos de preservação e conservação das áreas úmidas por se trataram de ecossistemas essenciais à efetivação do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para futuras gerações, garantidor da dignidade da pessoa humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O equilíbrio ambiental proporcionado pelas áreas úmidas irradia reflexos à vida em sociedade, sendo que quanto maior a preservação dos processos ecológicos desse ecossistema, maiores são os benefícios socioambientais da população e, quanto mais intervenções e modificações essas zonas sofrerem, mais consequências negativas a coletividade suportará.

As atividades econômicas dependem necessariamente dos recursos naturais e condições ecológicas fornecidas pelas áreas úmidas, razão pela qual esse ecossistema apresenta latente fragilidade, posto que intervenções humanadas realizadas de forma inadequada e irracional são suficientes para sua degradação, refletindo no desenvolvimento socioambiental.

Portanto, a preservação e conservação das áreas úmidas está eivada de valores ambientais, culturais e sociais, intimamente relacionados a existência e subsistência da sociedade, se tornando instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana. Clarividente, portanto, a necessidade de adoção de medidas de proteção e conservação desse ecossistema.

Considerando o direito ao meio ambiente como direito humano, o Brasil foi signatário da Convenção de Ramsar de 1971, a qual foi incorporada no ordenamento jurídico interno, assumindo, com isso, o compromisso na promoção do uso sustentável das áreas úmidas, mediante a adoção de políticas e legislações específicas para o uso racional, bem como de pesquisas objetivando o correto e preciso mapeamento dessas zonas no território nacional como meio de efetivar a proteção devida.

Apesar do compromisso, a legislação federal brasileira ainda não contempla mecanismos legais que garantam de forma efetiva a proteção das áreas úmidas, carecendo de criação de normas específicas hábeis a cumprir os objetivos e finalidades fixadas na Convenção Ramsar.

De qualquer sorte, os benefícios socioambientais oriundos do uso adequado das áreas úmidas se mostram essenciais para o desenvolvimento humano, corroborando a importância da preservação e conservação desse ecossistema específico como mecanismo de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Distrito Federal: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>  
Acesso em: 14 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 1.905, de 16 de maio de 1986*. Promulga a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas, conhecida como Convenção de Ramsar, de 02 de fevereiro de 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1905.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto de 23 de outubro de 2003*. Cria o Comitê Nacional de Zonas Úmidas e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/dnn/2003/Dnn10001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn10001.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUNHA, C. N. da; PIEDADE, M. T. F.; JUNK, W. J. *Classificação e delineamento das áreas úmidas brasileiras e de seus macrohabitats* [recurso eletrônico] / Catia Nunes da Cunha, Maria Teresa Fernandes Piedade, Wolfgang J. Junk. Cuiabá: EdUFMT, 2015.

DIEGUES, A. C., (org). *Povos e Águas: inventário de áreas úmidas brasileiras*. 2. ed. São Paulo: Nupaub-Usp, 2002.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado; ADAME, Alcione; GALLO, Gabriela Neves. *Direito Ambiental Internacional*. Conservação dos espaços e da biodiversidade. Convenção Ramsar. 2006. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_ambiental\\_maria\\_luiza\\_m\\_granziera\\_e\\_outros.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_ambiental_maria_luiza_m_granziera_e_outros.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2018.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. *Áreas úmidas especialmente “des” protegidas no direito brasileiro: o caso do Pantanal Mato-Grossense e os desafios e perspectivas para sua conservação*. Ed. Especial – 3º Congresso Amazônico de Desenvolvimento Sustentável. v. 17, n. 34, 2015. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/res/article/view/2602/1777>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

JUNK, W. J.; PIEDADE, M. T. F.; LOURIVAL, R.; WITTMANN, F.; KANDUS, P.; LACERDA, L. D.; BOZELLI, R. L.; ESTEVES, F. A.; NUNES DA CUNHA, C.; MALTCHIK, L.; SCHOENGART, J.; SCHAEFFER-NOVELLI, Y.; AGOSTINHO, A. A.; NÓBREGA, R. L. B. (2014b): Parte I: Definição e

Classificação das Áreas Úmidas (AUs) Brasileiras: Base Científica para uma Nova Política de Proteção e Manejo Sustentável. p. 13-76. In: NUNES DA CUNHA, C; PIEDADE, M. T. F.; JUNK, W. J. (Orgs.). *Classificação e Delineamento das Áreas Úmidas Brasileiras e de seus Macrohabitats*. Cuiabá: EdUFMT.

MALTCHIK, Leonardo. *Biodiversidade e conservação das áreas úmidas da bacia do rio dos Sinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE. *Convenção de RAMSAR - sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas*. Disponível em:

<[http://www.mma.gov.br/images/arquivos/biodiversidade/biodiversidade\\_aquatica/zonas\\_umidas/texto\\_convencao\\_ramsar.pdf](http://www.mma.gov.br/images/arquivos/biodiversidade/biodiversidade_aquatica/zonas_umidas/texto_convencao_ramsar.pdf)>. Acesso em 13 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Sítios Ramsar*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/instrumentos-de-gestao/s%C3%ADtios-ramsar>>. Acesso em 22 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972*. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 22 dez. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMSAR CONVENTION SECRETARIAT. *The Ramsar Convention Manual: A guide to the Convention on Wetlands (Ramsar, Iran, 1971)*. 6. ed. Gland, Switzerland: Ramsar Convention Secretariat, 2013.

\_\_\_\_\_. *National Wetland Policies* 3. ed. Gland, Switzerland: Ramsar Convention Secretariat, 2006.

SERAFINI, Leonardo Zagonel. *Proteção jurídica das áreas úmidas e os direitos socioambientais*. 2007. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp024867.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

Recebido em 07.02.2018

Aceito em 02.08.2018

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1. A Revista *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, elaborada pelo Curso de Direito da URI, campus de Santo Ângelo, publica artigos, ensaios e resenhas.
2. Antes de realizar a submissão é imprescindível a leitura dos seguintes itens: “Processo de Avaliação pelos Pares”, “Código de Conduta Editorial” e “Declaração de Direitos Autorais”.
3. O Conselho Editorial não se obriga a publicar nenhum texto que lhe seja enviado, bem como não se obriga a devolver os originais. Somente serão devolvidos os textos ao(s) autor(es) em caso de mudanças ou correções sugeridas pelo Conselho Editorial. Ao enviar os trabalhos para publicação, seus autores cedem automaticamente os direitos autorais à Revista. Os conceitos e informações contidas nos textos são de inteira responsabilidade de seus autores. A revista fornecerá ao autor do texto um exemplar da edição, quando a mesma for impressa.
4. Os arquivos dos textos deverão ser submetidos exclusivamente pelo sistema on-line (*Open Journal Systems*) no portal da revista, mediante cadastro e criação de login e senha e encaminhados, preferencialmente, nas extensões DOCX (Microsoft Word) ou RTF (Rich Text Format). Outros formatos de arquivo (por exemplo, PDF) não serão aceitos, sendo imediatamente arquivados.
5. Os textos podem ser redigidos em português, inglês, espanhol, francês, alemão ou italiano, devendo primar por uma linguagem clara e fluente e obedecer às normas ortográficas vigentes no país de origem.
6. Os artigos deverão ter no máximo até três autores/as, sendo que ao menos um dos autores deverá ter titulação de doutorado e, preferencialmente, estar vinculado a um núcleo ou grupo de pesquisa de um Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Resenhas ou ensaios deverão ter obrigatoriamente apenas um autor ou autora.
7. Os textos deverão seguir obrigatoriamente as seguintes especificações de configuração e formatação:
  - a) Os textos não deverão conter qualquer alusão aos autores. Os nomes dos autores deverão ser inseridos no formulário eletrônico, bem como ser atualizada a biografia em seu “perfil do usuário”, contemplando informações como maior titulação acadêmica e vínculo institucional, com referência explícita ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* a que se encontra vinculado e se está vinculado a alguma instituição de fomento à pesquisa.
  - a) O *layout* de página deverá estar configurado em papel A4, com as margens superior e esquerda 3 cm, direito e inferior 2 cm.
  - b) Os textos deverão utilizar fonte Times New Roman em tamanho 12, com espaçamento entrelinhas simples, recuo de 1,25 cm na primeira linha nos parágrafos, com no máximo 20 laudas.
  - c) O conteúdo do texto deve ser dividido em tópicos e, eventualmente, subtópicos numerados de forma progressiva, caixa alta, em negrito, sem recuo de primeira

linha. Os tópicos do desenvolvimento são de livre atribuição do autor, mas os artigos devem obrigatoriamente conter:

- *Título* (em português e inglês): centralizado, em negrito e tamanho da fonte 12;
- *Resumo* (em português e inglês): justificado, tamanho da fonte 10, com, no máximo, 250 palavras;
- *Palavras-chave* (em português e inglês): no máximo 5 palavras-chave, tamanho da fonte 10, separadas por ponto;
- *Considerações iniciais, desenvolvimento, considerações finais*: tamanho 12, espaçamento simples.
- *Citações e referências*: As citações deverão ser no formato AUTOR-DATA, ou seja, entre parênteses deve constar (SOBRENOME, ano, página). As notas de rodapé deverão ser destinadas somente para breves comentários do texto. Não deverão ser utilizadas expressões latinas, tais como idem, ibidem, opus citatum em caso de repetição de referência.

d) As Referências deverão estar no final do artigo, espaçamento entrelinhas simples, separadas por uma linha em branco e alinhadas à margem esquerda.

Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas  
Curso de Graduação em Direito da URI, RS  
Av. Universidade das Missões, 464 – Tel. (55) 3313-7950  
Email: direito@san.uri.br

Página: [http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito\\_e\\_justica/index](http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/index)  
CEP 98802-470 – Santo Ângelo, RS – Brasil.