



Volume 29

2023

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitor: Sérgio Tibiriçá Amaral
Pró-Reitor Acadêmico: Igor de Toledo Pennacchi Cardoso Machado
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral
Coordenadora Financeira: Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Vladimir Brega Filho (UENP)
Ana Carolina Greco Paes (PUC-PR)

EQUIPE TÉCNICA

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 29 – 2023

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2023. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

LEX MERCATORIA E DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....05
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira

APUNTES DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ESBOZO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN EN COLOMBIA.....62

MUÑOZ, Daniel E. Florez

BENÍTEZ, Melisa Caro

SALAS, Fernando Luna

ADVERGAMES: CAPTURA ILÍCITA DO CONSUMIDOR INFANTIL POR MEIO DA TECNOLOGIA DOS JOGOS DE PUBLICIDADE75

ALVES, Fabrício Germano

SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues

OLIVEIRA, Felipe Lucas Medeiros de

MULTICULTURALISMO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA INDIGENISTA BRASILEIRA.....91

PEREZ, Giovanna Bolletta

LEITE, Leonardo Delatorre

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS TRABALHADORES SOB OS ASPECTOS DAS POLÍTICAS NEOLIBERAIS.....112

LIMA, Jordanna Roberta

REIS, Marcos Cristiano Dos

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO DE REUNIÃO: ANÁLISE DE SUA RELEVÂNCIA PARA A DEMOCRACIA E EVENTUAL LIMITAÇÃO.....130

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de

ALVES, Lucas Mangolin

ANÁLISE SOBRE A ARQUITETURA PRISIONAL E SEU IMPACTO NA REABILITAÇÃO SOCIAL DO APENADO.....155

Camilla Yasmin Silva do Nascimento

Tiago José de Souza Lima Bezerra

AGENDA URBANA 2030: IMPLICAÇÕES DA TUTELA AMBIENTAL SOBRE ÁREAS VERDES DE LAZER EM PRESIDENTE PRUDENTE – SP183

FRÓIS, Marcos Rodrigues

PEREIRA, Júlia Fernandes Guimarães

**PROBLEMAS CAUSADOS PELA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA
INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA.....197**

RODRIGUES, Fillipe Azevedo
DONATO NETO, José Raimundo

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES EM FACE DO
DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES SOCIAIS.....2**

PACIORNIK, Ravi Petrelli

FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA FISCAL SOB A ÓTICA DE KLAUS TIPKE...231

MORAIS, Manuela Saker
SANTOS, Lívio Augusto de Carvalho

**O LITÍGIO CLIMÁTICO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS
HUMANOS: A TENDÊNCIA DO SUL GLOBAL NO REGIME PÓS-PARIS....245**

BOGALHO, Thaline Giacon
AMARAL, Sérgio Tibiriçá
SANTOS, Lucas Octávio Noya dos

NOTA AO LEITOR

A 29ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro
Editora da Revista Intertemas

LEX MERCATORIA E DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

LEX MERCATORIA AND INTERNATIONAL TRADE LAW

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira¹

RESUMO: Este ensaio pretende verificar os elementos caracterizadores da nova *lex mercatoria* e compreendê-los à luz da dinâmica das relações internacionais, sobretudo no âmbito do direito do comércio internacional. Para tanto, optou-se por trazer à luz as concepções jurídicas sobre a matéria desenvolvidas por Berthold Goldman e Paul Lagarde. A conclusão é no sentido de ser a nova *lex mercatoria* uma ordem jurídica autônoma e independente da vontade dos Estados, pertencente ao universo do Direito e operante no direito do comércio internacional, capaz de regular coerentemente as suas relações jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: *Lex Mercatoria*; direito do comércio internacional; autonomia da vontade; nova ordem jurídica

ABSTRACT: This essay seeks to analyze the elements that characterize the new *lex mercatoria* and understand them in light of the dynamics of international relations, especially in the field of international trade law. To this end, this paper is grounded on legal concepts developed by Berthold Goldman and Paul Lagarde. The conclusion is that the new *lex mercatoria* is an autonomous legal order, independent from the will of states, part of the legal system within international trade law that functions with its own coherent structure.

KEYWORDS: *Lex Mercatoria*; international trade law; autonomy of will; new legal order

La Lex Mercatoria se situe donc bien, substantiellement comme formellement, dans le domaine du droit; il reste encore à veiller à ce que les intérêts dont elle poursuit la satisfaction demeurent suffisamment équilibrés pour garantir la légitimité de ses prescriptions. Mais ceci, aurait dit Kipling, est une autre histoire.
Berthold Goldman

¹ Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Unesp, campus de Franca. Membro-titular da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD. Membro efetivo da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB. Advogado e Consultor Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio pretende desvendar, *a priori*, duas questões. A primeira pode ser formulada da seguinte maneira: os particulares, que atuam como partes negociais no comércio internacional, estão, de fato, regidos por um sistema de normas criado fora do sistema jurídico estatal? Em outros termos, há, efetivamente, um conjunto de regras comerciais costumeiras cujo caráter jurídico deve ser reconhecido antes mesmo de ser incorporado a tratados ou antes de oficialmente consagrado por organismos internacionais? A segunda, por sua vez, pode ser assim colocada: há legitimidade jurídica em entender tais regras costumeiras internacionais, acaso existentes, como alheias ao ordenamento jurídico estatal e fora do alcance de sua regulação?

Tais questionamentos são matéria de alta indagação jurídica e os problemas deles decorrentes são de grande atualidade, sobretudo à luz da era das comunicações. Contudo, se a matéria é importante na atualidade, também não é nova. Foi Berthold Goldman quem, em 1964, detectando a existência desse direito costumeiro internacional, nascido das práticas comerciais internacionais, trouxe à tona a doutrina da nova *lex mercatoria*, em trabalho publicado nos *Archives de Philosophie du Droit*, nº 9, intitulado “Frontières du droit et *lex mercatoria*”.² Foi ali que Goldman lançou as bases para uma ardente e profunda discussão sobre a nova *lex mercatoria* e sua caracterização como *fonte* do direito do comércio internacional.

Depois daquele texto inaugural de Goldman vários outros surgiram, defendendo ou contestando a validade da *lex mercatória*.³ Três correntes surgiram: a) aqueles que defendiam (como Goldman) a existência do caráter jurídico autônomo da *lex mercatoria*; b) aqueles que contestavam e se opunham à formação dessas pretensas regras jurídicas; e c) aqueles mais moderados que, sem aderir a uma ou outra posição, encontravam-se no meio-termo dos problemas mais controvertidos da matéria. Hoje, porém, uma verdade é inegável: a *lex mercatoria* está presente na contemporaneidade e se constitui em fato extremamente dinâmico e capaz de gerir

². GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 09, Paris: Sirey, 1964, p. 177-192.

³. V. LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 125 e ss; e KAHN, Philippe. *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 97 e ss.

interesses específicos de grupos comerciais internacionais e, inclusive, de Estados nas relações com a sociedade internacional de mercadores, não sendo admissível que os internacionalistas se omitam relativamente ao seu estudo e ao entendimento de seu fenômeno atual.

Hoje se vive sob a égide da técnica, a qual – como explica Irineu Strenger – “alcança, não só o terreno da materialidade produtiva, mas também intervém como corretivo metodológico no desempenho do Direito, e uma das áreas mais sensíveis e acolhedoras dessa circunstância é o comércio internacional com todas as suas vicissitudes”.⁴ De fato, não há como negar que as trocas mercantis se valem de regras próprias, com instrumentalidade nascida do seio das associações internacionais de mercadores, representada pelas modalidades de créditos, compra e venda internacional, pelos contratos ou fórmulas-tipo, pelos créditos secundários, pelos transportes e, até mesmo, pela instituição de tribunais arbitrais.⁵

A verdade é que não se nega mais que as práticas correntes do comércio internacional são capazes de ser juridicamente apreendidas e consolidadas a partir de uma repetição de atos que se desenvolvem no tempo e que se impregnam nas associações de mercadores, comportando-se como *fontes* do direito aptas a fazer lei entre as partes.⁶ Os instrumentos negociais internacionais, antes de positivados em tratados ou mesmo antes de oficialmente aceitos por organismos internacionais especializados, já se vão tornando regra obrigatória para aqueles que atuam no cenário do comércio internacional, sem contestação de qualquer índole.

A *lex mercatoria* é, como diz Strenger, o recipiente “captador de todas essas situações, alcançando, com pleno êxito, o desiderato de congregar como nomenclatura inconfundível o contexto geral e significativo dos acontecimentos que envolvem o comércio internacional no sentido mais amplo”.⁷ Daí ser praticamente impossível estudar o comércio internacional contemporâneo sem perquirir a natureza jurídica da *lex mercatoria*, que de há muito domina o processo de elaboração das regras emanadas da sociedade internacional dos mercadores e rege os conflitos que porventura ali se perfazem. O comércio internacional é dinâmico por natureza, e ainda não se visualiza com nítidos contornos o processo de formação dessa nova *lex*

⁴. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 17.

⁵. Idem, *ibidem*.

⁶. Nesse sentido, cf. RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit comercial*. 15. ed. par Michel Germain. Paris: LGDJ, 1993, p. 26-31.

⁷. Idem, p. 18.

mercatoria. As concepções de juristas como Berthold Goldman e Paul Lagarde, pensamos, são importantes para se compreender esse fenômeno do comércio internacional, e sobre elas passaremos a nos dedicar ao longo deste ensaio.

2 DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E *LEX MERCATÓRIA*

Da lição de Irineu Strenger é possível abstrair ser o comércio internacional a atividade lucrativa transfronteira praticada mediante a consecução de atos formais, cuja finalidade é o intercâmbio (visível e invisível) de mercadorias, de tecnologias, de investimentos e de representações, bem assim de outros entendimentos que possibilitem a obtenção de lucros e vantagens para as partes intervenientes.⁸

O desenvolvimento do comércio internacional tem se dado de forma estrondosa na atualidade, à medida que as novas tecnologias se desenvolvem e estreitam ainda mais as relações entre os países, o que acaba por influenciar os costumes e, por meio deles, o próprio Direito. À medida que a humanidade se desenvolve, desenvolvem-se também as regras pelas quais opera o comércio internacional, chamadas *lex mercatoria*. Nesse cenário, o Estado vai cada vez mais deixando de ser o único protagonista da cena internacional para dividir espaço com corporações de toda índole, atuantes nos mais variados campos do comércio internacional.

A evolução dos negócios internacionais, explica Strenger, “envolve cada vez mais a utilização de técnicas asseguradoras da boa consumação dos entendimentos comerciais, exigindo, para esse fim, a garantia que chamamos plurivincular, pela necessidade de intervenção de pessoas físicas e jurídicas, estas últimas geralmente representadas por entidades bancárias”, acentuando a tendência do direito do comércio internacional em “transformar-se em um *jus comune*, dotado de um direito material próprio para reger as relações internacionais”.⁹ Todas essas questões, é certo, levaram os juristas a encarar o fenômeno sob ângulos diversos, de modo a não somente explicar o desenrolar do comércio internacional em escala global, mas também a encontrar as bases sob as quais esse comércio se fundamenta. É dizer, nasceu a necessidade de identificar as regras pelas quais o comércio internacional opera, sendo certo que o nascimento da *lex mercatoria* nasceu exatamente da

⁸. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 21.

⁹. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 23.

identificação de tais regras, “inserindo-se no processo histórico como denominação que melhor consagra o primado dos usos do comércio internacional”.¹⁰ Em outras palavras, o fenômeno do comércio internacional levou à necessidade inevitável de criação de um conjunto de normas capazes de regulamentar as suas atividades no plano internacional.

Diferentemente de outros ramos do Direito, que se desenvolvem e são fruto da jurisprudência acumulada ao longo de dezenas de anos, a qual o legislador nacional se encarrega de compilar e codificar nas bases do direito posto, a criação do comércio internacional tem se fundamentado em usos e costumes internacionais e no labor de organismos internacionais dedicados à sua regulamentação. Daí se falar em ser a *lex mercatoria* a expressão metanacional do comércio internacional, uma vez que o nascedouro das regras e normas de conduta comerciais internacionais provém do plano internacional e não das práticas e usos *locais*.

O desenvolvimento dos meios de comunicação e as facilidades do comércio eletrônico são fatores decisivos para que se (re)estude a nova *lex mercatoria* em seus aspectos mais particulares. De fato, o estreitamento das relações entre pessoas ao redor de todo o mundo tem levado à evolução do comércio internacional, que passa a contar com novas funcionalidades e com dinamismo incomparável. Todo esse mosaico de fatores leva à necessidade de (re)compreensão do fenômeno do comércio internacional e, conseqüentemente, da *lex mercatoria*.

3 GÊNESE DA NOVA LEX MERCATORIA

Já se disse que o comércio internacional foi grandemente influenciado pelo progresso tecnológico, tendo este influenciado os costumes e, conseqüentemente, o próprio Direito. Por influência dessas mudanças, alguns fatos marcantes passaram a ocorrer no cenário internacional, estando o principal deles ligado ao papel do Estado nas relações internacionais. O Estado, em decorrência dos novos fatos que a sociedade internacional vem experimentando, passa a deixar de ser o único ator das relações internacionais para conviver com *outros sujeitos* de direito, antes desconsiderados como tal. Tornou-se frequente a participação de empresas privadas em inúmeros acordos e contratos do comércio internacional, tendo os Estado

¹⁰. Idem, *ibidem*.

estrangeiros como contraparte. Esse afastamento do Estado de algumas atividades internacionais permitiu o desenvolvimento de regras disciplinadoras do comércio internacional, nascidas de sua aplicação e uso reiterados entre a sociedade internacional dos comerciantes.¹¹

Tendo como antecedentes a *Lex Rhodia de Jactu – Lei do Mar de Rodes* (300 a.C.), adotada inicialmente pelos gregos e troianos e, posteriormente, disseminada no restante da Europa, e o *Jus Mercatorum* desenvolvido a partir do século XIV, a chamada *lex mercatoria* nasceu das feiras da Idade Média, em resposta aos direitos feudais que, com seus inúmeros privilégios, entravavam as relações comerciais da época.¹² As feiras da Idade Média nas cidades italianas e na França, fomentaram o deslocamento de mercadores de um lugar a outro, com a utilização dos principais portos, notadamente em Veneza, Gênova e Marselha, espreado-se depois para o resto da Europa, atingindo Barcelona, Amsterdam e as cidades da Liga Hanseática. No entanto, o desenvolvimento dessa prática foi tão fugaz que sequer houve tempo para reflexões mais apuradas sobre as suas fontes e o seu conteúdo, dado o dinamismo característico dos meios de comércio. Instituíram-se, assim, costumes relativos aos intercâmbios, sedimentados nos usos constantes dos mercadores relativamente a determinada prática.

Tais usos e costumes, nascidos da prática contratual internacional, foram qualificados como verdadeira *lex mercatoria*, uma ordem jurídica dos comerciantes a reger os usos profissionais do comércio no cenário internacional, com dinamismo e informalidade.¹³ Aliás, mais do que reger tais usos profissionais, a *lex mercatoria* tem como fim precípua libertar a comunidade internacional de mercadores “de certas injunções legislativas emanadas dos Estados”, desiderato este que, na prática, foi plenamente alcançado, “pois inúmeros são os exemplos resultantes do desenvolvimento das práticas implantadas por regulamentos privados ou comunitários, que outra coisa não são, em nossos dias, senão ordenamentos

¹¹. Cf. MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex Mercatoria: evolução e posição atual*. *Revista dos Tribunais*, vol. 709, São Paulo, nov./1994, p. 42.

¹². Cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e “lex mercatoria”*: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

¹³. Para José Carlos de Magalhães: “Deixando de lado as definições precisas, pode-se considerar a *lex mercatoria* como as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade. (...) A *lex mercatoria* – regras de direito costumeiro – é produzida pelos integrantes dos diversos setores do comércio internacional – comerciantes de cereais, de especiarias, de *commodities*, etc. – aceita e observada com a convicção de ser obrigatória e com efetividade imposta, não pelo Estado, mas pelos próprios integrantes da corporação formada em cada um desses setores” (*Lex Mercatoria...*, cit., p. 43).

disciplinadores da atividade comercial internacional, cada vez mais receptícios e submissamente adotados pelos comerciantes internacionais”.¹⁴

O comércio internacional, pelo próprio meio em que desenvolve as suas atividades, depende mais do seu próprio processo criativo que da atuação de Estados à regulação de suas atividades, notadamente em razão de sua origem histórica. De fato, não eram juízes comuns que julgavam as questões (lides) advindas da prática comercial, senão os próprios mercadores organizados em “câmaras” julgadoras, por meio de suas respectivas corporações. Tal levou a *lex mercatoria* a caracterizar-se como tema transnacional, que supera a soberania dos Estados em seu afã de regular toda e qualquer matéria a eles atinentes. Assim, a *lex mercatoria* passou, ela própria, a *impor* aos Estados o respeito aos seus comandos, promovendo a efetivação nas legislações internas das regras costumeiras do comércio internacional, demonstrando o seu poder de persuasão sobre a atividade parlamentar dos Estados.

Grande parte da influência exercida pela *lex mercatoria* nas legislações internas dos Estados adveio da insatisfação dos mercadores internacionais com as soluções dadas pelas leis internas às questões envolvendo o comércio internacional. Daí a necessidade de reconhecimento da autonomia da *lex mercatoria* frente às normas do direito interno, tal um ordenamento jurídico independente, que ladeia as ordens domésticas na intenção de regular o comércio internacional, sem submissão absoluta aos comandos internos estatais. Hoje, destaque-se, não há qualquer dúvida sobre a possibilidade de existência de ordens jurídicas de índole não estatal, é dizer, não provenientes de atividade legislativa interna, senão advindas de ordens particulares autônomas e independentes com poder de regulação em seus âmbitos próprios de atividade.

Portanto, a constatação de que o comércio internacional se desenvolve em ambiente *internacional* já é suficiente para concluir que os atos pelos quais tal comércio se realiza ultrapassam o quadro de um Direito puramente *estatal*, dando ensejo à criação de normas que atualmente pertencem à chamada nova *lex mercatoria*. Dessa forma, pode-se falar em alguns vínculos essenciais do comércio, que – segundo Strenger – explicam logicamente os efeitos desse conformismo profissional, como veremos em seguida.

¹⁴. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 25.

3.1 Desenvolvimento e Difusão dos Contratos Regentes dos Negócios Internacionais

O desenvolvimento e a difusão dos contratos que regem os negócios internacionais podem ser tidos como o primeiro vínculo do comércio internacional estimulador da formulação do conjunto de regras que faz nascer a *lex mercatoria*. Assim, tendo em vista a própria natureza do comércio internacional, que é eminentemente (e setorialmente) especializado, não se pode desconsiderar o importante papel desempenhado pelas organizações de profissionais do comércio internacional – e suas regulamentações respectivas – no sentido de criarem os contratos-tipo (ou fórmulas-padrão) que têm contribuído para a crescente formação de um direito uniforme do comércio.¹⁵

Portanto, a proliferação dos contratos *standard* é a prova mais nítida de que o conhecimento da disciplina jurídica aplicável às contratações típicas do comércio internacional depende quase que exclusivamente do conhecimento das regras da *lex mercatoria*, notadamente reveladas pelas práticas comerciais internacionais e pelas decisões arbitrais. A contratualística internacional tornou-se, assim, fator de formalização das práticas costumeiras que vêm se desenvolvendo ao longo do tempo relativamente á regulamentação das relações de comércio internacional.

3.2 Práticas Constantes e Uniformes Adotadas no Comércio Internacional

Outra importante fonte do comércio internacional reveladora do nascimento de uma nova *lex mercatoria* é a prática constante e uniforme adotada pelos comerciantes internacionais, criando direito aplicável para aqueles que atuam nessa seara. Tal prática transcende os limites da soberania estatal e se coloca acima dela. A essa prática são aplicáveis princípios interpretativos próprios, distintos dos existentes no Direito interno estatal.

Os usos de práticas uniformes no comércio internacionais se solidificam com o decorrer do tempo e passam a permear as atividades dos mercadores internacionais, tornando-se conhecidos em todos os ramos de atividades com suas

¹⁵. Idem, ibidem. Em paralelo, cf. também RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit comercial*, cit., p. 29-31, reconhecendo o valor jurídico dos regulamentos profissionais do comércio – ainda que inferior aos advindos da normatividade estatal – e as vantagens de sua maleabilidade (“Ce type de règlement a sur la loi le grand avantage d’être établi par des professionnels compétents et de pouvoir être facilement modifié” [grifos do original]).

especificidades próprias. As práticas em desconformidades com os usos do comércio passam a ser rechaçadas no cenário comercial e internacional e levam os mercadores dissidentes a experimentarem o isolamento nas suas atividades mercantis.

Por outro lado, a cena internacional contemporânea tem mostrado que a comunidade internacional de mercadores procura, cada vez mais, escapar à autoridade do Direito interno estatal, com a adoção de operações típicas cuja prática se sobrepõe aos sistemas normativos, fixando na arbitragem o ponto de apoio para a resolução das conseqüentes contendas. Assim, cria-se uma *prática* comercial internacional e os *meios de resolução* de contendas típicos dessas práticas, com ênfase na arbitragem comercial internacional.

3.3 Jurisprudência das Câmaras Arbitrais

A nova *lex mercatoria* também se revela pela jurisprudência das câmaras arbitrais, dado que os precedentes adotados pelos árbitros internacionais têm servido de base normativa para a aplicação das regras costumeiras do comércio internacional delineadas pela *lex mercatoria*, à base de grandes princípios reconhecidos (v.g., força obrigatória do contrato, boa-fé, referência corrente a certos comportamentos etc.) que demonstram que esse Direito já ultrapassa, em sua aplicabilidade prática, os ordenamentos jurídicos internos dos Estados.¹⁶ Essa jurisprudência arbitral serve, ainda, como previsão para os atores do comércio internacional de que, em casos semelhantes, a mesma solução lhes será aplicada.

A aplicação dos usos e costumes comerciais internacionais pelos tribunais arbitrais é reveladora do fato de que a *lex mercatoria* assumiu a condição de norma

¹⁶. Cf. RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit comercial*, cit., p. 32. A esse respeito, assim leciona Strenger: “Por muito aberta que seja, contudo, a posição que se adote em face da aplicação da regra de conflito tradicional, não poderemos deixar de reconhecer que se ela depara atualmente, como de resto já tem sido salientado por mais de uma vez ao longo desta exposição, com dois óbices fundamentais intransponíveis: a incapacidade dos ordenamentos jurídicos nacionais para fornecer resposta adequada às solicitações do comércio internacional (trata-se, na sua esmagadora maioria, de sistemas jurídicos herdados do século passado) e a incerteza sempre presente no plano dos sujeitos intervenientes quanto ao desfecho final da questão, uma vez a causa posta perante os tribunais estatais, quer por força da falta de conhecimento antecipado do direito material que a irá reger, quer em virtude da interpretação que dele possa fazer o juiz nacional, habituado sobretudo a julgar questões do foro interno, em função exclusiva do seu próprio direito nacional”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 33).

jurídica, dotada da mesma finalidade de *fonte* do direito objetivo, ainda que com caráter não-estatal. Trata-se, agora, de um direito objetivo da *societas mercatorum*.¹⁷

Para além desses vínculos essenciais do comércio internacional, acima descritos, a experiência internacional mostra que a *lex mercatoria*, cada vez mais, tipifica *per se* sua operacionalidade, criando procedimentos peculiares que acabam por desgastar as regras postas nos ordenamentos jurídicos (internos) de direito positivo.

4 CONCEITO, FONTES E CONTEÚDO DA NOVA *LEX MERCATÓRIA*

Depois de compreendido o fenômeno do comércio internacional na atualidade e a gênese da *lex mercatoria*, faz-se necessário conceituar, estabelecer as fontes e o conteúdo da chamada “nova *lex mercatoria*”. Para tanto, em primeiro lugar, é necessário entender que o comércio internacional impõe o nascimento de regras jurídicas cujo nascimento tem processamento distinto daquele que se opera no Direito interno estatal (no processo legislativo formal, ou por meio de precedentes segundo o regime da *common law*). Estando as relações jurídicas daí decorrentes investidas de imperatividade consentida, parece necessário tentar esboçar uma definição (com contornos nítidos) do conjunto dessas relações jurídicas, o que, em última análise, nada mais é do que a definição propriamente dita da *lex mercatoria*.

4.1 Tentativas de Definição da Lex Mercatoria

As definições conhecidas de *lex mercatoria* não são coincidentes, não obstante todas elas apresentarem características comuns desse conjunto de regras comerciais internacionais. Alguns conceitos são extremamente sintéticos, ao passo que outros têm forma mais analítica e, conseqüentemente, mais alongada. Ao que nos parece, a *lex mercatoria* pode ser entendida como um conjunto de regras e princípios formados no seio da comunidade internacional de mercadores, com a finalidade de regulamentar as suas atividades recíprocas e com meios hábeis para garantir a sua efetiva aplicação. De forma mais abreviada, pode-se defini-la como as

¹⁷. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 27.

“regras do jogo” do comércio internacional.¹⁸ Trata-se então de um corpo de normas fundadas nos entendimentos comerciais internacionais e na prática contratual da comunidade internacional de mercadores, baseado nos usos e costumes comerciais internacionais, nos contratos-tipo e nas fórmulas-padrão, nas regulamentações comerciais internacionais ditadas nos limites de cada associação profissional em especial, bem como na jurisprudência das câmaras arbitrais.

Em verdade, segundo Strenger, o que se nota é que as definições de *lex mercatoria* procuram sempre realçar um estado de insatisfação com os sistemas nacionais, pela impossibilidade que demonstram em solucionar os problemas fundamentais do comércio internacional, estando já convenientemente demonstrado que a *lex mercatoria* assinala três tendências: a) a primeira, situando-a como uma ordem legal autônoma, criada espontaneamente pelas partes envolvidas nas relações econômicas internacionais e existindo independentemente dos sistemas nacionais; b) a segunda, imaginando-a como um corpo de regras suficiente para decidir uma disputa, operando como alternativa de uma diferente lei nacional aplicável; c) e a terceira, considerando-a como complemento de uma lei nacional aplicável, vista como nada mais que uma gradual consolidação dos usos e determinadas expectativas do comércio internacional.¹⁹

4.2 Fontes da Nova Lex Mercatoria

O comércio internacional conta com regras próprias e já definidas pelo costume internacional respectivo. Esse costume, quando atual, é o que se nomina nova *lex mercatoria*, que a comunidade internacional de empresas constituiu sobre quatro pilares principais: a) os usos e costumes profissionais; b) os contratos e as fórmulas-

¹⁸. Idem, p. 76-77. Strenger conceitua a *lex mercatoria* como “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”. Segundo a sua justificativa, esse entendimento parece “mais consentâneo com a realidade, pois o que possibilita o desenvolvimento da *lex mercatoria* é a liberdade de procedimentos, que existem para atender às necessidades do comércio internacional, as quais nascem de contingências operacionais e, sempre que possível, desvinculadas das ordens legais internas de cada país, mas que, pela sua própria natureza, têm eficácia jurídica. Realmente, o que importa efetivamente no exame da *lex mercatoria* é saber até que medida ela pode ser pensada como estrutura revestida de força jurídica, ou seja, quais os limites sancionadores de que se reveste para impor suas regras, porquanto, sem encontrar esse caráter heterônomo e coercitivo, não se terá em sua plenitude um novo sistema dotado de autonomia como se apregoa”. (Idem, p. 78-79).

¹⁹. Idem, p. 78.

tipo; c) as regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas; e d) a jurisprudência arbitral.²⁰ Vejamos, pois, uma a uma dessas fontes:

4.2.1 Usos e costumes profissionais internacionais

Primeiramente, é necessário diferenciar o *uso* do *costume*. O *uso* consiste na prática generalizada de atos, todos no mesmo sentido, mas sem a convicção de obrigatoriedade, que é característica fundamental do *costume*. Nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os costumes constituem-se numa “prática geral aceita como sendo o direito”. O *Restatement of the Law* [Third (1987), § 102(2)] emprega, a esse respeito, uma definição mais sólida, ao assinalar que o “direito internacional costumeiro resulta de uma prática geral e consistente por parte dos Estados, seguida por eles como consequência de entendê-la como uma obrigação legal”.²¹ É dizer, o costume internacional resulta da prática geral e consistente dos atores da sociedade internacional em reconhecer como válida e juridicamente exigível determinada obrigação. Tal característica não se faz presente no simples *uso*, que não conta com a crença de obrigatoriedade presente no costume internacional.

Relativamente ao costume *comercial* internacional, deve-se acentuar a necessária repetição dos mesmos *meios e procedimentos* por parte da generalidade dos atores do comércio internacional. Segundo o § 1º (303, alínea c) do *Uniform Commercial Code* (UCC): “A ‘usage of trade’ is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question”.

4.2.2 Os contratos e as fórmulas-tipo

Os contratos comerciais internacionais e as fórmulas-tipo contidas nesses instrumentos são a segunda grande fonte da moderna *lex mercatoria*. Não resta dúvida que a adoção dos contratos *standards* nas relações econômicas internacionais

²⁰. Idem, p. 21-22.

²¹. V. § 102(2): “Customary international law results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation”.

passa a ser cada vez mais imprescindível nas relações diárias de negócios, dada a enorme criatividade de seus contextos e a rica tipificação que sugerem, sem desconsiderar o aspecto espacial (geográfico) da aplicação dessas fórmulas-tipo no comércio internacional, uma vez que a aplicação de determinados contratos a certos tipos de situações flui mais eficazmente em determinadas regiões geográficas.²²

Os contratos comerciais internacionais são fruto do intercâmbio de vontades entre Estados e pessoas (*lato sensu*), cujas características são diametralmente opostas àqueles contratos circunscritos a um território certo, o que faz nascer a idéia de que o Direito do Comércio Internacional se assenta em pressupostos diversos daqueles conhecidos nos ordenamentos internos dos Estados. Essa criatividade do comércio internacional – e, particularmente, dos contratos comerciais internacionais – pode ser explicada pela própria formação consuetudinária da qual ele provém. Dentro desse contexto, os contratos internacionais passam a ser o motor (no sentido estrito) do comércio internacional e também (*lato sensu*) das relações internacionais pós-modernas. A experiência passa a demonstrar que a contratualística nacional não mais satisfaz as exigências da cena internacional e da *societas mercatorum*. A taxonomia dos contratos de direito interno, apesar de poderem identificar-se nominalisticamente, não guardam relação alguma com os contratos internacionais.²³

Outra constatação visível, que torna os contratos internacionais fontes da nova *lex mercatoria*, diz respeito ao fato de serem eles projeções *externa corporis* da sociedade mercantil internacional, a qual procura, cada vez mais, reger suas atividades por formulas pré-moldadas (*standards*) que escapam a um direito interno estatal (o qual, normalmente, não é apto para operar com a especificidade da atividade mercantil). Além disso, não é demais lembrar que as necessidades da economia moderna impõem, cada vez mais, aos atores do comércio internacional, o atendimento das exigências do consumo em massa, acarretando “a ampliação e o aprimoramento do mercado, gerando novas técnicas negociais, que se consubstanciam em normas integradas, em novos institutos jurídico-mercantis”.²⁴ Em outras palavras, os contratos internacionais são *mais aptos* a se adaptarem às novas mudanças da sociedade internacional que os instrumentos negociais conhecidos no direito interno.

²². Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 36.

²³. Idem, p. 108-109.

²⁴. Idem, p. 111.

José Maria Espinar Vicente identifica as seguintes características dos contratos internacionais: a) são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países; b) são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, no que concerne à matéria objeto do acordo; c) são contratos que – devido à concentração oligopolista dos bens e à atual estrutura do comércio mundial – não só afetam aos Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos os países que integram a área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem; d) são contratos que – em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados – colocam em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dedicam habitualmente ao setor de atividades em que se inclua a operação; e e) normalmente, a forma de tais contratos responde a caracteres peculiares, entre os quais se destacam (i) a homogeneidade de suas disposições, (ii) a existência de cláusulas de submissão, (iii) a arbitragem e (iii) o emprego de terminologia unificada.²⁵

As características apontadas por Espinar Vicente permitem verificar que os contratos internacionais – que o autor qualifica de “econômicos”, por ser quase impossível desvincular o escopo do comércio internacional com o aspecto econômico das transações que lhe dizem respeito – são necessariamente extraterritoriais, ainda que a nacionalidade das partes seja a mesma. O crescimento do comércio internacional tem colocado em relevo inúmeros tipos de contratos com essas exatas características, tais como os *turn key (clé en main)*, os contratos de transferência de tecnologia, os contratos de cooperação industrial, os contratos associativos, os de financiamento (como os de *euro-obligation* ou de *euro-crédit*) etc.²⁶

Em resumo, como leciona Irineu Strenger, os contratos internacionais são “fruto de uma multiplicidade de fatores envolvendo métodos e sistemas interdisciplinares, inspirados na economia, na política, no comércio exterior, nas ciências sociais, e, além disso, com muitos frutos colhidos nas relações internacionais de toda índole”.²⁷ É dizer, além de apresentarem uma especialidade própria – decorrente da profissionalização das atividades comerciais –, os contratos

²⁵. V. VICENTE, José Maria Espinar. *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1979, p. 25-29.

²⁶. Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 112-113.

²⁷. Idem, p. 115.

internacionais do comércio “são os únicos instrumentos de ação para o comércio internacional, sem vínculos com esquemas legais geograficamente circunscritos”.²⁸

Pode-se perquirir em que medida e em que extensão os contratos internacionais criam lei entre as partes ou, dito em outras palavras, até que ponto a eficácia contratual é determinante da titularidade do direito das partes.²⁹ A expressão *eficácia* deve ser entendida, aqui, como a *força executória* provinda do procedimento (forma) e do conteúdo (matéria) do contrato, correspondendo ao poder de titularidade de que se valem as partes para auferir seus direitos (territorial e extraterritorialmente). O maior problema dessa colocação, contudo, diz respeito à dificuldade que se tem de enquadrar os contratos internacionais aos esquemas do direito internacional privado, tendo a jurisprudência de vários países preferido aplicar a lei escolhida pelas partes, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade. Segundo Henri Batiffol, no entanto, na maioria dos casos os juízes pretendem deduzir dos elementos da causa a vontade *implícita* das partes, que não tiveram nenhuma intenção nesse sentido, “e o resultado inevitável é a arbitrariedade do juiz, como testemunha a incrível diversidade de soluções que a jurisprudência apresenta: lei do lugar de conclusão do contrato, lei do lugar da execução, lei nacional das partes ou do devedor, lei do domicílio do devedor, lei da situação do objeto, enfim, não há domínio onde seja mais difícil prever a que ponto pode avançar a decisão do juiz, mesmo em casos aparentemente análogos àqueles já referidos”. E conclui – hoje esta tese não é absolutamente aceita, sobretudo no âmbito dos contratos internacionais – que esse resultado prático deplorável provém “de um erro de análise inicial, que torna o sistema injustificável racionalmente: não pertence às partes a escolha da lei que deve reger; uma lei se impõe de autoridade, não se escolhe; que uma certa autonomia seja desejável é até necessário, ninguém o duvida, mas que as partes sejam livres para escolher a lei que governará o conjunto de suas relações contratuais é, do ponto de partida, inconsistente, e explica a incerteza dos resultados”.³⁰

Todas essas observações são importantes no sentido de determinar em que medida e em que grau as partes contratantes no comércio internacional estarão seguras em suas relações recíprocas, notadamente no que tange aos resultados a

²⁸. Idem, p. 116.

²⁹. Idem, p. 116-120.

³⁰. BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé compare*. Paris: Sirey, 1938, p. 1 e ss.

serem alcançados pelo contrato. Os juristas – explica Strenger – têm se dedicado “a conquistar a unidade dos contratos, pela via das regras uniformes e pelo acolhimento e respeito do princípio da autonomia da vontade, cujo alargamento, ao contrário da expectativa de Batiffol, torna-se, em nossos dias, uma realidade impositiva em todos os contratos internacionais”.³¹ Do ponto de vista pragmático, pode-se dizer que um contrato internacional do comércio, levado a efeito pelas regras previamente estabelecidas pela *societas mercatorum*, é um grande “plano de ação” no qual as partes envolvidas definem as metas e obrigações a serem levadas a efeito dentro de uma situação de fato. Trata-se da expressão de uma situação que deve evoluir, num crescendo obrigacional, rumo à asserção dos compromissos voluntariamente assumidos – e, excepcionalmente, em decorrência de causas involuntárias, das quais as partes não de haver nítida consciência. Daí dizer-se que a validade e eficácia dos contratos internacionais do comércio assentam-se na máxima *negotium constitutum sola voluntate* (a vontade é criadora do negócio jurídico).³²

4.2.3 Regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas

Cada ramo de atividade no comércio internacional conta com regulamentos próprios ditados pelas respectivas associações representativas. É usual que, em certo ramo de atividade, haja regulamentação específica pelas entidades de classe, normatizando as práticas e condutas de cada setor. Esses regulamentos, também, à sua maneira, pretendem escapar à atividade legiferante dos Estados quando cristalizam práticas constantemente adotadas no comércio internacional no âmbito de interesse daquela corporação. Na prática, tais regulamentações profissionais vencem as leis domésticas em termos de respeito e conhecimento de seu conteúdo, pois atingem diretamente cada profissão e seu núcleo duro de interesses. Daí a razão de serem adotadas pelas associações representativas de cada profissão, com a legitimidade necessária à representação de seus interesses, para além da atividade legiferante (regulamentadora) dos Estados.

³¹. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 119.

³². Idem, p. 119.

4.2.4 A jurisprudência arbitral

Ao lado das fontes anteriores, merece destaque o papel da jurisprudência dos tribunais arbitrais, como *formadora de opinião* sobre a existência da nova *lex mercatoria*. Além de versar uma questão em específico, relativa a cada ramo de atividade, as decisões das câmaras arbitrais voltam-se à resolução participativa dos conflitos, induzindo o seu cumprimento longe da mão do Estado. Essa a razão pela qual as decisões arbitrais, em estatística, são numericamente mais efetivas que as advindas do Poder Judiciário estatal, notadamente à luz de sua maior praticidade e exequibilidade. As decisões das câmaras arbitrais formam a necessária “jurisprudência” aplicável às relações comerciais internacionais com aplicabilidade imediata e eficácia concreta no seio das empresas que litigam no comércio internacional, não só porque do julgamento arbitral participam árbitros escolhidos também pelas partes, senão ainda por inexistir no seio arbitral a infinidade de recursos existente no direito interno.

4.2.5 Outras (novas) fontes

Para além das fontes da nova *lex mercatoria* acima estudadas, pode-se dizer existirem ainda outras que, apesar de não sujeitas a uma taxinomia, são capazes de estimular novas regras que permeiam os contratos internacionais, a jurisprudência arbitral e os ordenamentos das sociedades internacionais especializadas, dentre as quais merece destaque a Câmara de Comércio Internacional de Paris.³³ Essas *outras fontes* da nova *lex mercatoria* surgem, na maioria das vezes, da criatividade que molda o comércio internacional hodierno, quando se é obrigado a criar regras de conduta aplicáveis a determinado ramo de atividade, sem respaldo nas legislações internas e menos ainda no seio da própria *lex mercatoria*.

A “publicidade” dessas outras novas regras ocorre quando os interessados em certo ramo de atividade comercial internacional dão-se por convencidos de que as informações prestadas pela comunidade internacional de mercadores consolidaram-se em critérios a serem obrigatoriamente observados entre eles. Ou seja, trata-se da situação em que um *conformismo geral* acaba ocorrendo, pelo entendimento de que

³³. Idem, p. 81-83.

aquela rede espontânea de comunicações acabou por se consolidar, transformando a nova realidade em resignação forçada com a mesma natureza das regras jurídicas obrigatórias.³⁴ Daí ter a Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias estabelecido que “les parties sont liées par les usages auxquelles elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles” (art. 9º, § 1º).

O nascimento dessas outras novas fontes não é fácil de se visualizar, mesmo porque elas advêm de práticas normalmente (e, *a priori*) isoladas, que paulatinamente vão ganhando corpo e se desenvolvendo até chegar em um estágio de aceitação geral, passando somente então a exercer certa pressão sobre a coletividade de mercadores de certo ramo de atividade comercial internacional.³⁵

4.3 Conteúdo da Nova Lex Mercatoria

É também possível evocar as proposições evidenciadas por Antoine Kassis a respeito do conteúdo da nova *lex mercatoria* identificado com o direito do comércio internacional, quais sejam: a) a *lex mercatoria* é composta de regras costumeiras de direito material: tais regras se aplicam a uma relação que contenha um elemento de estraneidade sem passar pelo método tradicional do conflito de leis que caracteriza o direito internacional privado; trata-se de regras de direito espontâneo formado de usos profissionalmente codificados, de “montagens” jurídicas, de cláusulas contratuais e de conjuntos de contratos que disciplinam, de uma maneira constante e original, as relações jurídicas entre os sujeitos e as operações internacionais, das quais se pode questionar se a repetição não as eleva progressivamente à posição de instituições costumeiras; b) as regras costumeiras da *lex mercatoria* são usos e princípios: os usos são regras afetadas de certo particularismo inevitável, enquanto os princípios são regras mais gerais por seu conteúdo e mais universais pela sua esfera geográfica de aplicação; c) a *lex mercatoria* é composta por uma dualidade de fontes: as regras costumeiras do direito espontâneo e as regras criadas pela jurisprudência arbitral, além do que o conteúdo da *lex mercatoria* é alimentado em parte por regras criadas por sentenças arbitrais, o que faz da jurisprudência arbitral a segunda fonte desse

³⁴. Idem, p. 82.

³⁵. Como arremata Strenger: “Assim se formam as normas do comércio internacional, diferentemente das normas estatais, tendo como origem todos os mecanismos que fazem parte do profissionalismo que caracteriza o intercâmbio mercantil, aperfeiçoado ou alterado pelas técnicas que resultam da cooperação interdisciplinar”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 83).

direito anacional; d) a *lex mercatoria* é um sistema de direito, ainda que incompleto e não totalmente autônomo: a integração de uma sanção dentro de uma regra de direito não serve como definição desta enquanto regra; não é porque as regras da *lex mercatoria* são originadas em poderes que não são públicos que estão destituídas de autoridade, mesmo porque esta autoridade é reconhecida aos órgãos que as produzem pela própria comunidade que delas se beneficia, utilizando-as para formular seus contratos e disciplinar suas relações, além do que há sanções disciplinares aplicadas pelos agrupamentos e corporações respectivos, assim como outras sanções *sui generis*.³⁶

5 AUTONOMIA DA VONTADE E RESPEITO ÀS LEGISLAÇÕES INTERNAS

Atualmente, a *lex voluntatis* tornou-se um dos mais significativos elementos de conexão aplicáveis às relações comerciais internacionais, permitindo a escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato.³⁷ Certo é que a autonomia da vontade assumiu um caráter específico de regulamentação de seus próprios interesses e de suas próprias vontades, dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum.³⁸

Praticamente toda a força da autonomia da vontade está concentrada no contrato, que, sendo o método negocial mais utilizado em todo o mundo, passa a ser o campo mais abrangido por essa categoria, à medida que é no contrato em que as partes transigem e em que a relação negocial se estabelece de forma duradoura. O elemento *vontade*, no mundo contemporâneo, passa a cada vez mais ter relevância conceitual, notadamente em alguns institutos jurídicos próprios como a *venda*, a *locação*, a *sociedade* e o *mandato*. Tais institutos, desde as suas origens romanas, sempre tiveram suas disposições reguladas por disposições jurídicas gerais e uniformes (normas gerais e abstratas) e *também* pela vontade das partes, que viria a ser o segundo pilar estrutural dessa relação negocial. Em outras palavras, trata-se de

³⁶. Cf. KASSIS, Antoine. *Theorie generale des usages du commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux*, *lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984, p. 282-286. A síntese desses princípios é colocada por STRENGER, Irineu, in *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 37-39.

³⁷. Por tudo, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PRADO, Gabriella Boger. L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil. *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 2, 2019, p. 427-456.

³⁸. Cf. STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1968. 230p.

institutos em que a vontade tem especial relevância jurídica, não obstante as regras de direito posto continuarem a reger os seus caminhos.

O fenômeno moderno mostra que aonde não existem esferas privadas de interesses inexiste autonomia da vontade. Em contrapartida, aonde se reconhece ao indivíduo o poder de gerir interesses particulares, a autonomia privada passa a constituir a pedra angular de toda relação jurídica, não sendo outra a razão pela qual o negócio jurídico – principal instrumento dessa autonomia – se coloca no centro do sistema de Direito Privado.³⁹

Se se levar em consideração todos os problemas pelos quais já passou o princípio da autonomia da vontade, perceber-se que a *lex voluntatis* ganhou enorme projeção a partir do estabelecimento da *lex mercatoria* como instrumento normatizador da atividade comercial internacional. Com efeito, a *lex mercatoria* passa a ter o seu maior sustentáculo a partir da instituição da autonomia da vontade, na medida em que esta se revela mais atuante e receptiva, não só pela doutrina e jurisprudência, como também pela legislação interna (direito positivo) de diversos Estados. Daí a constatação de que a autonomia da vontade se consagrou como princípio objetivo de todo o direito do comércio internacional, pois facilita a consecução dos fins a que se destina esse ramo do Direito.⁴⁰

A Lei Modelo da UNCITRAL, no seu art. 28, expressamente estabeleceu que “o tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao fundo da causa”, certo de que “qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como designando diretamente as regras jurídicas materiais deste Estado e não as suas regras de conflitos de leis”, complementando que “na falta de uma tal menção pelas partes, o tribunal arbitral adotará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie”. Nesse exato sentido encontra-se o art. 13(3) do *Réglement de Conciliation et Arbitrage* da Câmara de Comércio Internacional de Paris: “Les parties sont libres de déterminer le droit que

³⁹. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 90.

⁴⁰. Idem, p. 91. Como leciona Strenger: “Não há como negar que a ordem pública interna e internacional podem se constituir em obstáculo ao exercício da autonomia da vontade, mas, por outro lado, impõe-se considerar que as atividades concernentes ao comércio internacional são fortemente refratárias à ordem pública, pois foram as ordens estatais, com as suas restrições ou omissões, que alimentaram e fortaleceram o movimento separatista que caracteriza a *lex mercatoria*. O processo de isolamento do comércio internacional continua dominante, e se deve convir que começam a esboçar-se fortes tendências, nos direitos internos, em favor da liberação cada vez maior da vontade como fator institucional de realização do direito”. (Idem, p. 91).

l'arbitrage devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties, du droit applicable, l'arbitrage appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce”.

A conclusão que se chega é a de que a autonomia da vontade é uma instituição jurídica permanente no direito do comércio internacional, aceita e reconhecida pela jurisprudência e doutrina internacionais, bem assim por tratados internacionais, que expressam a liberdade contratual como critério lícito e válido para a consecução das relações jurídicas empreendidas pelos atores do comércio internacional. Os obstáculos criados ao comércio internacional pelos sistemas nacionais, da mesma forma, passam a cada vez mais ceder diante da asserção do princípio da autonomia da vontade no mundo contemporâneo. Assim, pode-se dizer que o papel da *vontade* nas relações comerciais internacionais é atualmente embasado na *vontade coletiva* dos atores comerciais internacionais, convalidada como amálgama da nova *lex mercatoria*.

6 SEGURANÇA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

A segurança no sistema comercial internacional, falando em termos estritos, dependeria cada vez mais da existência de um *sistema único* de regras capazes de submeter à sua vontade a sociedade internacional de mercadores. O intento seria, *de facto*, encontrar um modo de impedir que tais relações estejam completamente sujeitas à leis estatais divergentes, dificultando os intercâmbios comerciais internacionais.⁴¹ Tal não significa contudo que falte à *lex mercatoria* uma base instrumental segura para que ela exerça o seu mister na seara internacional. Essa base instrumental advém tanto dos seus precedentes históricos quanto dos inúmeros contratos e fórmulas-tipo colocados à disposição da comunidade internacional de mercadores. São inúmeras as regras uniformes que regulam atualmente a atividade comercial internacional, dotadas de força universalizada e desvinculadas de qualquer procedimento legislativo interno. Trata-se de regras *impositivas* no sentido de serem obrigatórias para aqueles que pretendam enquadrar-se no jogo da vida comercial internacional pós-moderna. É dizer: aqueles que pretendam não se ver excluídos do

⁴¹. Idem, p. 92.

jogo comercial internacional devem obrigatoriamente seguir as regras ditadas pelos usos uniformes que a prática da *societas mercatorum* lhes impõe.

Como se sabe, é unânime o entendimento de que a legislação interna dos países é incapaz de resolver unilateralmente os problemas do comércio internacional, sendo também indubitável que a nova *lex mercatoria* tem se tornado o caminho para a solução desse problema. Não se pode dizer que já exista uma efetiva *segurança* no comércio internacional. O que se pode dizer é que tal segurança está sendo construída pouco a pouco, já se visualizando um grande progresso no que tange aos mecanismos sedimentados pela experiência concreta e reiterada do intercâmbio internacional.⁴² Contudo, à medida que esta segurança evolui, é necessário que se pense também na evolução daqueles que são os destinatários finais dos produtos e serviços oferecidos pela sociedade internacional de mercadores: os consumidores.⁴³ Em outras palavras, a segurança fornecida pela nova *lex mercatoria* à sociedade internacional de mercadores, bem como a autonomia da vontade dela decorrente, não pode passar ao largo da proteção dos consumidores e dos menos favorecidos em geral, que poderiam ficar ao completo desamparo jurídico. Estes que são, em última análise, os destinatários finais das atividades da *societas mercatorum*, devem estar amparados contra as arbitrariedades que o comércio lhes impõe. Assim, se é certo que a autonomia da vontade e o reconhecimento da arbitragem como jurisdição predominante na resolução de conflitos torna dispensável a colaboração dos Estados relativamente ao comércio internacional, não é menos certo que se deve proteger, ao máximo, os consumidores e os menos favorecidos em geral contra a selvagem economia de mercado atualmente existente.

7 NOVA LEX MERCATORIA COMO ORDEM JURÍDICA AUTÔNOMA NA VISÃO DE BERTHOLD GOLDMAN

Foi Berthold Goldman quem, cientificamente e pela primeira vez, pretendeu colocar à prova de uma experiência contemporânea alguns dos critérios pelos quais se pode pretender referir às fronteiras do direito. Segundo ele, esta experiência é a das normas originais do comércio internacional (*lex mercatoria*) que cobrem todo o

⁴². Idem, p. 95.

⁴³. Em paralelo, cf. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Lex mercatória, exclusão social e direitos humanos*. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cançado Trindade)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 313-328.

conjunto das relações econômicas internacionais. Para Goldman, ai se englobam “as relações internacionais de troca nas quais participe pelo menos uma empresa privada (ou uma empresa pública que não faça uso das prerrogativas das quais ela está investida) – e a outra participante, podendo ser ou uma empresa da mesma natureza, ou uma pessoa jurídica de direito público, como uma organização internacional, ou mais praticamente um Estado ou uma coletividade pública subordinada (portanto, na hipótese frequente, e de grande interesse, dos investimentos nos países em via de desenvolvimento)”.⁴⁴ O que pretendeu Goldman demonstrar é que cada dia mais essas relações parecem escapar à influência de um direito interno estatal, ou até mesmo de um direito uniforme integrado na legislação dos Estados que a ele aderiram, por serem regidas e governadas por normas de origem profissional ou regras costumeiras e princípios internacionais revelados notadamente pelas sentenças arbitrais.

Goldman, a esse respeito, questiona: “Essas ‘diretrizes de conduta’ são regras de direito e os comportamentos que elas determinam são jurídicos?”. Ele mesmo responde: “A questão vale a pena ser colocada, não somente em razão da amplitude e da importância das atividades que ela concerne, mas também por que ela faz claramente aparecer algumas das dificuldades específicas da separação entre o domínio do direito, e do que lhe é estranho. Por sua gênese e por seu mecanismo de implantação, estas ‘normas’ do comércio internacional poderiam, com efeito, não ser consideradas, num primeiro exame, senão como usos ou práticas espontâneas, isto é, como comportamentos para quem simples repetição em um meio profissionalmente caracterizado (e da mesma maneira limitado) não bastaria para conferir a dignidade de regras de direito, até mesmo de simples regras. Por outro lado, trata-se mesmo de regras, e podem ser consideradas como jurídicas, já que aqueles dentre os quais se ligam as relações que lhes obedecem não formam uma sociedade humana politicamente organizada em Estado, mas no máximo uma coletividade ela própria espontânea, bastante distendida, e escapando a todo quadro estatal?”.⁴⁵

Para a resposta do que pretende, Goldman *qualificará* o fenômeno em relação a vários critérios propostos para *definir* o direito, ou a “regra de direito”, dispensando

⁴⁴. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 09, Paris: Sirey, 1964, p. 177. *Nota*: todas as citações no decorrer deste trabalho são tradução livre e original do Autor ao texto em francês de Berthold Goldman.

⁴⁵. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 177-178.

uma escolha prévia que, à primeira vista, poderia parecer logicamente necessária. Nós seguiremos aqui a sequência de raciocínio de Goldman para que o leitor possa conhecer a sua tese e a coerência do seu pensamento.

7.1 Operações Internacionais de Venda, Crédito, Transporte e de Sociedades

Internacionais ou não, as trocas econômicas, nas palavras de Goldman, encontram seu principal molde contratual na *venda*; elas se acompanham de operações de *crédito*, e se traduzem materialmente pelo *transporte* de pessoas ou de bens; por pouco que eles sejam importantes, seus atores são *sociedades*, antes que pessoas físicas. É à vista dessas operações e desses “operadores” que Goldman verificou, primeiramente, o arranjo autônomo deles, quando eles são internacionais. Depois, o consagrado jurista lembrou “que os litígios que deles decorrem são muito frequentemente regulados de maneira igualmente específica, no quadro da arbitragem comercial: constatação importante, porque se é verdade que o direito ultrapassa largamente o contencioso, é igualmente seguro que um conjunto de modos de conduta humana não pode formar um sistema de direito, a menos que exista uma jurisdição apta a velar pela sua interpretação e observância”.⁴⁶

7.1.1 A venda comercial internacional

Segundo Goldman, apesar de se poder perfeitamente conceber que a *venda comercial internacional* dependa *sempre* da lei de um determinado Estado, designada por uma regra de conflito, em casos bastantes numerosos constata-se, igualmente, que no comércio internacional vendedores e compradores procuram muito frequentemente fugir da influência de leis internas estatais, submetendo o contrato às normas de uma outra origem, visto que as necessidades do comércio internacional não se ajustam, muitas vezes, às normas comerciais nacionais existentes nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados – mesmo aqueles industrializados –, bem como não encontram nos sistemas de direito internacional privado uma *certeza* de sua designação.⁴⁷

⁴⁶. Idem, p. 178.

⁴⁷. Idem, p. 178-179. No mesmo sentido, assim leciona Irineu Strenger: “Teoricamente, essa reciprocidade entre *lex mercatoria* e sistemas internos pode ocorrer, mas são poucas as oportunidades

Por estes motivos é que, segundo ele, o século XX não viu nascer, mas *renascer* os usos profissionais comuns da venda internacional, tendo em vista que, em outras épocas, o comércio internacional havia seguido suas próprias normas, como, por exemplo, nas operações entre cidadãos e peregrinos, encontrando-se tais costumes provavelmente na origem dos contratos de boa-fé do direito romano, ou ao *jus mercatorum* e ao direito das feiras do fim da Idade Média e do início da época moderna.⁴⁸

Goldman começa o seu rol de exemplos lembrando os costumes comerciais internacionais nascidos com a *London Corn Trade Association*: “Mas para limitar-se ao nosso tempo, nós lembraremos que a *London Corn Trade Association*, criada em 1877 e reorganizada em 1886 se propôs, entre outras, a ‘provocar a introdução no comércio de cereais da uniformidade nas transações, favorecer a adoção de usos fundados sobre princípios justos e equitativos, e isso mais particularmente para os contratos, cartas-partes, nota de despacho de mercadorias e políticas de segurança; estabelecer, provocar e encorajar a difusão e a adoção de fórmulas-tipo para os contratos, para os outros documentos pré-citados e em geral todos aqueles dos quais fazem uso o comércio de cereais’”. E continua: “Este programa foi totalmente realizado, uma vez que a *London Corn Trade Association* estabeleceu e colocou à disposição dos negociantes de cereais várias dezenas de contratos-tipo, cuja difusão e aplicação são consideráveis: nós os utilizamos, com efeito, em numerosíssimas vendas internacionais, independentemente de toda participação de empresas inglesas, e até mesmo de membros da Associação”.⁴⁹

Tais contratos-tipo foram amplamente divulgados também em outros domínios do comércio internacional, a exemplo do comércio de produtos agrícolas, florestais, minerários, petrolíferos, siderúrgicos, têxteis e de bens e equipamentos. São eles emanados “de associações profissionais ou de agrupamentos de empresas mais estreitamente integradas, até mesmo isoladas, mas poderosas; e nas últimas épocas, vários foram elaborados, sob a égide da Comissão Econômica para a Europa

em que tais circunstâncias se colocam como diretrizes a seguir, pois a dúvida primordial nessa questão é saber se as regras formuladas ou recebidas na esfera das relações internas são igualmente aplicáveis no domínio do comércio internacional. (...) Deflui dessa constatação que as regras de conflitos de leis não são absolutas para socorrer os problemas das relações do comércio internacional, e, quando se desenha essa incompatibilidade, as soluções são captadas das normas e usos prevaletentes no meio mercantil” (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 106-107).

⁴⁸. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 179.

⁴⁹. *Idem*, p. 179.

das Nações Unidas, essencialmente para servir de quadro às relações comerciais entre o Leste e o Oeste”.⁵⁰ As atividades dessas associações profissionais, que existem em número grande, praticamente abrangendo todo comércio internacional, em função dos setores especializados, “são sempre orientadas de molde a criar facilidades e ajustamentos que permitam aos seus membros desempenho atualizado e equivalente ao quanto for necessário para o alcance dos principais objetivos comuns”, podendo-se acrescentar que “os documentos elaborados pelas associações profissionais assimilam normas editadas por inúmeras organizações particulares, como a Câmara de Comércio Internacional e outras, incluindo-as em seu repertório técnico de modo a dar, ainda, maior extensão e abrangência às disposições que regem o setor comercial concernente”.⁵¹

Segundo Goldman, tais fatos comprovam, portanto, a existência “de uma rede densa e extensa de documentos, cobrindo a maioria dos países com um bom número de bens trocados no comércio internacional; e a considerar o fenômeno sem idéia pré-concebida, constatamos que os contratos aí referidos não são regidos nem pela lei de um Estado, nem por uma lei uniforme adotada por uma Convenção entre Estados, mas sim pelos próprios contratos-tipo”. Segundo ele: “É preciso ainda sublinhar que estes [contratos] não se limitam a codificar usos preexistentes: eles consagram também normas novas, diferentes daquelas dos direitos estatais tradicionais, algumas vezes inspirados, é verdade, pelo interesse dos parceiros mais poderosos, mas em outros casos também pelo interesse comum dos contratantes”.⁵²

O valor significativo de tais exemplos poderia, segundo o citado internacionalista, ser contestado à primeira vista, porque será possível dizer que as partes, neste caso, no que tange aos contratos-tipo, estão fazendo uso simplesmente da liberdade contratual que lhes reconhecem os sistemas jurídicos dos seus

⁵⁰. Idem, ibidem.

⁵¹. Idem, p. 63-64.

⁵². GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 179-180. Vale aqui ser colocada a lição de Irineu Strenger, para quem: “Não se pode dizer que a autonomia da *lex mercatoria* seja justificável em razão da origem não estatal dos usos do comércio internacional. Nenhum uso tem origem estatal; todos os usos se formam e se desenvolvem fora e além da autoridade do direito estatal. O direito nacional abrange tudo o que se forma dentro de um Estado em termos de normatização; o direito estatal é limitado àquilo que o poder público legisla e/ou reconhece como cogente. O que não impede que os usos tenham origem nacional, e, portanto, não justifica suposta diferença de origem dos usos do comércio internacional. O que conta não é a origem de um costume, mas sua aceitação e aplicabilidade, sua efetividade como regra costumeira entre os nacionais de um país, que o invocarão perante seus tribunais, ou seus juízos arbitrais”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 30).

respectivos Estados. Os contatos concluídos por tais partes tornar-se-iam, então, “normas individuais” para cada uma delas – concepção kelseniana – sem se integrar às respectivas ordens jurídicas nacionais, mais precisamente nas normas de direito internacional privado que designam a regra de conflito a ser aplicada.⁵³

Uma postura análoga é encontrada nos comentários de Paul Lagarde a esse respeito. O professor da Universidade de Paris I acredita que o contrato celebrado entre os comerciantes é o modo de se inserir, na ordem jurídica estatal, toda ou parte dessa ordem não estatal.⁵⁴ Mas nem por isso o juiz estatal, segundo ele, poderia aplicar as regras da *lex mercatoria* sem o intermédio da vontade das partes.⁵⁵

Goldman, rebatendo a colocação daqueles que entendem que as partes, neste caso, fazem uso simplesmente da liberdade contratual que lhes reconhecem os sistemas jurídicos dos seus respectivos Estados, que poderia, à primeira vista, parecer correta, assim leciona: “Mas na verdade, semelhante objeção ultrapassa o domínio da descrição do fenômeno, para contestar, a não ser que ele possa ser qualificado como um conjunto de normas jurídicas “individuais”, pelo menos a especificidade dessa qualificação. Nós a encontraremos, sob este ângulo. Limitemo-nos aqui a dizer que a visão que ela exprime não presta contas do arranjo *concreto* do comércio internacional; é certo, com efeito, que quando eles se referem aos contratos-tipo seus “atores” decidem regular – e em todos os casos não-contenciosos, regulam efetivamente – sua conduta segundo normas outras que as leis estatais. Não é seguro, nós o veremos, que esta decisão somente possa receber eficácia da liberdade contratual sobre a qual convergem um certo número de direitos estatais; mas seria ela mesmo assim, ainda que não se pudesse, entretanto, negar que as normas concretas escolhidas no exercício dessa liberdade fossem diferentes por sua origem, e frequentemente também por seu conteúdo, daquelas que as partes

⁵³. Cf. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 180.

⁵⁴. Frise-se que alguns ordenamentos jurídicos têm tentado regulamentar (internamente) as relações do comércio internacional, tal como ocorreu com o *Código para o Comércio Internacional* da então Tchecoslováquia (Lei de 4 de dezembro de 1963), cujo art. 1º, da tradução francesa, assim estabelece: “Le but de la présente loi est de régler, d’une manière intégrale et sur la base du principe de l’égalité complète des droits et de l’inadmissibilité de toute discrimination de l’un quelconque des participants au commerce international, les rapports patrimoniaux dans le domaine des relations économiques de la République Socialiste Tchèque avec tous les pays sans égard aux différences de leurs systèmes sociaux et politiques et de contribuer de ce fait à la consolidation de la coexistence pacifique et de l’amitié entre les nations”.

⁵⁵. Cf. LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 140-145. Nota: todas as citações a este texto de Paul Lagarde são tradução livre e original do Autor ao respectivo texto em francês.

expressamente, ou melhor, tacitamente, extraíram de um direito estatal, se elas aí fossem citadas”. Goldman finaliza o seu raciocínio, dizendo: “Acrescentemos que, do ponto de vista descritivo, que é por enquanto o nosso, não é mais possível considerar tais normas como ‘individuais’. Se referindo a isso, os contraentes não têm, com efeito, nem a intenção, nem o sentimento de criar vínculos jurídicos singulares, mas sim de submeter uma operação particular e concreta a regras gerais e abstratas. Isto é tanto mais verdade que para a própria interpretação dos termos empregados, os contratos-tipo em uso no Leste como no Oeste se referem frequentemente aos *Incoterms* (Internacional Commercial Terms) da Câmara de Comercio Internacional [de Paris]. Este documento, que não é, aliás, sobre todos os pontos, um simples ‘glossário’, fornece, assim, aos quadros gerais, que já são os contratos-tipo, um quadro mais geral ainda, submetendo-os a um método uniforme de interpretação.^[56] É necessário, então, admitir que, na realidade, as operações do comercio internacional que se desenrolam nesses quadros, por assim dizer concêntricos, escapam largamente às leis estatais, sem prejudicar aqui o caráter jurídico ou não das normas ou dos ‘modos de conduta’ que se substituem a elas”.⁵⁷

Exemplificado o seu raciocínio com a *venda comercial internacional*, passa Goldman a tratar das *operações internacionais de crédito*, e o faz da maneira abaixo exposta.

7.1.2 Operações internacionais de crédito

O fenômeno acima descrito pode ser constatado, da mesma forma, nas operações internacionais de crédito, em especial quando elas assumem a forma de *crédito documentário*. Trata-se, aqui, de um mecanismo “triangular” em que o importador encarrega o banqueiro de pagar o preço ao exportador, com a

⁵⁶. Além dos *Incoterms* podem ser citadas as *Regras e Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentários* e *Regras Uniformes para Garantias de Contratos*, também emanados da Câmara de Comércio Internacional de Paris, os quais “atraíram atenção universal, existindo inúmeros outros trabalhos em andamento, com vários escopos, para atender diferentes questões que envolvem o comércio internacional. (...) Formulação análoga, que também está sendo largamente adotada na prática, são as *York-Antwerp Rules on the Adjustment of General Average* (1974), patrocinadas pela *International Law Association (ILA)*. Outra ordenação de grande aceitação geral é a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, pois estabelece, em suas disposições, meios facilmente compreensíveis e que podem efetivamente atender aos casos sujeitos a procedimentos arbitrais, particularmente as arbitragens *ad hoc*”. (STRENGER, Irineu, in *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 40).

⁵⁷. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 180-181.

apresentação por parte deste, dos documentos constatando o embarque da mercadoria. O esquema é completado, frequentemente, com a confirmação do crédito por parte do banqueiro, imprimindo um caráter abstrato com a obrigação deste para com o beneficiário.⁵⁸

Goldman, a esse respeito, leciona: “Ora, em muitos países, dentre os quais a França, esta instituição complexa, e de uma técnica particularmente ‘refinada’, não é objeto de nenhum texto legislativo, e sua originalidade não permite resolver as dificuldades que ela pode fazer surgir por aplicação analógica de disposições não a concernindo diretamente. Em compensação, uma codificação internacional das normas geralmente seguidas nessa matéria foi elaborada em 1933, ainda sob os auspícios da Câmara de Comercio Internacional [de Paris]: são as ‘Regras e Usos uniformes relativos ao crédito documentário’, refeitas em Lisboa, em 1951 e revisada em 1962. De origem puramente profissional, essas regras não são geralmente muito menos observadas pelos banqueiros, e os próprios tribunais se referem a elas, notadamente na França: elas fornecem, assim, concretamente, as normas da operação de crédito, e a seu sujeito ainda podemos nos perguntar se elas não são normas *jurídicas*, se bem que elas não tenham tomado corpo nem nas leis internas dos Estados, nem em suas Convenções internacionais”.⁵⁹

Assim, pode-se dizer que as operações internacionais de crédito constituem igualmente outro campo bastante fértil em que se desenvolvem as peculiaridades do comércio internacional, e que, “a despeito das distinções impostas pelo comércio exterior, disciplinado pelos diferentes países, se mostram com fortes tendências autonomistas, bem como, inequivocamente, atestam os mecanismos largamente utilizados sob a forma de créditos documentários e outros instrumentos financeiros”.⁶⁰ Tais regras, como se denota, são usualmente aplicadas em se tratando das referidas operações, o que demonstra a existência de usos e costumes profissionais que escapam à legislação doméstica dos Estados.

É no direito bancário internacional (em que prevalece a autonomia da vontade) que a técnica das operações de crédito tem lugar de destaque. O crédito documentário tem por finalidade evitar a desconfiança no cenário bancário internacional, naturalmente existente, por meio da instituição de medidas jurídicas

⁵⁸. Idem, p. 181.

⁵⁹. Idem, *ibidem*.

⁶⁰. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 64.

sofisticadas.⁶¹ Tanto o crédito documentário como as garantias à primeira solicitação, bem como os créditos compradores, são verdadeiros conjuntos contratuais, cujos elementos compõem um todo harmônico no plano internacional.

A obra-prima da técnica bancária internacional – o *crédito documentário* – funciona da seguinte maneira, como explica Irineu Strenger: “O comprador deseja receber a mercadoria que encomendou, o vendedor, por seu turno, deseja receber o preço. Um e outro preferem uma perfeita concomitância entre a liberação da mercadoria e a recepção do preço. Isto raramente é possível. O crédito documentário realiza, por intervenção do sistema bancário de um ou diversos países em compromisso aceitável para cada um e adaptável às principais situações, graças às diversas modalidades possíveis (revogável, à vista, a pagamento diferido, etc.). Ele implica que o comprador aceite confiar em documentos, que escolhera como devendo refletir o mais exatamente possível a execução do contrato comercial e que o vendedor se desvincule da mercadoria, antes do pagamento, mas contra promessa bancária condicionada essencialmente pela remessa de documentos”.⁶²

O interessante é que nenhum ordenamento interno da quase totalidade dos países organizou regras específicas relativamente ao crédito documentário. Foi a *prática* – ou seja, o uso e, posteriormente, o costume internacional – que organizou e precisou tais regras, forjando esse instrumento jurídico, elaborado sob os auspícios da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris, cuja atuação foi importantíssima no sentido de fixar e fazer desenvolver as *Règles et Usages Uniformes Relatives aux Crédits Documentaires*. Em 17 de abril de 1975, é importante dizer, a *UNCITRAL* adotou, por unanimidade, decisão recomendando a utilização do crédito documentário, o que levou a considerá-lo como exemplo-tipo da *lex mercatoria*, descartando por completo a determinação do direito aplicável segundo as regras de conflito de leis.⁶³

O terceiro exemplo referido por Goldman diz respeito aos *transportes internacionais*, nos termos do tópico seguinte.

⁶¹. Sobre o crédito documentário, v. a importante obra de COSTA, Ligia Maura. *O crédito documentário e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁶². STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 64-65.

⁶³. Idem, p. 65-66.

7.1.3 Os transportes internacionais

Os *transportes internacionais*, do mesmo modo, formam também o objeto de um complexo de normas profissionais geralmente muito aplicadas. Já se falou das cartas-partes e dos conhecimentos-tipo da *London Corn Trade Association*; no domínio do transporte marítimo, a prática inglesa – leciona Goldman – propõe outras normas, correntemente empregadas entre os contraentes dos quais nenhum é inglês, e não têm sequer algum vínculo com a Inglaterra.⁶⁴ O transporte se caracteriza na prestação de serviços destinados a transferir mercadorias do lugar onde são produzidas para aquele onde são destinadas, observando-se evidente função de utilidade. Como observa Irineu Strenger, “a topografia, a distância, a celeridade, a natureza e o preço das mercadorias e outras não menos importantes exigências impõem a escolha entre diversos tipos de expedição classificados nos transportes terrestres, fluviais, marítimos e aéreos, cada modalidade refletindo necessidades e práticas distintas que também se regem por documentos de uso uniforme, sem vinculação com o direito estatal, a não ser por adoção nacional de critérios ou métodos influenciados ou até mesmo impostos pelas necessidades do comércio internacional”.⁶⁵

O mesmo ocorre com o transporte aéreo internacional, que é regulado pelos contratos-tipo da *International Air Transport Association (IATA)*, utilizado pela quase totalidade das companhias aéreas. Como leciona Goldman: “A generalidade de sua aplicação torna aqui difícil a distinção entre estes contratos-tipo e os usos codificados encontrados em matéria de crédito documentário; mas, seja como for, para uns e para outros, como para os contratos-tipo utilizados na venda internacional, não basta dizer que a liberdade contratual, princípio de direito interno, permite se referir a isso para lhes recusar toda especificidade”.⁶⁶

Outro tipo de transporte internacional em que a *lex mercatoria* se manifesta é o marítimo, sendo variadas as cláusulas contratuais internacionais que interferem nesta atividade, sendo as mais frequentes: a) a de quantidade de carga; b) a do porto de carga e descarga; c) a de estadias; d) a de prêmio de aceleração; e) a de *não pesar*; f) a de tiragem; g) a de comissão de recomendação; e h) a de corretagem.

⁶⁴. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 181.

⁶⁵. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 66.

⁶⁶. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 182.

Todas essas cláusulas e outras não mencionadas – explica Strenger – “constituem exemplos de uma tipificação que nasceu da criatividade dos comerciantes que operam nessa área; não constam de legislações internas, mas estão perfeitamente assimiladas pela jurisprudência de tribunais comuns e especiais”.⁶⁷

Pode-se terminar essa escolha de exemplos citando aquele de algumas *sociedades internacionais* cuja estrutura e funcionamento são, de certa forma, completamente subtraídos tanto do direito interno estatal como do próprio direito internacional público.

7.1.4 Estrutura e funcionamento das sociedades internacionais

As sociedades internacionais ligadas ao comércio “ou nele atuando com estrutura e funcionamento independentes da lei estatal não só formam grande elenco, como também dão a medida da extensão e profundidade dos mecanismos de sustentação da atividade mercantil”.⁶⁸ Contudo, ao tratar do funcionamento de tais sociedades, deve-se observar, de início, que não se trata de estudar aquelas cujo funcionamento escapa realmente a *todo* o direito interno estatal, mas que buscam o conjunto de regras que as governam nos tratados internacionais que as instituíram, porque, neste caso, “o caráter jurídico de seu estatuto somente poderia então ser controverso com o do direito internacional público no seu conjunto, que permanece fora desse nosso propósito”.⁶⁹

Goldman, aqui, irá partir da análise daquelas sociedades que, embora criadas por tratados internacionais constitutivos, são reguladas pelos seus estatutos e, subsidiariamente, pelas leis do país de sua sede social. Para Goldman, os estatutos são, “efetivamente, nesse caso, obra de empresas associadas, distintas dos Estados

⁶⁷. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 66.

⁶⁸. Idem, p. 67.

⁶⁹. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 182. Daí a lição de Strenger, para quem: “Essas entidades podem ser consideradas sob dois focos: 1º) aquelas sociedades que se criam em função de tratados, operando comercialmente sob diferentes formas, geralmente consorciadas, mas que se regem predominantemente pelos próprios estatutos, sem outro referencial; 2º) as sociedades que se constituem oriundas de grupamentos de empresas para cumprir objetivos comuns em forma de cooperação. Os acordos de cooperação que se desenvolvem em todos os domínios materializam-se por contratos extremamente minuciosos e analíticos, ou resultam de uma simples troca de correspondência; mas é de salientar, como apontam Mercadal e Janin, que ‘a cette diversité d’accords, à ce foisonnement de clauses souvent originales, ne correspond aucun regime juridique spécifique. Les contrats de cooperation inter-entreprises sont, pour la plupart, des contrats innommés à construire de toutes pièces’”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 67).

dos quais elas se libertam; quanto à lei de referência subsidiária, ela somente permanece estatal em aparência, porque ela é ‘cristalizada’ em seu estado no dia da constituição da sociedade, e suas modificações ulteriores não podem ser impostas a esta. Ela é assim conduzida por uma coletânea de normas supletivas de natureza mais próxima dos estatutos de uma sociedade, que do ato legislativo de um Estado soberano”.⁷⁰

Mais característico ainda, segundo ele, é o caso daquelas sociedades que, criadas ou não por convenções internacionais, referem-se deliberadamente aos “princípios comuns” de várias legislações, até mesmo a fontes ainda indeterminadas, para preencher eventuais lacunas de seus estatutos. Foi o que aconteceu com a União Carbonífera Sarro-Lorraine (Saalor), sociedade franco-alemã regida, nos termos do artigo 1º de seus estatutos, pelo Tratado franco-alemão de 27 de outubro de 1956, “pelos presentes estatutos e pelos *princípios comuns do direito francês e do direito alemão*”. Segundo Goldman, na ausência de disposições dos tais textos e de tais princípios comuns, o tratado levaria em consideração “para a interpretação dos estatutos e para a solução das questões não reguladas por estes, o *espírito de cooperação* que inspirou a transformação da sociedade em sociedade franco-alemã”. Da mesma forma, os estatutos da sociedade *Air Afrique* dispõem que esta será regida pelo tratado que a criou, pelos próprios estatutos, e “a título subsidiário, e somente na medida em que eles sejam compatíveis com as disposições do tratado e dos estatutos, pelos *princípios comuns da legislação dos Estados signatários do tratado*”.⁷¹

Lembra Goldman, enfim, o exemplo do *Scandinavian Airlines System*, um consórcio criado por uma convenção entre companhias de transporte aéreo, não vinculado a nenhuma lei nacional: as cláusulas de seu contrato constitutivo são pouco numerosas, e não se vê quase nada para completá-las senão os *princípios comuns* às três legislações escandinavas, e mais geralmente, talvez, o direito comum das sociedades internacionais, se se admite a existência delas.⁷² Aqui, no entanto, questiona-se: quem descobrirá tais “princípios comuns”? Segundo Goldman, a questão aparece, para as sociedades, porque os seus estatutos a eles apelam expressa ou implicitamente, mas a questão se põe, na realidade, também para os contratos do comércio internacional, na medida em que pode ser necessário

⁷⁰. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 182.

⁷¹. *Idem*, p. 182-183.

⁷². *Idem*, p. 183.

completar ou interpretar as normas dos contratos-tipo ou das “Regras e Costumes”, em que se recusa buscar respostas em um sistema jurídico estatal cujas partes pretenderam se separar.⁷³

A resposta definitiva à indagação competirá ao juiz do contrato, ou da estrutura e do funcionamento da sociedade, “porque se ele não for pego de surpresa, a lacuna das ‘normas específicas’ terá sido facilmente preenchida, ou a dificuldade de interpretação resolvida sem o recurso de um aparelho de aspecto jurídico”. Este juiz é, para os contratos de sociedades que nos ocupam, quase sempre um tribunal arbitral, daí advindo o vínculo estreito entre a *Lex Mercatoria* e a arbitragem. Será, portanto, a arbitragem comercial internacional que irá descrever e qualificar o fenômeno, dando a resposta que se pretende encontrar. A parte vencida que desrespeita o laudo arbitral passa a não mais contar com credibilidade internacional e será esquecida pelos demais atores do comércio internacional.

Em resumo, segundo Goldman, as operações internacionais de *venda, crédito, transporte* e de *sociedades* já bastam para indicar a existência real de uma nova *lex mercatoria* a reger a sociedade internacional dos comerciantes, independentemente da intervenção dos legisladores nacionais.⁷⁴

7.2 Arbitragem Internacional e Resolução de Litígios no Comércio Internacional

São os *árbitros* – institucionais (isto é, designados para o quadro dos grandes organismos de arbitragem, a exemplo da Corte de Arbitragem da CCI, da American Arbitration Association etc.) ou *ad hoc* – os agentes comumente encarregados de resolver os litígios advindos do comércio internacional. Para tal, utilizam-se, *prima facie*, das normas previstas pelo próprio contrato ou relativas à sociedade em causa (como seus estatutos etc.). Ademais, o regime arbitral é o que melhor se adapta à

⁷³. Idem, p. 183.

⁷⁴. Como destaca Irineu Strenger: “A intervenção dos legisladores nacionais para regulamentar as relações do comércio internacional não conduz forçosamente a nenhuma solução aceitável. Deduz-se daí que o Direito nacional não tem força impositiva para governar as relações jurídicas de caráter internacional. René Davis nos ensina que a prática comercial pode inserir-se no sistema de regulamentação de um direito nacional dado, tirando partido da autonomia que esse direito consente aos que contratam, mas, pode, também, provando sua independência, procurar amparar-se em um sistema de direito internacional autônomo, fundado nos princípios gerais do direito ou em qualquer fórmula equivalente, deixando de lado todo direito nacional particular. Todas essas peculiaridades, na sua abrangência mais ampla, foram sintetizadas na expressão *lex mercatoria*, que melhor articula conceitualmente o verdadeiro sentido do comércio internacional”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 29).

experiência concreta do comércio internacional, sendo certo que os textos de suas decisões são os que melhor exprimem e traduzem as regras da nova *lex mercatoria*. Daí se dizer que os árbitros internacionais têm poderes criativos maiores que os dos juízes em geral, sempre presos às leis dos Estados e menos dinâmicos que os árbitros internacionais. De fato, a experiência tem atestado que os árbitros não têm procurado respostas para os casos concretos submetidos à sua apreciação em normas estatais ou em tratados internacionais, senão nos usos e costumes comerciais internacionais, isto é, na *lex mercatoria*, devendo-se perquirir se tais julgadores apenas a *constatam* ou se, ao contrário, a *elaboram*, posto que estas duas diligências estão – segundo Goldman – intimamente mescladas toda vez que um juiz exerce uma tal atividade.⁷⁵

A esse respeito assim leciona Berthold Goldman: “Algumas decisões arbitrais, publicadas ou analisadas, ilustram esta tendência. Assim, na sentença relativa ao caso entre *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd.* e o *Cheik d’Abu Dhabi*, Lord Asquith of Bishopstone, constatando que a lei d’Abu Dhabi, teoricamente competente para reger o contrato litigioso, não continha um ‘corpo estabelecido de princípios jurídicos utilizáveis para a interpretação de instrumentos comerciais modernos’, decidiu, em relação igualmente à vontade das partes, que é conveniente aplicar, neste caso, os ‘princípios buscados no bom senso e na prática comum do conjunto das nações civilizadas, uma espécie de *‘modern law of nature’*. Este apelo a um ‘direito comum das nações’ ou, pelo menos, a elaboração e a aplicação de princípios próprios ao comércio internacional, encontram-se também na sentença do MM. Ripert et Panchaud, de 2 de julho de 1956, que decidiu que a garantia contra a depreciação monetária deve ser *presumida* num contrato internacional. Da mesma forma, em uma sentença não publicada, relativa a um litígio entre uma organização internacional e uma sociedade comercial, o árbitro considerou a presunção de que o signatário de um contrato tomou conhecimento das condições gerais às quais aí é feita referência, e por outro lado, a sanção do abuso de direito, como regras costumeiras internacionais. Os ‘princípios gerais do direito’ e os ‘usos seguidos na indústria petroleira’ foram, de maneira semelhante, invocados na sentença prolatada pelos juízes MM. Sauser-Hall, Hassan e Saba Habachi, em 23 de agosto de 1958, para resolver o litígio entre Aramco e o governo da Arábia Saudita”.⁷⁶ E o mesmo Goldman concluiu: “Os exemplos poderiam ser multiplicados, tirados notadamente das sentenças prolatadas sob a

⁷⁵. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 183.

⁷⁶. *Idem*, p. 183-184.

égide de uma importante instituição de arbitragem, e que testemunham a busca constante dos árbitros, do outro lado do conflito, entre as leis estatais, de um direito ‘transnacional’, receptáculo dos princípios comuns aos direitos nacionais, mas amalgama também das regras específicas tiradas do comércio internacional. Lembramos, enfim, que o lugar que deve ser cedido, pelo regulamento dos litígios nesse domínio, aos ‘usos do comércio’ foi igualmente marcado – embora bastante timidamente – pela Convenção Européia sobre a Arbitragem Comercial Internacional, assinada em Genebra aos 21 de abril de 1961”.⁷⁷

A última constatação que faz Goldman é que os contraentes não deixam frequentemente de convidar os árbitros para julgarem seus litígios, recusando-se a escolher uma lei estatal para reger as suas relações, até mesmo declarando expressamente que não pretendem referir-se a tais leis, e esclarece que “a despeito de uma confusão tenaz, isto não significa que nos seus espíritos os contraentes querem concluir um ‘contrato sem lei’, nem mesmo que o contrato, considerado como um conjunto de ‘normas individuais’, deva inteiramente bastar-se a si mesmo; eles sentem, ao contrário, embora confusamente, a necessidade de colocá-lo no quadro das normas gerais, mas pensam também que essas normas podem ser encontradas no direito profissional, nos usos ou nos princípios gerais [de direito] ultrapassando as fronteiras nacionais”.⁷⁸

A arbitragem, é, assim, um dos instrumentos fundamentais da nova *lex mercatoria*, e não pode deixar de ser levada em consideração quando se trata de analisar a ordem mercatória sob a ótica do sistema jurídico.⁷⁹ Pode-se dizer que a atuação da arbitragem comercial internacional *confirma* a existência desse conjunto de regras desvinculado do Direito interno estatal chamado *lex mercatoria*. A arbitragem comercial internacional é a *força motriz* dessa *New Law Merchant*, à

⁷⁷. Idem, p. 184.

⁷⁸. Idem, p. 184-185. Nas palavras de José Carlos de Magalhães: “A *lex mercatoria* não compete com a lei do Estado, nem constitui um direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal. Este o sentido e a amplitude da chamada *lex mercatoria*. Mesmo porque, como notou Christoph W. O. Stoecker, os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de lei alternativa a ser aplicado em um litígio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças. Na verdade, a aplicação da *lex mercatoria* por juízes nacionais não é compatível com a própria concepção da *lex mercatoria*, lastreada no caráter corporativo da comunidade de profissionais ou dos operadores do comércio internacional. Daí o vínculo estreito entre a *lex mercatoria* e a arbitragem” (*Lex Mercatoria...*, cit., p. 43).

⁷⁹. Cf. KAHN, Philippe. Droit international économique, droit du développement, *lex mercatória...*, cit., p. 106.

medida que se constitui no mecanismo adequado de aplicação, no plano internacional, dos usos e costumes comerciais internacionais (contratos-tipo, fórmulas-padrão etc.). A jurisprudência arbitral, além de integrar o *conteúdo* da nova *lex mercatoria*, demonstra a sua existência no plano internacional e, de certa maneira, *positiva* em laudos arbitrais os seus preceitos unanimemente aceitos.⁸⁰ Tal fato é prova de que as ordens internas estatais são evitáveis pela quase totalidade da comunidade internacional de mercadores, pois os comerciantes internacionais escolhem a arbitragem como meio idôneo que os habilita a resolver seus problemas, uma vez que, nessa esfera, cessam os imperativos da *lex fori*, permitindo aos árbitros uma maior margem de manobra na conclusão do caso concreto (litígio comercial internacional) envolvendo os membros desse grupo.

A efetividade da decisão arbitral não repousa na força do Estado, mas na da corporação em que integram as partes litigantes. O vencido que não acatar os mandamentos do laudo arbitral, de tal corporação será automaticamente excluído, ante a falta de credibilidade e de confiabilidade que passará a caracterizá-lo perante os demais atores do comércio internacional.⁸¹ O *seal of approval* de determinado mercador dependerá de sua conduta e de seu comportamento frente às decisões tomadas no âmbito arbitral, conforme as “regras do jogo” do comércio internacional atual.

Entretanto, nem a constatação material da existência de uma nova *lex mercatoria*, nem a constatação psicológica da referência que a ela é feita, bastaram a Goldman para conferir a essas normas costumeiras do comércio internacional o caráter de *regras de direito*, razão pela qual pretendeu verificar se a nova *lex mercatoria* é merecedora ou não desta qualificação. Esta é a parte mais interessante do estudo de Goldman, que se vai explicar no tópico seguinte.

7.3. Os Vários Métodos de Caracterização do Direito e a *Lex Mercatoria*

Na segunda parte de seu estudo, Goldman pretende demonstrar os diversos métodos que podem ser empregados para caracterizar o *Direito*. É dizer, sua proposta visa verificar quais os critérios determinadores das condutas humanas que constituem

⁸⁰. Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 71.

⁸¹. Cf. MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex Mercatoria...*, cit., p. 43. Vide ainda, KAHN, Philippe, *Droit international économique, droit du développement, lex mercatória...*, cit., p. 102-103.

regras (isto é, aquelas que não são seguidas de maneira unicamente espontânea, mas sim obrigatória) e, além disso, o que as qualifica como *jurídicas*. Para Goldman, pode-se definir a regra de direito por seu *domínio* ou por seu *objetivo* – o que vem a ser, de uma ou outra maneira, a incorporação à sua *substância*; mas pode-se também qualificá-la por meio de critérios *formais* – buscados na sua origem, no seu alcance e na sua utilização. É sob este duplo esclarecimento que o jurista coloca, alternadamente, a experiência descrita anteriormente para indagar se ela depende ou não do direito.⁸²

A questão crucial de determinar se a *lex mercatoria* constitui ou não uma *ordem jurídica* também é enfrentada por Paul Lagarde, para quem tal questão é bastante embaraçosa, pois obriga o intérprete a arriscar uma definição de “ordem jurídica” antes de verificar se a *lex mercatoria* responde a essa definição. Mas esta primeira questão, para Lagarde, supondo que ela possa trazer uma resposta pelo menos parcialmente positiva, desemboca infalivelmente em outra: “Se a *lex mercatoria* constitui uma ordem jurídica, esta ordem coexiste necessariamente com as ordens estatais e com a ordem internacional? Essas ordens mantêm mutuamente relações de coexistência ou de exclusão? Mais precisamente, qual é a atitude das ordens estatais em relação à *lex mercatoria*? Elas a ignoram, negam sua existência ou aceitam de lhe ceder um lugar, por quais meios e em quais condições?”.⁸³ Sob esse ponto de vista se vai considerar – conforme a visão de Goldman – a viabilidade de se considerar a *lex mercatoria* como pertencendo ao domínio do direito ou ao universo jurídico.

7.3.1 Separação entre o domínio do direito e o do não-direito

Como se sabe, o domínio do *direito* separa-se de diferentes maneiras daquele do *não-direito*, podendo este situar-se além ou aquém do direito. A esse propósito, Goldman constata que o direito se compõe das regras do jogo econômico, nas quais estariam incluídos os princípios, as disposições e contratos-tipo e os usos seguidos no comércio internacional. Na sua lição: “Pode-se primeiramente estimar que o direito se compõe das regras do jogo econômico – embora esta concepção pareça ter somente valor estatístico: porque se é verdade que a maioria das normas jurídicas

⁸². GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 185.

⁸³. LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*, cit., p. 126-127.

dizem respeito às relações econômicas, está, entretanto, claro, que o direito intervém para proteger interesses afetivos ou morais cuja repercussão patrimonial é nula ou pelo menos muito indireta. Mas, seja como for, os princípios, as disposições e contratos-tipo e os usos seguidos no comércio internacional se situam incontestavelmente no domínio econômico, de modo que eles mereceriam, nesse ponto de vista, ser considerados como jurídicos”.⁸⁴ E conclui: “De maneira mais variada – e a nosso ver mais justa – observou-se que o círculo da família e os vínculos de amizade, se eles não são inteiramente impermeáveis ao direito, englobam, entretanto, amplas zonas de ‘não-direito’, e que pode ser mesmo assim quando as situações que se formam não são desprovidas de toda incidência econômica (como, por exemplo, nas disposições testamentárias precatórias ou no transporte gratuito). Ainda aí, tais limitações não poderiam evidentemente excluir as relações comerciais internacionais do domínio do direito, admitindo mesmo uma certa forma de ‘amizade’ (que deveria, de preferência, chamar-se ‘confraternidade’ ou ‘solidariedade profissional’) que une os que aí participam, e explica, entre outros fatores, a observação espontânea de normas não-estatais”.⁸⁵

Esta última constatação, entretanto, segundo Goldman, não autoriza concluir que se submetendo a tais normas os participantes do comércio internacional teriam o sentimento de se colocarem em uma *situação de puro fato*. O exportador de trigo, *v.g.*, que vende se referindo a um contrato-tipo da *London Corn Trade Association*, ou o banqueiro que confirma um crédito documentário segundo as Regras e Costumes da CCI pensa – se estiver de boa-fé – que deverá seguir as prescrições desses documentos, não se considerando, portanto, à margem do mundo jurídico.⁸⁶

Goldman a esse respeito, faz a seguinte indagação: “Mas o caráter ‘amistoso’ das relações comerciais internacionais e o regulamento pela via da arbitragem das dificuldades que podem surgir não justificaria considerá-las senão como fenômenos de ‘não-direito’, pelo menos como situando-se além do direito (a menos que esteja aquém)?”. Como se lê no ensaio de Goldman sobre este assunto, René David escreveu que “a arbitragem é, na sua essência, outra coisa diferente do direito”; este “visa a fazer reinar a ordem, assegurando a cada um o que lhe é devido (*suum cuique*), enquanto aquela é uma instituição de paz... O recurso à arbitragem tem por objeto

⁸⁴. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 185.

⁸⁵. *Idem*, p. 185-186.

⁸⁶. *Idem*, p. 186.

restaurar a harmonia entre os interessados, organizar suas relações para o futuro, muito mais que fixar, voltando-se ao passado, o que é devido a cada um. É o que explica o motivo pelo qual a arbitragem intervém, em particular, nos litígios do comércio internacional”, em que ela viria “suprir a ausência do direito verdadeiramente internacional que seria normal aplicar nesse caso”.⁸⁷

Goldman não concorda plenamente com as afirmações do professor René David, e justifica o seu ponto de vista assim: “Nós não podemos concordar plenamente com essas afirmações. A experiência concreta da arbitragem no comércio internacional mostra, nos parece, que muito frequentemente a sentença resolve um litígio, como o faria uma decisão judicial; e se é verdade que após a intervenção dos árbitros os adversários reatam (ou prosseguem) suas relações comerciais mais frequentemente do que fazem após a intervenção de um tribunal, é antes de tudo porque, no comércio internacional, o amor próprio representa um papel menor que em certas relações cujos juízes estatais têm que conhecer, e também porque a ausência de publicidade da sentença acelera a cura das feridas que se pode receber. Também é verdade que, quando eles são amáveis compositores, os árbitros estatuem com equidade tanto ou mais que um direito; mas equidade não é caridade, nem mesmo indulgência – e, particularmente, no domínio do comércio internacional, ela é, precisamente, em boa parte, a aplicação de costumes que corrigem a rigidez das leis estatais, como a *equity* do Chanceler corrigiu primeiramente aquela da *common law* do Banco do Rei, para se cristalizar, por sua vez, em seguida. Sem dúvida, acontece também que os árbitros conciliem as partes – e se assistirá, em semelhante caso, a um arranjo de suas relações futuras, acrescentando-se, senão se substituindo para a solução das dificuldades passadas; somente, não se está mais, então, no domínio do contencioso, e sabe-se já que o contencioso não é todo o direito”.⁸⁸

Como conclui Goldman, é suficiente, em definitivo, para não admitir que em razão do recurso à arbitragem o comércio internacional deva ser considerado como superando o direito, ou como se mantendo à margem dele, deduzir que esse recurso não é uma recusa do *contencioso*. E parece difícil, para ele, fazer de outra maneira.⁸⁹

⁸⁷. *Apud* GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 186.

⁸⁸. *Idem*, p. 186-187.

⁸⁹. *Idem*, p. 187.

7.3.2 O comércio internacional não é exclusivamente dominado pelo *suum cuique tribuere*

O fato de o comércio internacional não ser exclusivamente dominado pelo *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido) pode, também, colocar em dúvida o caráter *jurídico* de seu arranjo, tendo em vista que, segundo a tradição aristotélica, aí está o objetivo a que se destina o direito.

Goldman, a esse respeito, se pergunta se o *suum cuique* não é, mais uma vez, um princípio de regulamento do contencioso, em vez de arranjo de relações contratuais. Para ele, o juiz tem, “certamente, por missão, conceder a cada qual o que lhe é devido, mas se atendo, quase sempre, ao que as partes combinaram que lhe seria respectivamente devido, e que não corresponde necessariamente ao que deveria, na justiça, lhes caber. A justiça positiva é o respeito do contrato, não o respeito do equilíbrio das prestações; e na medida em que o árbitro pode, mais frequentemente que o juiz, estatuir com equidade, é talvez sua justiça que atingirá mais facilmente o verdadeiro *suum cuique*”. E acrescenta que para Bentham, por exemplo, “é o útil, mais que o justo assim compreendido, que é o objetivo da regra de direito; ora, na medida em que ele permite que as trocas sobrevivam aos litígios, a arbitragem comercial internacional responde a este objetivo, sem dúvida melhor que o regulamento jurisdicional estatal”.⁹⁰

Aqui, também, como se nota, a resposta é positiva no sentido de haver *direito* no seio do comércio internacional e da resolução de suas contendas, notadamente quando se leva em conta o papel da arbitragem neste cenário.

7.4 Critérios Formais Habitualmente Utilizados para Caracterizar as Regras de Direito

A conclusão de Goldman, então, é a de que não é, portanto, o *domínio*, nem o *objetivo* das normas do comércio internacional, que permite considerá-las como estranhas ao direito. Entretanto, questiona-se: tais normas respondem também aos critérios *formais* habitualmente utilizados para caracterizar a *regra* de direito? Em outras palavras, as regras da nova *lex mercatoria* são regras editadas por uma *autoridade* e contendo uma *sanção*? Todos aqueles – diz Goldman – que estimam que é difícil determinar o domínio do direito em um momento de sua história, sem levar

⁹⁰. Idem, p. 187.

em conta o que é geralmente, senão exclusivamente, considerado nesse mesmo momento, como dele fazendo parte, julgarão que aí está o *teste decisivo*.⁹¹ E sobre ele iremos nos deter agora, nos tópicos que seguem.

7.4.1 Definição de “regra” (Batiffol) e existência de um “conjunto de normas” no comércio internacional (Paul Lagarde)

O primeiro passo de Goldman para caracterizar, por critérios formais, a *lex mercatoria* como direito, foi definir o conteúdo do termo *regra*, e, para tanto, tomou emprestada a conceituação, àquele tempo ainda inédita, de Henri Batiffol, para quem uma *regra* “é uma prescrição de caráter geral, formulada com uma precisão suficiente para que os interessados possam conhecê-la antes de agir”.⁹² Partindo dessa premissa, Goldman leciona: “Admitiremos, sem dificuldade, que as cláusulas dos contratos-tipo, ou os usos codificados correspondem a esta definição, pelo menos no que concerne à generalidade, à precisão e à publicidade. A hesitação é, sem dúvida, permitida quando se trata das ‘regras’ costumeiras do comércio internacional, como aquelas das quais nós citamos alguns exemplos: se é possível, notadamente, considerar que a sanção do abuso de direito ou a oponibilidade das cláusulas impressas têm sido realmente tiradas pelo árbitro de um fundo comum preexistente e conhecido, senão formulado com precisão, é mais difícil de admiti-lo, por exemplo, para a presunção de garantia de troca nos contratos internacionais. Mas, para dizer a verdade, a dificuldade não é específica às normas do comércio internacional. Ela se encontra cada vez que o juiz passa insensivelmente da interpretação de uma regra preexistente – escrita ou não, mas certa e conhecida, ou pelo menos conhecível – para a elaboração de uma regra nova; em resumo, para contestar o caráter de regras às normas ou princípios extraídos pelos árbitros do comércio internacional, poder-se-ia também recusá-los para a ‘presunção de responsabilidade’ do guarda, da qual ninguém sustentará que ela foi extraída do Código Civil. Dir-se-á que estas normas ou princípios são menos conhecidos que as soluções constantes da jurisprudência estatal? A observação é exata, mas não revela uma diferença fundamental, porque as soluções arbitrais não são realmente ignoradas no meio profissional ao qual elas dizem respeito”.⁹³

⁹¹. Idem, p. 187.

⁹². *Apud*. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 187-188.

⁹³. Idem, p. 188.

A indagação que Goldman coloca aqui é a seguinte: de onde vem, entretanto, que se decide mal, sob o ângulo da regra, em equiparar inteiramente estas normas às leis ou aos costumes dependendo de uma ordem jurídica estatal? Vejamos:

a) Segundo Goldman, inicialmente, pode-se hesitar em admitir que as regras da *lex mercatoria* sejam efetivas *prescrições* – porque esta noção implica na de *comando*. As cláusulas dos contratos-tipo ou os usos codificados não se impõem às partes, poderia se pensar, em virtude de sua livre adesão; e esta não é, ela própria, constringida senão em virtude de uma lei estatal – o artigo 1.134 do Código Civil francês⁹⁴ e os textos correspondentes nos outros países. Para ele, encontra-se aqui “a objeção precedentemente reservada, que recusaria às normas estudadas o caráter de regras (partindo-se das regras de direito), porque a abstração, mesmo feita com toda a investigação de uma sanção, é, em si, radicalmente incapaz de comandar”.⁹⁵ Mas tal objeção, para Berthold Goldman, não é sem réplica: “Por um lado, a experiência concreta do comércio internacional parece realmente estabelecer que de fato, ‘os pequenos são obrigados a seguir as regras estabelecidas pelos grandes’ – em outros termos, que a maioria das empresas deverão realmente, se elas querem participar do comércio internacional, adotar os contratos-tipo elaborados pelas organizações profissionais ou pelas maiores empresas do seu ramo de atividade. Por outro lado, de um ponto de vista menos rasteiro, não é de modo algum correto que as partes em um contrato internacional observem suas cláusulas (elas próprias emprestadas de um contrato-tipo) porque cada qual estima que sua lei estatal da qual ela depende a constrange, nem que seja por referência mais ou menos implícita a uma tal lei estatal que árbitros imporão eventualmente o respeito; encontra-se, de certo modo, tanto em uns como nos outros, a consciência de uma regra *comum* do comércio internacional, muito simplesmente expressa no adágio *pacta sunt servanda*. E pouco importa, para o nosso propósito, que esse adágio coincida com as regras estatais do tipo do artigo 1.134 do Código Civil; porque se é dele que os contratos-tipo e os usos codificados emprestam sua força constringedora, eles são *prescrições*, da mesma maneira que as regras supletivas de um direito interno”.⁹⁶

⁹⁴. *Verbis*: “As convenções legalmente estipuladas têm força de lei àqueles que as concluíram. Elas só podem ser revogadas pelo seu consentimento mútuo ou pelos motivos que a lei autorizar. Elas devem ser executadas de boa-fé”.

⁹⁵. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 188.

⁹⁶. *Idem*, p. 188-189.

b) Na sequência de seu raciocínio, Goldman faz a seguinte colocação: “Permanece, entretanto, que a existência, hipoteticamente admitida, de uma regra comum *pacta sunt servanda* não basta para conferir ao conjunto das normas do comércio internacional, no estágio atual de seu desenvolvimento, o caráter de um *sistema de direito*”. E conclui: “Assim, por exemplo, não se encontrará regras relativas à capacidade dos contraentes, ou aos vícios do consentimento – cuja necessidade é, além do mais, bastante teórica; mas, praticamente, a medida dos poderes dos órgãos ou dos representantes de uma sociedade comercial é determinada de maneira variável pelas diversas leis estatais, sem que se aperceba como uma regra costumeira comum poderia unificá-las; a mesma observação vale para a prescrição liberatória, e se poderia dizer sem dúvida lhe encontrar outras ilustrações”.⁹⁷

Está provavelmente aí – segundo ele – a segunda explicação do mal-estar que se prova querendo assimilar completamente as normas das quais se trata para regras de direito. Ela procede do sentimento mais ou menos definido de que somente é verdadeira *regra de direito* aquela que se integra em um *sistema* completo e que se basta a si mesma. A regra isolada, para Goldman, parece deficiente, devendo apoiar-se em uma muleta buscada em uma ordem diferente.

A conclusão que chega o antigo professor da Faculdade de Direito de Paris, aqui, é a seguinte: “Tomar partido nessa exigência suplementar da definição do direito ultrapassaria o quadro dessas observações. Notemos somente que ela não impediria que, em si, cada norma específica do comércio internacional tivesse realmente as características de uma regra; é somente o seu conjunto que não formaria um sistema de direito. Mas observamos também que uma concepção monista da ordem jurídica das relações econômicas faria desaparecer a objeção: se admitiria, então, que um contrato do comércio internacional seja submetido às suas próprias regras, ultrapassando as fronteiras dos Estados eventualmente completadas por regras estatais. E é aqui o momento de acrescentar que, sendo obra de árbitros internacionais, a designação destas regras estatais poderia progressivamente ser feita em virtude de um sistema de solução dos conflitos ele mesmo comum, em vez de ser

⁹⁷. Idem, p. 189.

fundada sobre o direito internacional privado de um país determinado, mas cuja escolha não é jamais isenta de arbitrariedade”.⁹⁸

A conclusão aqui, é no sentido de que “o caráter de *regras* não pode ser recusado aos elementos constitutivos da *lex mercatoria*”, embora esta ainda não forme um *sistema* inteiramente autônomo.

Paul Lagarde toma emprestado essa concepção de “ordem jurídica” dos defensores da *lex mercatoria* para, posteriormente, tecer suas críticas a esse sistema. Para ele, não são todas as normas da *lex mercatoria* que merecem ser qualificadas como “regras jurídicas”, a exemplo de algumas cláusulas contratuais como a de “força maior” ou *hardship*, e também algumas combinações contratuais novas, como as euro-emissões e os eurocréditos, dos quais Goldman escreveu que a “repetição e a efetividade” tornariam previsíveis a aparição de “um sistema jurídico novo e transnacional apto a chegar à objetividade”.⁹⁹ Para Lagarde: “Se se coloca de lado certos contratos-tipo, cujas condições gerais se aparentam com uma regulamentação profissional, é difícil de não ver em tais cláusulas ou de tais combinações contratuais, por mais interessantes que elas sejam, o simples uso pelas partes de sua liberdade contratual. Consciente da objeção, o Sr. Goldman a afasta pondo em relevo que as normas concretas escolhidas no exercício dessa liberdade são buscadas fora de um direito estatal, e em oposição ao argumento da repetição e da efetividade. A resposta não convence senão pela metade. Para a afirmação da repetição dessas cláusulas pode-se opor a grande variedade das fórmulas utilizadas, que torna difícil uma generalização das soluções. E, mesmo supondo que seja constatada a repetição de cláusulas substancialmente idênticas, esta repetição não implica a existência de uma regra de direito material da *lex mercatoria*”.¹⁰⁰

O exemplo dado por Philippe Kahn das “cláusulas de estabilização da legislação apresentadas nos contratos de investimento concluídos nos anos 60 com os Estados africanos, mas que não são mais aceitas hoje por esses mesmos Estados, leva à maior reserva. Enfim, se não se pode negar que os agentes do comércio internacional procuram sempre sua inspiração fora dos direitos estatais, e organizam uma rede de direitos e obrigações que os direitos estatais abandonam o mais frequentemente à sua autonomia, não resulta necessariamente que o arranjo assim

⁹⁸. Idem, p. 189.

⁹⁹. Apud. LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*, cit., p. 128-129.

¹⁰⁰. Idem, p. 129.

realizado por uns, fossem os mais numerosos ou os mais importantes, tenha valor de norma para os outros”.¹⁰¹

A conclusão a que chega Lagarde é a de que caso se pretenda conservar para a expressão *lex mercatoria* um sentido pleno, isto é, considerá-la como uma ordem jurídica não estatal, é preciso cuidar para não qualificar de “elemento” da *lex mercatoria* o que poderia ser somente uma simples *prática contratual internacional*.¹⁰²

Contudo, poderia a *lex mercatoria* ser compreendida como um “conjunto de normas” formadoras de um *sistema jurídico*? Em trabalho publicado em 1979, Berthold Goldman chegou a afirmar que “a *lex mercatoria* preenche realmente a função de um conjunto de regras de direito”. A diferença entre esta afirmação e a doutrina contida no artigo anterior, de 1964, objeto deste ensaio, teria consistido, segundo Paul Lagarde, “na absorção pela *lex mercatoria* dos princípios gerais de direito no sentido do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. E como esses princípios cobrem o conjunto do direito das obrigações contratuais e extracontratuais e do procedimento, a *lex mercatoria* que os utiliza teria, portanto, vocação para reger o conjunto dessas questões e mereceria, então, o caráter de ordem jurídica no sentido de conjunto organizado de normas, salvo algumas exceções pouco significativas como a capacidade ou os vícios do consentimento”.¹⁰³

Esta demonstração, da maneira como colocada a questão, permitiria aos “princípios gerais de direito” fazer nascer a *lex mercatoria*, permitindo aos árbitros, quando chamados a resolver os litígios dela advindos, deduzir desses princípios gerais, cuja positividade estaria garantida pelo art. 38 do Estatuto da CIJ, as soluções

¹⁰¹.Idem, p. 129-130.

¹⁰².Idem, p. 130.

¹⁰³.Idem, p. 130. Como destaca Lagarde: “Deve-se observar bem o raciocínio pelo qual esta anexação dos princípios gerais à *lex mercatoria* se encontra realizada. Por diversas vezes, em seu artigo de 1979, o Sr. Goldman afirma que os princípios gerais, no sentido do art. 38 [do Estatuto da CIJ] são um elemento constitutivo da *lex mercatoria*. A dificuldade existe, evidentemente, porque esses princípios gerais são os do direito internacional tal como o encara o dito art. 38, portanto de uma ordem jurídica cujos sujeitos principais são os Estados e não os agentes do comércio internacional. E de fato, o Sr. Goldman recusa a idéia como as empresas privadas pretendiam se referir, ‘de maneira precisa e limitativa, ao art. 38 do Estatuto da Corte, texto de direito internacional público para o qual sua atenção sem dúvida não está geralmente propensa’. Mas deve-se acrescentar logo que, ‘esses princípios (...) se inserem realmente nesse direito econômico comum que forma, precisamente, a *lex mercatoria*, e na verdade o dominam’. A prova dela seria que esses princípios do art. 38 são tirados do direito das obrigações e do direito processual, em resumo, do que faz a trama das relações de comércio internacional. Em outros termos, os princípios gerais de direito internacional, do qual não se pode negar o caráter positivo, uma vez que eles são consagrados pelo art. 38, derivariam eles próprios dos princípios de um direito econômico comum cuja sociedade internacional tomaria progressivamente consciência, pela jurisprudência internacional propriamente dita, enriquecida por aquela dos tribunais arbitrais de direito privado” [tradução nossa] (*Op. cit.*, p. 131).

a serem dadas ao caso concreto, na ausência de regras precisas advindas da prática espontânea dos agentes do comércio internacional.¹⁰⁴ Nesse diapasão, os princípios gerais de direito seriam não somente componentes da *lex mercatória*, senão também parte integrante dela. Os conhecidos princípios da boa-fé, do *pacta sunt servanda*, da *culpa in contrahendo*, da *exceptio non adimpleti contractus*, bem como os dos vícios do consentimento e da *actori incumbit probatio*, que estão à base de toda relação contratual, consagram várias características do direito internacional público aplicáveis às relações comerciais internacionais, em que indubitavelmente se inclui a nova *lex mercatoria*.

Lagarde leciona no sentido de ser bastante difícil admitir que os princípios gerais de direito internacional, possam, assim, passar por um tipo de osmose do direito internacional para a *lex mercatoria*, como pretendido por Berthold Goldman, lecionando: “Se a *lex mercatória* constitui um conjunto de regras, este conjunto é distinto daquele constituído pelo direito internacional. Não é porque os princípios do direito internacional – como, aliás, os das ordens jurídicas estatais – derivam de categorias comuns, que se deve reconhecer um caráter de positividade a tudo o que poderia ser deduzido desse fundo comum. A positividade dos princípios do direito internacional, como a dos princípios dos direitos estatais, se configura porque esses direitos são, eles próprios, direitos positivos. Parece difícil afirmar que os princípios gerais da *lex mercatoria* têm valor de direito positivo, se previamente não se colocou que a *lex mercatoria* constituía uma ordem jurídica positiva. Ora, seria necessário para aí chegar, uma outra demonstração quanto à realidade positiva desses mesmos princípios”.¹⁰⁵

Na realidade, o que ocorre é que, na maioria dos contratos internacionais, em especial nos de investimentos, a parte privada teme que o Estado cocontratante aproveite do seu poder legiferante para alterar suas normas de direito internacional privado, no sentido de sempre beneficiar-se, daí advindo a necessidade de se “corrigir” esse direito pelos “princípios gerais” do contrato internacional. O que se pretende, então, é alçar essa situação jurídica nascida de um contrato ao nível do direito internacional público, cujas prescrições se impõem aos Estados diretamente. Em casos tais, já se fala na existência de um sistema jurídico completo e autônomo,

¹⁰⁴.Idem, p. 131.

¹⁰⁵.Idem, p. 132.

superior às ordens jurídicas nacionais, cujo conteúdo (ainda incerto) é deduzido de desses referidos “princípios gerais”.

A crítica de Lagarde, aqui, é no sentido de que, o que foi dito acima, “não poderia encontrar aplicação em um litígio, em resumo, banal, entre pessoas privadas, em que não existe nenhum temor de ver um dos dois Estados, cuja lei é potencialmente aplicável, modificar sua legislação para vir, no caso particular, ao socorro de seu súdito, e em que, por conseguinte, não pode ser avançado nenhum motivo legítimo para recorrer a um direito internacional cujas prescrições seriam superiores àquelas dos direitos nacionais”.¹⁰⁶ Nesse sentido, ainda que a solução de conflitos de leis concernentes às relações jurídicas envolvendo o comércio internacional estivesse presente na aplicação da *amable composition* – utilizada por vários procedimentos arbitrais em suas disposições, vez que libera os árbitros da subordinação a qualquer direito nacional, autorizado pela vontade afirmativa das partes¹⁰⁷ –, tal não poderia ser interpretado como autorizando a interpretação segundo a qual a *lex mercatoria* estaria completamente acima dos direitos nacionais.

A conclusão, aqui, é no sentido de que a abordagem da *lex mercatoria* pela noção de “regras” conduz a um resultado bastante modesto, decorrente da concepção medíocre da ordem jurídica da qual se partiu para os desenvolvimentos que precederam. Assim, frustrado esse objetivo, Lagarde acredita ser mais útil inverter a ordem da pesquisa e examinar, doravante, se a *lex mercatoria*, ou melhor, a *societas mercatorum* constitui uma estrutura social capaz de produzir a suas próprias normas.

Partindo-se da concepção institucional de “ordem jurídica” de Santi Romano, percebe-se que o Estado não representa a única forma de ordem jurídica. A ordem jurídica da Igreja Católica é um exemplo bastante expressivo disso. E Santi Romano – segundo Lagarde – admite que uma sociedade revolucionária ou uma associação de assaltantes à mão armada, até mesmo uma seita cismática (aqueles que se separam da comunhão de uma igreja) podem também constituir instituições, organizações que, isolada e intrinsecamente consideradas são “jurídicas”, mesmo se elas são rejeitadas e consideradas como ilícitas pelas ordens jurídicas estatais ou

¹⁰⁶.Idem, p. 133.

¹⁰⁷.Segundo Strenger: “Essa, porém, seria a forma mais rígida de fugir aos preceitos imperativos do direito interno, ou seja, quando as circunstâncias apontarem essa necessidade segundo o convencimento das partes. Isso não significa que, mesmo em situações ligadas à execução normal dos contratos, não se possa obter, pela aplicação residual de um direito nacional, resultado satisfatório, sem quebrar a sistemática implantada pela *lex mercatoria*” (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 101).

eclesiásticas, contra as quais elas se levantam e pretendem destruir. A partir do momento em que existe este elemento de organização social, diz Lagarde, há ordem jurídica, mas este elemento é irredutível: “uma classe ou camada social, não organizada como tal, mas resultando de uma simples afinidade entre as pessoas que dela fazem parte, não é uma sociedade no sentido próprio” e não pode constituir uma ordem jurídica.¹⁰⁸ Segundo o eminente internacionalista: “Mede-se o proveito que os partidários da *lex mercatoria* poderiam tirar dessa análise da ordem jurídica. Em lugar de se engajar na difícil demonstração da natureza de regra jurídica e do caráter sistemático dos elementos esparsos da *lex mercatoria*, era-lhes suficiente constatar a existência desta *societas mercatorum* para dela deduzir que esta, a partir do momento em que ela se organiza, torna-se uma ordem jurídica. A ordem jurídica da *lex mercatoria* não seria deduzida da existência das normas; é a virtualidade [potencialidade] de normas que decorreria de existência da ordem jurídica. E essa tentativa deveria ser tanto mais fácil quanto a prova da existência da instituição é a prova de um simples fato. Santi Romano escreve do Estado, mas o faria também de qualquer outra ordem jurídica que ‘ele não encontrasse sua origem em um procedimento regulado por normas jurídicas, mas em um fato... Ora, apenas este fato está terminado, apenas o Estado está efetivamente em vida, que o direito é. A norma pode então nascer. Não é, portanto, esta que, em primeiro lugar, estabelece o direito; ela não é senão uma manifestação mais tardia, subsidiária. Aliás, se não pode haver direito antes nem fora da instituição, falta precisamente uma organização para tornar jurídica a norma’. O objeto da demonstração deveria ser, portanto, de um lado, a prova da existência de uma ‘sociedade dos comerciantes’ e, por outro, da organização desta”.¹⁰⁹

Para Lagarde, enfim, não há verdadeira “organização” no pretense sistema jurídico da *lex mercatoria*, mas tão-somente *ilhotas* de organização que aparecem no cenário do comércio internacional, sem ser propriamente uma organização única.¹¹⁰

7.4.2. *Lex mercatoria* como regra jurídica emanada de uma autoridade

¹⁰⁸.LAGARDE, Paul. Approche critique de la *lex mercatoria*, cit., p. 134-135.

¹⁰⁹.Idem, p. 135.

¹¹⁰.Idem, p. 140.

Resta saber, então, se as regras da *lex mercatoria* são jurídicas pela sua *origem*, ou seja, se emanam de uma *autoridade*. Para Goldman, colocar tal questão é postular que uma tal “proveniência” é indispensável para que uma norma seja jurídica, sendo certo não ser este postulado universalmente admitido. Segundo a sua doutrina, as escolas históricas do direito veem neste um fenômeno espontâneo, nascido do ‘espírito do povo’ (*Volksgeist*); e a escola sociológica vê um fato social. E parece efetivamente difícil unir indissolavelmente direito e autoridade: “não se chegaria, assim, a negar que o direito costumeiro seja parte do direito, ou pelo menos a não lhe reconhecer este caráter senão a partir do momento em que ele é consagrado por uma aplicação judiciária, o que seria de novo confundir direito e contencioso? A mesma observação valeria para amplos setores do direito internacional público – que se hesita, entretanto, a considerar sempre como estranhos ao domínio do direito”.¹¹¹ É difícil admitir possa, nos dias atuais, existir direito sem qualquer elemento de estraneidade, pois tal direito “seria abstrato e não atenderia ao princípio da certeza e segurança, revelando-se, portanto, inadaptado aos problemas próprios colocados pelo comércio internacional”.¹¹² O que se nota, assim, nesse domínio, é que o comércio internacional passa a cada vez mais ser regulado por normas emanadas de autoridades não-estatais, criadoras da certeza e segurança necessárias à sua sobrevivência enquanto ordenamento regente da comunidade internacional de mercadores.

Pode-se exemplificar o raciocínio com os contratos-tipo, cujas cláusulas não são, em seu estado atual, fruto de uma elaboração espontânea, mas sim de uma “edição”, ou de uma constatação “informadora”. Tais cláusulas – destaca Goldman – emanam, mais frequentemente, de organismos profissionais que não são certamente autoridades *públicas* (embora, no caso importante dos contratos-tipo da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, seja a instituição internacional suprema que tenha suscitado e orientado a sua elaboração); contudo, os “operadores” do comércio internacional não as consideram como menos qualificadas para definir suas normas. Assim, mesmo que se admitisse que para merecer, sem reservas, o qualificativo de “jurídico”, uma regra deva ter sido editada ou formulada por uma autoridade – ou, pelo menos, que um conjunto de regras permaneceria à margem do direito se nenhuma delas tivesse uma tal origem –, semelhante condição somente se

¹¹¹.GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 190.

¹¹².STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 84.

justificaria porque ela traduziria, com outras (a precisão, a generalidade, a publicidade e a sanção) a necessidade de certeza, de previsibilidade e de efetividade da regra do direito. Mas – complementa Goldman – seria então satisfeito, entretanto, que a regra seja obra de uma autoridade profissional, ou de uma autoridade pública.¹¹³

Não seria, de outro modo, conveniente que o comércio internacional fosse regulado por códigos nacionais ou por leis locais, pois é certo que o comércio internacional não sobrevive bem quando depende de fatores estranhos ao seu processo de formação e desenvolvimento, “porquanto suas estruturas são modeladas de acordo com as necessidades práticas, cujas revelações são sempre impositivas de soluções em que a criatividade desempenha o papel mais significativo”.¹¹⁴ Apesar de ser verdade que numerosos contratos-tipo são obra singular de uma única empresa, suficientemente poderosa para impô-los aos seus cocontratantes, não se pode considerar, segundo Goldman, que as cláusulas de tais documentos emanam de uma autoridade *exterior* aos contratos concluídos pela própria empresa; e fica difícil admiti-la, mesmo que um tal contrato-tipo seja utilizado em contratos particulares aos quais esta empresa permaneceria estranha. Isto porque, “por mais poderosa que ela seja, esta pode ser considerada uma *força* na profissão, mas não como uma *autoridade* profissional. Quando muito se admitirá que uma ampla difusão de um tal contrato-tipo poderia conferir com o decorrer do tempo, às suas cláusulas, o caráter de regras costumeiras, buscando sua efetividade no *consensus* da profissão; contudo, exemplos de uma tal evolução parecem ter sido pouco citados”.¹¹⁵ Para Goldman, ainda outra reserva “poderia ser empregada para uma qualificação ‘jurídica’ das normas profissionais, mesmo emanando de órgãos representativos ou de associações: afirmou-se, com efeito, que elas não seriam de toda maneira aplicadas, em cada país, a não ser que a autoridade pública desse país admita a sua aplicação. *Fontes juris* originais por sua proveniência material, as novas “fontes do direito comercial internacional” não o seriam se se considera o poder de comando que elas manifestam”. E arremata: “Ao nível da aplicação não contenciosa das normas, esta

¹¹³.GOLDMAN, Berthold. “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, cit., p. 190.

¹¹⁴.STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 85. E o mesmo autor ainda continua: “Como não se pode ainda aventar um regime absolutamente independente para o comércio internacional, dado que subsiste a imperatividade da ordem pública para diversas situações, deveremos ficar na esfera das constatações, a fim de eliminar quanto possível os obstáculos causados por excessos territorialistas dos sistemas nacionais, pois somente elementos de estraneidade na lei podem contornar a consumação de certos efeitos negativos e maléficos dessa concentração localista, que muitos entendem indispensável”. (Idem, p. 85-86).

¹¹⁵.GOLDMAN, Berthold. “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, cit., p. 190.

afirmação parece muito discutível; ela retomaria, efetivamente, nos parece, sua ‘fixação’ já contestada em uma regra de liberdade contratual dependendo de uma ordem jurídica interna. A menos que se sustente que, mesmo uma regra comum *pacta sunt servanda* não poderia ser seguida senão porque cada Estado quer realmente admiti-la, em seu território; mas é bom levar em conta a psicologia dos que a aplicam e recusar a hipótese de um direito comercial internacional porque excluiu-se dela, antecipadamente, essa possibilidade”.¹¹⁶

A conclusão de Goldman, aqui, é no sentido de que não é seguro que tal observação esteja fundada em relação à aplicação contenciosa das normas pelos árbitros do comércio internacional. Para ele, a experiência ensina que estes não agem no interior de uma ordem jurídica estatal, mas se colocam, ao contrário, imediatamente ao nível da comunidade internacional dos mercadores.¹¹⁷

7.4.3. *Lex mercatoria* dispõe de meios para assegurar o cumprimento e aplicação de suas normas?

Há também um último elemento *formal* que se diz necessário para caracterizar as regras de direito. Trata-se da *sanção*, meio pelo qual as regras de direito exigem o seu fiel cumprimento por parte de seus destinatários. No que tange à *lex mercatoria*, bastaria alegar, para dela retirar o seu caráter “jurídico”, que o desrespeito às suas normas – ou da decisão arbitral que delas faz aplicação – por uma das partes contratantes exige da parte prejudicada o socorro da força pública do direito estatal, tendo em vista inexistir no cenário comercial internacional uma *força cogente* que obrigue a parte a cumprir com sua obrigação.

Seria isto verdade? Para Goldman, a observação é parcialmente inexata e o seu alcance ainda permanece discutível. De fato, segundo ele, a experiência tem provado não somente que as sentenças arbitrais são, na maioria das vezes, executadas espontaneamente – o que já atestaria a efetividade das regras que elas põem em prática se fossem despojadas de sanções aplicáveis pela coletividade dos comerciantes –, mas também que tais sanções existem, tais as sanções disciplinares aplicadas pelos agrupamentos corporativos, a sanção de ordem moral (mas com repercussão profissional e material) consistindo na publicidade da sentença, as

¹¹⁶.Idem, p. 190-191.

¹¹⁷.Idem, p. 191.

sanções diretamente profissionais como a eliminação de uma bolsa de comércio ou de algumas operações comerciais, e até mesmo as sanções pecuniárias garantidas por consignações prévias.¹¹⁸ E arremata: “Permanece que em algumas hipóteses – estatisticamente raras – a execução da sentença arbitral aplicando as normas próprias do comércio internacional não poderá ser obtida senão pela intervenção da força pública. Mas nós não pensamos que isso deixe essas próprias normas fora do direito; porque, precisamente, essa última sanção lhes é realmente concedida salvo se elas apareçam, por meio da sentença, como contrárias à ordem pública do país em que a execução é requerida. Elas não permanecem, por conseguinte, desprovidas de sanção – e pode-se somente dizer que elas devem, algumas vezes, para obtê-la, fazer um apelo a uma ordem jurídica estatal em relação à qual elas se pretenderiam autônomas”.¹¹⁹

O que se conclui, portanto, desse entendimento, é que a sanção pretendida na *lex mercatoria* efetivamente existe, apenas não sendo idêntica àquela conhecida pelo direito interno estatal. Como destaca Irineu Strenger, o comércio internacional “realiza sua experiência identificando-se com os usos no âmbito das relações negociais e transformando-se em disposições sistematizadas por organismos privados e públicos, das quais todos procuram não se desviar. Dessa obediência resultam dois elementos da *lex mercatoria*: a efetividade e a sanção”. Relativamente a esse último aspecto, o mesmo internacionalista leciona: “As possibilidades sancionadoras, apesar de estarem adstritas à autoridade e aos instrumentos estatais, existem configuradas primeiramente porque as partes incluem em seus contratos verdadeiro sistema sancionador e, por meio dos poderes atribuídos aos árbitros, interventivo, adaptando os contratos às novas condições que restabeleçam o equilíbrio econômico inicial. Há, ainda, um sistema de sanções indiretas, mas não menos eficaz no âmbito da comunidade dos comerciantes (lista negra, boicote, não-admissão a concorrências, exigência de maiores garantias ou diversas condições de pagamento que podem deixar fora de mercado o inadimplente etc.)”.¹²⁰

¹¹⁸.Idem, p. 191-192.

¹¹⁹.Idem, p. 192.

¹²⁰.STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 53. O mesmo internacionalista ainda acresce: “Todas essas circunstâncias acenadas, por Frignani, são acrescidas da observação muito apropriada de que as relações necessárias da *lex mercatoria* com a lei estatal não constituem motivo suficiente para desconsiderar sua independência na solução da grande maioria dos casos ocorrentes no comércio internacional, pois submeter um contrato a uma lei nacional, ou resolver questões, por exemplo, da capacidade das partes, não significa que se está caracterizando a ineficácia de sua existência”. (Idem, ibidem).

Aqui se encontra, então, a dificuldade vinda do fato de que a *lex mercatoria* não é um sistema jurídico completo, e acrescenta-se, também, que ela não diz respeito a uma coletividade politicamente organizada, que só pode ser dotada de uma força coercitiva irresistível. Mas isso não é suficiente – segundo Goldman – para constatar que pelo menos algumas das normas que a compõem – e em verdade todas, com exceção dos contratos-tipo emanados de empresas isoladas – são realmente “regras gerais de direito” e não simples normas individuais presas a uma regra estatal que reconhece força obrigatória aos contratos, tampouco podendo-se desconhecer o seu movimento em direção a uma sistematização certamente incompleta, mas crescente.¹²¹

8 NOVA *LEX MERCATORIA* COMO ORDENAMENTO JURÍDICO AUTÔNOMO

A conclusão que chegou Goldman em seu estudo pioneiro foi a de que a nova *lex mercatoria* situa-se, tanto *substancial* como *formalmente*, no domínio do direito, tendo ainda a finalidade de cuidar para que os interesses que ela persegue permaneçam suficientemente equilibrados para garantir a legitimidade de suas prescrições.¹²² Sendo a *lex mercatoria* uma realidade visível, não pode haver controvérsia em torno da sua existência, mas somente de sua natureza, sendo incontestável que os seus comandos operam para além das soberanias estatais, criando, de modo mais ou menos completo, um conjunto de regras a serem observadas por aqueles que atuam no comércio internacional.

O *Institut de Droit International*, na sua sessão de Athenas de 1979, sobre a *Lei dos Contratos nos Acordos entre um Estado e uma Pessoa Privada Estrangeira*, apoiou expressamente a teoria segundo a qual a *lex mercatoria* é uma ordem jurídica autônoma, quando dispôs, em seu art. 2º, que: “Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit”. Identifica-se o apoio à teoria da *lex mercatoria* no período

¹²¹. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 192.

¹²². Para Goldman: “La *lex mercatoria* se situe donc bien, substantiellement comme formellement, dans le domaine du droit; il reste encore à veiller à ce que les intérêts dont elle poursuit la satisfaction demeurent suffisamment équilibrés pour garantir la légitimité de ses prescriptions. Mais ceci, aurait dit Kipling, est une autre histoire”. (Idem, p. 192).

“principes appliqués dans les rapports économiques internationaux”, não obstante o tema central da Resolução versar a lei dos contratos nos acordos entre um Estado e uma pessoa privada estrangeira. Como destaca Strenger, essa demonstração “é muito significativa, porque reveladora de que até mesmo o *Institut de Droit International* foi compulsoriamente envolvido por uma realidade da qual não pode furtar-se, em que pese, na ocasião, sua intenção proclamada de não se comprometer com a noção de *lex mercatoria* na abordagem dos *state contracts*”.¹²³

Partindo, então, dessa premissa – de que é a *lex mercatoria* uma ordem jurídica autônoma – é possível compreender melhor o verdadeiro por quê de os legisladores nacionais não se empenharem em desenvolver mecanismos que visem alcançar as regras do comércio internacional com eficácia. De fato, dada a imensa gama de conceitos e normas existentes seria complexo ao direito interno pretender regular todos os aspectos dessa atividade, razão pela qual a comunidade internacional de mercadores acaba por criar as suas próprias regras, cada vez mais evoluídas e em franco desenvolvimento.¹²⁴

9 CONCLUSÃO

Pelo paralelo que se fez entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde sobre a nova *lex mercatoria*, em primeiro lugar, é possível concluir que esses usos e costumes comerciais internacionais são, efetivamente, a grande *fonte* do direito do comércio internacional contemporâneo, tal não significando, no entanto, que a nova *lex mercatoria* deva manter-se afastada de toda e qualquer normatividade estatal.

Atualmente, é inegável que o cenário internacional favorece o processo evolutivo de formação de regras uniformes do comércio internacional, e tal é demonstrável pelo trabalho de várias organizações privadas destinado à unificação do direito do comércio internacional e harmonização dos diferentes direitos nacionais, tal como é o labor do *Institut International pour l’Unification du Droit Privé* (UNIDROIT)

¹²³. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 81. Ainda segundo a sua lição: “Por tudo que veio até aqui exposto, fica consolidada a idéia de que a *lex mercatoria* tem como característica inerente à sua natureza encaminhas a solução dos problemas do comércio internacional, para terreno próprio, no qual se edifica toda estrutura que deve disciplinar suas relações, daí a propriedade de se falar da *lex mercatoria* como fenômeno metanacional”. (Idem, *ibidem*).

¹²⁴. Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 32.

na preparação gradual de legislação de direito privado uniforme pelos diversos Estados. Não se esqueça, também, o papel desempenhado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*) nesse mesmo sentido. Ambas as organizações exercem papel preponderante no sentido de unificar as regras uniformes do comércio internacional, as quais igualmente compõem a nova *lex mercatoria*.¹²⁵

Portanto, a nova *lex mercatoria* emerge como um conjunto de regras (escritas ou não) levadas a efeito pela comunidade internacional dos comerciantes, com vistas a assegurar a regência das relações internacionais do comércio, pretendendo estar acima da legislação interna dos Estados, já que, para a resolução dos conflitos que dela vêm à luz, as regras do direito estatal são ainda insatisfatórias. Além do mais, para os adeptos da nova *lex mercatoria* tais regras do direito interno são bastante incertas e imprevisíveis, o que não se coaduna com a dinâmica das relações comerciais internacionais, principalmente no cenário pós-moderno.

Por outro lado, há os que defendem a estrita vinculação da nova *lex mercatoria* ao direito interno estatal, sob pena de se conceder parte da soberania do Estado às mãos invisíveis de uma inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades particulares.¹²⁶ Toda a

¹²⁵.Cf. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, 4.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 62-64. Como destaca este mesmo autor: “Para os adeptos da *Lex Mercatoria*, as regras uniformes, elaboradas por essas organizações, compõem, igualmente, a *Lex Mercatoria*. Os Estados que as reconhecem e as incorporam nas suas legislações internas, estão diretamente vinculados a elas. Quanto às outras regras uniformes, desenvolvidas principalmente pelos próprios agentes do comércio internacional, à primeira vista, parecem ter existência à margem das legislações estatais. Examinando-as mais de perto, porém, verifica-se que os diversos direitos estatais não excluem a aplicação das regras da *Lex Mercatoria* dentro do seu âmbito, reconhecendo às partes uma ampla liberdade na formação de suas relações jurídicas, além de levar em consideração os usos e costumes comerciais, para atribuir-lhes eficácia jurídica perante a ordem jurídica interna. Por essas razões, segundo nosso entendimento, a *Lex Mercatoria* não pode existir totalmente desvinculada do regime jurídico estatal, como aliás sustenta grande parte da doutrina. Ela está ligada, necessariamente e sempre, ao ordenamento jurídico de um determinado Estado que tutela os interesses de toda a coletividade, e não só ao dos integrantes de um grupo, tais como os agentes do comércio internacional” (*Op. cit.*, p. 60).

¹²⁶.Assim, HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e “lex mercatoria”...*, p. 104-105: “Um corpo supranacional de regras jurídicas, desvinculado de qualquer Estado soberano, a regular as relações comerciais internacionais, conflita frontalmente com o curso atual da história, ainda marcada pela tendência codificadora nascida nos séculos XVIII e XIX. Não se pode imaginar um direito desvinculado da história. A busca da interação social, econômica e política é uma resposta moderna e democrática para uma sociedade internacional transparente, sem castas dominantes, apta a livremente criar regras, independentemente de imposições ou coações. Um direito de classe, aplicável a todas as relações comerciais internacionais, sem o resguardo do Estado, ainda que com inegável vantagem utilitária, é, num primeiro momento, a negação daquela resposta democrática”. Em sentido contrário, v. GUERREIRO, José Alexandre Tavares, que bem resume o pensamento atual em favor da nova *lex mercatoria*, quando leciona que “a característica do comércio internacional hoje é a regulação de relações econômicas por meio de um processo normativo desencadeado na própria classe dos

dificuldade está, como se nota, na compatibilização das regras da nova *lex mercatoria* com os vários direitos internos estatais, a fim de se evitar o predomínio exclusivo das leis de mercado e a conseqüente e inevitável especulação dele advinda. Deve-se tratar o assunto com realismo, e não fantasiosamente, observando-se as prescrições jurídicas do Estado, que não podem ficar à margem da sociedade dos *international merchants*, que estão sempre em busca de suas conveniências particulares.¹²⁷

REFERÊNCIAS

BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé compare*. Paris: Sirey, 1938.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Lex mercatória, exclusão social e direitos humanos*. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cançado Trindade)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 313-328.

COSTA, Ligia Maura. *O crédito documentário e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FIORATI, Jete Jane. *A Lex Mercatoria como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento*. In: MANIGLIA, Elisabete; FIORATIA, Jete Jane (Org.). *20 Anos do Curso de Direito da UNESP*. Franca: UNESP, 2004, p. 45-70.

GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. In: *Archives de Philosophie du Droit*, nº 9 (Le droit subjectif en question), Paris: Sirey, 1964, p. 177-192.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e "lex mercatoria": horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

KAHN, Philippe. *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?* In: *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 97-107.

comerciantes ou agentes do comércio internacional" (*Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 89).

¹²⁷.Cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e "lex mercatoria"*, cit., p. 120-121.

KASSIS, Antoine. *Problèmes de base de l'arbitrage: em droit compare et em droit international*. (Tomo I: *Arbitrage jurisdictionnel et arbitrage contractuel*). Paris: LGDJ, 1987.

KASSIS, Antoine. *Théorie generale des usages du commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984.

LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*. In: *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 125-150.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex Mercatoria: evolução e posição atual*. *Revista dos Tribunais*, vol. 709, São Paulo, nov./1994, p. 42-45.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A nova lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde*. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri: Manole, 2003, p. 185-223.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PRADO, Gabriella Boger. *L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil*. *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 2, 2019, p. 427-456.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, 4.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit comercial*. 15. ed. par Michel Germain. Paris: LGDJ, 1993.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1968.

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

VICENTE, José Maria Espinar. *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido econômico*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1979.

APUNTES DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ESBOZO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN EN COLOMBIA

NOTES ON THE PROCESS OF CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW: OUTLINE OF THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE REGARDING THE CONCESSION CONTRACT IN COLOMBIA

MUÑOZ, Daniel E. Florez¹²⁸
BENÍTEZ, Melisa Caro¹²⁹
SALAS, Fernando Luna¹³⁰

RESUMEN: El presente artículo de reflexión presentará una visión panorámica del proceso de constitucionalización del derecho y realizará algunos comentarios en torno a las condiciones y dinámicas normativas que dicho fenómeno ha generado al interior del campo del derecho administrativo colombiano. Finalmente, presentará un análisis de los principales aspectos que se destacan al interior del tratamiento jurisprudencial que el contrato de concesión ha tenido al interior de la Corte Constitucional colombiana.

PALABRAS CLAVES: Contrato de concesión, derecho administrativo, constitucionalización del derecho, jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT: This reflection article will present a panoramic vision of the process of constitutionalization of the law and will make some comments on the conditions and normative dynamics that this phenomenon has generated within the field of Colombian administrative law. Finally, it will present an analysis of the main aspects that stand out within the jurisprudential treatment that the concession contract has had within the Colombian Constitutional Court.

¹²⁸ Abogado de la Universidad de Cartagena (Colombia). Certificado en Estudios Afrolatinoamericanos por la Universidad de Harvard (EEUU) Especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social por CLACSO-FLACSO. Magister en Derecho por la Universidad de Cartagena. Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Director del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Justicia Transicional de la Universidad de Cartagena. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1710-2850> Correo: daniel.florez@hotmail.es

¹²⁹ Abogada, Magister en Promoción y Protección de Derechos Humanos, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Docente investigadora del programa de derecho de la Universidad de Cartagena (Col). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3892-9395> Correo: mcarob1@unicartagena.edu.co

¹³⁰ Profesor investigador del Dpto. de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas de la Universidad de Valencia-España. Investigador Junior por Colciencias. Coeditor de la Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo, director del semillero de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional De Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335> E-mail: flunas@unicartagena.edu.co

KEYWORDS: Concession contract, administrative law, constitutionalization of law, constitutional jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

Existe un consenso al interior de la literatura iuspublicista en reconocer como los pilares principales del Estado de Derecho, los principios de legalidad, el control judicial de las actuaciones del Estado y la separación de poderes, todos éstos a su vez constituyen aspectos estructurales en la comprensión, aplicación y desarrollo del derecho administrativo moderno. Denotando así la profunda relación existente entre Derecho Administrativo y Estado de Derecho. Lo anterior implica que el advenimiento de una nueva realidad jurídica de orden constitucional, como el Estado Social, que se agrega a la fórmula de Estado de Derecho, no significa el desarrollo de un fenómeno completamente novedoso y diferente. Es necesario en ese sentido esclarecer el alcance del impacto de la nueva fórmula de Estado junto con los efectos normativos de la comprensión del texto constitucional como norma jurídica, en especial el efecto irradiador de la constitución política sobre la totalidad de la normativa estatal, en el marco del denominado proceso de constitucionalización del derecho.

1 El fenómeno de constitucionalización del derecho

A partir de la Segunda Guerra Mundial, buena parte de los países de Europa y América Latina emprenden procesos de transformaciones constitucionales que repercutirán directamente tanto en la comprensión de los límites al poder público, como en el lugar de la Constitución y del poder judicial al interior del sistema de fuentes y los procesos creación del Derecho. Esta nueva forma de comprender el constitucionalismo, se encontró asociado, entre otras cosas, con la materialización de los textos constitucionales a través de la dogmática principialista y con la revaloración del rol del poder judicial a partir de la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional¹³¹, esta última ya no supeditada al frío examen de los procedimientos y modelos de competencias, sino cualificada a partir de contenidos en términos de deberes positivos, libertades y garantías fundamentales, las cuales se experimentaran

¹³¹ Un detallado estudio sobre el desarrollo del poder judicial al interior del Estado de Derecho moderno, en: Florez (2010b)

no solo como límites materiales a la actividad del Estado y de los particulares, sino que condicionantes al interior de los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho ordinario.

Al interior de esta nueva realidad normativa, adscrita al naciente Estado Constitucional de Derecho, el fenómeno llamado constitucionalización del ordenamiento jurídico, cobra un especial lugar, como resultado de la redefinición de los textos constitucionales en términos de norma jurídica sustantiva con capacidad irradiadora, la profundización de las técnicas interpretativas y argumentativas al interior del razonamiento judicial, y la cualificación de las técnicas jurisprudenciales asociadas con la garantía jurisdiccional de la integralidad y supremacía constitucional, típicamente asociadas con fallos modulatorios y la construcción jurisprudencial del derecho. Este fenómeno heterogéneo y fragmentario impactará las bases de buena parte de las áreas del derecho ordinario, redefiniendo el alcance de su normatividad y supliendo algunas de sus más tradicionales instituciones. El derecho constitucional se establece como fundamento de la validez de la totalidad de las ramas del derecho (Bernal, 2005), y más que eso lleva la fuerza irradiadora de las cláusulas que consagran derechos fundamentales a escenarios históricamente reservados para principios tales como la autonomía de la voluntad en el campo del derecho privado.

Sin embargo, aún siguen siendo muy pocos los estudios que sobre el fenómeno de la constitucionalización se han publicado, la mayor parte de la literatura hasta el momento se ha ocupado de analizar y evaluar el impacto que dicho fenómeno ha tenido sobre determinadas áreas o sobre los riesgos que dicho fenómeno supone para la preservación del orden democrático, sin embargo, salvo contadas excepciones, son extraños las investigaciones que apunten a la comprensión del fenómeno en tanto tal, precisando sus categorías, sus presupuestos y avanzando en una analítica de su funcionamiento. En este punto, podríamos preguntarnos ¿en qué sentido hablamos de “constitucionalización del derecho”?

Ricardo Guastini (2017, p. 175), en un reciente trabajo precisa que bajo la expresión “constitucionalización del ordenamiento jurídico” se pueden estar empleando por lo menos tres significados.

1. En un primer sentido –y este es, quizá el significado intuitivo más común- se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento que anteriormente carecía de ella.

2. En un segundo sentido, se habla en ocasiones de constitucionalización para referirse a aquel proceso histórico que (entre los siglos XVII y XVIII) ha transformado en jurídica la relación política entre el soberano y el súbdito. Este fenómeno, nótese, es diferente del precedente, ya que no siempre el proceso en cuestión se ha resuelto en una *codificación* constitucional, esto es, en la adopción de una constitución escrita.
3. En un tercer sentido se habla hoy en día de constitucionalización para referirse a un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente penetrante, invasiva, desbordante.

El sentido en el que utilizaremos la expresión será el tercero de los reseñados, justamente como expresión de un renovado concepto de Constitución y el acompañamiento de éste con un conjunto de diseños teóricos e institucionales que hacen posible su capacidad de irradiación normativa.

2 La constitucionalización del Derecho Administrativo

Comenta el profesor Montaña, que en el Estado Social muchas de las características que había adquirido la administración pública en los modelos precedentes continúan solo que adquieren una dirección distinta y en algunas ocasiones sufren algunas transformaciones (2010, p. 81), la misma suerte podría predicarse en ese sentido de la idea de Derecho Administrativo.

En palabras de Juan Carlos Henao (2014, p. 137), las transformaciones que ha sufrido el derecho administrado en el modelo del Estado Social de Derecho no son solo las mínimas y necesarias para adaptarse al ambiente nuevo. Van más allá, al llegar hasta los genes del fenómeno, que ante la supremacía constitucional han transformado incluso sus bases. No se trata de un fenómeno completamente nuevo, pero sí de uno que se ha transmutado de manera radical respecto a su predecesor. El derecho administrativo en la actualidad no es el derecho administrativo del Estado de Derecho en un Estado Social, sino el Derecho administrativo del Estado Social de Derecho. Esta situación que se señala no es un juego de palabras: se pretende resaltar con ello que es algo mucho más complejo que el simple cambio de una institución a una realidad constitucional.

La división de poderes y el principio de legalidad se han modificado en gran medida y sin desaparecer –lo que permite hablar del mismo fenómeno–, tienen una lectura diferente. El contenido del derecho administrativo, pero también la forma de su

producción ha variado de manera definitiva. Los poderes no contribuyen de la misma manera, ni en la misma proporción en la construcción del régimen jurídico administrativo; la lectura estricta del principio de legalidad ha variado para transformarse en una lectura morigerada del principio de juridicidad en el cual los derechos fundamentales tienen un papel neurálgico (2014, p. 148).

El proceso en mención ha sido ampliamente discutido en la academia alemana y francesa durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, para la primera, la constitucionalización del Derecho administrativo es uno de los más considerables derroteros del desarrollo iusadministrativo contemporáneo. No obstante, en palabras de Eberhard Schmidt-Aßmann (2014), el mismo puede ser objeto de por lo menos cuatro críticas:

1. “Mediante la constitucionalización el derecho administrativo pierde su propio perfil”. Para el autor, en Francia, la constitucionalización tropieza con críticas, porque el Consejo de Estado –ante todo con los principios generales– ha desarrollado un derecho administrativo autónomo que es creado por la jurisprudencia. En Alemania, la misma crítica fue formulada ante todo por representantes comprometidos del derecho privado y el derecho procesal que ven amenazados sus propios entendimientos de la disciplina.

2. “¿El proceso de la constitucionalización del derecho administrativo no debe ser tarea del legislador democráticamente elegido?” Al respecto, señala el autor, que muchos preceptos de una Constitución están compuestos de conceptos formulados de forma muy amplia que ganan claros contornos primero mediante decisiones políticas. Las decisiones políticas –agrega Schmidt-Aßmann– son, primero, una tarea del legislador. La constitucionalización de debe desplazar de su función al legislador. Ella tampoco requiere esto. En poquísimos casos le prescribe al legislador una regla determinada. La mayoría de los casos se trata de insinuar impulsos de desarrollo, directrices y una dirección.

3. “Riesgo de cimentación del derecho administrativo ante el carácter rígido de los textos constitucionales”. Al respecto, se pregunta Schmidt-Aßmann (2014), ¿acaso el derecho administrativo es inflexible? La constitucionalización no significa, sin embargo, que el Derecho ordinario, comprendido por las irradiaciones de la Constitución repentinamente sea elevado a rango constitucional. Permanece, en esencia, como Derecho ordinario y puede ser reformado por el legislador y ser desarrollado por tribunales judiciales. Solo allí, donde se trate, en cada caso y en toda la extensión, de un mandato vinculante del derecho constitucional, el Derecho administrativo adquiere el rango y la estabilidad de Derecho constitucional. Pero –aclara Schmidt-Aßmann (2014)- estos son proporcionalmente solo pocos puntos específicos.

4. Finalmente la cuarta crítica sostiene: “la constitucionalización parte de un modelo jerárquico que no compagina con la pluralidad de los ordenamientos jurídicos actuales”. Al respecto, se responde afirmando la estrecha relación que existe entre la seguridad jurídica y la jerarquización de los ordenamientos jurídicos, en ese sentido, lejos de ser una desventaja la misma constituye una condición de posibilidad para asegurar el respeto y la prevalencia de una serie de principios rectores necesarios para asegurar la coherencia de la totalidad

del derecho. En palabras de Schmidt-Aßmann, una Constitución configurada de forma amplia que comprenda muchos campos de la vida social motiva a reflexionar sobre las relaciones entre los particulares campos del Derecho. La constitucionalización es idónea para garantizar orientación y transparencia. Lo anterior, concluye Schmidt-Aßmann (2014), no representa un peligro para el carácter plural de los ordenamientos jurídicos modernos.

La penetración del Derecho Constitucional en el Derecho Administrativo –para Cassese (2008)- produce muchas consecuencias. La más importante es la de atribuir mayor fuerza a los principios del derecho administrativo, que viene a encontrar sus *tetes de chapitre* en la Constitución. Y agrega, que dicho proceso de constitucionalización no sucede sin un efecto de retroacción, en el sentido de que el derecho constitucional reacciona, conquistando el Derecho constitucional. Considérese, de facto, que el primero es mucho más regulado que el segundo; y que aquel constriñe a los jueces constitucionales a adentrarse en campos antes ignorados, contagiando los principios constitucionales mismos.

Esto corresponde a la tendencia general de asegurar el principio de efectividad: los principios constitucionales se quedan como *law in books*, mientras no formen parte del Derecho administrativo, es decir, de realidad efectiva, *law in action*, Derecho viviente. Y concluye Cassese, que la constitucionalización del derecho administrativo se ha desarrollado a través de tres fases, la última de las cuales se encuentra todavía en curso. La primera fase es la de la distinción entre ejecutivo y administración, que incide sobre la constitución material. La segunda es la de la inclusión en las constitucionales formales de algunos principios del Derecho administrativo.

La tercera es la de la penetración en los derechos administrativos nacionales de los principios propios del derecho constitucional supranacional. Señalando así el autor, la forma en la que la constitucionalización supone la base sobre la cual es posible pensar el proceso de internacionalización del derecho administrativo, en términos de aplicación del bloque de convencionalidad principalmente (Santofimio, 2014), redefiniendo a su paso las condiciones y límites en los que usualmente se aplicaba e interpretaban las reglas conducentes a regular las relaciones entre el Estado y sus asociados, dichas tendencias encuentran en materia de servicios públicos domiciliarios, derecho sancionatorio y responsabilidad estatal especiales espacios de configuración doctrinal y jurisprudencial.

La idea constitucional y convencional de Derecho Administrativo, supone la comprensión expresa de que el mismo es un subsistema normativo diferenciado de los otros, pese a que en buena medida comprende una réplica de situaciones y relaciones jurídicas del Derecho común, que sin embargo encuentran tratamiento especial y claramente diferenciado.

En palabras del profesor Alberto Montaña (2012: 73), esta situación encuentra asidero claro en la Constitución Política, fundamentalmente en el artículo 6, que muy de la mano del artículo 121, establece un mandato inequívoco de tratamiento jurídico diferenciado entre lo público y lo privado. Público y privado frente al ordenamiento jurídico no son ni pueden ser lo mismo, y esto, sin lugar a duda, más que en atención a consideraciones formales, obedece a la constatación de los fines de uno y otro. Y agrega el profesor Montaña, que cabe observar que, si bien el texto político sigue una orientación personalista de lo público, ya que centra su atención en los “servidores” – el artículo 121 sí elude a “autoridades”-, no por ello puede dejarse de entender dicho aspecto con una visión más amplia, en atención, entre otras, a los vínculos también constitucionales que existen entre la organización del Estado, y en especial la administrativa, con los servidores públicos. Concluyendo así, que es la distinción entre tratamiento jurídico de lo público y lo privado, más que el principio de legalidad a secas, el norte metodológico de una idea constitucional –y también convencional- de Derecho administrativo en Colombia.

3 Esbozo del contrato de concesión en la jurisprudencia constitucional colombiana

El Estado en su interés de buscar el mejoramiento en la calidad de vida de sus asociados, cumplir plenamente con los fines sociales, satisfacer las necesidades públicas y garantizar la eficacia al momento de la prestación de los servicios públicos, ha optado por la celebración y ejecución de contratos donde los particulares puedan ser contratados por éste para llevar a cabo una serie de actividades (obras, prestación de servicios, asesoramientos, etc.) las cuales generarían un impacto positivo al interior del entorno y vida de sus asociados (Schmidt-Assmann, 2003: 143-150). Permitiendo así encontrar al interior de la comunidad política instancias de ejecución, asesoría y prestación de servicios que contribuyan de forma sustantiva a la plena garantía de las

aspiraciones sociales de la misma en el marco de los deberes legal y constitucionalmente establecidos para el Estado en favor de sus asociados.

Este ánimo de vincular a los particulares en la realización de actividades que están –en principio- en cabeza del Estado, también asegura el desarrollo de la más loable aspiración de democratizar y hacer más eficiente la función administrativa (Schmidt-Assmann, 2003: 128), posibilitando una sinergia administrativa en la que el Estado encuentra al interior de la sociedad civil agentes capacitados para la ejecución de actividades sin que dichas actividades salgan de la órbita de vigilancia y control del mismo (Manrique, 2010: 385). Esta realidad ha servido como insumo material para el inicio de un proceso legislativo al interior de la historia del Derecho Público, conducente a establecer una normatividad especial, la cual, si bien en principio tiene una gran influencia de la tradicional concepción de contratos entre particulares, no es menos cierto, que este tipo de contratación, denominada “estatal”¹³², contiene una serie de características y particularidades que la diferencia de la tradicional idea contractual privada

La contratación estatal se ha convertido en uno de los principales mecanismos con que cuenta la administración pública para cumplir con sus fines, del contrato estatal se desprenden diversas figuras contractuales en las cuales se encuentra la de Contrato de Concesión, el cual es definido por la Ley 80 del 1993 en su artículo 32 como:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Desde una perspectiva doctrinal podemos entender por contrato de concesión en el derecho administrativo, como aquel que consiste en la sesión que hace una entidad de derecho público a un particular para la gestión de un servicio público o el

¹³² En relación al concepto y evolución de la contratación estatal, ver: (Schmidt-Assmann, 2003).

disfrute exclusivo de un domicilio público. El contrato de concesión posee dos características esenciales; la bilateralidad, puesto que se crean obligaciones mutuas entre el estado y el concesionario, aunque no siempre en la mismas condiciones de igualdad (Ospina, 2.011). Otra característica que posee es las ventajas económicas o ganancias, las cuales hacen referencia a la facultad de explotación o de obtener rentas de la función que realiza el concesionario.

El fundamento constitucional del contrato de concesión se encuentra en el artículo 356 de la Constitución Política cuando establece que el Estado puede prestar directa o indirectamente servicios públicos que son consustanciales a su finalidad social y mejoramiento en la calidad de vida de los asociados.

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido en diversos pronunciamientos lo que desde una perspectiva constitucional significaría el contrato de concesión, en la Sentencia C-225 del 1996 sostuvo lo siguiente:

Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

En la sentencia C-711 de 1996 sostendría que su naturaleza es “Para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración”.

Resulta importante señalar, que para un autor como José Calafell los desacuerdos existentes entre diversos tratadistas que sostienen diversas concepciones en torno a la concesión, se deriva del hecho de que la misma tiene varias naturalezas las cuales podemos dividir en términos generales en tres; la concesión como contrato, como acto unilateral y como acto mixto. (Calafell, 1999).

En relación a la naturaleza del contrato de concesión, tenemos que para la Corte Constitucional, la misma es incompleta debido a la dificultad que existe en predecir cuáles son todas las consecuencias que dicho contrato trae consigo en el

momento de su ejecución. No obstante, es posible admitir que el mismo comprende un conjunto de elementos desde el punto de vista de su desarrollo que incluyen, por una parte, la necesidad de recuperar el equilibrio económico en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, así como la de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Otra categoría transversal de la presente investigación, la constituye concepto de Orden Público, el cual se asumirá como la armonía y expectativa que debe mantenerse en un Estado Social de Derecho, la cual pretende garantizar el interés general sobre el interés particular y especialmente la convivencia pacífica entre los asociados. Estos elementos constituyen ideales regulativos del Orden Público, y para ello el poder Ejecutivo hará lo posible para mantenerlos y restablecerlos. En el presente trabajo entenderemos por Orden Público Económico (OPE), como una emanación del Derecho público que responde a todo interés general de tipo patrimonial y por lo tanto económico, considerado como un objeto jurídico de tipo tutelable y protegido por todos aquellos principios constitucionales y legales; el OPE será visto como aquel orden estatal para la guía al progreso, producción y distribución de las riquezas.

Para la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1999, el OPE se refiere al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. Precizando que si bien en Colombia, no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. Haciendo de dicho sistema un objeto de protección legal y garantía constitucional.

Añade la Corte Constitucional en la Sentencia referenciada, que la Constitución de 1991, al igual que lo hacía la Carta del 86, garantiza la libre competencia pero confía al Estado la dirección general de la economía y lo habilita, previo mandato legal, para intervenir en los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el propósito de racionalizar la actividad y procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el reparto equitativo de las oportunidades, la preservación del ambiente

sano, el pleno empleo de los recursos humanos y el acceso efectivo de las personas de menos ingresos a los servicios básicos (Arts. 333, 334 C.P.)

Así las cosas, en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. En este mismo orden de ideas, en Sentencia 233 de 1997 la Corte Constitucional precisó:

(...) al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

CARO BENÍTEZ, M. (2022). Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una mirada desde el enfoque Basado en Derechos Humanos y Goce Efectivo de Derechos. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(27), 155–179. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3814>

CARRILLO DE LA ROSA, Y. ., Carrillo Velásquez, A. F. ., & Cano Andrade, R. A. . (2022). Aportes del Derecho Romano a la tradición jurídica de occidente. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(28), 475–495. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3986>

CUBIDES CÁRDENAS, J., Navas Camargo, F., Caballero Palomino, S. A. ., Lozano Parra, J. S. ., & Bello Estrada, G. A. . (2022). Principio de equilibrio y economía contractual: análisis a partir de las teorías de la imprevisión y el hecho del príncipe. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(27), 83–103. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3810>

FLÓREZ MUÑOZ, D. . (2022). Análisis sociopolítico de los orígenes, desarrollos y modelos de la justicia transicional. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(27), 104–120. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3811>

GARCÍA-ENTERRÍA, E. (1985) **La Constitución como Norma**. Madrid: Editorial Civitas.

GUASTINI, R. (2003). **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano** en Carbonell, M. Neoconstitucionalismo(s) Madrid: Trotta.

GUASTINI, R. (2007). **Sobre el concepto de Constitución.** en Carbonell, M. (Ed.) Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta.

GUASTINI, R. (2017). **La Sintaxis del Derecho.** Madrid: Marical Pons.

HABERLE, P. (2003). **El Estado Constitucional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México.

HESSE, K. (1983). **Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PARDO MARTÍNEZ, O. (2022). La dignidad como fundamento axial de los derechos en el constitucionalismo: praxis judicial colombiana. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(28), 360–385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3981>

SANTOFIMIO, B. (2010). **El contrato de concesión como de servicios públicos.** Coherencia con los postulados del Estado social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.

SCHMIDT-ASSMANN, M (2003) **Teoría general del derecho administrativo como sistema.** Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons.

SCHUEMANN O, M. (2006). Orden público económico y principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica. **Revista Derecho y Humanidades** (Nº 12), 217-229.

ADVERGAMES: CAPTURA ILÍCITA DO CONSUMIDOR INFANTIL POR MEIO DA TECNOLOGIA DOS JOGOS DE PUBLICIDADE

ADVERGAMES: ILLEGAL CAPTURE OF CHILDREN BY ADVERTISING GAMES TECHNOLOGY

ALVES, Fabrício Germano¹³³

SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues¹³⁴

OLIVEIRA, Felipe Lucas Medeiros de¹³⁵

RESUMO: As crianças consumidoras urgem que suas necessidades sejam supridas por meio de estratégias legítimas e éticas que as divirtam. Assim, os jogos de publicidade, mais conhecidos como *advergames*, surgem como uma maneira de entreter o consumidor infantil, mas com o intuito de capturar sua atenção para fins de disseminação da vontade de adquirir e de utilizar os produtos e os serviços de determinada marca. Dessa forma, a problemática é relativa à ilicitude da captura publicitária da criança, por meio desses jogos de publicidade. Objetiva-se demonstrar quais são os limites jurídicos para o desenvolvimento dessa prática e, além disso, como sua suposta abusividade é caracterizada. Para tais fins, os procedimentos metodológicos utilizados para essa análise consistem em pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva e com objetivo descritivo. Não há no ordenamento jurídico vigente, disposições normativas voltadas especificamente para a regulamentação dos *advergames*. Conclui-se, portanto, que a referida prática configura publicidade abusiva, tanto nos moldes do artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), devido à aparente manipulação para com o consumidor pueril, como com fundamento no princípio da identificação publicitária (artigo 36, *caput*, CDC), quando houver impossibilidade de identificar a dita publicidade.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Tecnologia dos Jogos. Público Infantil. *Advergame*.

¹³³ Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP), Direito Eletrônico (Estácio), Direito Autoral e Propriedade Intelectual (Uniamérica), Direito Educacional (Uniamérica), Publicidade e Propaganda: mídias, linguagens e comportamento do consumidor (Intervale), Marketing Digital (Intervale), Docência no Ensino Superior (FMU) e Metodologias em Educação a Distância (Intervale). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA).

¹³⁴ Pós-graduado em Metodologia da Pesquisa Científica, em Docência no Ensino Superior e em Direito Empresarial pela FACSU. Pós-graduado em Linguística Aplicada, em Publicidade, em Direito Trabalhista e em Direito Constitucional pela Intervale. Graduado em Direito pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq Direito das Relações de Consumo. Membro do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRAELCON).

¹³⁵ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista de iniciação científica do projeto intitulado “Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico (marketplace)”.

ABSTRACT: The children consumers urges that their needs be met through legitimate and ethical strategies that entertain them. Thus, advertising games, better known as advergames, emerge as a way to amuse the children consumers, but with the intention of capturing their attention for the purpose of disseminating the will to purchase and use the products and services of a particular brand. Thus, the problem is related to the illegal capture of children, through these advertising games. It will be demonstrated what the legal limits are for the development of this practice and, moreover, how its supposed abusiveness is characterized. For such purposes, the methodological procedures used for this analysis consist of applied research, with a qualitative and hypothetical-deductive approach and with a descriptive objective. There are no legal provisions in force specifically aimed at regulating advergaming. It is concluded, therefore, that such practice constitutes abusive advertising, both in accordance with article 37, paragraph 2 of the Consumer Defense Code (CDC), due to the apparent manipulation towards the puerile consumer, and on the basis of the advertising identification principle (article 36, *caput*, CDC), when it is impossible to identify the advertising.

Keywords: Consumer law. Gaming Technology. Children's Public. Advergame.

1 INTRODUÇÃO

No mundo globalizado do século XXI, a concorrência entre os fornecedores tem aumentado em larga escala e muitas das estratégias publicitárias antes vistas como eficazes tornaram-se obsoletas. Nesse aspecto, a ampliação das estratégias de captura em massa de consumidores específicos tem se consolidado no mercado. Um dos novos alvos é um grupo de indivíduos que possuem uma vulnerabilidade bastante acentuada em relação aos demais consumidores: as crianças.

O empecimento da questão gira em torno de dois fatores principais. Por um lado, a premência dos fornecedores em relação à inovação eficaz e criativa de campanhas publicitárias mais específicas que, quando não tem a devida regulamentação, acabam por lesar o consumidor e o mercado de consumo como um todo. Por outro, a manipulação de consumidores infantis que, em razão de uma condição de vulnerabilidade especial, não possuem discernimento suficiente para se proteger de peças publicitárias abusivas presentes em jogos supostamente desenvolvidos para entreter e divertir.

Em virtude da necessidade de investimento em peças publicitárias veiculadas por meio mídias alternativas, o desenvolvimento dos *advergaming* tornou-se extremamente acentuado. Essa espécie de publicidade disfarçada de jogos voltados ao público infantil possibilita que o fornecedor-anunciante capture consumidores específicos e especialmente vulneráveis com o único intuito de ascender a sua marca.

Sob tal ponto, o objetivo principal do presente trabalho é analisar os *advergames* a partir dos parâmetros normativos de controle da comunicação publicitária instituídos pelo microssistema consumerista, dentro do qual estão incluídos o Código de Defesa do Consumidor juntamente à legislação complementar que dispõe sobre as relações de consumo e sobre a publicidade.

Portanto, para essa caracterização, utilizar-se-á de pesquisa de natureza objetiva descritiva, cujas características do empecimento são descritas juntamente com suas possibilidades de solução. Adequar-se-á às técnicas de coleta padrão de pesquisas doutrinárias jurídicas e de leituras documentais da literatura consumerista, de maneira informativa por seleção interpretativamente. Por fim, apresentará abordagem hipotético-dedutiva no sentido de confirmar a ilicitude da publicidade voltada para crianças por meio dos jogos (*advergames*).

No que se refere, à vista disso, à estruturação do presente trabalho, dividir-se-á em 3 tópicos. O primeiro definirá a relação jurídica de consumo por meio dos seus elementos essenciais: os subjetivos, os objetivos e o causal. Além disso, apresentará o conceito de publicidade por meio de definições do âmbito do Direito e do *Marketing*, explicando como a exposição à publicidade configura relação de consumo. Em segundo, a discussão acerca do *advergame* será posta em questão por intermédio do seu conceito, da sua função e dos seus objetivos para com a publicidade voltada às crianças. Em terceiro, por meio de disposições do microssistema consumerista, caracterizará a abusividade dos *advergases*.

2 CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E A PUBLICIDADE

Tendo como fim a definição do campo de negócios jurídicos sobre os quais se aplicam as regras do Direito Consumerista, sendo espinha dorsal deste a Lei nº 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b), faz-se necessário caracterizar a relação jurídica de consumo, mediante identificação dos elementos subjetivos, objetivos e finalístico (MIRAGEM, 2019). À vista disso, o conceito de consumidor equiparado, à frente destrinchado, servirá de meio para perceber a ligação entre a publicidade e as normas consumeristas.

2.1 Conceito de Relação de Consumo

Tendo sob análise inicial o primeiro polo do elemento subjetivo da relação de consumo, qual seja, o consumidor, vê-se que é no Código de Defesa do Consumidor que são apresentadas quatro enquadramentos do sujeito como consumidor, sendo um deles em sentido estrito, quando ele é chamado de consumidor direito, e outros três em sentido amplo, quando o sujeito é tido como consumidor por equiparação.

Conforme o artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.079/1990, o *status* de consumidor direto pode ser atribuído a qualquer “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. No parágrafo único do artigo supracitado encontra-se a primeira situação em que se constitui o consumidor equiparado, cabendo neste conceito todas as pessoas, determináveis ou não, que tenham intercedido na relação de consumo. Também se equiparam a consumidor aqueles que foram vítimas de fato decorrente de produto ou serviço de relação de consumo, bem como aqueles que foram expostos às práticas comerciais previstas no Código de Defesa do Consumidor, conforme seus artigos 17 e 29, respectivamente.

Em tempo, é na expressão “destinatário final” que se exige a presença do elemento finalístico para a caracterização do consumidor direto ou *standard* (MIRAGEM, 2019; BOURGOIGNIE, 1992). Para tratar desta característica da destinação final, surgiram na doutrina três teorias: a maximalista (NETTO, 2020; ANDRIGUI, 2010), finalista (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2019) e finalista atenuada, sendo esta última a mais adotada na jurisprudência (BRASIL, 2019).

No outro polo da relação de consumo encontra-se o fornecedor, cujo abarcamento é concernente ao sujeito – podendo ser uma pessoa física ou jurídica, de Direito Público ou Privado, nacional ou estrangeira, nos termos do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b) – que provê oferta de bens, participando de qualquer parte da cadeia produtiva, ou serviços, no contexto de atividade oferecida ao mercado de consumo (FILOMENO, 2018) objetivando lucro (BRASIL, 2004), seja direta ou indiretamente, contínua e profissionalmente.

Partindo, então, à descrição do elemento objetivo, este pode se fazer em um produto (STOCO, 2014; LIMEIRA, 2017), que pode ser um “bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” ou um serviço, que consiste em qualquer atividade ofertada ao mercado, exigindo-se remuneração, excetuando-se as relações de caráter trabalhista, conforme os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente (BRASIL, 1990b).

Reconhecidos tais elementos, a relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor é tida como de consumo, logo, a ela se aplicam as disposições normativas especiais do microssistema consumerista. Nesta relação, o consumidor busca a satisfação de sua necessidade mediante uso do produto ou serviço ofertado no mercado pelo fornecedor (SALIB, 2014; THEODORO JÚNIOR, 2017; GARCIA, 2020).

Isto posto, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, sendo qualquer pessoa exposta a práticas publicitárias, esta passa a ser tratada, por equiparação, como consumidora, sendo amparada pelas disposições protetivas do referido Código – v.g. artigo 6º, inciso IV; artigo 30, *caput*; artigo 33, *caput*; artigo 33, parágrafo único; artigo 35, *caput*; artigo 35, inciso I; artigo 36; artigo 37 (BRASIL, 1990b).

2.2 Conceito de Publicidade

A compreensão sobre os conjuntos normativos que estabelecem diretrizes para as práticas comerciais constrói-se em derredor de técnicas de comunicação comercial, em especial a oferta. A policitização, seja de produto ou serviço, pronuncia-se em três faces: a apresentação, a informação, e, com destaque, a publicidade (ALMEIDA, 2009).

Em decorrência do valor percebido da pesquisa em publicidade, causado pela sua desenvolvimento no mercado de consumo, esse tipo de prática comercial é considerado um instrumento que atira o consumidor a adquirir produtos e serviços (REYES LÓPEZ, 2012). A publicidade apresenta-se como um recurso que permite aos consumidores uma eleição mais efetiva de produtos e serviços que ele visa adquirir, a partir do recebimento de informações (LEÓN ARCE; MORENO-LUQUE CASARIEGO; AZA CONEJO, 1995).

Embora o Código de Defesa do Consumidor não tenha conceituado a publicidade de modo explícito, a ciência do *Marketing* a define como o conjunto de ferramentas capazes de convencer e de persuadir certo público alvo a adquirir produtos específicos (SANTOS, 2000) por meio da incitação às necessidades antes desconhecidas pelos consumidores. Desejos esses cuja criação dá-se por meio de estratégias publicitárias diversificadas e inovadoras, possibilitadas pelo avanço tecnológico, como os *advergames*, capazes de capturar a atenção dos consumidores, especialmente as crianças.

A partir de uma perspectiva eminentemente jurídica a publicidade pode ser definida como uma prática comercial de marketing, realizada no âmbito da comunicação social, que consiste na divulgação de uma oferta de produtos, serviços, marcas, empresários ou sociedades empresariais, no intuito de provocar ou fomentar o consumo (ALVES, 2020).

A essência das peças publicitárias é buscar convencer o consumidor a adotar um comportamento de compra (AMA, 2017). Contudo, essa incitação exagerada aproxima-se algumas vezes da ilegalidade quando efetuada por meio de técnicas do cabedal da psicologia comportamental e *neuromarketing*. O primeiro rol de conhecimento, quando utilizado em matéria publicitária, almeja delinear os padrões comportamentais do consumidor e antecipar-se às suas necessidades (BATOR; CIALDINI, 2000; PEREIRA, 2018). Por outro lado, o *neuromarketing* analisa os fundamentos do comportamento do consumidor, utilizando-se de técnicas mais específicas da psicologia comportamental (BRIDGER, 2018).

À vista disso, caso a análise do comportamento natural do consumidor deixe de ser efetuada, meios publicitários surgem para persuadi-lo a efetuar o consumo por intermédio de desejos inconscientes implantados artificialmente, como ocorre no caso dos *advergames*. Deste jeito, quando o consumidor não reconhece aqueles jogos como peças publicitárias, sua livre decisão é contaminada, modificando seu comportamento de maneira ilícita.

Ainda que as crianças submetidas a uma campanha publicitária não se percebam nessa situação, continuam elas sendo amparadas pela legislação de defesa do consumidor em decorrência da permanência da situação de vulnerabilidade (TARTUCE; NEVES, 2018), tendo-se em conta que são equiparados a consumidores aqueles a quem se expõem práticas comerciais previstas no Código de Defesa do Consumidor – artigo 29 (BRASIL, 1990b) –, como é o caso da publicidade veiculada no contexto dos jogos voltados às crianças.

3 ADVERGAMES E RESPALDO NORMATIVO DE PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS

O período histórico compreendido entre os séculos V a.C. e IV a.C. foi denominado de Período Clássico, ao considerar que as principais características da civilização grega foram baseadas nas pesquisas desse tempo. Um dos principais filósofos gregos do século V a.C. foi Platão, cuja obras eram relativas à construção do

pensamento e da linguagem, bem como à educação do ser humano desde o seu nascimento. Platão relatava a necessidade de um ensino sistemático e acolhedor aos indivíduos, ao afirmar que a educação não deveria recorrer à força, mas à recreação com o fito de despertar a naturalidade das crianças de maneira pura para que se tornassem cidadãos socialmente instruídos (PLATÃO, 2019).

Sob a mesma linha de raciocínio, Immanuel Kant compreendeu em seus ideais que a necessidade de educar as crianças em um sistema escolar doutrinário é relativa à habitualidade da calma e da sensatez que irão desenvolver, e não à premência pelo estudo. Em outras palavras, as crianças precisam se habituar à calma e ao ordenamento com o fito de cumprirem escrupulosamente o que a sociedade ordena e enseja, de modo que não pensem, nem por um segundo, nas consequências de determinadas ações (KANT, 1980, 1996).

Assim, consoante aos pensamentos platônicos e kantianos, as crianças tornam-se alvos fáceis para o mercado de consumo devido à sua condição de vulnerabilidade acentuada. Em primeiro, a criança é protegida pela Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 227) e, notadamente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Em segundo, caracterizada como consumidora, é respaldada pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor no que se refere à vulnerabilidade e à hipossuficiência (artigos 4º, inciso I e 6º, inciso VIII), bem como, se exposta à publicidade, enquadrar-se-á nos dispositivos éticos do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (BRASIL, 1980).

À vista disso, o indivíduo pueril torna-se um alvo frágil para os fornecedores capazes de promover distrações eficientes e satisfações substitutivas, consideradas por Sigmund Freud como os principais mecanismos para se viver em sociedade (FREUD, 2011). Ou seja, essas ferramentas psicológicas são influenciadas pelo consumo e suprimidas pelo produto adquirido. Assim, a necessidade de distração e de satisfação de um consumidor vulnerável é o que incentiva o fornecedor/anunciante a disponibilizar no mercado itens que supram esses desejos.

Mais ainda, a modificação temporal do público genérico para o específico possibilitou a reconfiguração estrutural do poder midiático (LINDSTROM, 2009). O consumidor é visto como um complexo singular de necessidades e de interesses genéricos e específicos que influenciam o mercado de consumo (LINDSTROM, 2012).

A princípio, muitas das necessidades mais gerais eram satisfeitas pelo bombardeio da comunicação massiva da publicidade, mas não satisfazia as

específicas. Nesse contexto, com a evolução tecnológica, a possibilidade de satisfação dessas necessidades específicas tornou-se algo mais palpável em decorrência do uso de meios de comunicação alternativos que primam pelas necessidades de um público alvo anteriormente escolhido por meio das suas características.

É justamente nesse aspecto de facilidade relativa à manipulação sistêmica da criança que surge a tecnologia dos jogos eletrônicos e virtuais. Os desejos por diversão infantil são supostamente supridos pela compra e pela utilização de jogos específicos disponibilizados pelos fornecedores às crianças. Entretanto, a problemática não reside no simples fato de disponibilização dos *games*, mas nas campanhas publicitárias furtivas que estão presentes em grande parte desses jogos, podendo vir a influenciar a aquisição de outros produtos que, normalmente, nem deveriam ser desejados pelas crianças – *v.g.* determinados jogos de corrida possuem anúncios de energéticos, de refrigerantes, de *smartphones*, entre outros, nas arquibancadas ou nos próprios *outdoors* presentes na sua interface.

Os jogos veiculadores de peças publicitárias, portanto, estão disponíveis para a utilização dessas crianças, consideradas hipervulneráveis, podendo vir a influenciar seu processo decisório e, em alguns casos, a ensejar o desejo por produtos e serviços antes desconhecidos por elas e muitas vezes destoantes com suas idades.

Em casos como esse, a referida publicidade pode ocorrer por meio de duas etapas. A primeira consiste em influenciar o consumidor infantil a adquirir os jogos, mediante compra realizada por seus responsáveis, por meio de anúncios simples veiculados na televisão ou em canais de comunicação em massa. É a segunda etapa, referente à utilização dos jogos, que caracteriza a maior problemática; ou seja, jogabilidade das crianças, por vezes, não é administrada pelos pais/responsáveis e, dentro desses jogos, podem ser disponibilizados anúncios publicitários específicos de marcas que os patrocinaram, influenciando a criança a consumir aqueles bens (FREITAS; PATRIOTA, 2011).

Sendo assim, considera-se que o jogo é uma das maneiras mais antigas de se promover o lazer entre os indivíduos (CAILLOIS, 2001) e de se dissipar energia vital acumulada, como uma forma de preparo das jovens crianças para a vida adulta e responsável (HUIZINGA, 2008). Isto é, a necessidade desse tipo de lazer é algo perene nas sociedades e influencia o desenvolvimento das crianças, seja de uma maneira positiva ou negativa. Ademais, ao perceber a importância da tecnologia dos

jogos no cotidiano social, os fornecedores anunciantes experimentam, por meio de mecanismos de persuasão para o consumo, a fusão de mensagens publicitárias e dos jogos de computador e de videogame. Dessa forma, os desenvolvedores elaboram jogos para fins de divulgação de marcas nessa realidade paralela em um contexto de convivência e de experimentação de marcas e de produtos/serviços, criando, conseqüentemente, os *advergames*.

O *advergame*, também chamado de jogo de publicidade, vem sendo explorado de maneira crescente com o fito de divulgar marcas, produtos e serviços por intermédio da mídia alternativa dos jogos disponibilizados às crianças, um público alvo com necessidades mais específicas, aumentando as vendas e o lucro do patrocinador (KIM, 2008).

Essa espécie de comunicação, então, pode ocorrer tanto de maneira explícita, desenvolvida especificamente para fins publicitários, ou implícita (furtiva), impossibilitando a sua identificação (AMARAL, 2009). A primeira é relativa aos jogos que são desenvolvidos para a publicidade, ao construir uma interface que mostra a marca/produto/serviço em questão de maneira aparente, nos prédios, nos personagens, nas ferramentas, nos carros etc. – v.g. o jogo “Pepsiman”, de 1999, lançado no Japão, promovendo a marca da “Pepsi” (RODRIGUES, 2017). A segunda diz respeito aos jogos que impossibilitam a identificação publicitária – v.g. jogos de corrida que divulgam marcas nos *outdoors* das arquibancadas, sendo mostrados por segundos e, supostamente, sem intenção publicitária.

Dessa maneira, a abusividade dos *advergames* dá-se por meio da escolha do público alvo específico, as crianças. Apesar de se considerar que a publicidade presente nesses jogos não é, por vezes, explícita, a dificuldade ou a impossibilidade de identificação publicitária representa o maior problema: a influência inconsciente ao consumo, seja do público infantil, seja dos seus responsáveis legais. Ou seja, a não identificação imediata da peça publicitária pelo consumidor em questão constitui a problemática antes vista, apenas, em decorrência da vulnerabilidade infantil.

4 ABUSIVIDADE DA ESTRATÉGIA PUBLICITÁRIA DOS ADVERGAMES

A abusividade dos *advergames* é caracterizada, a princípio, por meio dos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, quando dispõe, no seu artigo 227, *caput*, que é dever da sociedade, da família e do Estado assegurar à

criança o direito ao lazer e coloca-la a salvo da toda forma de exploração (BRASIL, 1988).

Somado a isso, urge, de forma mais específica, ao Estatuto da Criança e do Adolescente garantir o pleno desenvolvimento mental e social da criança – artigo 3º, *caput* (BRASIL, 1990a). Entretanto, a publicidade veiculada nos jogos infantis pode provocar na criança comportamentos que lesam o seu desenvolvimento, e, ainda, pode prejudicá-la por meio da exploração indevida da sua condição de vulnerabilidade.

No que se refere à normatização consumerista, o *advergame* pode ser considerado abusivo ao tomar como base o princípio da identificação publicitária, também chamado de princípio da clareza, autenticidade ou ostentação (JACOBINA, 1996), comede a ostensividade relativa à difusão de práticas publicitárias. Em outras palavras, a circulação publicitária dentre o público-alvo no mercado de consumo é permitida por qualquer meio, sob a condição de que o consumidor possa facilmente identificar a natureza do anúncio. Com isso, busca-se dar ao consumidor a capacidade de dissociar seu desejo natural de adquirir produtos ou serviços do desejo causado pela publicidade.

Assim, a veiculação da publicidade deve ocorrer de uma forma tão clara que o público tenha consciência de que está sendo alvo de uma comunicação dessa natureza. A utilização de determinadas técnicas na construção de um *advergame* (*v.g.* esconder um anúncio publicitário na interface de um jogo), à vista do princípio em questão, impedem a percepção desse artifício como anúncio publicitário, obstando o entendimento do consumidor, especialmente o público infantil.

É no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 36, *caput*, que se encontra previsto o princípio da identificação publicitária, ao que explicitamente dita a legislação que o consumidor deve ser capaz de fácil e imediatamente compreender a publicidade como tal (BRASIL, 1990b).

Para mais, a diretriz também pode ser encontrada no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que determina, em seu artigo 28, que, independentemente do formato ou do veículo utilizado, o anúncio deve ser reconhecido como tal. De forma mais ampla, o artigo 9º do referido Código dispõe que a publicidade deve ser sempre ostensiva, aberta, aparente. (BRASIL, 1980).

Em adição a essas disposições normativas, a Câmara de Comércio Internacional – ICC (do inglês, *International Chamber of Commerce*) possui um Código

Consolidado acerca de Práticas de Publicidade e Comunicação Social, o qual determina, em seu artigo 9º, que a publicidade não deve desvirtuar-se do seu verdadeiro objetivo, sendo apresentada como estatística idônea e sem viés mercadológico, devendo, ao contrário, ser claramente identificada como tal, qualquer que seja a forma ou o suporte adotado (BRASIL, 2006).

O problema se refere ao fato de que o desconhecimento do consumidor acerca da essência publicitária de certo instrumento é capaz de gerar influências inconscientes e negativas do seu poder de decisão e padrão de consumo (FIGUEIREDO; FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2013). Como resultado disso, surge o princípio da identificação publicitária, almejando evitar a desorientação do consumidor, contribuindo para que ele se atenha ao seu desejo natural, afastando-se do imaginário contaminado em decorrência dos anúncios obscuros, disfarçados e furtivos (DENSA, 2014)

O Código de Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 37, §2º, uma lista de atributos que caracterizam uma publicidade como abusiva (BRASIL, 1990b). Ainda que o rol apresentado seja exemplificativo (CASADO, 2006), como sugerido pela utilização da expressão “dentre outras” quando lista as atitudes vetadas, e não taxativo (FERNANDES NETO, 1999), não é necessário despender exaustiva fundamentação para definir o *advergaming* como abusivo em muitos casos, pois existe a expressa previsão da abusividade de anúncios que tomem vantagem do inexperiente e influenciável julgamento das crianças, além de esbarrar diretamente no princípio da identificação da publicidade (BRASIL, 1990b).

Similarmente, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, através da Resolução nº 163 de 13 de março de 2014, dispôs sobre a abusividade de publicidades e comunicações mercadológicas dirigidas ao público infanto-juvenil. Além disto, os artigos 33 e 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária também possui dispositivos que tratam da publicidade infantil.

Conseqüentemente, chega-se à conclusão de que o *advergaming*, enquanto artifício publicitário, é configurável como publicidade abusiva, levando em conta sua natureza de instrumento que se utiliza da vulnerabilidade exacerbada do público infantil, abduzindo-a de forma a instituir uma marca, produto ou serviço anunciado pelo fornecedor no ideal do jovem consumidor. Dessa forma, fundamentando-se no que é disposto na Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e

nos Códigos de Práticas Publicitárias e de Defesa do Consumidor, compreende-se a impraticabilidade da identificação do viés publicitário do *advergame* na perspectiva do consumidor infantil, situação que pode resultar na transgressão do livre discernimento desse público.

5 CONCLUSÃO

O complexo consumerista só pode usufruir de plena análise à medida que a relação de consumo é configurada. Isso acontece por meio da identificação e da adequação dos seus elementos subjetivos, objetivos e causal. O primeiro é relativo ao consumidor e ao fornecedor, enquanto o segundo refere-se ao produto e ao serviço. Ademais, para fins de caracterização devida dessa relação, é importante identificar o terceiro elemento, o finalístico (causal) que diz respeito à destinação final do produto/serviço em questão.

Por sua vez, a publicidade, considerada um mecanismo de persuasão e de incitação ao consumo, está nos moldes da relação jurídica de consumo devido ao conceito de consumidor equiparado do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor. Isto é, são consumidores aqueles expostos às práticas previstas no referido Código, notadamente a campanha de cunho publicitário.

À vista disso, ao considerar a publicidade como prática respaldada legalmente, o *advergame*, voltado ao público infantil, pode ser regulado pelos dispositivos voltados à proteção do consumidor. O mencionado jogo de publicidade, então, apresenta-se de duas maneiras distintas. Em primeiro, *games* desenvolvidos unicamente para fins publicitários, os quais disseminam explicitamente marcas, produtos e serviços na sua interface, por intermédio dos personagens e/ou do ambiente. Em segundo, aqueles que apresentam a publicidade implícita, com difícil identificação, a qual pode influenciar o processo decisório inconscientemente. Dessa forma, o alvo específico dessa publicidade é a criança, cuja condição de vulnerabilidade e suposta ausência de discernimento facilitam a sua captura e a inserção de uma necessidade de consumo. Ou seja, os *advergames* podem influenciar o público infantil a desejar produtos/serviços antes desconhecidos e, até mesmo, inadequadas à sua faixa etária.

Baseado nisso, embora o Código de Defesa do Consumidor ainda não tenha regulamentado expressamente a referida prática, não há impossibilidade de controle

por meio das disposições já existentes. Considera-se que todas as condutas dos fornecedores estão subordinadas aos princípios e às regras instituídos na normatização do microssistema consumerista, inclusive as de natureza publicitária, nesse caso do artigo 37, § 2º, cuja disposição é relativa à publicidade abusiva.

Ademais, a Resolução CONANDA nº 163/2014 dispõe sobre a abusividade quando a publicidade for dirigida às crianças. Mais ainda, o princípio da identificação da publicidade está previsto tanto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – artigo 9º, *caput* – como também no Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial – artigo 9º. Isto é, o *advergame* não carece de mecanismos de regulamentação, deixando explícita a sua abusividade.

Logo, o Poder Público, por meio do Poder Judiciário e de instituições de tutela administrativa de direitos do consumidor devem desempenhar veemente seus papéis de controle no ambiente publicitário. Mais ainda, compete à família e à sociedade em geral zelar pelas crianças, dada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, considerando que os *advergames* podem ter severas influências na evolução e no desenvolvimento mental e social desse público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Fabrício Germano. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AMA. **American Marketing Association**. Página da internet. 2017. Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

AMARAL, Diego. **Os advergames e a publicidade digital**. Trabalho de Conclusão de curso de Publicidade e Propaganda. Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

ANDRIGUI, Fátima Nacy Andrigui. O código de defesa do consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *In*: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org.). **20 anos do código de defesa do consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno**, São Paulo: Atlas, 2010.

BATOR, Renee; CIALDINI, Robert. **The application of persuasion theory to the development of effective proenvironmental public service announcements**.

Journal of Social Issues, v. 56, 2000. Disponível em:
[http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?
doi=10.1.1.465.3114&rep=rep1&type=pdf](http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.465.3114&rep=rep1&type=pdf). Acesso em: 25 mar. 2020.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista direito do consumidor**. São Paulo, n. 2, p 7-51, abr./jun., 1992.

BRASIL. CBAP. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos**, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. **Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial**. 2006. Disponível em: http://www.icap.pt/icapv2/images/memos/CCI_PT_FINAL.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1998.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990a. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. 1990b. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. **Resolução CONANDA nº 163/2014, de 13 de março de 2014**. 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 519.310/SP**. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 20/04/2004. DP 24/05/2004. Acesso em: 1 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **acórdão n.1188548, 07104893320178070020**, Relator: Maria de Lourdes Abreu, 3ª Turma Cível, DJ 25/07/2019. DP 02/08/2019.

BRIDGER, Darren. **Neuromarketing**: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores. São Paulo: Autêntica Business, 2018.

CAILLOIS, Roger. **Man, play and games**. Chicago: University of Illinois Press, 2001.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor**. 9. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Mini Código de Defesa do Consumidor anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FREITAS, Daniele Araujo; PATRIOTA, Karla Regina Macena Pereira. Os advergames como possibilidade midiática diante da segmentação do mercado. *In*: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. **XIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste**. Maceió, 2011.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização (1930). *In*: FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GARCIA, Leonardo Medeiros de. **Direito do consumidor**: Lei nº 8.078/1990. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 2008.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Valério Rohden e Udo Baldur Moosburguer. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia**. Tradução Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: Unimep; 1996.

KIM, Chimene Martins. **Advergame**: videogame como um novo veículo de mídia. Monografia (Graduação em Comunicação Social do UniCEUB) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008.

LEÓN ARCE, Alicia de; MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen; AZA CONEJO, M^a Jesus. **Derecho de consumo**. Barcelona: Fórum, 1995.

LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. **Comportamento do consumidor brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre por que compramos. São Paulo: Haper Collins Brasil, 2009.

LINDSTROM, Martin. **Brandwashed** (O lado oculto do marketing). São Paulo: HSM, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Lafonte, 2019.

REYES LÓPEZ, María José. **Manual de derecho privado de consumo**. 2. ed. Madrid: La Ley, 2012.

RODRIGUES, Lucas. **Pepsiman (PS1)** – o herói que não salva, mas mata sua sede. 2017. Disponível em: <https://jogoveio.com.br/pepsiman-ps1/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SALIB, Marta Luiza Leszczynski. **Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional**: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 9. ed. São Paulo: Método, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MULTICULTURALISMO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA INDIGENISTA BRASILEIRA

MULTICULTURALISM OF HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS FROM THE BRAZILIAN INDIGENISTC PERSPECTIVE

PEREZ, Giovanna Bolletta¹³⁶

LEITE, Leonardo Delatorre¹³⁷

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos¹³⁸

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a concepção de pluralismo e multiculturalismo dos direitos humanos e a construção da política indigenista no Brasil. Trata-se da questão etnocêntrica que permeia a definição e o tratamento dado aos direitos indígenas, abordada com base em uma análise hipotético-dedutiva das teorias multiculturalistas face à aplicação dos direitos humanos na trajetória indigenista brasileira, com foco no pensamento de Étienne Le Roy e Boaventura de Sousa Santos. Foi possível observar a insuficiência do direito como concepção regulatória universal para a compreensão jurídico-antropológica da realidade indigenista brasileira, cuja consequência expressa é a marginalização e violação de direitos dos povos originários.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Multiculturalismo. Pluralismo jurídico. Direitos indígenas Etnocentrismo.

¹³⁶Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com bolsa CAPES/PROSUC Mod. II. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estagiária docente das disciplinas de Direito Eleitoral e Organização do Estado e Separação dos Poderes da Faculdade de Direito da mesma instituição. Membro dos grupos de pesquisa "Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania" e "Direito, Sociedade e Concepções de Justiça". Advogada. Membro da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SP.

¹³⁷Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com bolsa CAPES / PROSUC Mod. II. Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Licenciado em História pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bolsista PIBIC- CNPq (2018-2020). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do grupo de pesquisa "Religião, Memória e Cultura" (Orientado pelo prof. Dr. Gerson Leite de Moraes) do CEFT (Centro de Educação, Filosofia e Teologia da UPM). Autor e organizador do livro "Cosmovisão cristã aplicada", publicado pela Editora CRV. Fui pesquisador no Programa Institucional Voluntário de Iniciação Científica (PIVIC) (2020-2021). Colunista do Jornal O Imparcial- Notícias de Prudente e Região. Fui pesquisador no Programa de iniciação à pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Projeto Orientado de Pesquisa) (2019-2021). Pesquisador no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC- CNPq (2021-2022). Ex- monitor docente do componente curricular "Fundamentos de Direito Público", ministrado pelo Prof. Dr. Reinaldo Moreira Bruno. Autor do livro "Direito de Resistência na tradição Republicana". Membro da Comissão de Apoio e Acompanhamento da Produção Científica docente e discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹³⁸Pós-Doutorado em Direitos Humanos e Novas Tecnologias (Mediterranean International Centre For Human Rights Research – Reggio Calabria, Itália). Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie) Especialista em Genocídios e Direitos Humanos pelo Zoryan Institute e University of Toronto (Canada)

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador do Núcleo de Direitos Indígenas e Quilombolas da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP. Professor visitante da Technische Hochschule Georg Simon Ohm (Universidade Tecnológica de Nuremberg, Alemanha). Professor visitante da University of Applied Science Upper Austria – Campus Linz Editor Chefe do Journal of International Criminal Law (Estocolmo, Suécia). Autor da obra "Genocídio Indígena no Brasil: O Desenvolvimentismo Entre 1964 e 1985" (Ed. Juruá, 2018).

ABSTRACT: This article aims to analyze the conception of pluralism and multiculturalism of the human rights and the construction of indigenistic politics in Brazil. It is included ethnocentric question that permeates the definition and the treatment given to indigenous rights, approached on the basis of a hypothetical-deductive analysis of multiculturalist theories, in the face of the application of human rights in the Brazilian indigenistic trajectory, focus on the thinking of Étienne Le Roy and Boaventura de Sousa Santos. It was possible to observe the insufficiency of the law as a universal regulatory conception for the legal-anthropologic comprehension of the Brazilian indigenist reality, which express consequence is the marginalization and violation of the rights of indigenous people.

Keywords: Human Rights. Multiculturalism; Legal pluralism. Indigenous rights. Ethnocentrism.

1 INTRODUÇÃO

Desde o período em que figurou como colônia (1500-1822), o Brasil trata a questão indígena por diferentes vieses, que contribuíram para a formação do pensamento social e da abordagem indigenista hodierna. À guisa exemplificativa, pensadores como o Marquês de Pombal e José Bonifácio de Andrada e Silva, o Patriarca da Independência, consideravam os autóctones como passíveis de assimilação, para que estes se tornassem parte da dita civilização. Para isso, utilizaram-se de projetos que proibiram o uso de tradições, como o nome em língua nativa, adaptado para a portuguesa e o incentivo de casamentos interraciais a fim de promover o embranquecimento dos indivíduos.

A construção do indigenismo brasileiro ocorreu, então, sob a ótica eurocentrista e assimilacionista – isto é, para que se tornassem sujeitos de direitos como eram os brancos, deveriam incorporar em si a cultura e tradição daqueles. No processo de desenvolvimento de políticas voltadas aos autóctones, o assimilacionismo foi mascarado, em momentos como o da Ditadura Militar (1964-1985), pela perspectiva da integração. Ou seja, para que pudessem, de fato, gozar de proteção e progresso, deveriam estar plenamente integrados à civilização.

Em que pese o breve histórico etnocêntrico, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro abarcou, em posição de relevância, a teoria multicultural e pluralista dos direitos humanos, mencionando em seu texto, expressamente, garantias da cultura indígena.

O desenvolvimento de tal concepção por expositores como Étienne Le Roy e Boaventura de Sousa Santos foi um importante marco para a dissociação dos pensamentos coloniais que desenvolveram a definição e aplicação dos direitos humanos, cuja concepção, originada no contexto de pós Segunda Guerra Mundial, introduzia, em seu bojo, a noção do direito como uma norma regulatória universal e, por assim dizer, aplicável a todas as etnias.

A compreensão universal é, em sua essência, inviável. Ora, segundo os dados do Censo Demográfico de 2010, último divulgado até a conclusão deste artigo, apenas em território nacional foram registradas trezentas e cinco etnias indígenas distintas. No entanto, em um país marcado pelo colonialismo e pelo enfrentamento de suas consequências, a relação intrínseca entre as políticas indigenistas, o assimilacionismo e a concepção do direito como fenômeno regulatório universal faz-se necessária para a preservação da existência dos povos originários.

O presente artigo traz em seu bojo uma análise do multiculturalismo e do pluralismo dos direitos humanos, por meio da interlocução de Étienne Le Roy e, na esfera lusófona, Boaventura de Sousa Santos, face a construção do indigenismo brasileiro.

Por meio do estudo bibliográfico e da análise e compilação de dados buscou-se, através do método hipotético-dedutivo, compreender a atuação do multiculturalismo dos direitos humanos como instrumento essencial para a efetividade dos direitos indígenas em âmbito nacional.

2 A PERSPECTIVA MULTICULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA CONCEPÇÃO REGULATÓRIA NÃO-UNIVERSAL

A dominação eurocêntrica¹³⁹ sobre os usos, costumes e tradições de povos considerados subdesenvolvidos é historicamente comprovada pelos documentos

¹³⁹ O início das críticas ao eurocentrismo pode ser vislumbrado na obra do autor renascentista Michel de Montaigne (1533-1592). Em seu famigerado ensaio acerca dos canibais (I, 31), ele questiona a concepção segundo a qual os europeus usufruíam de uma superioridade em termos de civilização em relação aos “índios bárbaros”. Tal ponderação é feita a partir de uma reflexão acerca da antropofagia. “Penso que há mais barbárie em comer um homem vivo do que em comê-lo morto, em dilacerar por tormentos e suplícios um corpo ainda cheio de sensações, fazê-lo assar pouco a pouco, fazê-lo ser mordido e esmagado pelos cães e pelos porcos (como não apenas lemos mas vimos de fresca memória, não entre inimigos, mas entre companheiros e compatriotas, e, o que é pior, a pretexto de piedade e religião) do que em assá-lo e comê-lo depois que está morto. [...] Portanto, podemos muito bem chamá-los (aos canibais) de bárbaros com relação às regras da razão, mas não com relação a nós, que os ultrapassamos em toda espécie de barbárie” (MONTAIGNE, 2006). Além disso, o autor em questão mencionou um evento curioso: Quando três tupinambás provenientes do Brasil visitaram a

elaborados pelas nações que, à época, possuíam colônias. Em que pese a existência de territórios ainda dominados, as metrópoles não exercem seus papéis nos mesmos moldes dos séculos passados. Esse fato, no entanto, não isenta as consequências do período mencionado na sociedade hodierna.

A concepção universal dos direitos humanos começou a deflagrada no pós-Segunda Guerra Mundial¹⁴⁰, ante as atrocidades cometidas no período. A partir desse momento, a comunidade internacional reconheceu a necessidade de proteção de determinados aspectos da vida humana, bem como de transcender o domínio estatal ou a competência de uma só nação (PIOVESAN, 2021, p. 31). Foi, então, a criação da Organização das Nações Unidas - ONU, em 1945, cuja base, de acordo com as próprias manifestações, se funda nos direitos humanos, na paz, justiça, respeito, tolerância e solidariedade.¹⁴¹ Nesse diapasão, foi a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, por muitos considerada a precursora da concepção universal dos direitos humanos¹⁴². Tamanho o alcance da ONU, que a Organização, em 2022, contava com cento e noventa e três países membros. É então de se falar em Direito Internacional dos Direitos Humanos, isto é, o sistema que engloba normas, procedimentos e instituições internacionais voltadas à promoção e manutenção do respeito aos ditos direitos humanos, sem distinção de nação (PIOVESAN, 2021, p. 31).

O colonialismo, portanto, permanece deixando sua marca em relação a culturas distintas daquelas que ditam as regras. Assim, os direitos humanos

corde de Carlos IX estranharam o fato de que europeus se sujeitavam a uma criança, o rei, bem como o descompasso latente na sociedade, visto que muitos homens esbanjavam regalias, ao passo que outros mendigavam por migalhas nas portas.

¹⁴⁰ É importante ressaltar também a ascensão de novas correntes jurídicas de pensamento, as quais procuraram, em seu bojo, destacar a importância dos princípios no ordenamento jurídico. Em vista disso, é premente frisar os impactos das obras de autores como Ronald Dworkin, cujos aspectos de sua “teoria interpretativista do direito” abarcam a eminência dos princípios no ordenamento jurídico. Os princípios, enquanto força motriz e matriz do próprio ordenamento, adquirem uma proeminência na estrutura teórica do chamado pós-positivismo. Além disso, até mesmo alguns positivistas, como Herbert Hart, demonstraram mais sensibilidade para o “conteúdo mínimo do direito natural”. Nesse sentido, o positivismo de Hart pode ser qualificado como “positivismo inclusivista”. Para informações mais detalhadas ver: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, p. 105-131, 2011.

¹⁴¹ In the end, it comes down to values [...] We want the world our children inherit to be defined by the values enshrined in the UN Charter: peace, justice, respect, human rights, tolerance and solidarity. (UN, 2022)

¹⁴² Nesse sentido, explica Flávia Piovesan que, apesar de a concepção de direitos e liberdades fundamentais aos seres humanos remeter há muito tempo no pensamento humano, a regulação internacional que possui como objeto os direitos humanos é recente e decorrente das violações cometidas durante o holocausto (PIOVESAN, 2021, p. 31).

receberam o encargo de disciplinar, de forma unânime e universal, as relações em todos os territórios.

Tendo em vista a perspectiva eurocentrista que cerca as regulações, bem como a dificuldade de decolonialidade, isto é, a dissociação de pensamentos e ações ainda coloniais, mesmo que os Estados tenham passado pelo processo de descolonização (GONZAGA, 2021, p. 115), há de se mencionar a dificuldade de encontrar uma concepção comum a todos.

Reside então a crítica de Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 107):

A política dos direitos humanos é basicamente uma política cultural. Tanto assim é que poderemos mesmo pensar os direitos humanos como sinal do regresso do cultural, e até mesmo do religioso, em finais de século. Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?

Por conseguinte, é também a abordagem de Étienne Le Roy, sob a ótica antropológica, de modo a considerar impossível a compreensão do direito como um fenômeno regulatório universal, bem como de estabelecer postulações preestabelecidas como pontos de partida (VILLAS BÔAS FILHO, 2018, p. 1122).

No entanto, segundo o referido autor, o direito seria, por essa concepção, a concreção de outro fenômeno, mais amplo do que este: a juridicidade. A busca é então pela legitimidade de outras tradições jurídicas tidas como arcaicas pelo etnocentrismo que vige a sociedade, de modo a tratá-las como uma “experiência contemporânea das formas de regulação social designadas como *jurídicas*, o que, por via de consequência, torna impossível fazê-las coincidir com o arranjo particular assumido pela juridicidade no contexto da modernidade ocidental” (VILLAS BÔAS FILHO, 2018, p. 1123).

Nessa perspectiva, não há de se falar em compreensão das tradições jurídicas mencionadas pelo viés do direito nos moldes ocidentais modernos, como se todas fossem similares a este. É, então, a impossibilidade de universalização do fenômeno jurídico (VILLAS BÔAS FILHO, 2018, p. 1123).¹⁴³

¹⁴³ Nesse sentido, Orlando Villas Bôas Filho (2018, p. 1124-1125): “Assim, Étienne Le Roy procura ressaltar que a riqueza e a diversidade de experiências que compõem o fenômeno mais amplo da juridicidade não podem ser devidamente apreendidas mediante a sua redução ao modo pelo qual, historicamente, ocorreu a experiência ocidental, uma vez que ela, na verdade, manifesta apenas uma concepção concreta da juridicidade que a envolve. Visa-se com isso enfatizar que a pluralidade das formas de expressão da juridicidade não pode ser resolvida mediante a universalização impositiva de uma de suas experiências concretas, tal como a ocidental, em detrimento das demais, uma vez que

Ora, vejamos a questão pelo lado prático: seria justo, ou ao menos aceitável, aplicar o mesmo julgamento a um cidadão europeu, em todos os padrões de normatividade, a um cidadão integrante de uma comunidade étnica específica, localizada em uma região isolada, no sudoeste da Etiópia? Não nos parece razoável.

A interpretação ocidental do direito, segundo Étienne Le Roy, seria caudatária da “monolatria”, isto é, a visão monológica do mundo. De tal sorte, a aplicação indiscriminada a todas as sociedades seria responsável por construir um obstáculo epistemológico, para o qual é necessária a descentralização da regulação jurídica e, conseqüentemente, a abordagem intercultural de forma genuína (VILLAS BÔAS FILHO, 2018, p. 281).

Para que seja realizada uma análise ao menos coerente, é imprescindível a menção ao desafio de levar o direito à igualdade, essa utilizada de forma geral e abstrata, para a observância da diversidade e ao pluralismo de dignidade concretas (PIOVESAN, 2018, p. 431).

Isto é, devem ser observadas as particularidades de cada grupo étnico, cada minoria, sob pena de invisibilizar e, ainda mais, inviabilizar as lutas individuais em detrimento da generalização.

Os direitos humanos, então, devem ser considerados dentro das especificidades. Boaventura de Sousa Santos é, também, caudatário desta visão:

Imaginar os direitos humanos como parte de um encontro de linguagens de dignidade implicaria partir de um profundo conhecimento das vozes (gritos e murmúrios), das lutas (resistências e levantes), das memórias (traumáticas e exaltantes), e dos corpos (feridos e insubmissos) daqueles e daquelas que foram subalternizados pelas hierarquias modernas baseadas no capitalismo, no colonialismo e no patriarcado (SANTOS; MARTINS, 2019, p.15).

É importante que seja compreendida também a questão da colonização europeia em territórios americanos, africanos e asiáticos. A partir dessa concepção colonialista, a noção de humanidade também se encontrou alterada.¹⁴⁴ Questiona-se,

esta remete a uma visão de mundo específica e não partilhada pelas outras culturas. Segundo Le Roy, a visão de mundo (cosmogonia) ocidental engendraria uma *nomologia* (*nomologie*), uma *ciência da regra* e também um *culto à lei* que seriam muito próprios de nossa tradição jurídica, mas que não aparecem nas demais justamente porque as cosmogonias que as orientam são distintas.”

¹⁴⁴ Nesse sentido, Nelson Maldonado-Torres (2019, p. 95) “Um facto essencial para entender a emergência da diferença ontológica colonial é que parte do Renascimento europeu coincidiu com a “descoberta” e invenção do “Novo Mundo”, o que levou ao aparecimento de um novo conjunto de questões que alteraram o modo como se afirmava a dignidade humana. Nesse contexto, o desafio para os humanistas europeus passou a ser não só o de afirmar a dignidade do “Homem” com relativa autonomia face a Deus, mas também o de explicar e justificar a diferença hierárquica percebida entre os europeus e, por um lado, os povos aparentemente descobertos, e os povos africanos nefros,

então, como trazer à tona direitos daqueles que se situam abaixo da linha ontológica da modernidade colonial (MALDONADO-TORRES, 2019, p. 95). A perspectiva colonial se encontra estruturalmente enraizada na sociedade etnocêntrica.

Retomamos então o conceito de decolonialismo, isto é, a o processo de desagregação dos costumes, pensamentos e amarras coloniais daqueles países que passaram pela colonização (GONZAGA, 2021, p. 115). O Brasil, país de estudo deste artigo, sofre com as consequências escancaradas. As narrativas jurídicas sociais se apresentam sob a capa de moralidade social. Nesse sentido, ocorre a interpretação da igualdade por meio de princípios jurídicos e determinadas ideologias raciais (MOREIRA, 2017, p. 844).¹⁴⁵

Conforme ainda a perspectiva abordada por Franz Boas, o relativismo cultural demonstra a valoração de uma cultura dentro de seu próprio sistema cultural. A teoria é expressa no exemplo de que o bem e mau, certo e errado, e demais valores sociais, devem ser determinados dentro das particularidades de cada etnia (PEREIRA, 2010, p. 110-111).

Portanto, ao abordar as questões relativas aos direitos humanos e ao direito em si como concepções regulatórias universais, o intérprete que o faz é vítima de sua própria armadilha colonial.

É, nesse momento, que passamos a tratar a questão indígena.

3 A CONSTRUÇÃO ETNOCÊNTRICA DO INDIGENISMO NO BRASIL

O Brasil exerceu a função de colônia de Portugal entre 1500 e 1822, isto é, por mais de trezentos anos, esses marcados irreversivelmente pelas cicatrizes da

por outro, escravizados pouco tempo depois. Isto significa que a modernidade ocidental envolveu não só a criação de uma linha secular que oferecia mais autonomia ao “Homem” em relação a Deus, mas também uma linha de desumanização, demarcado a diferença entre a humanidade e as novas criaturas da modernidade, vistas como se existissem para ser violadas, escravizadas e colonizadas. Num contexto em que a modernidade se posiciona nos termos de uma narrativa secular de salvação, os povos colonizados só podem ser vistos como condenados. Os condenados são os que se situam abaixo da linha ontológica moderna/colonial.”

¹⁴⁵ Como expõe Adilson José Moreira (2017, p. 844): “Narrativas jurídicas raciais exemplificam a disputa ideológica sobre os significados de normas legais, especialmente o significado do preceito constitucional da igualdade. O debate sobre a constitucionalidade das políticas de inclusão racial constitui um bom exemplo das maneiras como grupos ideológicos buscam afirmar seus interesses na forma de projetos universais. Tendo em vista os parâmetros que regulam os discursos raciais nas sociedades contemporâneas, membros dos grupos raciais majoritários procuram promover a dominação articulando doutrinas raciais e valores liberais.”

exploração¹⁴⁶. Foi, durante esse período, a implementação do eurocentrismo¹⁴⁷ em território nacional.

Fato é, que mesmo após a independência do Brasil e, ainda, a desvinculação do Império para que se tornasse República, as amarras coloniais não abandonaram o cotidiano nacional, perpetuando configuração social alimentada pelo preconceito estrutural em suas mais diversas manifestações¹⁴⁸.

De modo a transformar os povos colonizados e escravizados como parte inferior da sociedade, suas práticas eram vistas como animais, rudimentares, inferiores e irreversivelmente selvagens.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Acerca da colonização, constata José Murilo de Carvalho (2018, p. 24): “A história da colonização é conhecida. Lembro apenas alguns pontos que julgo pertinente para a discussão. O primeiro deles tem a ver com o fato de que o futuro país nasceu da conquista de povos seminômades, na idade da pedra polida, por europeus detentores de tecnologia muito mais avançada. O efeito imediato da conquista foi a dominação e o extermínio pela guerra, pela escravização e pela doença, de milhões de indígenas. O segundo tem a ver com o fato de que a conquista teve uma conotação comercial. A colonização foi um empreendimento do governo colonial aliado a particulares. A atividade que melhor se prestou à finalidade lucrativa foi a produção de açúcar (...) Essa produção tinha duas características importantes: exigia grandes capitais e muita mão de obra. A primeira foi responsável pela grande desigualdade que logo se estabeleceu entre os senhores de engenho e os outros habitantes; a segunda pela escravização dos africanos (...) Consolidou-se, por esse modo, um traço que marcou durante séculos a economia e a sociedade brasileiras: o latifúndio monocultor e exportador de base escravista (...)”.

¹⁴⁷ Acerca das críticas antropológicas ao eurocentrismo, é importante destacar os escritos de Franz Boas, cujas obras inauguraram a antropologia moderna. Em termos gerais, o pensador supracitado realiza uma crítica ao método etnocêntrico comparativo, presente nos textos dos evolucionistas. Para este autor, as culturas devem ser analisadas individualmente para que seja possível uma investigação contundente sobre especificidades de cada uma. Destarte, ele realiza uma apologia em prol do chamado método etnográfico, que engloba, em seu bojo, uma observação participante, isto é, ao antropólogo caberia vivenciar na prática os costumes e hábitos de cada cultura para que se possa ter dimensão das particularidades que cada uma possui. Os teóricos do funcionalismo estabelecem inúmeras críticas ao etnocentrismo dos evolucionistas, adotando, em suas investigações e ponderações, métodos fundamentados na observação participante. Tais pensadores constatarem que, o pesquisador se depara com uma aparente desordem na sociedade analisada, transparece tão somente um desconhecimento diante de suas nuances e estruturas sociais. Cada sociedade representa um sistema de inter-relações. Para que seja possível uma compreensão de sua totalidade, é imprescindível observá-la levando em consideração, primeiramente, o “ponto de vista dos nativos”. Cf. CASTRO, Celso. **Textos básicos de antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. COLLEYN, Jean Paul. **Elementos de antropologia social e cultural**. Lisboa: Edições 70, 2015. GOMES, Mércio Pereira. **Antropologia**. São Paulo: Editora contexto, 2017.

¹⁴⁸ “A Proclamação da República no Brasil tem certamente pouca relação com o que pode ser chamado de evento revolucionário. Essa percepção é válida na exata medida em que as características mais salientes de uma República, a saber, a liberdade política, igualdade entre os cidadãos, a cidadania ativa, entre outros, estão ausentes em boa parte de sua história (...) Basta olhar para a gigantesca desigualdade que continua a dominar a sociedade brasileira para afirmar que estamos longe de ter constituído uma sociedade republicana democrática e que a comparação com modelos normativos pode ser útil para entender muitos dos percalços de nossa história.” (BIGNOTTO, 2020, p. 44).

¹⁴⁹ Nesse diapasão, é imprescindível a breve menção a desumanização da população indígena, conforme exposto por Álvaro de Azevedo Gonzaga (2021, p. 25-26): “O fenômeno da desumanização resulta da fixação de hierarquias e estratos entre as coletividades, como um indivíduo acreditando ser mais humano do que o próximo. Neste cenário, um dos círculos pessoais distingue-se como dotado de qualidades especiais, ao passo que desconhece no outro a presença de tais características. Assim, a desumanização pode ser compreendida como um procedimento de concepção e entendimento do

Siempre ha sido muy difícil pra los visitantes comprender la naturaliza y la dimensión cultural de los pueblos de América. La inmensa mayoría de los pueblos europeos han sido tomados culturalmente durante mucho tempo por su forma de vida, por sus religiones, por su relación utilitária y destructiva de la naturaliza que siempre se ha transformado em algo muerto e intercambiable em forma de produtos (MORALES, 2021, p. 12).

Nessa perspectiva, os povos indígenas foram vítimas da escravidão de mão de obra, de doenças que dizimaram grande parte de sua população, bem como de outras ações destrutivas oriundas direta ou indiretamente da colonização (VILLAS BÔAS FILHO, 2018, p. 11).

Ainda nesse âmbito, impossível dizer que com o passar do tempo, a situação dos povos originário melhorou. A formação do povo brasileiro, bem como de sua cultura e economia são fundados no extermínio indígena, em todos os seus aspectos, por um contexto genocida¹⁵⁰ (PEREIRA, 2018, p. 31).

Cumprе mencionar também que, tal política, não foge da chamada necropolítica, considerado o estado de exceção:

O colonialismo e o apartheid estabelecem uma governamentalidade irreduzível ao “fazer viver e deixar morrer” da biopolítica. Trata-se, aqui, do necropoder e da necropolítica, em que a guerra, a política, o homicídio e o suicídio são as formas de exercício da soberania. As diferenças entre a biopolítica e a necropolítica são demarcadas por Mbembe com o apelo ao conceito de estado de exceção. Para Mbembe, “o estado de exceção e a relação de inimizade tornaram-se a base normativa do direito de matar”, que se vale de um apelo permanente à “exceção, à emergência e a uma noção ficcional do inimigo”. Foi na experiência colonial que se estabeleceu de forma originária a síntese entre “massacre e burocracia” que originou a criação de políticas de governo baseadas na seleção de raças, na proibição de casamentos mistos, na esterilização forçada e até mesmo o extermínio dos povos vencidos, práticas que, como sabemos, transcenderam o território das colônias e fazem parte até mesmo das ditas democracias liberais. (ALMEIDA, 2021, p. 5-6).

Prosperou, então, no Brasil, durante a década de 1930, o neolombrosianismo. Caudatário do pensamento de Cesare Lombroso (1835-1909), no qual seria possível identificar traços físicos e biológicos que levariam o indivíduo a maior tendência ao crime, Raymundo Nina Rodrigues, (1862-1906) foi um dos principais expoentes da teoria em território brasileiro (SANTOS, 2008, p. 26).

próximo, categorizando como minoria num cenário de vínculo desigual de poder, que condiciona à construção e validação de diversos meios de violência, refletindo-o como não-humano, animalesco, diabólico, coisa/objeto, mensageiro da maldade, que há der ser isolado e preso ou exterminado.”

O autor considerava a miscigenação do sangue europeu, indígena e negro africano responsável pela questão da criminalidade brasileira, defendendo a possibilidade de dissociação da aplicação da punitividade entre as diferentes raças por meio de exames taxológicos e intervenções médicas (SANTOS, 2008, p. 27).

A herança atávica dos negros e indígenas no sangue brasileiro miscigenado seria a origem de falhas biológicas da população que, diferentemente da população europeia, não possuía traços padronizados (SANTOS, 2008, p. 39).

Importante esclarecer, nesse sentido, que o conceito de raça permeia por algumas searas distintas. A primeira delas seria relativa aos traços fenótipos de determinados grupos humanos em um mesmo território. A segunda, leva em consideração, em conjunto com as características biológicas, os traços morais, intelectuais e culturais. Por fim, constituiriam a raça “os tipos humanos constitutivamente distintos” (MOREIRA, 2020, p. 557).

O Estado brasileiro, ainda nessa ótica, durante o período de ditadura militar (1964-1985) e passado o momento neolombrosiano, promoveu o genocídio das populações originárias, descrito pelo Relatório Figueiredo (MPF).

O Relatório Figueiredo foi um importante documento para a compreensão do genocídio indígena. O então Procurador do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca, Jader de Figueiredo Correia, organizou, em sete mil folhas e trinta volumes, dos quais o segundo ainda se encontra desaparecido, a apuração da prática de corrupção e outras irregularidades que ocorriam no âmbito de atuação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), órgão que antecedeu a atual FUNAI (GONZAGA, 2021, p. 84).

A chamada “pacificação”, isto é, a retirada dos povos originários de seu isolamento voluntário para que iniciassem o processo de convivência e, ainda, dependência, do homem branco, foi o início do sofrimento indígena objeto de relato por parte do Relatório Figueiredo (GONZAGA, 2021, p. 86).

Nesse sentido, a já mencionada proteção dos direitos humanos, que já vigorava, tendo em vista que o Relatório foi solicitado em 1967, foi mera questão de expediente na tratativa. O etnocentrismo transpareceu nos mais diversos aspectos.¹⁵¹

¹⁵¹ Como demonstra Álvaro de Azevedo Gonzaga (2021, p. 88), as técnicas utilizadas pelos agentes do então Serviço de Proteção ao Índio (SPI), eram preconceituosas, tendo em vista que evidenciavam os povos originários como animais, inclusive atribuindo a determinada etnia a prática de canibalismo, com a distribuição de rolos de fotografia a fim de comprovar sua alegação, como forma de cominação nacional. Também nesse sentido a exposição de Flávio de Leão Bastos Pereira (2018, p. 116) “[...] o

Verifica-se então, não com surpresa, que a política indigenista no Brasil, bem como os órgãos utilizados para que fosse, de certa forma, controlada a questão, foi fundada com base na superioridade cultural etnocêntrica.

Tanto a identificação da violência como a determinação do sofrimento são seletivas e desempenham o seu papel na manutenção da ordem. Dito francamente, em vez de prevalecer uma empatia universal, parece que o sofrimento dos europeus brancos e dos seus descendentes é visto como mais angustiante do que o sofrimento de outros povos. Simultaneamente, o sofrimento dos negros e dos indígenas costuma permanecer indetectável, de tal forma que a identificação da negritude ou da indigenidade, em qualquer contexto, levará à determinação desse sofrimento como mais natural ou menos problemático que noutros casos (MALDONADO-TORRES, 2019, p. 107).

Entretanto, apesar do já exposto, não há de se tratar o campo indigenista apenas, de forma reduzida, às políticas de intervenção, mas, também, pelas políticas de proteção e defesa dos direitos indígenas, como aquela realizada pelos irmãos Villas Bôas (VILLAS BÔAS FILHO, 2014, p. 133).

Apesar dos esforços desmedidos de Orlando Villas Bôas e seus irmãos, a perspectiva indigenista que prevaleceu foi aquela fundada na bestialização e marginalização desses povos originários.

Há de se falar ainda na dificuldade de abordar, até a década de 2020, período de escrita do presente artigo, questões indígenas, sem que venha a memória do interlocutor a visão romantizada, de um indígena puro e idealizado, construída por aspectos midiáticos, literários e ainda, decorrente de políticas públicas governamentais (GONZAGA, 2021, p. 64).

A proteção legislativa, até o advento da Constituição Federal de 1988, se dava na proteção das populações originárias, como uma garantia a ser utilizada na transição do indígena até a sua plena integração na sociedade branca. Esse fato foi alterado com a promulgação da chamada Constituição cidadã, responsável por

que se verifica é a utilização do Estado e de suas estruturas orgânicas e burocráticas como instrumento de: espoliação de das riquezas indígenas; utilização de sua mão de obra escrava; tortura e morte dos povos indígenas, inclusive com condutas praticadas sob o manto da proteção jurídica, já que emanadas por superiores hierárquicos; imposição de trabalhos forçados às mulheres indígenas um dia após darem à luz, sem permissão para terem consigo seus recém-nascidos, violência sexual; larga aplicação da tortura do “tronco”, pela qual os tomozelos das vítimas eram triturados entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo; venda de crianças indígenas; dentre outras condutas criminosas praticadas pelo Estado, por meio de seus agentes do SPI”.

assegurar a preservação cultural, social e de tradições próprias de cada etnia¹⁵² (GONZAGA, 2021, p. 64).¹⁵³

Apesar da expressa demarcação da Constituição pela proteção dos direitos indígenas, ainda há concepções enraizadas que evidenciam o etnocentrismo presente em sua construção. Um exemplo claro é a utilização da terminologia “índio” para que sejam designadas as populações indígenas, como ocorre no bojo do artigo 231 do texto legal.

O termo “índio” carrega conotação pejorativa, contribuindo para a perpetuação do estereótipo de que o indígena é “preguiçoso, indolente, primitivo, selvagem, atrasado ou mesmo canibal” (GONZAGA, 2021, p. 3). O uso da palavra “indígena” ou ainda o termo “povos originários” implica em não generalização, evidenciando a diversidade e humanidade presentes na questão.

Cumprir mencionar que corre julgamento no Supremo Tribunal Federal sobre a questão denominada marco temporal indígena, não finalizado até o momento de conclusão desse artigo, ao qual se determinaria a data de cinco de outubro de 1988, promulgação da Constituição Federal, como um marco restritivo de posse indígena sobre as terras demarcadas, de modo que aqueles que não a ocupassem à época, a ela não teriam direito.

O Brasil permanece trazendo à tona questões que relativizam a autodeterminação, bem como a existência em si dos povos indígenas. Nesse sentido, a cada medida aqui tratada, mais clara fica a concepção etnocêntrica que permeia a construção do indigenismo no Brasil.

4 A PERSPECTIVA INDIGENISTA BRASILEIRA FACE AO MULTICULTURALISMO

Eis então que passamos a tratar de dados. O último censo realizado em território brasileiro ocorreu em 2010, não havendo, por parte do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, nessa modalidade, pesquisa mais recente. Apesar da

¹⁵² Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

¹⁵³ Entretanto, apesar da menção às normas constitucionais que favorecem a proteção em sentido amplo dos povos originários, Adilson José Moreira (2020, p. 242) observa também que o controle de constitucionalidade deve ser utilizado como forma de proteção dos direitos das minorias, dos princípios da igualdade e da liberdade como desígnios da própria democracia. Ainda, nesse sentido, segundo o autor, a Constituição não é dada a preservação dos chamados arranjos sociais, mas da própria integração social, e não como uma proteção direta dos direitos das próprias maiorias.

realização a cada dez anos, não ocorreu em 2020 por questões orçamentárias e pandêmicas, sendo adiada para o ano de 2022, e não sendo divulgados os resultados até a data de encerramento deste artigo.

No entanto, os recursos apresentados demonstram recolhimento de dados da população originária residente em terras indígenas, bem como fora delas. Os dados são de 896,9 mil indígenas, dos quais 817,9 se declaravam indígenas em cor ou raça, e os demais se consideravam indígenas por perspectivas culturais e ancestrais (IBGE, 2012). Na mesma declaração, foram discriminadas 305 etnias diferentes, determinadas pelo critério de “afinidades linguísticas, culturais e sociais”, sendo 293, 9 mil indígenas falantes de 274 idiomas (IBGE, 2012).

Para que haja o enquadramento no conceito de indígena, o Brasil utiliza-se dos critérios pautados na Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹⁵⁴ e pelo chamado Estatuto do Índio, a Lei nº 6.001/1973¹⁵⁵.

Apesar de breve, o referencial mencionado já demonstra de forma clara a pluralidade dentro da população indígena apenas no Brasil. Quando abordada a questão indígena, é essencial ter em mente a impossibilidade do tratamento generalizado, como se todos os indivíduos fossem pertencentes a uma só etnia.

A forma mais evidente de distinção entre as etnias, além da questão geográfica, reside no idioma falado pelos integrantes de determinado povo. Como já mencionado, são 274 idiomas diferentes contabilizados pelo governo no último censo. Importante lembrar também que há uma outra subdivisão, que guarda relações com

¹⁵⁴ Artigo 1º 1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

¹⁵⁵ Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

o nível de contato da comunidade com a dita sociedade, quais sejam, segundo a Lei 6.001/1973: isolados; recém contatados ou em vias de integração; e integrados.¹⁵⁶

Isto posto, há de se dizer que dentro do próprio gênero indígena, há uma série de subdivisões, que as classificam dentro de diferentes categorias. Ora, se já é incabível a perspectiva do direito como norma geral regulatória, como há de se pensar em uma única perspectiva para essas diferentes etnias?

A realidade do cenário brasileiro não é amigável para as populações indígenas. Segundo os dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB, 2021), no tocante a ocupação de terras indígenas, principalmente quando ocorre de forma violenta, como é o caso da grilagem e da invasão, o Brasil teve 81.225 famílias vítimas durante a vigência do ano de 2020 e, desse total, 71,8%, isto é, 58.327 são famílias indígenas.

Os dados são alarmantes, uma vez que em comparação ao ano de 2019, houve um crescimento expressivo. No referido período, do total, 66,5% ou 26.621 famílias indígenas foram vítimas dos atos de invasão. Como mais um indicador do acima exposto em 2018, foram vitimadas 50,1% ou 14.757 famílias originárias. Houve um crescimento exponencial, com percentual de 295% de 2018 para 2020 (APIB, 2021).

Como já mencionado, o país sofre um apagão em relação aos dados de sua população, principalmente quando estudadas as minorias. Entretanto, a Articulação dos Povos Indígenas no Brasil, que foi criada através do movimento indígena no Acampamento Terra Livre de 2005, a “mobilização nacional, realizada todo ano, a partir de 2004, para tornar visível a situação dos direitos indígenas e reivindicar do Estado Brasileiro o atendimento das suas demandas e reivindicações” (APIB, 2022),

¹⁵⁶Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

é responsável pela coleta mais recente de informações, inclusive àquelas relativas a pandemia ocasionada pela SARS-CoV-2.

Nessa âmbito, tendo em vista a enorme dificuldade de conhecimentos precisos e específicos sobre as etnias que habitam o território brasileiro, seja pela falta de dados, ou pela falta de investimento em pesquisa e políticas públicas especializadas, a aplicação do direito como norma regulatória universal resta demonstrada de forma ainda mais escancarada.

A exposição ocorre, principalmente, quando abordadas questões relativas ao tratamento de direitos indígenas, com foco no tocante aos direitos humanos. A visão que cerca os Poderes Legislativo e Judiciário é permeada pelas raízes coloniais.

Quando os infratores são não-indígenas ou não pertencem à comunidade, a justiça indígena depara com obstáculos por parte da justiça majoritária que dificultam e acabam por impedir o seu julgamento, não só na justiça indígena mas, por vezes, também na justiça oficial. Inclusive nos Estados onde a justiça ordinária reconhece e apoia a legitimidade da justiça indígena para exercer o seu poder e julgar de acordo com a lei própria, esse poder costuma estar circunscrito aos seus territórios reconhecidos e não é aplicável ao resto do âmbito nacional, bem como costuma impor limitações para poderem ser julgadas pessoas não indígenas segundo esse enquadramento legal. Porém, estes Estados-nação que permitem e legitimam no melhor dos casos a convivência de ambas as justiças definem a justiça ordinária como garante para assegurar que não se vão cometer excessos nem falhar por parte da justiça indígena (SANTOS, 2012: 38). Há uma demonização da justiça indígena (SANTOS, 2012: 15), um racismo difuso que a define como justiça selvagem e bárbara (SANTOS, 2012: 21). E quem assegura que a justiça ordinária, na sua aplicação aos homens e mulheres indígenas não comete excessos nem falhas? Enquanto ambas as justiças não estiverem em igualdade de condições na sua aplicação, enquanto a justiça majoritária assumir que é hierarquicamente superior e, por isso, pode e deve impor seus critérios à justiça indígena, não poderemos falar de pluralismo jurídico, inclusive onde a justiça indígena é reconhecida, muito menos nos Estados onde nem sequer é tida em conta ou se percebe como uma ameaça para os três princípios fundamentais do direito moderno eurocêntrico, como o princípio de soberania, o de unidade e o de autonomia (SANTOS, 2012: 16), que se entende só poderem ser exercidos pelo Estado-nação (DORRONSORO, 2019, p. 387)

Fato é que, conforme exposto, a jurisdição indígena sequer é tratada pelo Estado como jurisdição que é. Ainda, nesse sentido, importante mencionar que em países da América Latina, como Colômbia, Bolívia, Peru, Venezuela, Paraguai e Equador há o reconhecimento no próprio texto constitucional. A própria Constituição colombiana traz no bojo de seu artigo 246¹⁵⁷ a previsão da jurisdição especial, desde que essa não seja contrária ao texto constitucional.

¹⁵⁷ Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que

Ainda com a finalidade de tentar assegurar os direitos indígenas no processo penal, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro publicou, em 2019, a Resolução 287, que “estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário”.

O meio determinado na Resolução do CNJ foi a produção do laudo antropológico¹⁵⁸, meio de prova pericial, elaborado por uma equipe multidisciplinar, composta por antropólogos, cientistas sociais ou outro profissional com conhecimento na temática, designado pelo juízo. A perícia será responsável, principalmente, por determinar o nível de integração do agente indígena.

O laudo tem por objeto compreender principalmente a condição de integração em que o acusado se insere e, nesse sentido, a análise antropológica busca a imersão em sua comunidade, família e vida social. Determina, também, a presença de um intérprete, quando necessário. Porém, cumpre aqui mencionar que um dos critérios utilizados pelo Judiciário para a determinação de integração ou não do agente é o idioma por ele falado. Ora, grande parte dos indígenas brasileiros possuem, também, a língua portuguesa como materna, sendo, então, pouco determinante para que seja estabelecida a produção ou não da prova antropológica.

Além da questão penal, é essencial mencionar os outros âmbitos do direito. Conforme menção anterior, corre no Supremo Tribunal Federal, julgamento do denominado “marco temporal indígena”, cuja decisão não foi proferida até o momento de conclusão desse artigo. O âmbito da decisão diz respeito sobre a demarcação das terras indígenas que, em tese, deveriam estar ocupadas à data de cinco de outubro de 1988, caso contrário, a comunidade que as habitam, não teriam, sobre elas, direito.

no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

¹⁵⁸ Art. 6º Ao receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, a autoridade judicial poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica, que fornecerá subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada, e deverá conter, no mínimo:

- I - a qualificação, a etnia e a língua falada pela pessoa acusada;
- II - as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas da pessoa acusada;
- III - os usos, os costumes e as tradições da comunidade indígena a qual se vincula;
- IV - o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica imputada, bem como os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados para seus membros; e
- V - outras informações que julgar pertinentes para a elucidação dos fatos. Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado por antropólogo, cientista social ou outro profissional designado pelo juízo com conhecimento específico na temática.

As noted, by protecting the indigenous lands, one also protects, by consequence, the possibility of social and ethnic manifestations of the nations and indigenous communities. In other words: the possibility for these people to live in a genuine fashion is guaranteed, ensuring ways for them to live according to practices and creeds that convey identity to their existence as a determined social group. The constitutional order and the international one recognize them the right to be different with dignity under their cosmologies and beliefs. (PAPAZIAN; HAIRABEDIAN; PEREIRA; GARZILLO, 2023, p. 09)

Além disso, há também de se mencionar as constantes violações sofridas em decorrência da invasão das referidas terras, de modo a perpetuar a violência estrutural e colonial cujas vítimas são povos originários.

Portanto, apesar do exposto, não há de se falar de compreensão dos direitos indígenas face ao multiculturalismo, uma vez que estes não são, de fato, abordados em âmbito brasileiro e há a clara prevalência do etnocentrismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O multiculturalismo abordado por Étienne Le Roy e Boaventura de Sousa Santos, caudatário de seu pensamento em âmbito lusófono, deve ser objeto de estudo e incorporação por parte do estudo do Direito brasileiro.

Tendo em vista ser o país berço de, ao menos, mais de trezentas etnias indígenas distintas, há a necessidade de exploração dos direitos humanos fora de sua esfera etnocêntrica, sob pena de torná-los absolutamente inócuos face a proteção dos povos originários.

Encontramos, diariamente, no cenário atual, graves violações aos direitos indígenas. O exemplo mais notável é a invasão de suas terras por parte do garimpo ilegal, da extração de madeira e dos avanços crescentes da agropecuária. A contaminação da água e do solo põe em risco a saúde de comunidades inteiras; sem mencionar ainda a inegável violência ocasionada pelos invasores.

A ausência de representatividade nos órgãos governamentais responsáveis é motivada, em grande parte, pela ausência de um tratamento adequado. Importante mencionar também o grande vazio ocasionado pela ausência de dados atualizados pelo Estado, fato esse que leva o destaque a organizações como a APIB, pelo controle de tais medidas que deveriam ser tomadas pelo próprio governo.

É crescente a necessidade por políticas públicas de conscientização nas escolas, introduzindo o pensamento multicultural e substituindo celebrações como o “Dia do Índio” por palestras e aulas sobre a questão indígena.

Para além do ensino básico, é imprescindível também a preparação da magistratura e demais membros do Poder Judiciário para a tratativa de demandas dos povos originários, bem como do Poder Executivo, para que as legislações elaboradas sejam de acordo com as reivindicações feitas pelas comunidades indígenas, de modo a atender com precisão aquilo que é primordial para o seu bem-estar.

A compreensão da perspectiva pluralista e multicultural dos direitos humanos em território brasileiro é uma importante etapa para a efetivação dos direitos indígenas e para a própria construção indigenista.

Portanto, o afastamento do etnocentrismo e do direito como concepção regulatória universal é o primeiro passo para a cognição do indigenismo como movimento de destaque e distinta relevância no cenário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. NECROPOLÍTICA E NEOLIBERALISMO. **Caderno Crh**, [S.L.], v. 34, p. 1-10, 29 nov. 2021. Universidade Federal da Bahia. <http://dx.doi.org/10.9771/ccrh.v34i0.45397>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/3prpY8vSHNZccvB67Gt7m6N/>. Acesso em: 01 maio 2022.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Assassinatos, tentativas e invasões: violência contra Indígenas e contra seus territórios**. 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/02/assassinatos-tentativas-e-invasoes-violencia-contra-indigenas-e-contra-seus-territorios/>. Acesso em: 05 maio 2022.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Quem Somos**. Disponível em: <https://apiboficial.org/sobre/>. Acesso em: 05 maio 2022.

BIGNOTTO, Newton. **O Brasil à procura da democracia: Da Proclamação da República ao século XXI (1889-2018)**. Rio De Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2010: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas**. 2012. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-populacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>. Acesso em: 04 maio 2022.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASTRO, Celso. **Textos básicos de antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

COLLEYN, Jean Paul. **Elementos de antropologia social e cultural**. Lisboa: Edições 70, 2015.

DORRONSORO, Begoña. Existindo, resistindo e reexistindo: mulheres indígenas perante os seus direitos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena (org.). **O pluriverso dos direitos humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. Cap. 15. p. 373-397.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**, v. 48, p. 105-131, 201.

GOMES, Mércio Pereira. **Antropologia**. São Paulo: Editora contexto, 2017

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo Indígena**. São Paulo: Matrioska, 2021. 169 p.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Da colonialidade dos Direitos Humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena (org.). **O pluriverso dos direitos humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. Cap. 3. p. 87-111.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Relatório Figueiredo**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/relatorio-figueiredo>. Acesso em: 01 maio 2022.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. 2. Ed. Tradução por Rosemary Abilio. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORALES, Evo. Prólogo. In: GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo Indígena**. São Paulo: Matrioska, 2021. p. 1-169.

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural / law, power, ideology. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 830-868, 14 jun. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.21460>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/wK9zTHHtQ445mdCbRh4BXYG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 abr. 2022.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020. 783 p.

PAPAZIAN, Alexis; HAIRABEDIAN, Carlos Federico Gaitan; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos; GARZILLO, Rômulo Monteiro. THE GENOCIDE OF THE INDIGENOUS POPULATION IN CONTEMPORARY BRAZIL: critical and relational aspects. **Revista Direito Mackenzie**, [S.L.], v. 17, n. 1, p. 1-23, jun. 2023. GN1 Sistemas e Publicacoes Ltd.. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v17n115975>.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Genocídio Indígena no Brasil: o desenvolvimentismo entre 1964 e 1985**. Curitiba: Juruá, 2018. 250 p.

PEREIRA, José Carlos. Educação e cultura no pensamento de Franz Boas. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, n. 10, 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/pontoevirgula/article/view/13903>. Acesso em: 04 maio 2022

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555595789. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595789/>. Acesso em: 26 abr. 2022

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 27 abr. 2022

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [S.L.], n. 39, p. 105-124, 1997. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64451997000100007>

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena. **O pluriverso dos direitos humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. 514 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena; SANTOS, Cecília Macdowell. **Quem precisa dos Direitos Humanos?: precariedades, diferenças, interculturalidades**. Coimbra: Almedina, 2019. 390 p.

SANTOS, Elaine Maria Geraldo dos. **A face criminosa: O neolombrosianismo no Recife da década de 1930**. 2008. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de História, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/7278>. Acesso em: 01 maio 2022.

UNITED NATIONS. **About us**. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us>. Acesso em: 26 abr. 2022.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 111, p. 339-379, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>. Acesso em: 6 abr. 2022.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A MEDIAÇÃO EM UM CAMPO DE ANÁLISE INTERDISCIPLINAR: o aporte da teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, [S.L.], v. 3, n. 2, p. 1112-1162, 25 fev. 2018. Revista Estudos Institucionais. <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v3i2.205>.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O desenvolvimento dos estudos sociojurídicos: da cacofonia à construção de um campo de pesquisa interdisciplinar. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 113, p. 251-292, 2018.

DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v113i0p251-292. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156564>. Acesso em: 27 abr. 2022.
VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Prefácio. In: PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Genocídio Indígena no Brasil: o desenvolvimentismo entre 1964 e 1985**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 1-250.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Orlando Villas Bôas: E A Construção Do Indigenismo No Brasil**. São Paulo: Mackenzie, 2014. 216 p.

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS TRABALHADORES SOB OS ASPECTOS DAS POLÍTICAS NEOLIBERAIS.

HISTORICAL DEVELOPMENT OF LABOR PEOPLE UNDER THE LOGIC OF NEOLIBERAL POLICIES. A CRITICAL REVIEW.

LIMA, Jordanna Roberta Lima¹⁵⁹

REIS, Marcos Cristiano Dos¹⁶⁰

RESUMO: O presente trabalho aborda o entendimento das noções de segurança e saúde no trabalho ante o avanço das políticas neoliberais no contexto brasileiro e a consequência dessas políticas neoliberais ao direito do trabalho e, sobretudo, à dignidade humana dos trabalhadores. Desta forma, se buscou por meio da revisão bibliográfica produzir uma apresentação cronológica dos direitos humanos no Brasil, tendo como base os avanços dos direitos trabalhistas em específico. Além disso, também se conceituou o entendimento de neoliberalismo como uma política em implementação no contexto político brasileiro para a partir daí se tratar da mudança no contexto da segurança e saúde dos trabalhadores.

Palavras-Chave: Direitos Humanos e Sociais; Neoliberalismo; Precarização do Trabalho; Dignidade Humana.

ABSTRACT: The present work addresses the understanding of the notions of safety and health at work in view of the advance of neoliberal policies in the Brazilian context and the consequence of these neoliberal policies to labor law and, above all, to the human dignity of workers. In this way, through the bibliographical review, we sought to produce a chronological presentation of human rights in Brazil, based on the advances of labor rights in specific. In addition, the understanding of neoliberalism was also conceptualized as a policy being implemented in the Brazilian political context, in order to deal with the change in the context of workers' safety and health.

Key-Words: Human and Social Rights; Neoliberalism; Precariousness of Work; Human Dignity.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é parte da monografia de conclusão de curso aprovada em 2022 no curso de Direito do Centro Universitário Alfredo Nasser. Neste artigo

¹⁵⁹ Jordanna Roberta Lima, graduada em Direito do Centro Universitário Alfredo Nasser; pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, Direito Processual Civil e Direito Contratual e Responsabilidade Civil pela Escola Superior de Advocacia de Goiás e Compliance e Gestão de Risco pela Universidade Anhanguera. E-mail: jordannaroberta7@gmail.com. Endereço: Rua dos Buritis, quadra 28, lote 05, setor Retiro do Bosque, Aparecida de Goiânia/GO.

¹⁶⁰ Marcos Cristiano Reis, mestre em sociologia pelo PPGS da UFG e doutorando em direitos humanos pelo PPGIDH da UFG; coordenador do grupo de estudos em direitos humanos, cidadania e cultura da UNIFAN e professor das disciplinas Sociologia Jurídica e Ciência Política. E-mail: marcosreis@unifan.edu.br. Endereço Avenida Bela Vista, nº 26, Jardim das Esmeraldas, Aparecida de Goiânia/GO.

desenvolve-se a intersecção do direito do trabalho com disciplinas zetéticas em especial a sociologia jurídica e a história do direito. Nessa perspectiva a primeira sessão, aborda o contexto histórico dos direitos humanos e trabalhistas. Através das perspectivas das lutas sociais e seus respectivos resultados. Essas que influenciam as relações humanas. As supracitadas que necessitam ser regulamentadas por intermédio de direitos, deveres e garantias estabelecidas a cada indivíduo. Esse contexto histórico da humanidade se divide inicialmente em três dimensões¹⁶¹. Sendo a primeira dimensão referente aos direitos civis, em que o estado tem uma obrigação negativa. A segunda dimensão, sendo os direitos políticos, também conhecidos como direitos sociais, trabalhistas e econômicos, em que nesse o estado tem uma obrigação positiva. E posteriormente, surgem os direitos de terceira dimensão. Sendo esses os direitos difusos, coletivos e direitos individuais homogêneos.

Nesse processo histórico, há muitos momentos marcantes. Explanando no século iluminista, na Europa precisamente, sobrevieram as revoluções liberais. Essas, defendidas pela nova classe social, burguesia. A mesma que, destaca conquistas revolucionárias, manifesta-se na independência das 13 colônias norte americanas e a revolução francesa. Já no final desse século e início do século XIX, ocorre a revolução industrial. Essa marcada pela origem das máquinas a vapor. Aqui os burgueses são os grandes proprietários das fabricas e nas mesmas há grande volume de trabalhadores. Destacando-se nesse momento, que a mão de obra necessária para a manipulação de uma máquina foi garantida pelas famílias pobres, que vedem sua força de trabalho.

Ainda sobre as dimensões dos direitos humanos, aborda-se outras duas, consideradas numericamente a quarta e quinta. Sendo a quarta dimensão um vínculo da democracia, do pluralismo, o acesso à informação e à globalização democrática e os direitos de quinta dimensão denominado como o direito à paz. Contudo, apesar de todo esse desenvolvimento histórico e a difusão das dimensões que almejam a seguridade da dignidade humana, há de se enfatizar que esses direitos não abarcaram toda a humanidade. Considerando que um milhão de trabalhadores

¹⁶¹Entende-se que, o recurso da distribuição cronológica bem como a distinção em dimensões distintas corresponde à uma preocupação de organização teórica e didática que facilita a compreensão histórica das relações reguladas pelo direito nas sociedades ocidentais. Nesse sentido, se lançou mão do desenho teórico das dimensões do direito utilizado por Domeles (1989), mas também por Carvalho (2004).

morrem de acidentes de trabalho e 1 bilhão de seres humanos não são alfabetizados (FLORES, 2002, P. 10, *apud*, VAZ; REIS, 2020, p. 103).

Contudo, o direito do trabalho é analisado por uma perspectiva progressista humanitária, concernente do objetivo da preservação da dignidade humana. Visto que, esse é classificado como um direito social e econômico, inerente na segunda dimensão e objetiva o estudo do trabalho humano. E a saúde e segurança do trabalho sendo inseparável deste simultaneamente objetiva a efetivação de um conjunto de ações exercidas com intuito de reduzir danos e perdas provocados por agentes agressivos. Logo, sendo o direito do trabalho um direito humano e solenemente reconhecido, desde o Tratado de Versalhes, de 1919, até a Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948, que introduziu em seu artigo XXIII que toda pessoa tem direito ao trabalho, esse que deve ser de forma segura e saldável.

Na segunda sessão, são apresentadas as transformações político-econômico introduzidas no contexto da globalização neoliberal no Brasil dos últimos 30 anos. Essas que tem colocado em xeque a legitimidade e a validade dos direitos trabalhistas. Aqui discute-se o direito do trabalho ante o estabelecimento do sistema político econômico neoliberal. O neoliberalismo é apresentado como um sistema político e econômico, que estabelece uma relação em que o Estado é protetor dos interesses dos conglomerados econômicos e das empresas multinacionais, detentoras da maior parte do capital. Neste contexto, os direitos sociais, as garantias trabalhistas e efetivações da função social da saúde e segurança do trabalho passam a ser apresentados como gastos desnecessários e prejudiciais ao desenvolvimento econômico.

A metodologia utilizada para a confecção do presente trabalho foi dedutiva descritiva. Utilizou-se como método de coleta a pesquisa bibliográfica valendo-se de pesquisas em sites e mecanismos de buscas acadêmicos como o google scholar e Scielo. Também foram efetivadas buscas em bancos de teses públicas. A metodologia de análise desenvolvida para selecionar e utilizar o material foi a análise de conteúdo e com esta se estabeleceu o caráter qualitativo.

Quanto a abordagem dessa pesquisa, considerando a maneira que foram coletadas e analisadas as informações, essa se deu de forma mista, Lakatos e Markoni informam que, “os métodos mistos representam um conjunto de processos sistemáticos e críticos de pesquisa” (LAKATOS; MARCONI, 2022), ou seja, optou-se para tal trabalho uma abordagem quali-quantitativa. Visto que, “os métodos mistos

representam um conjunto de processos sistemáticos e críticos de pesquisa” (LAKATOS; MARCONI, 2022), ou seja, a pesquisa optou por uma perspectiva dedutiva, valorativa e crítica, partindo de interpretações de obras que deram origem as conclusões. Conclusões estas baseadas em dados estatísticos que corroboraram as conclusões teoricamente construídas. Considerando o debate promovido por Creswell e Creswell (2021) métodos mistos demandam a integração analítica de dados de naturezas distintas na forma que foram coletados. Desta forma, segundo os autores a análise aprofundada depende da integração de bancos de dados diferentes, por exemplo, dados quantitativos de fonte secundária. Segundo Vieira Neto, uma fonte é classificada como secundária quando o pesquisador recorre a relatórios, revistas, livros ou dados por instituições especializada (VIEIRA NETO, 2004, p. 13) para estabelecer a descrição e/ou compreensão do fenômeno estudado. Buscou-se, nesse sentido, aprofundar a interpretação do contexto histórico dos direitos humanos e sociais trabalhistas e a precarização do trabalho que informassem a relação existente entre a efetividade do meio ambiente seguro dos trabalhadores e neoliberalismo.

De forma objetiva Creswell e Creswell definem métodos mistos como uma abordagem de investigação que integra a coleta de dados quantitativos de fonte secundária e dados qualitativos, no caso da pesquisa em tela, obtidos pela pesquisa bibliográfica, usando desenhos metodológicos que são inspirados em pressupostos filosóficos e teóricos. Os autores explicam que o pressuposto básico dessa forma de investigação é que a integração dos dados qualitativos e quantitativos gera uma compreensão que vai além das informações fornecidas pelos dados quantitativos ou qualitativos isoladamente (CRESWELL; CRESWELL, 2021, p. 33).

Desta forma, para proceder a estruturação teórico-filosófica, inerente à pesquisa, o procedimento de revisão bibliográfica, que consiste em uma procura de fontes documentais e bibliográficas mostra-se fundamental (LAKATOS e; MARCONI, 2021).

A problematização por meio da pesquisa bibliográfica cumprirá a função de satisfazer os objetivos de descrever o contexto histórico do desenvolvimento dos direitos humanos e sociais relacionados ao trabalho no Brasil. de relacionar o desenvolvimento dos direitos humanos e sociais ao direito do trabalho e de abordar a relação entre neoliberalismo e desigualdade social.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E TRABALHISTAS

Quando se estuda os fatos que contextualizam historicamente os direitos humanos e sociais percebe-se que estes são, sem dúvida, frutos de lutas sociais que almejavam um desenvolvimento da humanidade. Seres humanos desde a antiguidade são integrantes de grupos sociais, onde desenvolvem as relações entre si. Estas, por suas características, necessitam ser regulamentadas com intuito de estabelecer direitos, deveres e garantias. Sendo assim, de acordo com a teoria Geracional de Direitos Humanos concebida pelo jurista e ex-secretário geral do instituto internacional dos direitos humanos de Estrasburgo, Karel Vasak “são considerados direitos humanos aqueles direitos inerentes ao homem, estabelecidos enquanto condição para sua dignidade” (VASAK, *apud*, VAZ; REIS, 2020).

Afirmção histórica dos direitos humanos transcorre por um longo período evolutivo, se divide em três dimensões inicialmente segundo VAZ e Reis. Sendo, a de primeira dimensão: “os direitos às liberdades civis e públicas, uma vez que o Estado é incumbido de não fazer, pelo qual se determina o dever de abstenção” (VAZ; REIS, 2020). Logo, nesta supracitada, os direitos civis são vistos como negativos, enfatizando a não intervenção do Estado, esse que obtém uma obrigação de não fazer.

Ademais, a história da humanidade, conforme posicionamento do jurista Karel Vasak, demonstra que os direitos de primeira dimensão não bastaram para garantir a seguridade da dignidade humana. Sendo assim, foi necessário a formação dos direitos de segunda dimensão, cronologicamente no decorrer do século XIX e o início do XX. (VAZ; REIS, 2020).

Os direitos de segunda dimensão, seria os direitos políticos, ou seja, os direitos de as pessoas intervir no jogo político e no exercício do poder, neste o Estado tem uma obrigação de fazer, positiva. Portanto, “são os chamados Direitos sociais, trabalhistas e econômicos tais como direitos a educação pública, à previdência social, à saúde pública, à moradia, à segurança, lazer entre outros.” (VAZ; REIS, 2020, p. 98).

Fato é que no decurso do tempo, os direitos de primeira e segunda dimensão não mostraram ser suficientes para a seguridade da dignidade humana. Visto que, no século XX, o mundo foi plateia de atrocidades a esses direitos supracitados. Pode-se

observar “as barbáries como o holocausto de judeus e a própria Segunda Grande Guerra Mundial, que dizimaram milhares de vidas humanas no mundo”. (VAZ; REIS, 2020, p. 98).

Portando, seguindo progressivamente fez se necessário uma maior preocupação e garantia da preservação da dignidade humana, buscando a real proteção da vida humana. Surge então, os “conhecidos como direitos difusos, coletivos e direitos individuais homogêneos” (VAZ; REIS, 2020, p. 98). Esses denominados como os direitos de terceira dimensão, “dentre os documentos que consubstanciaram esses direitos, se destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada da ONU, em 1943.” (VAZ; REIS, 2020, p. 98).

Referente a tudo que foi falado é importante enfatizar que as dimensões dos direitos não tratam de uma ideia de causalidade ou de uma linearidade no desenvolvimento dos direitos, como estágios sucessivos, mas se trata de um método didático de associação do ambiente histórico às transformações políticas que emergiram um direito em detrimento do outro. (VAZ; REIS, 2020).

Pertinente a esse processo há de se destacar momentos históricos, precisamente no século XVIII, conhecido também como século do iluminismo. O mundo eurocêntrico neste período, confronta-se com o antigo regime absolutista, cujo poder centraliza-se na pessoa do rei. Neste contexto, há inúmeras transformações com o surgimento da nova classe social a burguesia. Classe essa que defende um discurso de liberdade. Deste modo, “verifica-se que, a partir da segunda metade do século XVIII, sobrevieram à Europa as Revoluções Liberais”, (VAZ; REIS, 2020, p. 97).

Aqui se destacam as conquistas revolucionárias dessa nova classe. Classe essa que se manifesta na, Independência das 13 colônias Norte-Americanas, em 1779 e Revolução Francesa, especialmente em 1789 com a declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Ou seja, ruptura do pacto colonial, dentre outros momentos que sequenciaram essa ebulição de ideias. (VAZ; REIS, 2020).

Ainda no final deste século iluminista e início do século XIX, ocorreu a Revolução Industrial, entre os anos 1760 a 1830, na Inglaterra, originado as máquinas a vapor, onde os artesãos perderam o domínio dos meios de produção. Considerando que as máquinas mantêm uma produção muito superior à dos homens, os burgueses são os grandes proprietários. Em suas fábricas há precisamente um grande volume de trabalhadores. Esses que são declarados como iguais perante a lei, ou seja, não

são escravos. Logo, um burguês e um proletário por serem iguais ante o Estado podem celebrar um contrato de trabalho.

Neste momento a mão de obra necessária para manipular uma máquina foi garantida pelas famílias pobres, que vendem sua força de trabalho. “O emprego das máquinas torna supérflua a força muscular e torna-se meio de emprego para operários sem força muscular, ou com um desenvolvimento físico não pleno, mas com uma grande flexibilidade. Façamos trabalhar mulheres e crianças!” (MARX, 2018, p. 77). Este momento da história foi marcado pela precarização do trabalho, onde:

As condições de trabalho eram bastante degradadas, com numerosos acidentes de trabalho graves, mutilantes e fatais, tendo como causas: falta de proteção das máquinas, falta de treinamento para sua operação, jornada de trabalho prolongada, nível elevado de ruído das máquinas monstruosas ou pelas más condições do ambiente de trabalho. Não eram poupadas as mulheres e crianças a partir de 6 anos, contratadas com salários mais baixos. (MATTOS, 2019, p. 8).

A função social da segurança do trabalho e a preservação da dignidade da pessoa humana, neste contexto é perceptivelmente inexistente no século XIX. Em virtude que, os acidentes de trabalho e doenças ocupacionais na história, considerando todo esse contexto originou situações alarmantes. Uma vez que, na “medida que novas fábricas se abriam e novas atividades industriais eram iniciadas, cresciam também os números de doenças e acidentes, tanto de ordem ocupacional como não ocupacional.” (MATTOS, 2019, p. 9). Tais reflexos, também foram observados no Brasil no século posterior, em que ele “ganha o título de campeão mundial de acidentes de trabalho no ano de 1974.” (MATTOS, 2019, p. 12).

Neste ponto da história até o início do século XX, existiam apenas normas internacionais aleatórias e dispersas referentes a alguns direitos fundamentais, a exemplos que versavam acerca do combate à escravidão no século XIX. Contudo, no tocante a preocupação com a saúde e segurança do trabalhador mundialmente, conforme pontua o autor Mattos (2019, p. 10) “Os primeiros países a aprovar leis sobre a reparação dos acidentes de trabalho e, mais tarde, das doenças profissionais foram: Alemanha (1884); Inglaterra (1897); França (1898); Suécia (1901); Estados Unidos (1911) e Portugal (1913).” Na Inglaterra, precisamente em 1802 é aprovada a primeira lei de proteção aos trabalhadores, a “Lei da Preservação da Saúde e da Moral dos Aprendizes e de Outros Empregados”.

Outro marco relevante neste tema é o ano de 1819, neste ano foi criada a lei que proibia o trabalho de menores de 9 anos e limitava a 12 horas a jornada de menores até 16 anos (OLIVEIRA, 2009). Já em 1833, o parlamento inglês, posiciona-se pertinente a essa lide social, sancionando a lei reduzindo para 8 horas o limite de jornada de trabalho dos menores de 13 anos e para 12 horas aos menores de 18 anos e proibindo o trabalho noturno para menores (MATTOS, 2019). Décadas posteriores, em 1847, vigorou a lei estabelecendo jornada de trabalho de 10 horas, essa lei objetivava a proteção às mulheres e aos menores (OLIVEIRA, 2009).

No decorrer do século XX, “em 1908, foi estabelecida a jornada diária de 8 horas, em 1910, foi criada a folga de meio dia por semana aos comerciários e, em 1912, o Código de Leis Trabalhista, ampliado sempre por estatutos especiais e portarias administrativas” (OLIVEIRA, 2009). Neste momento histórico, há a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, na Europa, por intermédio do Tratado de Versalhes, “a OIT, única agência da ONU com comissões tripartites, reúne governos, empregadores e trabalhadores de 187 países-membros” (MATTOS, 2019, p. 12). Dessa forma, essa organização “traduz-se como marco notável na generalização do processo para a efetiva afirmação dos direitos humanos dos trabalhadores no mundo capitalista e para a efetiva aplicação do direito internacional do trabalho (DIT)” (ALVARENGA, 2020, p. 35).

Sendo assim, é perceptível que o que foi construído pós-revolução francesa, foi uma democracia para as classes superiores, esses sendo pessoas com determinada renda e detentores dos direitos. É a partir desse contexto que a classe trabalhadora irá se opor, pois se todos são iguais perante a lei, todos devem ser detentores dos mesmos direitos. A afirmação na lei não se concretizava na prática. A liberdade como um direito fundamental não pode se realizar quando não há igualdade política e a liberdade política não se concretiza sem a igualdade material. Uma demonstração dessa desigualdade na organização social europeia e estados unidense do século XIX era a falta de representação política das classes trabalhadoras no poder legislativo daqueles países, fato que motivou a constituição e a luta dos sindicatos de trabalhadores urbanos em diferentes Estados no Norte-Global (DORNELLES, 1989; *apud* VAZ; REIS, 2020).

No contexto nacional, “o Brasil, como o restante da América Latina, teve sua Revolução Industrial ocorrendo por volta de 1930. Os fatos marcantes neste século foram: a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CTT em 1943)”

(MATTOS, 2019, p. 12). É importante, salientar, no entanto, que a expressão “Revolução Industrial” utilizada por Mattos, supracitada, é demasiado exasperada, visto que o que ocorreu dentro deste período em território brasileiro foi um tímido processo de modernização dos processos produtivos. Tal desenvolvimento estava alinhado aos projetos da burocracia civil e militar bem como da burguesia industrial concentrada no sudeste brasileiro, em especial, São Paulo (MACHADO, 2012). Dito isso, é possível afirmar que o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, é um marco importante para as relações de trabalho.

No século XX, essas lutas sociais permanecem, pois já há os direitos civis ou direitos negativos, quer dizer, aqueles direitos cujo Estado se abstém de intervir nas relações dos sujeitos, e há também os direitos políticos em que se asseguram meios para que determinados grupos sociais acessem o poder.

Entretanto, há muitas desigualdades, cujos direitos anteriores não conseguiram abarcar. Por isso, emergiram os direitos sociais, em que o Estado tem o dever de agir. Esses, direitos são básicos para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Representados documentalmente na Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Essa declaração que foi promulgada no contexto do pós-segunda guerra mundial, e declara no “Art. XXIII. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (DUDH, 1948)” (VAZ; REIS, 2020, p. 95). Sobre o artigo XXIII da Declaração, VAZ e Reis discorrem:

Os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, estão dispostos no texto do artigo XXII ao artigo XXVII da Declaração. Em um sentido mais amplo, pode-se confirmar que os direitos sociais, abrangem o direito ao trabalho, à educação e à escolha profissional, à seguridade social. Direitos estes que muitas autoras e autores liberais consideram o mínimo para a existência (RAWLS, 1995), (VAZ; REIS, 2020, p. 101).

Ainda sobre as dimensões dos direitos humanos, em um ideal evolutivo, a que se falar sobre outras duas dimensões, essas sendo a quarta e a quinta. Conforme Bonavides (2014), a quarta dimensão trata de um vínculo “à Democracia, ao Pluralismo, o acesso à informação e à Globalização democrática” e os direitos de quinta dimensão são conhecidos como o “Direito à Paz”. (VAZ; REIS, 2020, p. 101). Portanto, “é notável que a emergência dos direitos de terceira, quarta e quinta dimensão originaram almejando regularizar as lides oriundas de desigualdade e

exploração desenfreada provocada pelo meio de produção capitalista” (VAZ; REIS, 2020, p. 102).

Porém, mesmo com todo esse histórico, essa difusão de dimensões que buscam a seguridade da dignidade humana, há que se enfatizar que esses direitos promulgados não abarcam grande parte da humanidade. Entende-se que, “um mundo, que em razão de ajuste estrutural, impõe-se o desaparecimento das mínimas garantias: mais de 1 milhão de trabalhadores(as) morrem de acidente de trabalho, (...), 1 bilhão de seres humanos não (...) são alfabetizados”. (FLORES, 2002, P. 10, *apud*, VAZ; REIS, 2020, p. 103).

Contudo, o direito do trabalho é um progresso humanitário, concernente de uma função que objetiva a preservação da dignidade humana. Analisando que esse, é classificado como um direito social e econômico, inerente como já entendido na segunda dimensão. Sendo assim, “a partir da concepção de dignidade humana incorporada nas lutas sindicais do século XIX e XX” (VAZ; REIS, 2020, p. 105). Tais direitos proferidos em diversos documentos no decorrer da história, esses como a convenção nº 19 da OIT, essa que aborda pertinente a igualdade de tratamento (indenização por acidentes de trabalho) aprovada pela 7ª reunião da Conferência Internacional em 1926 e a Constituição Federal Brasileira/1988. Essa, à luz no artigo 7ª, inciso XXIII que discorre sobre os direitos dos trabalhadores e melhoria de suas condições social. Ressaltando neste inciso as condições seguras e saúdes, inerentes a função social da saúde e segurança do trabalho, onde há o entendimento dessa função social da seguinte maneira: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.” (CAVALCANTE, 2019; BRASIL, 1988).

Portanto, a saúde e segurança do trabalho é inseparável ao direito do trabalho este que tem por objeto o estudo do trabalho humano, prestado de modo subordinado ou por conta alheia, por uma pessoa física, de forma não eventual e mediante retribuição (LEITE, 2022). Ademais, “o trabalho é reconhecido internacionalmente como um Direito Humano, sendo também reconhecido no Brasil como um valor estruturante do Estado Democrático de Direito (...) e um direito fundamental social.” (LEITE, 2022, p. 54).

Por fim, o direito do trabalho além de ser considerado um direito social, também está relacionado aos direitos humanos, por se tratar de atividade laborativa que se respeita o trabalho como direito social, com a possibilidade de prover a manutenção de si e da família, (DORETO, 2021). Em suma, ao entendimento de

LEITE (2022) que, na sociedade contemporânea, o trabalho passa a ser um direito ao mesmo tempo humano e fundamental. Sendo um direito humano, porque é solenemente reconhecido, desde o Tratado de Versalhes, de 1919, até a Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948 que introduz em seu artigo XXIII que “toda pessoa tem direito ao trabalho”, esse que deve ser de forma segura e saldável.

No entanto, as transformações político-econômicas introduzidas no contexto da globalização neoliberal dos últimos 30 anos têm colocado em xeque a legitimidade e a validade dos direitos trabalhistas. Assim, na próxima sessão discutir-se-á o direito do trabalho ante o estabelecimento do sistema político econômico neoliberal.

3 NEOLIBERALISMO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: REFLEXOS DA DESIGUALDADE SOCIAL

Em meados da década 1970, o Estado do bem-estar social, que garantia esses direitos essenciais a preservação da dignidade humana, como educação, saúde e cultura apresenta divergência de eficiência. A partir daí se caracteriza e se fortalece uma ideia de Estado mínimo, e se desenvolve um discurso neoliberal. Nessa relação, conforme esclarece Vaz e Reis, (2020) o neoliberalismo é apresentado como um sistema político e econômico, estabelece uma relação em que o Estado é protetor dos interesses dos conglomerados econômicos e das empresas multinacionais detentoras da maior parte do capital, ao passo que os direitos sociais, como as garantias trabalhistas passam a ser apresentados como gastos desnecessários e entraves ao desenvolvimento econômico. A partir desta realidade observa-se a tendência do fortalecimento de que o meio ambiente seguro e saudável no trabalho é dever cada vez mais do trabalhador e cada vez menos da empresa.

Neste contexto, há de se destacar que a precarização do trabalho é compreendida como uma consequência necessária para manutenção da economia. Essa se sobrepõe aos indivíduos e ainda que o princípio da dignidade humana se subordina ao princípio da manutenção da economia. (VAZ; REIS, 2020). Sendo assim, a precarização do trabalho é uma manifestação perceptível negativa aos direitos humanos e sociais. Portanto, concomitantemente a “desvalorização das lutas e dos saberes que, nas mais diversas regiões do mundo, resistem contra as desigualdades do presente e as injustiças do passado.” (SANTOS, 2019, p. 7).

Contudo, em verdade ao decorrer da história, o capitalismo evolui de uma exploração dos meios de produção e vai se tornando uma exploração por meio do capital financeiro. Em razão que, cada vez mais um pequeno grupo social detém o poder econômico centralizado em si. Logo, aumentando a desigualdade entre demais classes sociais inferiores no teor econômico (REIS; JUNIOR, 2021).

Além disso, com a real centralização de poder, essas classes não detetoras destes supracitados poderes, são vítimas como defende Bourdieu de uma violência estrutural. Essa que, contribui para “a precarização do trabalho, o desemprego e uma ameaça constante sobre o indivíduo: se ele não for o melhor naquele ambiente, estará fadado ao fracasso” (REIS; JUNIOR, 2021). Portanto, os trabalhadores neste contexto estão incumbidos erroneamente ao pensamento de ser o melhor em um contexto de julgamento capitalista independentemente das garantias humanas e sociais adquiridos no decorrer da história, isso pertinente as relações de trabalho seguras e saudáveis.

A luz do posicionamento de Santos (2019), a abordagem liberal dos direitos humanos como uma reflexão de linguagem contra hegemônica são a justificativa para tanto sofrimento injusto e tantas violações à dignidade humana. Com isso, é compreensível imaginar o porquê das inversões de valores em relações de trabalho. Onde, se há uma valoração de ser o melhor em teor quantidade de retorno ao invés de ser o melhor em garantias seguras, saudáveis e dignas na prestação de serviços. Considerando o mencionado, “a relação problemática entre uma linguagem hegemônica dos direitos humanos e a permanência de hierarquia entre humanos: em função das (...) suas formas de sustento (...) e saberes.” (SANTOS, 2019, p. 8).

Visto isso, a diferença socioeconômica entre indivíduos é classificada como uma forma de desigualdade social. Sendo, portanto, conforme esclarecido por Reis e Junior (2021, p. 284), “um conceito que tem como uma das bases a desigualdade em termos de remuneração e condições de trabalho”. Ademais, como denunciado por Marx, há duas classes na sociedade uma que é detentora dos meios de produção e outra que tem seu trabalho explorada pela primeira. Nesta perspectiva, há um distanciamento de uma classe a outra, pois vão ocorrendo o empobrecimento dessa classe explorada. “Isso implica outros aspectos, cultural, educacional, já que esse trabalho contínuo e maçante ocupa todo o tempo do trabalhador”. (REIS; JUNIOR, 2021, p. 284).

Fato é que a determinação da classe social está vinculada a observação das desigualdades que interferem em fatores como: expectativa de vida, saúde física,

acesso à educação, condições de trabalho e afins. Logo, diante da globalização e quanto menos regulado o mercado, maior é discrepância entre ricos e pobres, fortalecendo as desigualdades entre as classes (GIDDENS, 2018, *apud*, REIS; JUNIOR, 2021).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, aborda a relação dos direitos sociais e os direitos humanos, partindo primeiramente de uma perspectiva histórica, onde se aborda as lutas sociais e as conquistas da humanidade, em um contexto de dignidade humana, garantias fundamentais e direitos trabalhistas. Sendo esse último, simultaneamente com a efetividade do meio ambiente de labor seguro e saudável. Conquistas essas, que para sua aplicação necessita de regulamentação efetiva, por intermédio de direitos e deveres. Ressalvando-se que, o direito de um ambiente saudável, cuja é a função social da Saúde e Segurança do Trabalho é proporcionado por intermédio de medidas preventivas adotadas para proteger o trabalhador e reduzir riscos de acidentes de trabalho e o desenvolvimento de doenças ocupacionais. Sendo que, com a real aplicação desse direito trabalhista, há efetividade das garantias de dignidade humana.

Considerando que, a dignidade humana é basilar para as garantias fundamentais propiciadas pelos direitos humanos, esse que são direitos básicos de todos os seres humanos. É necessário que os trabalhadores enquanto pessoa humana, tenha assegurado o seu trabalho seguro. Sendo assim, ainda na primeira sessão trata-se do desenvolvimento das dimensões dos direitos que se dividem no decorrer da história em cinco, conforme o ambiente histórico em que esses emergiram. Tendo como a primeira dimensão os direitos civis, segunda dimensão os direitos sociais, terceira dimensão os direitos difusos, coletivos e direitos individuais homogêneos. Enfatizando que, esses direitos objetivaram assegurar as garantias da preservação da dignidade humana e proteção da vida. Já os direitos de quarta dimensão são referentes à democracia, o pluralismo, o acesso à informação e à globalização democrática e por fim os de quinta dimensão refere-se ao direito a paz.

Contudo, no tocante a esse desenvolvimento há de se destacar circunstâncias que marcaram a humanidade, enfatizando no final do século XVIII e início do século XIX a revolução industrial, essa marcada pela origem das máquinas a vapor, da

formação da classe do proletariado, do aumento da produção e dos lucros beneficiando a burguesia e da precarização do trabalho. Nesse momento da história, o trabalho humano não tinha suas garantias asseguradas, as condições de trabalho eram degradadas e com diversas ocorrências de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Partindo de uma análise progressiva humanitária do direito do trabalho, nos meados dos anos setenta, é introduzido um sistema político e econômico, em que estabelece a mínima intervenção do Estado na economia, através de sua retirada do mercado, que em tese, autorregular-se-ia e regularia também a ordem econômica. Esse sistema, visa proteger de fato os conglomerados econômicos, as empresas, e os detentores do capital. Evoluindo-se de uma exploração dos meios econômicos para uma exploração por meio do capital financeiro e, nesse sentido os direitos trabalhistas e as garantias de um trabalho seguro e saudável são subordinados negativamente pela obtenção de lucros, ou seja, os direitos humanos, sociais e concomitantemente de um ambiente seguro e saudável de trabalho é inferior à manutenção da economia dos conglomerados econômicos.

Portanto, nestas circunstâncias, há um ideal internalizado no proletariado, que acima da sua própria segurança e das suas garantias de dignidade humana, está a competitividade em produção para a geração de capital. Neste contexto, que ocorre as ocorrências dos acidentes de trabalho e dos desenvolvimentos de doenças ocupacionais. Tendo como característica marcante, que o fator predominando desses operários que adotam esse ideal é a desigualdade social que expressa pelo meio de acesso a economia, a educação e afins.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **Em 2007, PIB atinge R\$ 2,7 trilhões e cresce 6,1%**. 2009. Disponível em: <https://censoagro2017.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/13737-asi-em-2007-pib-atinge-r-27-trilhoes-e-cresce-61#:~:text=Ind%C3%BAstria%20%E2%80%93%20O%20crescimento%20da%20Ind%C3%BAstria,1%2C0%25%20em%202006>. Acesso em 03 de Set. 2022.

ALVARENGA, R. Z. D. *et al.* **A comunidade do direito internacional do trabalho e do direito do trabalho brasileiro**. v. 2. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BARBOSA, Ramanna Soares; BARROS, Albani de. Neoliberalismo e os Reflexos das Relações de Trabalho no Contexto da Crise do Capital. IN: **Revista: Ciências Humanas e Sociais**. v. 2. Maceió. Nov.2014.

BAUER, C. S. et al. **História Antiga**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza; MONTEIRO, Antônio Lopes. **Acidente do trabalho e doenças ocupacionais**: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm / Acesso em 24 abr. 2022.

BRASIL. CLT. **Consolidação das Leis Trabalhistas** de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm / Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. MP 905. **Medida Provisória nº 905** de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm / Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. MTP. Ministério do Trabalho e da Previdência. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho> / Acesso em 23 abr. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **NR 04 – Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho**. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-04-atualizada-2022.pdf> / Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **NR 06 – Equipamento de Proteção Individual - EPI**, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-6-nr-6> / Acesso em 18 set. 2022.

CAMISSA, M. Q. **Segurança e saúde no trabalho**: NRs 1 a 36 comentadas e descomplicadas. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

CAMPANA, Priscila. O impacto do Neoliberalismo no Direito do Trabalho. IN: **Revista de informação legislativa**. n. 147. Brasília. Jul/Set, 2000.

CARDELLA, Benedito. **Segurança no trabalho e prevenção de acidentes**: uma abordagem holística: segurança integrada à missão organizacional com produtividade, qualidade preservação ambiental e desenvolvimento de pessoas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CONVENÇÃO. **C019 – Igualdade de Tratamento (Indenização por Acidentes de Trabalho)**. Disponível em:

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235017/lang--pt/index.htm / Acesso em: 09 maio. 2022.

CARVALO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CESTEH. Brasil é um dos países com maior número de mortes e acidentes de trabalho no mundo, 2022. Disponível em: <http://www.cesteh.ensp.fiocruz.br/noticias/brasil-e-um-dos-paises-com-maior-numero-de-mortes-e-acidentes-de-trabalho-no-mundo-sera-o> / Acesso em 17 set. 2022.

CRESWELL, John W.; CRESWELL, J. David. *Projeto de Pesquisa: Métodos qualitativo, Quantitativo e Misto*. Porto Alegre: Penso, 2021.

CUT. Central única dos Trabalhadores. **Notícias dos trabalhadores são informais do Brasil no Norte**, 2022. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/40-dos-trabalhadores-sao-informais-no-brasil-no-norte-sao-mais-de-50-e3d9> / Acesso em 18 set. 2022.

D'AMORIM, SHEILA; DIANNI, CLÁUDIA. Lula define hoje pacote para construção. In: **Folha de S.Paulo** - Mercado/Habitação. São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0602200602.htm>. Acesso em 03 Set. 2022

DEPARTAMENTO Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. *Pesquisa nacional da cesta básica de alimentos*, 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html> / Acesso em 18 set. 2022.

DORETO, D. T. et al. **Direitos Humanos E Legislação Social**. Porto Alegre: SAGAH, 2021.

DORNELLES, João Ricardo W. **O Que São Direitos Humanos?** São Paulo: Brasiliense, 1989.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação. Crítica à ideologia da exclusão social*. São Paulo: Paulus, 1995.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação. Na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

LEITE, C. H. B. **Curso De Direito Do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LUIZ, A. D. F. *et al. Guia Prático Para Trabalhos*. Aparecida de Goiânia: Faculdade Alfredo Nasser, 2017.

MACHADO, H. C. PLETRAFESA, J. P. **Guia Prático Para Trabalhos Acadêmicos Monografias e TCC's**. Aparecida de Goiânia: Faculdade Alfredo Nasser, 2014.

MACHADO, Maria Lucia Büher. Formação profissional e modernização no Brasil (1930-1960): uma análise à luz das reflexões teórico-metodológicas de Lucie Tanguy. **Educação & Sociedade** [online]. 2012, v. 33, n. 118 [Acessado 2 novembro 2022], pp. 97-114. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302012000100007>. <https://doi.org/10.1590/S0101-73302012000100007>

MARCONI, M. D. A. LAKATOS, E. M. **Metodologia do trabalho científico**: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARCONI, M. D. A. LAKATOS, E. M. **Metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MARX, K. **O Capital**. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2018.

MATTOS, U. A. D. O.; MASCÚLO, F. S. **Higiene E Segurança Do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

NETO, F. F. J. CAVALCANTE, J. D. Q. P. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NSC Total. Crescimento da indústria da construção em 2007 foi o maior em 11 anos. In: **NSC Total**, 2009. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/crescimento-da-industria-da-construcao-em-2007-foi-o-maior-em-11-anos>. Acesso em 03 de set. 2022.

OLIVEIRA, C. A. D. D. *et al.* **Manual Prático De Saúde E Segurança Do Trabalho**. São Caetano do Sul, SP: Yendis, 2009.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos.pdf> /Acesso em: 24 abr. 2022.

RAIS. **Relação Anual de Informações Sociais**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/> / Acesso em 18 set. 2022.

REIS, H. E. D. JUNIOR, O. P. M. **Lawfare como ameaça aos direitos humanos**. 2. ed. Goiânia: Cegraf UFG, 2021.

ROMAR, Carla Teresa Martin; coord. Pedro Lenza. **Direito do trabalho esquematizado**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANTOS, B. S. MARTINS, B. S. **O Pluriverso Dos Direitos Humanos: A Diversidade Das Lutas Pela Dignidade**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

SMARTLAB. Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho. **Frequência de notificações** - **CAT**. 2022. Disponível em:

<https://smartlabbr.org/sst/localidade/0?dimensao=frequenciaAcidentes> / Acesso em: 18 out. 2022.

TV BrasilGov. **NBR Entrevista fala sobre acidentes de trabalho no Brasil.** Youtube, 02.06.2017.

VAZ, Juliana Damando; REIS, Marcos Cristiano. Direitos Humanos na Perspectiva do Trabalho: A Ambivalência de Direitos no Sistema Político – Econômico Neoliberal. In: (SANTOS NETO, Arnaldo B.; MIRANDA, Batira Macedo de; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira; MARTINS, Rafael Lara. Orgs.). **Transformações Do Direito Do Trabalho No Brasil: Reflexos Sobre Os Desafios Do Tempo Presente.** 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

VIEIRA NETO, Paulo. **Estatística Descritiva: Conceitos Básicos.** São Paulo, 2004. Disponível em: encurtador.com.br/hilB7> Acesso em: 27 de out. 2022.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO DE REUNIÃO: ANÁLISE DE SUA RELEVÂNCIA PARA A DEMOCRACIA E EVENTUAL LIMITAÇÃO

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de¹⁶²
ALVES, Lucas Mangolin¹⁶³

RESUMO: O direito a reunião e de expressão são direitos fundamentais, e como tais podem sofrer limitações, mesmo sendo uma das formas de expressão da democracia. Com isto o que se busca no presente artigo, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, é analisar até que ponto pode chegar a limitação desses direitos face seu propenso uso como ferramenta de ataque à Democracia, para tanto adota de metodologia argumentativa fundamentando a análise em documentação histórica relacionada ao tema coligada a ordem normativa brasileira.

ABSTRACT: The right of assembly and expression are fundamental rights, and as such may be limited, even being a mod of democracy expression. Thereat is aimed at in this article is assay whither reach limitation of this rights, without any pretense of exhaustion this theme, before the usage of those right as tools of attack on Democracy, therefore is employ argumentative methodology by analis of related historical documentation to the theme affiliated with Brazilian normative order.

Palavras-Chaves: Democracia; Expressão; Liberdade; Limitação; Reunião.

Keywords: Democracy; Expression; Freedom; Limitation; Assembly.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo deste trabalho estabelecer-se-á a Democracia como Direito Fundamental estampado na carta de direitos brasileira de 1988, haja vista sua fundamental relevância para toda a ordem jurídico-normativa nacional, considerando-se às próprias diretrizes constitucionais vigentes e os ideais democráticos internacionais que nosso ordenamento normativo reconhece como válidos e

¹⁶² Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE de Presidente Prudente - SP. Graduado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" (ex-ITE) de Presidente Prudente – SP, onde atualmente é professor titular nas disciplinas de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal II e professor Orientador de Monografia na Graduação e Pós-Graduação em Direito. Membro do Conselho Editorial da revista Jurídica Digital FEATI. Advogado da AGAMENON & CORREA ADVOGADOS ASSOCIADOS. E-mail: ma-agamenon@uol.com.br

¹⁶³ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019). Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET em parceria com Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2021). Advogado.

imprescindíveis para a constituição dos Estados contemporâneos, permeando toda a mentalidade nacional.

Em igual medida discutir-se-á a existência de movimentos contrários que vão em choque à tais ideais democráticos, observando-se a existência de ciclos de crescimento e arrefecimento democrático, até mesmo de ruptura, perquirindo as ferramentas constitucionais de proteção da democracia.

Para fazer essa análise elegeu-se como elemento de análise de ferramenta crucial para a manutenção, fortalecimento e, em alguns casos, de ataque democrático: as manifestações populares, ou, o direito de reunião popular e o direito de liberdade de expressão (*lato sensu*).

A imprescindibilidade da análise jurídica desses direitos de manifestação e expressão, escrutinando suas raízes, importância histórica e limites, que existem, dá-se pelos recentes acontecimentos em todo o mundo, não podendo fugir de tal cenário o Brasil, em que manifestações e discursos inflamados são utilizadas ora como mecanismo democrático de fortalecimento ora de salteamento.

Dada à constatação notória da existência de crise democrática, conforme fundamentos que devida e oportunamente serão apresentados é que motivou o estudo do presente tema, qual seja, do direito fundamental à manifestação popular e de expressão e suas limitações, para com isso entender se de fato o são meio de fortalecimento democrático.

Adotando método argumentativo ao presente trabalho faz-se análises dos argumentos relativos à relevância da Democracia Representativa ao direito brasileiro juntamente com o direito de reunião como manifestação popular enquanto tal, e em decorrência o direito de expressão, tudo para perquirir ser o direito de reunião e expressão um direito e, em o sendo, desvendar seus limites de gozo.

Pondera-se, entretanto, ser necessário compreender a real importância e a imprescindibilidade da Democracia em especial da Democracia Representativa para a ordem jurídico-normativa nacional, antes de serem apresentados apontamentos quanto ao direito de reunião popular mediante manifestações de massa e expressão de ideias.

2 DEMOCRACIA: UMA NECESSIDADE OCIDENTAL

A democracia é compreendida na atualidade como o sistema político que melhor representa os anseios dos cidadãos, protegendo seus direitos.

Em todo o hemisfério ocidental há ampla adoção do modelo democrático, em especial da Democracia Representativa, em que a massa populacional escolhe entre os seus aqueles indivíduos que, por período certo de tempo, os representarão na criação das leis e na forma de governar, buscando desta forma uma melhor forma de guiar o Governo.

Na quase totalidade dos países ocidentais, há a adoção do modelo democrático, a título de exemplo tem-se países como Portugal¹⁶⁴, Espanha¹⁶⁵, Uruguai¹⁶⁶, os Estados Unidos da América¹⁶⁷, e evidentemente o Brasil, ao contrário de outros de andam na contramão, a exemplo de Cuba, Venezuela e Nicarágua. Contudo, donde vem a gênese dessa mentalidade democrática?

2.1 Ideal Democrático

Platão em sua obra “A República” (2017) apresenta o entendimento dos fatores de instauração e perpetuação das Democracias e de homem democrático,

¹⁶⁴ A Constituição da República Portuguesa em seu art. 2º enuncia:

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 7 de agosto de 2021.

¹⁶⁵ Na Constituição do Reino de Espanha em seu art. 1º assim expressa: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” Disponível em <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Acesso em 07 de agosto de 2021.

¹⁶⁶ A constituição do Uruguai não contém em seu texto expressamente a expressão de que aquela nação seja uma democracia, mas na Carta de Direitos daquele país estão presentes os elementos que constituem uma democracia, quais sejam a soberania do povo por meio dum sistema legislativo equânime, como vê-se do art. 4º: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”. Disponível em <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em 07 de agosto de 2021.

¹⁶⁷ A Constituição dos Estados Unidos da América, que é o texto da democracia que influencia todas as demais, há a previsão expressa da separação de poderes e que o Órgão do Poder Legislativo será exercido por representantes eleitos, assim consta do article I e suas sections, disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em 07 de agosto de 2021.

podendo a partir de sua obra extrair o conceito inaugural do que vem a ser ideal democrático.

Para Platão “*a democracia se estabelece, portanto, a meu ver, quando os pobres vencem, massacram alguns, mandam para o exílio outros e, com os restantes, dividem em condições de igualdade o governo e as magistraturas*” (Platão, 2017, pp.287/288).

No trecho em questão, Platão discorre a respeito do momento de transformação de uma sociedade até então oligárquica para democrática mediante uma ruptura brutal do povo contra a elite governante.

É notório pelo fragmento citado da obra que a Democracia instaura-se sob o anseio de prover igualdade aos integrantes da sociedade e impedir a continuidade dos abusos autoritários dos governantes envolvidos em seus interesses privados sobre o povo tornando livre este, e diz ainda Platão que “*antes de mais nada, os cidadãos são livres e o Estado respira liberdade e transparência, cada um podendo fazer o que quiser*”, isto é, em uma Democracia deve existir liberdade do povo perante o Estado e este deve transparência, publicidade de seus atos, pois necessita dar explicações ao seu governante, o povo.

É certo que o povo não pode ser tratado de forma privilegiada e diversa entre si. Mas isto também não é uma regra absoluta, pois, no imperativo da igualdade, aplica-se a igualdade para quem é igual e para quem não o é a desigualdade positiva, nesse sentido Marciano Seabra Godoi (1999, p.106) expressa:

É muito mais apropriado definir a igualdade como “tratar os indivíduos como iguais” do que tratar os indivíduos igualmente. A diferença é que Habermas radica a igualdade não no conteúdo da norma (que pode ou não tratar indivíduos e situações igualmente), mas nos pressupostos que devem ser verificados no discurso que produz a norma. Ou seja, os cidadãos não devem necessariamente ser iguais na forma em que são tratados pelas normas, mas devem ser iguais nos direitos e na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma.

Caso houvesse tratamento diferenciado entre as pessoas, não mais haveria um governo de todos, vez que, indivíduos privilegiados receberiam um melhor tratamento e exerceriam maior influência no governo.

Pondera-se pela necessária distinção que deve ser feita entre a Democracia concebida por Platão e a desenvolvida pela contemporaneidade, nesse escopo Fernando de Brito Alves assevera (2013, pp. 33/34):

A tradição predominante a partir da leitura de Sócrates, Platão e Aristóteles consolidou-se sobre premissas antidemocráticas, vale lembrar que a essência da justiça na *República* de Platão é a divisão do trabalho político, da mesma forma que Aristóteles na *Política* textualmente afirma que a democracia é uma das formas degeneradas de governo. Na modernidade a situação se acirra.

A democracia moderna é delineada pela sobrevalorização da representação como forma de participação política, já que as lutas pela democracia se concentrarão sobre o exercício e a titularidade do direito de voto.

Reside, portanto, a fundamentação da instauração das Democracias, ou melhor, como expressa a Constituição brasileira de 1988, de um Estado Democrático de Direito, no intuito de estabelecer um sistema pelo qual promover-se-á a continuidade dos mecanismos jurídicos que protegem o povo, integrando esse na política mediante representação dada a escolha pelo voto da massa nos representantes.

Resta, evidente, que de forma basal o ideal democrático permeia a compreensão e necessidade de suprimir poderes absolutos dos governantes vinculando-se ao povo, sendo que este passará a ser o verdadeiro detentor do Poder, sobrevivendo o Estado e seus ocupantes a serem servos deste povo, não podendo contra ele agir e garantindo-se o pleno gozo e exercício da participação do povo no Governo, porém, nesse cenário como o Direito garante a Democracia? E mais, como esta é exercida no país?

2.2 Democracia nos Documentos Jurídicos

O Direito garante a Democracia ao elencar-se os textos normativos, como as Constituições de alguns Estados, em outros termos, é mediante documentos normativos que o Direito positivo alberga e protege a Democracia.

A posição de Democracia ser um fim desejado pelo ocidente está nos diversos diplomas internacionais, não apenas nas Cartas de Direitos dos países, mas igualmente em documentos que marcaram a história e pautaram profundas modificações nas sociedades, edificando-as conforme hoje as achamos, permitindo um verdadeiro diálogo de fontes.

Nesse escopo, destaca-se a relevância que os preceitos constitucionais e as próprias constituições têm para o Direito atual, pois compreendendo tal cenário será possível pautar a discussão da relevância histórica-documental das Democracias.

Por ser sempre latente em diversos momentos históricos a necessidade de proteger o indivíduo da opressão do governante/Estado que se evidencia estar permeada de eventos em que grupos populacionais promoveram fugas epopéicas de tiranos ou rebelaram-se contra seus arbítrios, como por exemplo:

A) o êxodo bíblico do povo judeu, que desejoso em ver-se livre e autônomo deixou o Egito e vagou pelo deserto;

B) o processo de independência americana, que lutando contra a tributação sem capacidade de fazer-se representar na corte inglesa realizou todo o procedimento de independência;

C) a Revolução francesa que sob ideais de igualdade e fraternidade dos povos marcou um período dos mais sangrentos da história para sua promoção;

D) o processo de independência das colônias espanholas e do Brasil, este último que não aceitando o retorno ao *status* de colônia, ao revés de manter-se Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, procedeu com os eventos resultantes no 7 de setembro de 1822.

Os exemplos acima ilustram bem os movimentos com raízes no ideal constitucionalista e de participação política de distintos povos juntamente dos, então, titulares do poder e de autogovernar-se, buscando daí impor limitação no poder do Estado/governante através de documentos escritos, que convencionou-se denominar Constituição. Neste sentido Flávio Martins (2020, p. 36) diz que:

Constitucionalismo é o movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição. É um *movimento social*, pois resultou na soma de uma série de episódios sociais historicamente relevantes, buscando a limitação do poder do Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais. Importante exemplo é a Revolução Francesa, que originou o Constitucionalismo Francês, com a posterior abolição de várias instituições e a queda do paradigma do Estado absolutista no *Ancien Régime*.

É inegável ser preciso realizar adequada compreensão do termo constituição empregado, neste escopo Marcelo Neves (2011, pp.56/57) esclarece a evolução histórica dessa expressão em seu sentido semântico:

A discussão sobre conceito de Constituição remonta a Aristóteles. Nele, a Constituição (*politeía*) era concebida, em um sentido muito abrangente, como a ordem da *pólis*: "... Constituição é a ordem (*táxis*) dos Estados em relação aos cargos governamentais (*arkhé*), como eles são de distribuir-se, e à determinação do poder governamental supremo no Estado, como também do fim (*télos*) da respectiva comunidade (*koinonía*)". Conforme esse conceito de

organização da *pólis*, o qual incluía elementos estruturais e teleológicos, Constituição e Estado podiam ser equiparados. Sem desconhecer que somente a partir dos fins do século XVIII tornou-se corrente, nas traduções de Aristóteles, verter “*politeía*” em “Constituição”, tendo prevalecido anteriormente a tradução pela palavra inglesa “*government*”, cabe assinalar que o conceito aristotélico desempenha um importante papel até o início dos tempos modernos. Porém, na transição para a sociedade moderna, abre-se uma nova constelação semântica, no âmbito da qual a Constituição é conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder. Em contraposição ao caráter apenas “modificador do poder”, “casuístico” e “particular” dos pactos de poder, surge, no quadro das revoluções burguesas dos fins do século XVIII, o constitucionalismo moderno, cuja semântica aponta tanto para o sentido normativo quanto para a função “constituente de poder”, “abrangente” e “universal” da Constituição.

A Constituição é em si a fonte do poder jurídico pátrio, desse texto normativo tudo é emanando, inclusive a própria limitação de atuação dos ocupantes dos cargos públicos, dos governantes.

A limitação do poder do Estado/governante está intimamente ligada com a vocação humana à liberdade e o respeito institucional aos direitos fundamentais, contudo, por mais que a humanidade busque sua liberdade e sua felicidade individuais, inegável ser necessário resguardá-la contra outros indivíduos, pois, “*sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força, que não dão nenhuma segurança a ninguém*” daí a necessidade de institucionalização (Hobbes, 2014, p. 138).

É mediante a garantia do poder do Estado que se protege direitos fundamentais, pois, sem Estado cada indivíduo se veria impelido a perpetuamente garantir por sua força seus direitos, gerando o estado de guerra que Thomas Hobbes elucida em *Leviatã*. Contudo o próprio Estado deve ser mitigado, para que não oprima, como exposto, as liberdades, neste diapasão:

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. A constituição pode ser tal, que ninguém seja forçado a fazer as coisas a que a lei não o obriga, e a não fazer o que a lei lhe permite¹⁶⁸. (Montesquieu, 2014, p. 229).

Diante de tais motivos, que se erigem as Constituições, afim de resguardar os direitos dos indivíduos em mesma medida que se garante a proteção desses face o Estado, portanto, é nesse cenário em que está alocado a proteção da Democracia e

¹⁶⁸ A noção do indivíduo ser obrigado a fazer tão somente o que a lei obrigue, assim como a deixar de fazer está mui bem entabulado na Constituição, ao que segue no art. 5º, II, Constituição Federal de 1.988 (Brasil, 1988).

do ideal democrático, como delineado anteriormente, suprimir poderes absolutos dos governantes vinculando-se ao povo, sendo que este passará a ser o verdadeiro detentor do Poder, sobrevivendo o Estado e seus ocupantes a serem servos deste povo, não podendo contra ele agir e garantindo-se o pleno gozo e exercício da participação do povo no Governo.

Os mais diversos diplomas internacionais dispõem que a Democracia é um direito universal e fundamental do homem, um regime no qual o poder do povo é o soberano, são exemplos os textos do artigo 6º da Declaração de Direitos de Virgínia (1776)¹⁶⁹, o também artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹⁷⁰ e em especial o artigo 21, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹⁷¹.

É salutar destacar não se confundir Democracia com Constitucionalismo, o primeiro distingue-se do segundo no sentido de ser modelo de governabilidade que integra a participação do cidadão na política, removendo-o da margem social-política e o outorgando o Poder, ao passo que o segundo é meio de garantia e proteção desse sistema, ao codificar em texto o sistema normativo, jurídico, que se erigirá nesse sistema democrático.

Importa destacar ser imprescindível inquirir qual vem a ser o sentido de Democracia que contém o sistema jurídico brasileiro, para, então, realizar devidamente a análise proposta neste trabalho.

2.3 A Democracia Brasileira

O Brasil é uma Democracia, porém não apenas uma Democracia, em verdade, um Estado Democrático de Direito, como prevê a Magna Carta de 1988, uma vez posto que nos textos jurídicos inexistem palavras ausentes de sentido, a

¹⁶⁹ Artigo 6º - As eleições dos membros que devem representar o povo nas assembleias serão livres; e todo indivíduo que demonstre interesse permanente e o conseqüente zelo pelo bem geral da comunidade tem direito geral ao sufrágio.

¹⁷⁰ Artigo 6º- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

¹⁷¹ Artigo XXI 1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

expressão mencionada possui forte carga de sentido que amplia a compreensão, basal, de Democracia posta até o momento.

Inicie-se pela leitura *in verbis* do texto constitucional donde extraímos o fato de ser o Brasil uma Democracia (Brasil, 1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O artigo em comento estabelece em seu parágrafo único o fato cristalino, o Brasil é uma Democracia, pois o povo é o verdadeiro soberano, muito embora eleja representantes.

Nas palavras de Luis Felipe Miguel são os representantes intercessores, imperando entre este e o representado um vínculo de proteção (2012, p.32):

Aquele que exerce a função de representação é alguém que tem acesso a bens controlados pelo Estado (ou por particulares interessados em agradar aos detentores do poder de Estado), tais como empregos, terrenos, materiais de construção, equipamentos médicos ou a isenção de determinadas obrigações, e pode distribuí-los a quem mostra lealdade ou necessidade premente.

Logo o povo é o titular e os eleitos os que exercem a democracia, mas, muitas vezes a democracia será exercida diretamente pelo povo conforme explica Valter Foletto Santin e Marcelo Agamenon Goes de Souza (2022, p. 215/224), como o voto direto, os Conselhos tutelares, a Lei nº 10.257/01 que estabelece diretrizes gerais da política urbana.

Sobre esse tema, representantes e representados, Fernando de Brito Alves exemplifica o caso *Lucas vs FortyFourth General Assembly of Colorado* da Justiça Americana. Neste caso entendeu o juiz Potter Stewart que os “*legisladores não representam números sem rosto. Eles representam pessoas, ou, com maior precisão, a maioria de eleitores em seus distritos – pessoas com necessidades e interesses identificáveis*” (2013, p. 157).

Por estar a estrutura jurídica pátria edificada em formato visando garantir a soberania do povo pela via representativa que é verificável pelo *caput* do art. 1º da Constituição de 1988 que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Por Estado de Direito sedimenta o princípio da legalidade como norte jurídico para as relações do Estado, em termos mais claros, *“todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites”*, em um Estado de Direito este limite é a legalidade, isto é, busca-se que os representantes não exerçam por arbitrariedade suas vontades em detrimento dos detentores do poder, desse modo, *“para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”*, assim edificam-se leis, como a Magna Carta, com o fulcro de garantir a obediência às leis, ao ponto de que *“a constituição pode ser tal, que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não o obrigue, e a não fazer o que a lei lhe permite”* (Montesquieu, 2014, p.229).

Insuficiente é, contudo, a mera existência de um Estado de Direito, pois certo é a existência de Estados de Direito tirânicos e que violam direitos naturais (fundamentais) que não estejam positivados, há casos em que, ainda positivados, sejam tais direitos violados dada a forma jurídica.

Neste escopo a expressão Estado Democrático visa a garantia do fim desejado, qual seja, a soberania do povo, em que o poder emane do povo, os limites da atividade legiferante dos representantes e de existência do Estado é a soberania do povo, nenhuma lei pode violar, restringir, mitigar, vedar, usurpar o poder soberano do povo, fazê-lo é romper com a Democracia e corromper o Estado de Direito, em caso tal, aplicando à disposição do texto constitucional pátrio, violar a Constituição. Mas mesmo esta regra não é absoluta, pois, haverá situações excepcionais de limitação.

Evidenciado está, pelo até aqui estabelecido, que pelo postulado no texto constitucional pátrio a Democracia brasileira é mecanismo orientado pela legalidade, ou melhor, que a legalidade está pautada em ideais democráticos, sendo certo que pela Legalidade se busca limitar arbitrariedades jurídicas do Estado e dos ocupantes dos órgãos de poder, em todas as suas esferas e abrangências, privilegiando a soberania do povo e a garantia de seus direitos fundamentais (naturais).

Aspecto deveras relevante de se observar quanto a democracia brasileira é que, assim como tantas outras na atualidade, se constitui na forma representativa, ou seja, não há pelo povo/cidadão exercício direto nas escolhas e formulação do sistema jurídico vigente, em verdade, este escolherá dentre os seus, observado a forma instituída para tanto, aqueles que representarão e, portanto, formularão as regras jurídicas que imperarão no país.

Neste sentido, Jorge Miranda lembrado por Dias Toffoli (2018, p.8), diz que “os cidadãos escolhem os governantes e, assim, direta e indiretamente, as coordenadas principais de política do Estado”, é então no momento eleitoral estabelecido um liame subjetivo entre povo e representante, e assim, tem-se a estruturação das atuais democracias.

Complementa a percepção de democracia representativa Hans Kelsen lembrado por Caio Marcio de Brito Ávila (2009, p. 47) elenca que:

Essa é uma democracia na qual a função legislativa é exercida por um parlamento eleito pelo povo, e as funções administrativas e judiciária, por funcionários igualmente escolhidos por um eleitorado. Segundo a definição tradicional, um governo é “representativo” porque e na medida em que seus funcionários, durante a sua ocupação do poder, refletem a vontade do eleitorado e são responsáveis para com este.

Não excluindo, contudo, elementos de participação direta, estes, porém, que são usados em momentos específicos, fala-se de plebiscito e referendo, principalmente, nesse escopo a manifestação popular e a liberdade de expressão há de ser entendida, como meio de manifestação direta de participação democrática do povo.

O direito de reunião na sua vertente de manifestação popular é, de modo geral, compreendido como forma de participação política das massas (povo) no sistema Democrático, na sua vertente de manifestação popular.

É aqui que se chega ao cerne desse trabalho acadêmico: Em que medida são as manifestações populares expressão democrática? E a liberdade de expressão? Quais são seus limites? E, principalmente, sua importância em relação à democracia?

3 DIREITO DE REUNIÃO POPULAR E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Todo Poder emana do povo e este Poder não pode contra o povo agir, essa fora em linhas gerais a compreensão estabelecida nesse artigo acadêmico do que viria a ser Democracia.

Ao povo, ao cidadão aglutinado em grupo (as massas) haverá de ser garantido o Estado Democrático de Direito e conseqüentemente seu natural direito de reunião e expressão, haja vista, a necessidade democrática de compreender seus anseios,

tanto que assim garante o ordenamento jurídico brasileiro, art. 5º, IV, VI, VIII, IX, XVI, Constituição Federal (Brasil, 1988).

Esses incisos que foram elencados a partir do artigo 5º da Constituição trazem a noção de liberdade de pensamento, expressão e reunião, e pela Constituição Federal e todo o ordenamento jurídico muitos outros textos encontram-se tais noções.

Como anteriormente estabelecido, em sendo Constituição a razão de todo ordenamento jurídico e guardada dos princípios jurídicos norteadores desse sistema normativo e meio de defesa da Democracia, ao ter em seu corpo a proteção de tais direitos, liberdade de expressão e reunião, está-se a outorgar-lhes características de direitos essenciais, principalmente quando inseridos no núcleo das cláusulas pétreas, isto é, setor irremovível de direitos fundamentais, mas que, em casos excepcionais poderá sofrer limitação, seja em prol da coletividade, ou mesmo quando houver abuso no seu exercício.

Tem-se serem Direitos Fundamentais caros ao sistema jurídico e à Democracia, e como acentua Ronald Dworkin (2005, pp. 503/504):

A liberdade de expressão tem papel evidente na concepção majoritarista. Essa concepção de democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar de maneira mais completa possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de escolhas, e é um critério estratégico vigoroso que a melhor maneira de proporcionar essa oportunidade seja permitir que qualquer pessoa deseje se dirigir ao público o faça, de maneira e na duração que pretender, por mais impopular ou indigna que o governo ou os outros cidadãos julguem essa mensagem.

Sua relevância para a Democracia e ao Estado de Direito está alicerçada no aspecto de que demanda a Democracia uma manifestação livre do povo, este expondo os rumos e ideias políticas que deseja sejam defendidas por seus representantes, isto, ao se falar em democracia representativa, pois do contrário, não mais haveria um ambiente democrático, mas quiçá oligárquico, em que os representantes, estariam eles como os detentores do poder e apartados do povo, alocando esse povo ao seu jugo.

Corroborando com essa posição Stuart Mill (2002, pp. 1):

Por liberdade, foi entendida a proteção contra a tirania dos governantes políticos, os quais foram concebidos (...) como em uma posição necessariamente antagônica ao povo a quem governava (...) Seu poder era considerado necessário, mas altamente perigoso, como uma arma que tentariam usar contra seus súditos, assim como contra os inimigos externos.

Para Maria Fernanda Moreira Marques de Oliveira (2014, pp. 12/13), valendo-se da concepção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a liberdade de expressão:

[N]ão só tem os indivíduos o direito e a liberdade de expressar seus próprios pensamentos, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos, visto que o controle efetivo dos cidadãos sobre as ações públicas requer não só uma abstenção por parte do Estado de censurar informação como também requer a ação positiva de proporcioná-la aos cidadãos. Assim, quando a liberdade de expressão de um indivíduo é restringida de forma ilegal, não é apenas o direito do indivíduo está sendo violado, mas também o direito de todos os outros de “receber” informações e ideias.

A liberdade de expressão não é dada e concedida somente à um indivíduo isoladamente, mas há toda sociedade, em especial às democráticas, conforme sintetizam Simão e Rodvalho (2017, pp. 209):

A liberdade de expressão é uma das dimensões do direito geral à liberdade e pode ser conceituada como o poder conferido aos cidadãos para externar opiniões, ideias, convicções, juízos de valor bem como sensações e sentimentos, garantindo-se, também, os suportes por meio dos quais a expressão é manifestada, tais como a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Resta, portanto, elencado ser demasiado relevante ao direito constitucional a guarda de tal direito, liberdade de expressão e de seu corolário direto, reunião popular, para o salutar desenvolvimento da Democracia nacional, por permear todos os elementos do estrato social, diversificando ideias e debates, informando e desenvolvendo o ambiente social, possibilitando aferir os anseios sociais e políticos de todos do povo, os detentores do poder político, nos termos constitucionais delineados, porém, sem abusos, nem tão pouco colocando em risco o próprio Estado Democrático e de Direito.

3.1 Da Problemática

Posto ser necessário para um ambiente democrático saudável o exercício do direito de expressão e reunião, há, contudo, a problemática quanto ao uso dessa liberdade enquanto ferramenta de ataque à própria Democracia.

No país, como no mundo, levantaram-se debates quanto aos discursos elencados como de ódio e propagadores de sistemas políticos antidemocráticos, no escopo de que, deveriam ser coibidos, cerceados e até mesmo punidos, pois, em tal cenário há agravamento quando difundidos em manifestações de massa, culminando por conflitos.

Neste cenário atual, há calorosos debates quanto aos limites do gozo desses direitos, conforme diz Júlio Cesar Casarin Barroso Silva (2009, pp 137):

A verdade, portanto, é que os questionadores do sistema atual dirigem sua crítica contra o modelo “que se apoia na competição livre e aberta entre indivíduos iguais”, (ALLEN, 1995: 3). As críticas têm-se avolumado nos últimos tempos, vindas de defensores da igualdade de gênero, de defensores da igualdade racial, de liberais igualitários e de reformadores sociais de variada estirpe. Acusa-se o sistema de liberdade de expressão lentamente construído ao longo dos últimos oitenta anos de corroer a igualdade política, por um lado, e, por outro, de não ser suficientemente adequado para a promoção da deliberação política de que um sistema democrático se nutre. A gravidade das acusações acentua-se se temos em mente que a promoção da igualdade política e a proteção à deliberação são justamente as razões pelas quais é digna de ser protegida, em termos madisonianos (ver capítulo II).

Inegável é que atualmente a democracia sofre com ataques de grupos e indivíduos extremistas, que se valem de uma pseudo proteção constitucional via liberdade de expressão e manifestação para miná-la, como por exemplo o caso do ex-Deputado Federal Daniel Silveira¹⁷² que em vídeo difundido em redes sociais realizou ataques à honra de Ministros do Supremo Tribunal Federal, à própria corte e desejou um retorno do famigerado AI-5 (Ato Institucional nº 5)¹⁷³, bem como, também a “reunião” do ex-Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em 18 de julho de 2.022¹⁷⁴ com embaixadores em Brasília para discursar às autoridades estrangeiras

¹⁷²Ver a Ação Penal nº 1044, Supremo Tribunal Federal, disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>. acesso em 16 de julho de 2.023.

¹⁷³ Há de se pontuar que dos áudios da votação do AI-5 é constatado pelo Chanceler Magalhães Pinto expressamente de que aquele instrumento rumaria o país à uma Ditadura, que, porém, seria ela necessária (na compreensão daqueles que a aprovavam), enquanto o então ministro do Trabalho e da Previdência Social Jarbas Passarinho mandava às favas os escrúpulos, sedimentando o caminho para a Ditadura Militar (1964-1985), disponível em Biblioteca digital do Senado Federal <<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/146896>. acesso em 16 de julho de 2.023.

¹⁷⁴ Sobre a repercussão da reunião do Pres. da República com embaixadores: BOLSONARO REÚNE EMBAIXADORES PARA REPETIR SEM PROVAS SUSPEITAS JÁ ESCLARECIDAS SOBRE URNAS, G1, disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/07/18/bolsonaro-reune-embaixadores-para-repetir-sem-provas-suspeitas-ja-esclarecidas-sobre-urnas.ghtml>. acesso em 16 de julho de 2.023. Como também BOLSONARO TEM REUNIÃO COM EMBAIXADORES SOBRE SEGURANÇA DAS URNAS, CNN, disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-tem-reuniao-com-embaixadores-para-falar-sobre-urnas-nesta-segunda/>. acesso em 16 de julho de 2.023.

sediadas no país sobre os problemas e possível fraude no sistema eleitoral, sem qualquer prova plausível, valendo lembrar que foi por este mesmo sistema que o elegeu por mais de 07 (sete) vezes a outros cargos, sem, contudo, contestá-los anteriormente.

Ocorreram ainda diversas manifestações populares ocorridas por ocasião das eleições presidenciais de 2.022, do qual o então candidato, agora Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva sagrou-se vencedor, tendo o então ex-Presidente Jair Messias Bolsonaro falhado em seu intento a reeleição.

Ante o resultado eleitoral grupos apoiadores do então ex-Presidente Bolsonaro reuniram-se por dias a fio em manifestações¹⁷⁵, pleiteando o que chamavam por intervenção militar constitucional, dada uma interpretação totalmente equivocada e sem nexos em relação a uma suposta existência de Poder “Moderador” das Forças Armadas ante ao disposto art. 142 da Constituição Federal, situação esta que não existe em qualquer lugar do planeta.

Estas manifestações antidemocráticas foram amplamente divulgadas e cobertas pela mídia nacional e internacional, culminando com diversos momentos de violência, como ocorrido quando da diplomação do então candidato vencedor, Luís Inácio Lula da Silva, momento em que houve inclusive a tentativa de explosão de um caminhão de combustíveis próximo ao aeroporto internacional de Brasília.¹⁷⁶

Tais movimentos de violência culminaram em 08 de janeiro de 2.023 em atos de vandalismo e com o ataque à Democracia, a ruptura institucional promovida por grupos ligados por visão política ao então ex-Presidente Jair Bolsonaro.

¹⁷⁵ Sobre as manifestações populares desses grupos que não reconheciam o resultado eleitoral e pleiteavam ação dos militares tem-se: GRUPOS FAZEM ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS E PEDEM INTERVENÇÃO MILITAR DIANTE DE QUARTÉIS, CNN, disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/grupos-fazem-atos-antidemocraticos-e-pedem-intervencao-militar-diante-de-quarteis/>. acesso em 16 de julho de 2.023. Também, MANIFESTANTES PEDEM INTERVENÇÃO FEDERAL EM QUARTÉIS MILITARES, AGEMT, disponível em https://agemt.pucsp.br/noticias/manifestantes-pedem-intervencao-federal-em-quarteis-militares?gclid=EAlaIqobChMI64eKq4GUgAMVw0d_AB0iag-SEAYASAAEgIA__D_BwE. acesso em 16 de julho de 2.023.

¹⁷⁶ Sobre os atos violentos dos grupos tidos por antidemocráticos tem-se: BOLSONARISTAS TENTAM INVADIR PF E QUEIMAM ÔNIBUS EM BRASÍLIA; POLÍCIA CERCA HOTEL DE LULA, Estadão, disponível em [https://www.estadao.com.br/politica/tropa-de-choque-da-pm-e-grupo-de-elite-da-policia-federal-cercam-hotel-de-lula-em-brasilia/](https://www.estadao.com.br/politica/tropa-de-choque-da-pm-e-grupo-de-elite-da-policia-federal-cercam-hotel-de-lula-em-brasil/). acesso em 16 de julho de 2.023. Também, EM REAÇÃO À DIPLOMAÇÃO DE LULA, BADERNEIROS GOLPISTAS TENTAM INVADIR SEDE DA PF EM BRASÍLIA, UOL, disponível em [https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/em-reacao-a-diplomacao-de-lula-manifestantes-bolsonaristas-tentam-invadir-sede-da-pf-em-brasilia/](https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/em-reacao-a-diplomacao-de-lula-manifestantes-bolsonaristas-tentam-invadir-sede-da-pf-em-brasil/). acesso em 16 de julho de 2.023.

É de se notar o liame entre todos esses eventos com a liberdade de expressão e reunião, já que tais direitos asseguram a manifestação livre e, quase, absoluta de ideias e opiniões políticas e, conseqüentemente, da reunião de pessoas com mesmos ideais para externalizarem suas visões e força política, em aspecto majoritário.

Entretanto, são elencados alguns questionamentos: Qual o limite desse direito? Deve a democracia tolerar os intolerantes? Com intento de responder tais questionamentos abre-se o próximo tópico.

3.2 Limitação

Fora sedimentado existirem posições conflitantes na sociedade quanto aos seus rumos políticos e sociais motivo pelo qual há necessidade ao direito de liberdade de expressão e reunião, para salvaguarda da coexistência de ideias, suas discussões e aprimoramento da sociedade, assim constroem-se Democracias saudáveis, haja vista, a ampla discussão de ideias.

É ponto pacífico na doutrina que os direitos fundamentais sofrem limitações, sendo uma de suas características a limitabilidade.

Por limitabilidade, significa dizer que os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, eles são limitados. A doutrina aceita pacificamente esta característica, de tal modo que havendo conflito entre os direitos fundamentais e sendo certo que não há hierarquia entre eles, a solução para eventual conflito, ou vem discriminada na própria Constituição, como por exemplo o conflito entre direito de propriedade versus desapropriação, ou caberá ao intérprete ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugada com a sua mínima restrição. Nem ao menos o direito a vida é encarado como um direito absoluto, pois a própria Constituição admite exceções, como por exemplo a pena de morte em tempo de guerra, e há exceções até mesmo de ordem infraconstitucional, com os casos de excludentes da tipicidade em relação ao crime de aborto, descritas no artigo 128, incisos I e II do Código Penal. (SOUZA, 2023, p. 200/201)

Desse modo, a tolerância é a raiz do cerne dos questionamentos anteriormente elencados, isto é, a capacidade de conviverem posições antagônicas em uma dada sociedade, propiciando o amplo debate de proposições antagônicas, principalmente.

Sobre esse aspecto elenca Bobbio (2004, p. 186) ao discutir as motivações da tolerância, tendo-a conceituado e discorrido sobre seu viés histórico e atual:

Quando se fala de tolerância nesse seu significado histórico predominante, o que se tem em mente é o problema da convivência de crenças (primeiro religiosas, depois também políticas) diversas. Hoje, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, linguísticas, raciais, para os que são chamados geralmente de 'diferentes', como, por exemplo, os homossexuais, os loucos ou os deficientes.

Complementa a compreensão de tolerância o exposto por Michelle Fernanda Góes Rodrigues (2017, p. 42):

Por tolerância entende-se como um certo grau de aceitação que indivíduo demonstra em relação a outros indivíduos que possuem opiniões, valores e características diferentes. Em contrapartida, entende-se a intolerância como a não aceitação de realidade distintas da do próprio indivíduo – e esta não pode ser confundida com mera indiferença.

Faz-se, portanto, necessário às sociedades democráticas terem a capacidade de gestarem um ambiente em que os diferentes se sintam livres em se manifestarem sem temor de qualquer represália, seja de outrem ou do Estado, aí está a necessidade da liberdade de expressão e reunião para a Democracia como anteriormente elencado, a problemática está quando outrem faz uso de um direito fundamental à Democracia para excluir do debate outros grupos e o próprio sistema democrático.

Muitos elencam o paradoxo da tolerância encontrado na obra “Sociedade aberta e seus inimigos” do filósofo Karl Popper como exemplo de discussão quanto ao embate elencado, explica sua teoria (1959, p. 233):

A tolerância ilimitada deve levar ao desaparecimento da tolerância. Se ampliarmos a tolerância ilimitada mesmo para aqueles que são intolerantes, se não estamos preparados para defender uma sociedade tolerante contra o ataque do intolerante, então o tolerante será destruído e a tolerância com eles. Esta perspectiva não implica, por exemplo, que devamos sempre suprimir o enunciado de filosofias intolerantes.

Por essa ótica de Popper, perspectivas intolerantes têm a capacidade de silenciar o debate amplo, necessário em democracias, extirpando o próprio debate e a democracia, motivo pelo qual que propõe seu combate, “desde que possamos contrariá-los” os intolerantes “por argumentos racionais e pelo debate público, a supressão certamente seria imprudente” de modo, que, defende a manutenção da liberdade de expressão, inclusive como meio de combate aos intolerantes, ressalva, porém (Popper, 1959, p. 233):

Mas devemos reivindicar o direito de suprimi-los, se necessário, mesmo pela força. É possível que eles não estejam preparados para disputar o campo do argumento racional e os escutem como se fossem denúncias. Eles podem proibir seus seguidores de ouvir argumentos racionais, porque são enganadores, e ensiná-los a responder argumentos com o uso de punhos ou pistolas. Devemos, portanto reivindicar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar o intolerante.

Propõe-se então a possibilidade de limitação do debate quando haja o abuso do direito de liberdade de expressão e reunião voltado ao vilipêndio desses mesmos parâmetros e ideais – liberdades e democracia, ao caso.

Necessário, portanto, compreender ser possível a limitação dos direitos quando extrapolados sua órbita de legitimação e quando empregados como ferramentas de ataque à indivíduos e à Democracia, pois o sistema jurídico deve ser dotado de mecanismos de autodefesa, pois do contrário estaria fadado à extinção.

Levanta-se então o questionamento: O sistema pátrio é dotado dos mecanismos jurídicos aptos a promover sua proteção?

3.3 Da Tutela

A tutela quanto o respeito aos limites de gozo aos direitos de liberdade de expressão e do direito de reunião haverá de ser analisado em duas vertentes, quanto a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

Quanto a eficácia horizontal, tanto a liberdade de expressão quanto o direito de reunião demandam um vínculo direto entre conteúdo da mensagem e da manifestação com sua fonte, seu locutor, pois, ao mesmo tempo em que a Constituição assegura a todos o direito de se expressarem, veda-se o anonimato (art. 5º, IV, CF), além de garantir o direito de resposta, “proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5, V, CF) (Brasil, 1988).

O texto constitucional ainda assegura o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro, está pelo teor constitucional possibilitando que todo aquele que seja indevidamente lesado por discursos, palavras ou ações/conduitas busque no Poder Judiciário a tutela de sua lesão, resguardando ao propenso ofensor a possibilidade de defesa (Brasil, 1988).

Há, portanto, pleno resguardo e punição quanto a liberdade de expressão e reunião quando atinjam direitos de outrem, ou seja, na horizontalidade dos direitos fundamentais encontram-se bem delineados, garantindo a sua limitabilidade.

Nas esferas cível e penal encontramos a disciplina jurídica de tutela, na primeira esfera grande expoente está o instituto da responsabilidade civil e no segundo há a reprimenda estatal às atitudes que violem os bens jurídicos mais relevantes, tais como o direito à honra e a própria imagem.

A problemática, contudo, que esse artigo propõe, não é estritamente quanto a relação horizontal dos direitos fundamentais, mas quanto a sua verticalidade, quando os direitos de liberdade de expressão e reunião atentam contra aos ideais democráticos.

Sob esse enfoque questiona-se: Quando é legítimo reprimir os discursos atentatórios? De forma prévia ou repressiva?

Sobre esse aspecto, de punição prévia à temas, Daniel Sarmento que é lembrado por Michelle Fernanda Góes Rodrigues (2017, p.46) explica que:

(...) se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupo estigmatizados, não sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos. A utopia do respeito mútuo no discurso público converter-se-ia na triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis.

Embora discorra o autor quanto a horizontalidade das relações, *mutatis mutandis* seu pensamento é plenamente aplicável à relação vertical, e coligando-o com os dizeres constitucionais supramencionados, temos que a Constituição se preocupa em punir repressivamente as violações jurídicas, este é, bem da verdade o mote do Direito.

Ao Ministério Público, titular da ação penal pública, é outorgado na esfera penal a possibilidade em atuar investigando e promovendo ações competentes aos detratores da Democracia, respeitando a individualização de condutas e, pelo norte constitucional, salvaguarda-se o sistema jurídico com a ampla defesa, estando o Judiciário, inerte e imparcial, apto a analisar casuisticamente as condutas que mereçam alguma reprimenda estatal.

Entretanto, a premissa jurídica de “não há crime sem lei anterior que o defina” (art. 1º, CP) (Brasil, 1984) orientado pelo princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, CF) (Brasil, 1988) é radiante ao debate, no aspecto de que: Que condutas são puníveis? O que vem a ser atentar contra a Democracia?

Verifica-se então no Código Penal Brasileiro as previsões legais, recém-criadas, do TÍTULO XII, DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹⁷⁷ (BRASIL, 1984). É certo que ao Ministério Público também está outorgado a proteção de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” via ação civil pública nos termos do art. 1º, IV da Lei nº 7.347/1985.

Por direitos difusos Everaldo Tadeu Quilici Gonzales e Washington Eduardo Perozim da Silva explanam:

Pois bem, em primeiro lugar, deve-se dizer que essa modalidade normativa é classificada como um “direito fundamental da terceira dimensão” (direito à paz, ao meio ambiente saudável, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação) e, portanto, (...) diferentemente das categorias anteriores, sua defesa não se expressa pela tutela do direito de liberdade de um indivíduo em face de seus respectivo Estado, ou pela implementação dos direitos de uma determinada categoria desfavorecida. Aqui, já se trata de defender os direitos de toda humanidade, de modo que os Estados devem respeitá-los independentemente da existência de vínculo de nacionalidade com seus titulares (neste aspecto, estes podem ser considerados ‘cidadãos do mundo’, e não de um determinado país) e, de eles se encontrarem ou não em seu território. Aliás, por humanidade compreende-se, até mesmo, a gerações futuras, os seres humanos que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos. (ANDRADE; A; MASSON; AANDRADE, L; 207, P. 04).

A Democracia sendo um fator determinante de existência do Estado brasileiro, deve ser entendida, portanto, como um direito difuso, por pertencer a todo o povo, sendo plenamente possível a promoção de ação civil pública para responsabilização de grupos e/ou indivíduos para a reparação de todo e qualquer dano advindos de suas condutas antidemocráticas, condutas estas compreendidas como contrárias aos ideais delimitados na Constituição Federal e que tenham empregados meios concretos para ruir com a Democracia, causando danos sob o pseudo direito de liberdade “absoluta” de expressão, opinião e reunião.

Há limites e estes devem ser respeitados, ainda que a força e com o rigorismo da lei aos seus violadores.

¹⁷⁷ É oportuno pontuar não ser objetivo desse artigo esmiuçar os tipos penais desse TÍTULO e tão pouco fazer juízo de valor, mas apenas, elencar a existência de elementos penais que visam a proteção do Estado de Direito e da Democracia, não valorando serem ou não eficazes.

4 CONCLUSÃO

A Democracia é algo caro à sociedade por ser capaz de salvaguardar direitos para todos os indivíduos que a compõem e que são caros à humanidade, por serem provenientes de movimentos diversos da história, como elencado, demandando-se proteção, que pela disposição das coisas é encontrada na Democracia.

A problemática levantada nesse trabalho abordou a questão do uso de direitos de primeira ordem à própria manutenção desse sistema democrático contra si, elencando exemplos de sua ocorrência, perante a opinião pública.

Discutindo, por fim, a legitimidade em limitar a liberdade de expressão e reunião para a manutenção do regime democrático perante o uso desmedido desses direitos voltado ao ataque à Democracia.

Contudo, não se deve falar em limitação ao direito à liberdade de expressão e reunião por via direta, mas por via oblíqua, no sentido de que, a Constituição Federal privilegia a repressão, a punição de condutas, não a limitação prévia, isto é, será pela punição, repressão às condutas praticadas e que sejam atentatórias ao Estado Democrático de Direito (na compreensão elencada nesse trabalho) que se transmitirá a mensagem pedagógica que as reprimendas estatais possuem, qual seja, será punindo, na esfera cível (patrimonial) e penal, as condutas atentatórias após praticadas e após amplo debate judicial que se instruirá a sociedade de quais condutas não são toleráveis.

Demanda-se, para tanto, um fortalecimento da defesa, para que o direito constitucional à ampla defesa não seja reprimido, evitando-se abusos do Estado e com isso o afastamento do fim desejado: proteção da Democracia, rumando-se para um Estado Tirânico.

Por esse escopo que é primordial a individualização de condutas e falas, para não se incorrer na tirania de Estado e supressão de direitos de forma prévia, qual pela sistemática constitucional é vedada.

A liberdade de expressão, opinião e reunião é algo sagrado, mas não ilimitado em qualquer Estado que se intitule democrático e de direito. O direito de alguém vai até o momento em que se começa o direito de outrem.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Caio Márcio de Brito; **RECALL – A Revogação do Mandato Político pelos Eleitores: Uma Proposta Para o Sistema Jurídico Brasileiro**. Faculdade de Direito da USP – São Paulo, 2009. Biblioteca Digital USP. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08032010-094820/pt-br.php>. acesso em 05 Jul. 2018.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular - A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental**. 1ed Curitiba: Juruá, 2013.

BARBIÉRI, Luiz Felipe; GOMES, Pedro Henrique; RODRIGUES, Mateus; Bolsonaro reúne embaixadores para repetir sem provas suspeitas já esclarecidas sobre urnas. **G1 Notícias**, 2022. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/07/18/bolsonaro-reune-embaixadores-para-repetir-sem-provas-suspeitas-ja-esclarecidas-sobre-urnas.ghtml>. Acesso em 16 Jul. 2023.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Câmara emite parecer esclarecendo que artigo 142 da Constituição não autoriza intervenção militar**. 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/667144-camara-emite-parecer-esclarecendo-que-artigo-142-da-constituicao-nao-autoriza-intervencao-militar/>. Acesso em 16 Jul. 2023.

BRASIL, Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848/1940**, Brasília. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 27 Jul 2023.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 Mai. 2023.

BRASIL, Senado Federal, Rádio Senado. **40 anos de Ato Institucional n. 5 (AI-5) [gravação de som]**, 2008. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/146896>. Acesso em 16 Jul. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DWORKING, Ronald. **A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade**. Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALZO, Wesley; POMPEU, Lauriberto. **Bolsonaristas tentam invadir PF e queimam ônibus em Brasília; polícia cerca hotel de Lula**. Estadão, 2022. <https://www.estadao.com.br/politica/tropa-de-choque-da-pm-e-grupo-de-elite-da-policia-federal-cercam-hotel-de-lula-em-brasilia/>. Acesso em 16 Jul. 2023.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici; SILVA, Washington Eduardo Perozim da; Diretos Fundamentais coletivos e difusos: um conceito acadêmico elaborado a partir de seus pressupostos. **REVISTA QUÆSTIO IURIS**, vol. 11, nº 03, UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2018, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/31405/0>. Acesso em 23 Jul. 2.023.

HIGÍDIO, José. **PSOL pede que STF invalide interpretações golpistas do artigo 142 da Constituição**. Consultor Jurídico, 2023. Disponível <https://www.conjur.com.br/2023-fev-14/partido-invalidacao-interpretacoes-golpistas-artigo-142>. Acesso em 16 Jul. 2023.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

LOPES, Léo. Grupos fazem atos antidemocráticos e pedem intervenção militar diante de quartéis. **CNN**, 2022. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/grupos-fazem-atos-antidemocraticos-e-pedem-intervencao-militar-diante-de-quarteis/>. Acesso em 16 Jul. 2023.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. O representante como protetor: incursões na representação política “vista de baixo”. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, 2012, v. 27, n. 79. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092012000200003>. Acesso em 08 Jul. 2023.

MILL, John Stuart. **On liberty**. New York: Dover Publications Inc, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**; São Paulo: Martin Claret, 2014.

MÕES, Malu. **Bolsonaro tem reunião com embaixadores sobre segurança das urnas**. CNN, 2022. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-tem-reuniao-com-embaixadores-para-falar-sobre-urnas-nesta-segunda/>. Acesso em 16 Jul. 2023.

NEIVA, Lucas. **Em reação à diplomação de lula, baderneiros golpistas tentam invadir sede da PF em Brasília**. UOL, 2022. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/em-reacao-a-diplomacao-de-lula-manifestantes-bolsonaristas-tentam-invadir-sede-da-pf-em-brasilia/>. Acesso em 16 Jul. 2023.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Caroline. **Pedir artigo 142 vai contra ordem institucional, afirma procuradora de SP**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/11/01/pedir-artigo-142-vai-contra-ordem-institucional-afirma-procuradora-de-sp>. Acesso em 16 Jul. 2023.

OLIVERIA, Maria Fernanda Moreira Marques de. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio, Trabalho de fim de curso**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, orientadora Letícia da Costa Paes, 2014, disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=22481@1>. Acesso em 08 Jul. 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas; **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. UNICEF Brasil, disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 05 de julho de 2018, e também disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. acesso em 05 Jul. 2018.

PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa VII REVISÃO CONSTITUCIONAL, 2005**. Disponível ee: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>. Acesso em 07 Ago. 2021.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Lafonte, 2017.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade democrática e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1959.

RODRIGUES, Michelle Fernanda Góes; **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. **REVISTA INTERTEM@S**, v. 34 n. 34, 2017.

SANTOS, Artur dos. **Manifestantes pedem intervenção federal em quartéis militares**. AGEMT, 2022. Disponível em: https://agemt.pucsp.br/noticias/manifestantes-pedem-intervencao-federal-em-quarteis-militares?gclid=EAlalQobChMI64eKq4GUgAMVw0d_AB0iag-SEAAYASAAEgIA__D_BwE. Acesso em 16 Jul. 2023.

SENADO DEL ESPAÑA. **Constitución Española, 1978**. Disponível em: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Acesso em 07 Ago. 2021.

SILVA, Júlio Cesar Casarin Barroso; **Democracia e liberdade de expressão - Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2009.

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago; **A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: As Justificativas Instrumental e Constitutiva para a Inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal De 1988**. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, 2017, disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/72978>. Acesso em 08 Jul. 2023.

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de; SANTIN, Valter Foletto. **Administração Pública: A Participação Popular nas Questões Políticas e Jurídicas do Estado**. Temas de Direito Administrativo. 1ed., Curitiba: Juruá, 2022.

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. **Direito Constitucional. Teoria e Jurisprudência**. 2ed., Londrina: Thoth, 2023.

TOFFOLI, José Antonio Dias; **Os caminhos da cidadania e do voto no Brasil, um panorama histórico**. Revista do Advogado. AASP, nº 138, jun., 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Em evento, Fachin rebate afirmações falsas contra o sistema eletrônico de voto**. TSE Notícias, 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/em-evento-fachin-rebate-afirmacoes-falsas-contra-o-sistema-eletronico-de-voto>. Acesso em 16 Jul. 2023.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos **CIDADÃO, Direitos do Homem e do;** 1789. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> > acesso em 05 de julho de 2018 E também disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 05 Jul. 2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos **Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia – 1776**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em 05 de julho de 2018, e também disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1788/YY2014MM11DD18HH14MM7S42-Declara_o%20da%20Virginia.pdf. Acesso em 05 Jul. 2018.

UNITED STATES SENATE: **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>. Acesso em 07 Ago. 2021.

URUGUAY, **Constitución de la República, 1997**. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em 07 Ago. 2021.

ANÁLISE SOBRE A ARQUITETURA PRISIONAL E SEU IMPACTO NA REABILITAÇÃO SOCIAL DO APENADO

ANALYSIS ON THE PRISON ARCHITECTURE AND ITS IMPACT ON THE SOCIAL REHABILITATION OF THE PRISONER

NASCIMENTO, Camilla Yasmin Silva do¹⁷⁸
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima¹⁷⁹

RESUMO: O presente ensaio tem por escopo discutir o poder punitivo estatal e as estratégias arquitetônicas prisionais adotadas no decorrer da história, entrelaçados com as tendências de encarceramento em massa. Nosso propósito é explorar a sua reverberação nos espaços físicos de cumprimento da pena, bem como no campo psíquico do apenado e social, defendendo a existência de espaços humanizados e regeneradores. Visa, outrossim, propor uma visão crítica com relação ao funcionamento das penitenciárias, e, em acréscimo, explorar os elementos que tornam o ambiente executivo da pena em um espaço eficaz de regeneração do indivíduo encarcerado, em obediência aos princípios basilares da Lei de Execução Penal. A metodologia utilizada trata-se de compilação bibliográfica, por meio de autores clássicos do direito penal, normas da legislação brasileira, bem como ponderação qualitativa a partir da análise de pensadores e estudiosos da esfera criminal e da arquitetura.

Palavras-chave: Arquitetura prisional. Ressocialização. Sistemas penitenciários.

ABSTRACT: This essay aims to discuss the punitive power of the State and the prison architectural strategies adopted throughout history, correlated with the increase of mass incarceration. Our purpose is to explore its reverberation in the physical spaces of the sentence, as well as in the psychological and social field, defending the existence of humanized and regenerating spaces. It also aims to propose a critical view regarding the functioning of penitentiaries, and, in addition, to explore the elements that make the executive environment of the sentence into an effective space for the regeneration of the incarcerated individual, in obedience to the basic principles of the Penal Execution Law. The methodology used is a bibliographic compilation, through classic authors of criminal law, norms of Brazilian legislation, as well as qualitative thinking from the analysis of authors and scholars in the criminal sphere and architecture.

Keywords: Prison architecture. Resocialization. Penitentiary system.

¹⁷⁸ Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte — UFRN/CERES. E-mail: camillayasmin3@gmail.com.

¹⁷⁹ Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Digital e Compliance (Instituto Damásio de Direito). Bacharel em Direito (UFRN). Advogado (OAB/RN 17.198). Professor substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. E-mail: tiagojose.ufrn@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo abordar a ressocialização do apenado a partir da análise sobre os espaços físicos de cumprimento da pena, como nas penitenciárias, bem como investigar a (in)eficácia estatal nesse cenário.

Assim, preliminarmente, este trabalho divide-se da seguinte forma: *ab initio*, instaura-se uma ponte com o contrato social, legitimador do *jus puniendi* estatal, a partir do viés filosófico do inglês John Locke. Em seguida, o estudo pauta-se em explicar o caminho percorrido pelo Direito Penal e, sucintamente, sobre as punições adotadas nos três períodos marcantes da história da Vingança Penal: a Vingança Privada, Vingança Divina e Vingança Pública, sendo, por fim, inaugurado o Período Humanitário (período de importantes reformas na seara penal).

Por conseguinte, analisa-se as críticas tecidas por Michel Foucault e Beccaria, uma vez que os avanços nem sempre significam melhorias efetivas. Em seguida, traça-se um panorama sobre as origens das penas privativas de liberdade e das penitenciárias em si, a partir do contexto europeu, percorrendo seu trajeto até os dias atuais, chegando ao cenário brasileiro, onde serão analisadas as estatísticas atinentes ao nosso complexo penitenciário.

Sem embargos de tudo isso, é apresentada a Teoria da Janela Quebrada (tese desenvolvida pelos norte-americanos James Q. Wilson e George Kelling), onde será discutida quais são as implicâncias de um ambiente abandonado pelo Estado, e como isso influencia no comportamento humano.

Por fim, será realizado um comparativo entre os ambientes prisionais brasileiros e os desenvolvidos em países europeus, mormente os países escandinavos, para que seja possível detectar as estratégias de ressocialização e ponderar em quais caminhos estamos errando.

Desta feita, muito embora seja notório que os espaços físicos de cumprimento devem obedecer a patamares mínimos de humanização, a fim de promover a adequada reabilitação do apenado, as estatísticas acerca da reincidência, superlotação carcerária, dos crimes cometidos no meio prisional e doenças que se alastram rapidamente entre os detentos, todos estes elementos atestam a ineficácia estatal perante a massa prisional, demonstrando o desinteresse em promover um

cumprimento de pena humanizado que beneficie não somente o indivíduo, mas também a coletividade, porquanto uma efetiva reabilitação reverbera positivamente no meio social.

Dessa forma, o presente estudo visa alimentar a ideia de que a adoção de penitenciárias humanizadas, confortáveis e agradáveis visualmente, em conjunto com rotinas produtivas que evitem o ócio, demonstraram ser essenciais na ressocialização, conforme será oportunamente demonstrado.

2 O *JUS PUNIENDI* ESTATAL

Em harmonia com a linha de raciocínio desenvolvida pelo filósofo inglês John Locke, no final do século XVII, o estado de natureza é concebido como um fenômeno no qual inexistente subordinação a qualquer poder político ou jurisdição, de modo que os homens vivem “juntos segundo a razão, sem um superior comum na terra com autoridade para julgar entre eles”¹⁸⁰.

Locke concebe ainda a noção de estado de guerra¹⁸¹, atentando que diante da ausência de uma autoridade para solucionar os conflitos interpessoais, obtém-se um terreno fértil para a eclosão de inimizades, violência e destruição mútua.

Frente a esse panorama, emerge a metáfora do “contrato social”, consistente em um pacto realizado entre homem e Estado como via para a superação do caos e promoção de uma sociedade civil, na qual todos colaboram na composição de uma comunidade ordenada e justa, integrando um corpo político sob o poderio de um governo.¹⁸²

¹⁸⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. pp. 84 e 92.

¹⁸¹ Alguns contratualistas defendiam que o estado de guerra e o estado de natureza se fundiam. Contudo, Locke os separa sob o argumento de que o primeiro seria uma “força, ou uma intenção declarada de força, sobre a pessoa de outro, onde não há superior comum na terra para chamar por socorro (...)”. Acrescenta ainda que “**a vontade de se ter um juiz comum com autoridade coloca todos os homens em um estado de natureza; o uso da força sem direito sobre a pessoa de um homem provoca um estado de guerra, haja ou não um juiz comum. Quando a força deixa de existir, cessa o estado de guerra** entre aqueles que vivem em sociedade, e ambos os lados são igualmente submetidos à justa determinação da lei;” (LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. pp. 92-93) (grifo nosso).

¹⁸² O filósofo explica ainda que “(...) não é razoável que os homens sejam juizes em causa própria, pois a auto-estima os tornará parciais em relação a si e a seus amigos: e por outro lado, que a sua má natureza, a paixão e a vingança os levem longe demais ao punir os outros; e nesse caso só advirá a confusão e a desordem; e certamente foi por isso que Deus instituiu o governo para conter a parcialidade e a violência dos homens. Eu asseguro tranqüilamente que o governo civil é a solução

Nessa conjuntura, na busca por segurança jurídica e pelo interesse de ter os seus direitos naturais resguardados — na ótica lockeana: propriedade privada, vida, liberdade e igualdade — os homens abdicam de uma porção da sua liberdade e delegam ao Estado o poder político para conduzir a comunidade, em troca da proteção desses direitos.

Visando a efetiva concretização deste propósito, o Estado reveste-se do poder repressivo. Por consequência, torna-se responsável por articular a sistemática penal e aplicar as sanções sobre quaisquer que rompam o contrato social e obstem a harmonia pactuada.

Infere-se, por conseguinte, que o indivíduo rasga o contrato social quando viola as leis e normas estabelecidas pelo corpo político e jurídico-penal no qual está inserido. Dessa maneira, a lesão contra bens jurídicos¹⁸³ demanda uma resposta do poder repressivo, e, nesse segmento, surge a figura do *jus puniendi* estatal, ou seja, o poder/dever de punir o delito ou a contravenção, fundamentado no ordenamento jurídico.

Em sintonia com essa premissa, Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁸⁴ esclarece:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado como uma das expressões mais características de sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a 'pretensão punitiva'. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena.

adequada para as inconveniências do estado de natureza (...)" (LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 88).

¹⁸³ É importante pontuar que o conceito de "bem jurídico" passou por transformações no decorrer do tempo, acompanhando a complexidade dos interesses sociais. Contudo, à luz dos ensinamentos de Claus Roxin (2009), pode-se dizer que a noção de bem jurídico parte da ideia de limitar a atuação legislativa, no sentido de que o Direito Penal deve proteger apenas elementos considerados relevantes para o meio social, tendo por base os direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, busca-se evitar a criminalização de condutas que em nada lesionam efetivamente a sociedade, devendo o ordenamento jurídico-penal zelar somente pelos elementos considerados dignos de proteção, nesse caso, os denominados "bens jurídicos". Assim, *verbi gratia*, quem comete um homicídio atenta contra o bem jurídico "vida" de outrem.

¹⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20^o ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.13.

A pretensão punitiva estatal, logo, se volta para o futuro, na medida em que exige a abstenção dos cidadãos em transgredir o ordenamento penal; e, no tocante ao delituoso, volta-se para o presente, exigindo que este se submeta e cumpra a sanção penal cominada.

Contudo, convém aclarar que o *jus puniendi* estatal não é infinito: a execução desse poder legitimado deve esbarrar em limitações por meio de um sistema de freios e contrapesos, lastreados em Poderes Competentes (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), típicos dos Estados democráticos, bem como repousar em princípios garantidores dos direitos fundamentais dos infratores, respeitando sua índole humana mesmo na condição de transgressores do ordenamento jurídico.

É valioso, ainda, a estrita observância de objetivos ressocializadores focados no indivíduo delincente, além de buscar uma estruturação prática voltada nesse sentido, com o fito de evitar o punitivismo exacerbado sem qualquer ideal restaurador. Para tanto, vale a conjugação de uma pena suficiente para punir e prevenir novos delitos, além de oportunizar espaços físicos adequados para o cumprimento da pena e efetiva reintegração social do recluso.

É sabido que ao se constatar um infrator da ordem deve-se utilizar os meios necessários para restabelecer a harmonia social, sendo tal conduta, indubitavelmente, uma atuação fundamental e, em verdade, mandatária por parte de um Estado Democrático de Direito, porquanto a coletividade que o compõe almeja a segurança jurídica ao delegar os poderes para tal. Entretanto, em que consiste, de fato, uma punição efetiva?

3 HISTÓRIA E FILOSOFIA DA PENA

*Ubi homo, ibi jus.*¹⁸⁵

A história da estrutura punitiva tem profundas ligações com o conceito de liberdade, visto que na busca pela sobrevivência individual ou do próprio grupo, o ser humano desde tempos antigos passa a adotar medidas de isolamento ou punições severas em desfavor dos indivíduos que, de algum modo, prejudiquem a harmonia

¹⁸⁵ Onde existe o homem, ali também existirá o Direito.

selada. Nesse horizonte, as punições consistem, portanto, em uma exceção ou limitação à liberdade (de locomoção, de expressão, de religião etc.).

Pode-se dizer que a liberdade se encontra adjacente à ideia de máxima autonomia do indivíduo e uso do livre-arbítrio, constituindo um aspecto inerente a todo ser humano, especialmente sob a proteção dos países democráticos, tratando-se, inclusive, de uma importante garantia assegurada aos indivíduos por significativa parte dos países no Direito moderno.

Em uma balança pende, de um lado, a liberdade do homem, e, de outro, uma sanção penal limitadora. Acerca da progressão destes dois elementos, observa-se que o Direito Penal evoluiu concomitantemente aos aglomerados humanos, consonante às suas necessidades, percepções e culturas.

Muito embora não seja possível articular com exatidão as origens do Direito Penal e seus métodos repressivos, é comum a divisão da Vingança Penal em três momentos: Vingança

Privada, Vingança Divina e Vingança Pública.

Nesse trilhar, a Vingança Privada figura como a mais primitiva ordem de punição, imperando o instinto, a superstição humana, os impulsos. Ademais, os fenômenos naturais, como terremotos, erupções vulcânicas e até mesmo a chuva, simbolizavam manifestações do sobrenatural que refletiam no comportamento das comunidades primitivas. Acerca disto, José Henrique Pierangelli¹⁸⁶ aduz:

[...] para os integrantes dos primeiros agrupamentos humanos, para que ocorresse punição considerava-se tudo aquilo que ultrapassava seu limitadíssimo conhecimento quase sempre como resultado de uma forma incipiente de observação, e que alterava sua vida normal, como fruto de influência malignas, sobrenaturais, emanadas de seres fantásticos, habitualmente antropomásticos dotados de poderes.

Na Vingança Divina perdurava o misticismo e a constante necessidade de agradar os deuses. Havia uma maior proteção com relação à unicidade e harmonia das civilizações, de modo que o transgressor dessa paz seria severamente punido, em razão da crença de que seu comportamento fere não apenas a coletividade, mas também o próprio deus. Nesse sentido, adição de Farias Júnior¹⁸⁷:

¹⁸⁶ PIERANGELLI, José Henrique. **Das penas**: tempos primitivos e legislações antigas. Fascículos de ciências penais. São Paulo: Fabris, 1980. pp. 4-5.

¹⁸⁷ FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 1993. pp. 23-24.

[...] determinados povos da antiguidade cultivavam a crença de que a violação da boa convivência ofendia a divindade e que sua cólera fazia recair a desgraça sobre todos, todavia, se houvesse uma reação, uma vingança contra o ofensor equivalente a ofensa, a divindade depunha a sua ira, voltava a ser propícia e a dispensar de novo a sua proteção a todos.

Na Vingança Pública, tem-se o fortalecimento do Estado concentrado na figura dos monarcas, bem como a crescente intervenção estatal nos conflitos privados e sociais, bastante caracterizada, ainda, pelo caráter intimidatório¹⁸⁸ das punições, com o objetivo de criar temor acerca da figura do rei e proteger sua soberania, mormente por intermédio dos suplícios — espécie de espetacularização do poder punitivo que será abordado subsequentemente.

Por conseguinte, no século XVIII surge o período Humanitário, no qual se destacam os tópicos embrionários acerca dos direitos humanos básicos em se tratando do preso, pensamentos estes que visavam uma reforma no direito penal, impulsionados pelo movimento iluminista.¹⁸⁹

Nessa toada, tendo em vista a tendência humana de violar os direitos alheios e pôr em risco seus semelhantes e até mesmo coletividades inteiras, a cominação de penas privativas de liberdade se tornou crucial como uma tentativa de afastar tais comportamentos do meio social, correspondendo, conforme abordado inicialmente, em uma limitação ao direito de liberdade, sendo essa contrastante relação bem acentuada com o advento da massificação carcerária em decorrência da maior adoção das penitenciárias.

Em virtude disto e dentre outros fatores, tem-se observado a própria falência desse sistema punitivo, o qual abandona os corpos em prisões decadentes, retornando para o meio social um indivíduo piorado e sem perspectivas de melhora.

Posto isso, é imprescindível explorar a atuação do poder punitivo e o caminho percorrido pelos sistemas penitenciários, de modo que será possível constatar a forma vil com a qual os apenados eram (são) tratados, discorrendo sobre o trajeto da

¹⁸⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 22.

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 10^o ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.33.

estrutura punitiva partindo dos suplícios no período medieval, até o período humanitário para compreender as dinâmicas das prisões no cerne da história.

4 AS NUANCES DO PODER PUNITIVO E DA APLICAÇÃO DA PENA SOB A ÓTICA DE BECCARIA E FOUCAULT

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, atrelado ao raciocínio humanitário que se instaura no auge do período iluminista, tece fortes críticas à seara penal, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, além de consagrar-se como um dos precursores da humanização das penas, destacando-se por corajosamente manifestar-se sobre esse tema em uma época marcada pelas arbitrariedades e parcialidades dos juízes corruptos, pelos julgamentos obscuros, as torturas etc. Preocupava-se com a dificuldade de acesso do povo às leis, com a precariedade das prisões, atentando ainda para a necessidade de proporção entre os delitos e as penas.

Beccaria investigava, outrossim, acerca da finalidade das punições, alertando que uma boa legislação é pautada não apenas em retribuir, mas também em prevenir que o delinquente retorne a praticar ilícitos, bem como mostrar-se eficaz no sentido de desestimular futuras transgressões por parte dos outros cidadãos. Nesse sentido, assevera:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.¹⁹⁰

Outro ponto marcante discutido em sua obra remete-se aos suplícios: método de punição dos delinquentes caracterizado por afligir e provocar dores físicas intensas por meio de odiosas formas, tais como a tortura, enforcamento, queimaduras realizadas por ferro em brasa, lançamento do corpo à fogueira, esquartejamento, mutilações etc.

Além do intuito de punir severamente o indivíduo, possuía também a função de desestimular a infração das leis por parte do restante da população, e, precisamente por essa razão, os suplícios eram comumente realizados em praças

¹⁹⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27.

públicas, expondo o condenado ao vexame; assim, ao mesmo tempo em que instigava temor nos espectadores, o rei reafirmava a sua soberania a partir do corpo supliciado, instrumento simbólico de consolidação do poder e controle monárquico perante todos.

Essa prática foi amplamente condenada por Beccaria, o qual, reiterando o sacrifício da liberdade feito no contrato social, aduz que os meios de comprimir os infratores devem ser sensíveis e poderosos, equilibrando-se:

Foi, portanto, a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito. (...) Por justiça entendo o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade. Todas as penas que ultrapassarem a necessidade de conservar esse vínculo são injustas pela própria natureza.¹⁹¹

Por conseguinte, acompanhando o enfraquecimento das monarquias, em fins do século XVIII, impulsionado pelos ideais iluministas e as críticas contundentes dos filósofos e juristas da época, os suplícios foram lentamente desaparecendo no continente europeu, na medida em que sobreveio importantes mudanças na sistemática punitiva estatal.

Assim, seguindo o raciocínio de que a transgressão ao pacto social é uma transgressão contra todos os indivíduos constituintes da sociedade — e não apenas contra o monarca, como outrora acreditava-se e fundamentavam-se as punições —, as prisões passam a protagonizar essa nova era punitiva, sendo que o ideal passa a ser isolar o transgressor dos demais cidadãos, impedindo-lhe de violar novamente o pacto, além de proporcionar que o seu isolamento o faça refletir sobre seus crimes. Dessa forma, o encarceramento figura como principal meio de punição.

Diante dessa perspectiva, Michel Foucault traça ponderações a respeito da supressão do espetáculo punitivo (tais como os suplícios), bem como sobre a maior adoção das prisões. Foucault reflete que enquanto as punições físicas dos suplícios foram gradativamente sumindo, tornava-se notório uma “nova arte de fazer sofrer”¹⁹²,

¹⁹¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

¹⁹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 20^o ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 12.

destacando que nesse novo cenário os flagelos no corpo humano dão lugar aos flagelos na alma, de modo que o cárcere, nos moldes modernos, proporciona mudanças profundas no intelecto e personalidade do detento. Nessa ótica, resume:

(...) poderíamos dizer que, no direito monárquico, a punição é um cerimonial de soberania; ela utiliza as marcas rituais da vingança que aplica sobre o corpo do condenado; e estende sob os olhos dos espectadores um efeito de terror ainda mais intenso por ser descontínuo, irregular e sempre acima das suas próprias leis, a presença física do soberano e de seu poder. No projeto dos juristas reformadores, a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito; utiliza não marcas, mas sinais, conjuntos codificados de representações, cuja circulação deve ser realizada o mais rapidamente possível pela cena do castigo e a aceitação deve ser a mais universal possível. Enfim, no projeto de instituição carcerária que se elabora, a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena. (...) São modalidades de acordo com as quais se exerce o poder de punir. Três tecnologias de poder.¹⁹³¹⁹⁴

Na filosofia penal foucaultiana, a ideia se consubstancia em individualizar o errante, o irregular, o comportamento desviante, para então punir.

Nesse horizonte, a prisão exerce um papel fundamental, sendo este o instrumento para exercer a disciplina e lapidar o comportamento do encarcerado por meio do processo de “reeducar” ou “ressocializar”. Portanto, a justiça induz a crença de que não mais castiga como no passado, mas que confina os indivíduos com a finalidade correccional. Desse modo, a justiça penal protege uma de suas essências mais poderosas, qual seja, o poder sobre o corpo.

O sistema panóptico, instituído pelo filósofo e jurista Jeremy Bentham, expressa bem essa ideia. O panoptismo trata de um sistema que se firma na concepção de que as prisões devem possibilitar um total controle e vigilância do preso por intermédio da arquitetura. Nesse trilhar, Foucault¹⁹⁵ explica:

Cada um, em seu lugar, está bem trancado em sua cela de onde é visto de frente pelo vigia; mas os muros laterais impedem que entrem em contato com seus companheiros. É visto, mas não vê; objeto de uma informação nunca sujeito de uma comunicação. A disposição do seu quarto em frente da torre central, lhe impõe uma visibilidade axial; mas as divisões do anel, essas celas

¹⁹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 20^o ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. pp.

¹⁹⁴ -108.

¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 112.

bem separadas, implicam uma invisibilidade lateral. E esta é a garantia da ordem. Se os detentos são condenados, não há perigo de complô, de tentativa de evasão coletiva, projeto de novos crimes para o futuro, más influências recíprocas.

No entanto, apesar das modulações e reformas prisionais, o Direito Penal tem falhado em uma de suas maiores promessas: a ressocialização. Na perspectiva atual, despejamos delinquentes nas prisões e, ao fim do cumprimento da pena, os recebemos em situação pior do que quando foram entregues nas mãos estatais.

5 A MASSA CARCERÁRIA E AS REFORMAS E RETROCESSO ARQUITETÔNICOS DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

“Não será preferível corrigir, recuperar e educar um ser humano do que cortar-lhe a cabeça?” Fiódor Dostoiévski (1821-1881)

É válido frisar que até o século XVII as prisões exerciam, originariamente, uma função processual de natureza cautelar, na qual o acusado era retido até o juízo ou a execução. Acerca disto, Rogério Greco explica que o indivíduo “aguardava a decisão que, se concluísse pela sua responsabilidade penal, o condenaria a uma pena de morte, ou mesmo a uma pena corporal, ocasião em que, logo depois de aplicada, seria libertado.”¹⁹⁶

Nesse mesmo segmento, explana Ana Lúcia Sabadell:

A privação da liberdade, enquanto modalidade punitiva, surge no século XVIII, tendo sido mencionada pela primeira vez no projeto de codificação penal aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte francesa. Portanto, até este período histórico, a prisão não era associada ao cumprimento de pena privativa de liberdade. De fato, havia um brocardo no Direito Romano - empregado durante a Idade Média e Moderna na Europa -, no qual se afirma que a prisão 'serve para guardar os presos e não para castigá-los'. Em outras palavras, podemos dizer que a prisão era concebida como 'medida de segurança' no sentido próprio da palavra.¹⁹⁷

Dessarte, enquanto aguardavam sua pena corporal — aflagrada ou de morte — os acusados eram custodiados em uma prisão inóspita e insalubre, e, além disso,

¹⁹⁶ GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2^o ed. Niterói: Impetus, 2015. pp. 97-98.

¹⁹⁷ SABADELL, Ana Lúcia. **Algumas reflexões sobre as funções da prisão da atualidade e o imperativo de segurança**. Estudos de Execução Criminal - Direito e psicologia. p. 29.

eram comumente submetidos a torturas, açoites e castigos degradantes. Greco leciona:

Se o destino do réu seria algum trágico sofrimento, como consequência lógica desse raciocínio, nunca houve preocupação com a sua custódia cautelar, ou seja, os acusados ficavam, normalmente, presos em lugares fétidos, em masmorras, sem alimentação adequada, privados, muitas vezes, do sol e do próprio ar; enfim, as condições dos cárceres provisórios existentes na Idade Média não se distanciavam muito daquilo que conhecemos nos dias de hoje, principalmente em países em fase de desenvolvimento ou emergentes, como ocorre em muitos países da América Latina, a exemplo do Brasil, da Colômbia, da Bolívia, do Paraguai, da Argentina etc.¹⁹⁸

As primeiras referências dos espaços prisionais atuais eram edifícios frios, sujos, miseráveis, com odores fortes, ventilação fraca, proporcionando toda sorte de doenças; não havia, portanto, o respeito por patamares mínimos de higienização e bem-estar.

Na Inglaterra do século XVI haviam as denominadas *House of correction*, tratando-se de edifícios distantes dos centros londrinos para onde eram enviados aqueles considerados inadequados para o convívio em sociedade, tais como os jovens delinquentes (mormente os autores de delitos leves), os indigentes, pobres, sem-teto, as prostitutas etc. Todos compartilhavam do mesmo espaço sem qualquer distinção de tratamento ou separação, seja por gravidade do delito, gênero ou idade, agrupando-os, ademais, em espaços pequenos, de modo

que o descontrole de doenças entre os reclusos era praticamente inevitável.¹⁹⁹

As referidas casas de correção inglesas detinham uma dupla finalidade: punir e “corrigir”. Para isso, recorriam ao trabalho forçado dos prisioneiros como método para desestimular os efeitos corruptores do ócio e da vadiagem — como também para o financiamento do próprio edifício —, lastreado na crença de que apenas o trabalho e a disciplina seriam capazes de reformular o indivíduo.²⁰⁰

Assim, a característica de penitência nas prisões — no sentido de cumprimento da pena (daí a nomenclatura “penitenciárias”) — é relativamente

¹⁹⁸ GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2^o ed. Niterói: Impetus, 2015. p.

¹⁹⁹ LASTE, Geórgia. **Breve resgate histórico da pena**. Jus, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72978/breve-resgate-historico-da-pena/2>. Acesso em: 3 mar. 2022.

²⁰⁰ LASTE, Geórgia. **Breve resgate histórico da pena**. Jus, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72978/breve-resgate-historico-da-pena/2>. Acesso em: 3 mar. 2022.

recente, sendo constatado em raras exceções, a exemplo dos monges da Igreja Católica que cumpriam penitências eclesíásticas em mosteiros, geralmente clérigos rebeldes, para que pudessem refletir sobre suas condutas, com a

finalidade corretiva.²⁰¹

Por conseguinte, entre 1595 e 1597, sob o mesmo propósito das *House of correction* inglesas, Amsterdã aprimora o espaço físico prisional anterior ao inaugurar as *Zuchthäuser*, promovendo uma divisão conforme o sexo em dois edifícios distintos: *Rasphuis* para homens e *Spinhuis* para mulheres, destacando-se ainda pela seriedade com que utilizava a manufatura dos

reclusos.²⁰²

A maioria das prisões, contudo, continuava em situações terríveis, compondo um espaço de verdadeiro abandono estatal em desfavor dos apenados. Em virtude disto, o filantropo inglês John Howard (1726-1790), inconformado com as péssimas instalações prisionais da sua época e a rotina penosa destes lugares, dedica mais de uma década de sua vida a cumprir expedições em vários países da Europa, visitando suas respectivas prisões, analisando e comparando cada sistema carcerário. Em razão da sua iniciativa, tornou-se um dos maiores nomes no tocante a reforma prisional.

No cerne do seu livro, *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*, John Howard expõe os resultados de suas pesquisas e constata deficiências nas penitenciárias, no tocante, por exemplo, à ausência de separação dos presos. Assim, Howard²⁰³ aduz:

[...] aqui se vêem crianças de doze a catorze anos escutar com ávida atenção as histórias contadas por homens de hábitos abjectos, exercitados no crime, aprendendo com eles (...). Deste modo, o contágio do vício espalhava-se pelas prisões que se convertiam em lugares de maldade que se difundia rapidamente para o exterior. Os loucos e os idiotas eram encarcerados com

²⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 23ª ed. p. 590.

²⁰² “O termo *Rasphuis* deriva do trabalho de *rasping* (raspagem) da madeira que era desenvolvido nestas casas de correção. A madeira, importada da América do Sul, era transformada em pó, que servia aos tintureiros para obterem o pigmento com que tingiam os fios de tecido. O trabalho era penoso e exaustivo, pois os troncos maciços eram transformados em pó com a ajuda de uma serra bastante pesada, manuseada por dois homens. Este tipo de trabalho exemplifica na perfeição o objectivo correctivo da instituição, que através da aprendizagem do regime capitalista de produção, implementa nos reclusos a disciplina e a objecção à ociosidade.” (FERREIRA, Maria Beatriz. **O espaço prisional: reflexão sobre o papel da arquitectura prisional no processo de reabilitação e reintegração social do recluso**. Portugal, 2018. p. 51).

²⁰³ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. **Derecho Penitenciario**. México D. F.: McGraw-Hill, 1998. p. 75.

os demais criminosos, sem separação alguma, porque ninguém sabia onde os colocar. Serviam de cruel diversão para os outros presos.

Ele preconizava, outrossim, sobre a urgência da promoção de higiene básica nestes recintos (tais como uma boa circulação de ar limpo, o oferecimento de água com periodicidade regular, uniformes para adequada identificação e organização dos reclusos), além da separação entre homens e mulheres.

Howard defendia o uso do tempo de cumprimento da pena para a aplicação de lições sobre educação moral e religiosa, bem como a utilização do trabalho como instrumento para manter a mente ocupada e evitar as fugas ou a prática de suicídio etc visto que a depressão e os surtos psicóticos não eram incomuns.²⁰⁴

Nesse compasso, não é difícil vislumbrar que a necessidade de ressocialização do indivíduo era pouco ou quase nada difundida, uma vez que não se destinavam recursos ou estratégias com esse propósito; as tipologias arquitetônicas e seu modo de funcionamento não proporcionavam um espaço adequado para esse intuito, muito em razão da concepção de que o delinquente era alguém indigno de qualquer benesse governamental ou tratamento humanizado.

Por conseguinte, a acentuação das penas privativas de liberdade em todo o globo traz consigo desafios inerentes aos sistemas penitenciários. Muito embora as demandas dos reformadores a respeito das questões relacionadas à dignidade humana do preso tenham ecoado em alguns países, as violações de tais natureza não desapareceram por completo, sendo a superlotação carcerária e os índices de reincidência um dos fatores que reforçam a magnitude e impasse dessa situação, constituindo um desafio diário para o Direito Penal.

Adjacente ao fenômeno da massificação das prisões, Greco instiga questionamentos:

Com a pena de prisão, surge um problema até então inexistente: onde colocar tantos presos? O que fazer com eles nesses locais? Ficariam ali, apodrecendo, sem nenhuma atividade? A pena deveria ter um fim utilitário, ou seja, deveria ela servir não somente para compensar o mal praticado com a infração penal, punindo o criminoso, ou, de alguma forma, deveria ser aplicada a fim de recuperá-lo, trazê-lo de volta ao convívio social? Eram perguntas que, obrigatoriamente, deveriam ser enfrentadas. Os lugares,

²⁰⁴ FARIA, Rodrigo Martins. **Os reformadores do sistema prisional e a pena privativa de liberdade**. Biblioteca Digital TJMG, 2006. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11706/1/Os%20reformadores%20do%20sistema%20prisonal%20e%20a%20pena%20privativa%20de%20liberdade.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2022.

ainda não devidamente preparados para acolher os presos, que neles só permaneciam até o momento da execução de sua pena corporal, deveriam ser adaptados às novas finalidades. Lugares lúgubres, insalubres, sem ventilação, com odor insuportável, distantes da luz do sol, extremamente frios nos dias de inverno, e insuportavelmente quentes nos dias de verão, enfim, a prisão deveria ser revista, a fim de atender a suas novas necessidades.²⁰⁵

Privar os apenados dos mais básicos cuidados que reafirmam a sua humanidade é uma conduta incompatível em um Estado Democrático que almeja a readaptação dos presos, pois é instintivo considerar que em países como o Brasil, no qual as penas máximas são limitadas a 40 anos (art. 75 do Código Penal pátrio) e a pena de morte é constitucionalmente vedada (art. 5º, inc. XLVII, a, da Constituição Federal), o recluso retornará a conviver em sociedade ao fim do cumprimento da pena.

Contrariando o imaginário comum, vale pontuar que a ineficácia estatal frente ao sistema penitenciário atinge a todos, isto é, o fato de um delinquente estar apartado da sociedade civil durante o tempo de reclusão não significa que os problemas serão cessados; na verdade, o desinteresse estatal em promover espaços físicos que contemplem a reabilitação, bem como a devida separação criminológica (para evitar que criminosos experientes captem réus primários, por exemplo) reverbera em toda a sociedade, especialmente quando os reclusos retornam ao meio social, uma vez que retornam com maior expertise no crime e sem perspectivas de obedecer a ordem jurídica devido ao desamparo estatal enquanto esteve recluso.

Como alerta Foucault: “a prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos.”²⁰⁶ Portanto, faz-se mister punir com qualidade, em um ambiente penitenciário restaurativo, e não de modo desordenado.

6 A SITUAÇÃO DOS COMPLEXOS PENITENCIÁRIOS BRASILEIROS

Diz-se que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais elevados, mas sim pelo modo como trata seus cidadãos mais baixos.²⁰⁷

²⁰⁵ GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2º ed. Niterói: Impetus, 2015. p.

²⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 20º ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p.

²⁰⁷ MANDELA, Nelson. **Long Walk to Freedom**. Little Brown, London: 1994. (tradução nossa).

No cenário brasileiro, entende-se que o ordenamento jurídico penal adota a teoria mista (ou unificadora) da pena, significando que a pena deve ter dupla finalidade: a reprovação do crime e a reinserção social do apenado (tipificada no art. 59, *caput*, do Código Penal). No entanto, as estruturas e estatísticas evidenciam um sistema que contraria tais propósitos, especialmente o último.

Muito embora as Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal²⁰⁸ ordenem a adoção de celas individuais e coletivas, bem como pátios de convivência em todas as instituições, além da obrigatoriedade de oficinas de trabalho, espaços para a educação e ensino nos regimes fechado e semiaberto, o desrespeito a esses elementos mínimos de humanização do complexo prisional é nítido.

O art. 1º, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), expõe, na primeira parte do artigo, uma das finalidades da execução penal, qual seja, dar eficácia à decisão grafada no dispositivo da sentença condenatória, consubstanciando-se no seu cumprimento; e, na segunda parte do artigo, ressalta a finalidade ressocializadora, *in verbis*: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.²⁰⁹

Semelhantemente, o art. 10 do mesmo dispositivo legal reforça que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.³²

Contudo, notadamente, a readaptação dos sentenciados à sociedade se mostra gravemente falho, haja vista os altos índices de reincidência, refletindo, a propósito, na superlotação carcerária, sendo estes dois fatores fenômenos que impulsionam a salubridade das celas, haja vista as estruturas precárias das penitenciárias, que já seriam inadequadas para o número normal detentos, agravam-se quando há um número além do que as celas deveriam comportar, sendo esta a realidade atual.

²⁰⁸ BRASIL. **Diretrizes básicas para arquitetura penal**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2011/diretrizes-basicas-para-arquitetura-penal.pdf>/vie w. Acesso em: 03 abr. 2022.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. ³² BRASIL. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

A inobservância dos artigos da LEP corroboram em um sistema prisional falido, de modo que a prisão ao invés de cumprir sua função reintegradora e restaurativa, acaba por agravar a situação do preso, devolvendo-o à sociedade com problemas psicológicos (devido a convivência com estranhos e a má qualidade estrutural do local) bem como maior expertise no crime (uma vez que a classificação criminológica dos presos conforme seus antecedentes e personalidade, por Comissão Técnica especializada, é comumente desrespeitada, sendo comum encontrar réus primários em convivência com os reincidentes em crimes mais graves), além do fato de que a ausência estatal dentro dos presídios proporciona o surgimento de “estados paralelos”, comandado por facções criminosas dentre os próprios detentos, transformando os presídios em verdadeiras escolas criminais.

Analisando as estatísticas concernentes ao nosso sistema prisional, congruente aos dados levantados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN)²¹⁰ em 2021, o Brasil conta com a terceira maior população carcerária do mundo, concentrando 673.614 sentenciados, sendo 49,36% desse montante no regime fechado, 16,8% no semiaberto e 2,72% no regime aberto; os presos provisórios — aqueles que ainda não receberam julgamento — correspondem a uma relevante parcela de 30,75%, e 0,37% do montante total

estão incluídos nas medidas de segurança (hospital de custódia).²¹¹

As estimativas acerca dos números de vagas nas penitenciárias revelam que há um déficit de 191.755 vagas. Nesta conjuntura, uma cela que deveria comportar apenas dez detentos, comporta dezessete, ilustrando a ineficiência estatal em proporcionar um espaço apropriado para os apenados, consistindo em um desafio a ser superado, bem como na necessidade de maior priorização por parte do Poder Judiciário em aplicar medidas alternativas²¹² à pena privativa de liberdade.

²¹⁰ GIOCONDO, Giovanni. **Após registrar queda de mais de 11% em 2020, população prisional tem ligeiro aumento no Brasil em 2021, diz Depen.** Sifuspep, 2021. Disponível em:

<https://www.sifuspep.org.br/noticia/nacionais/9437-apos-registrar-queda-de-mais-de-11-em-2020-populacao-prisio-nal-tem-ligeiro-aumento-no-brasil-em-2021-diz-depen>. Acesso em: 11 mar. 2022.

²¹¹ GIOCONDO, Giovanni. **Após registrar queda de mais de 11% em 2020, população prisional tem ligeiro aumento no Brasil em 2021, diz Depen.** Sifuspep, 2021. Disponível em:

<https://www.sifuspep.org.br/noticia/nacionais/9437-apos-registrar-queda-de-mais-de-11-em-2020-populacao-prisio-nal-tem-ligeiro-aumento-no-brasil-em-2021-diz-depen>. Acesso em: 11 mar. 2022.

²¹² Os incisos do art. 43 do Código Penal expõem algumas alternativas, como as penas restritivas de direito nas seguintes modalidades: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. O art. 44 do mesmo diploma, por sua vez, discorre sobre as hipóteses nas quais a substituição pode ocorrer.

Nessa esteira, acompanhando as consequências provenientes de celas abarrotadas, e, muito embora o inciso II, do art. 11 da LEP, preveja expressamente a assistência à saúde, efetivamente constata-se a carência de itens básicos de higiene, além de, usualmente, os encarcerados conviverem em espaços poucos ventilados, apertados, estando vulneráveis a vários tipos de doenças (a exemplo da Covid-19 durante o pico da pandemia entre 2020-2021), havendo predominância dos casos de tuberculose entre os homens e HIV entre as mulheres, conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²¹³

Nada obstante, o convívio diário nessas condições sub-humanas, em conjunto com outros fatores igualmente nefastos, como o isolamento do sentenciado em relação a família, a forçada convivência com estranhos, rotinas ociosas etc propiciam um ambiente muito além do insalubre, proporcionando, ainda, o desenvolvimento de transtornos mentais, tais como a esquizofrenia, a depressão, o transtorno bipolar, ou mesmo agravando doenças preexistentes. Tal vulnerabilidade é bastante frequente, ainda, naqueles que cumprem a pena privativa de liberdade pela primeira vez.²¹⁴

Entretanto, parte do senso comum entende que não há problema em toda essa conjuntura, seja porque consideram que o Estado é complacente com a criminalidade, insistindo na impunidade, e, portanto, qualquer sofrimento em desfavor do preso faz parte apenas das consequências de seus próprios atos, compreendendo o recluso como alguém que perdeu sua dignidade e sua condição humana no instante em que cometeu um delito; seja porque acreditam que enquanto o indivíduo estiver isolado da sociedade civil, isso significa que a comunidade estará mais segura em razão do indivíduo da impossibilidade de cometer novos delitos — tal pensamento merece uma melhor ponderação, haja vista que o cometimento de crimes dentro do sistema prisional, como estupros, homicídios e até mesmo tráfico de drogas não é incomum.

O fato é que o distanciamento do Estado das suas responsabilidades, no que tange aos provimentos básicos que dignificam os direitos fundamentais dos presos e

²¹³ ALCÂNTARA, Manoela. **Tuberculose e doenças sexuais infectam 26 mil presos no Brasil**. Metrópoles, 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/tuberculose-e-doencas-sexuais-infectam-26-mil-presos-no-brasil>. Acesso em: 18 mar. 2022.

²¹⁴ SOARES, W.; COSTA, M. **Presos pela primeira vez tendem a sofrer mais com depressão e outros transtornos mentais**. UFS Ciência. Disponível em: <https://ciencia.ufs.br/conteudo/65132-presos-pela-primeira-vez-tendem-a-sofrer-mais-com-depressao-e-outros-transtornos-mentais>. Acesso em: 18 mar. 2022.

egressos, e a falha em proporcionar os elementos mais básicos para a sobrevivência dentro dos presídios, possui respaldos prejudiciais significativos em todo o seio social.

7 FATORES PSÍQUICOS DA DESORDEM, CAOS E ABANDONO: A “TEORIA DA JANELA QUEBRADA”

A teoria da janela quebrada foi inicialmente desenvolvida em 1982, quando o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling — ambos norte-americanos — publicaram um ensaio na revista *Atlantic Monthly*, propondo uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade.²¹⁵

Partindo do entendimento de que os indivíduos possuem a percepção de que pequenos descuidos estruturais dentro da comunidade, tais como janelas quebradas, significam ausência de controle social, os pesquisadores observaram que, logo, os indivíduos assumem que pequenas infrações podem passar despercebidas, e, dessa maneira, a ausência de cuidado estatal nos menores detalhes origina um propulsor no aumento gradativo de delitos.²¹⁶

Para chegar nessas conclusões, Kelling e Wilson fundamentaram-se em um experimento feito pela Universidade de Stanford (Estados Unidos). Neste quadro, foram deixados dois carros idênticos em diferentes localidades. Um foi abandonado no Bronx, zona pobre e insegura de

Nova York, e o outro no Palo Alto, zona rica e harmoniosa da Califórnia.

Como resultados do experimento, observou-se que o carro abandonado no Bronx começou a ser depredado apenas dentro de algumas horas: foram furtadas as rodas, o motor, o

rádio, os espelhos etc. Por outro lado, o carro no Palo Alto permaneceu incólume.²¹⁷

Após uma semana, constatando que o carro no Bronx já estava totalmente desfeito enquanto o do Palo Alto seguia em perfeito estado, os pesquisadores

²¹⁵ PELLEGRINI, Luiz. **Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão.** Brasil247, 2013. Disponível em: <https://www.brasil247.com/oasis/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao>. Acesso em: 22 mar. 2022.

²¹⁶ PELLEGRINI, Luiz. **Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão.** Brasil247, 2013. Disponível em: <https://www.brasil247.com/oasis/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao>. Acesso em: 22 mar. 2022.

²¹⁷ PELLEGRINI, Luiz. **Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão.** Brasil247, 2013. Disponível em: <https://www.brasil247.com/oasis/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao>. Acesso em: 22 mar. 2022.

resolvem quebrar um vidro do automóvel localizado em Palo Alto. A resposta, por conseguinte, foi imediata: os furtos e a depredação no carro foram instantâneos, de modo que o reduziram à mesma situação do carro abandonado no Bronx. A pobreza, certamente, não foi o fator preponderante nesse comportamento, haja vista tratar-se de um espaço nobre.

A psicologia humana é diretamente impactada pelo ambiente e objetos presentes ao nosso redor, interagindo com eles a todo instante. O vidro quebrado, nesse panorama, proporciona a percepção de abandono, descuido; transmite a noção de despreocupação e ausência de regras. Se uma janela é quebrada e ninguém repara, logo, todos os outros vidros também serão depredados. A desordem, a sensação de abandono e esquecimento, portanto, impera nos ambientes onde há o descuido, a insalubridade, o maltrato.²¹⁸

Sem prejuízo da aplicação dessa teoria em maior amplitude, tais como no que diz respeito a responsabilidade da administração pública em ambientes externos, zelando com austeridade e constância os parques, as praças, os estabelecimentos públicos etc — a exemplo da aplicação da referida teoria no metrô de Nova York²¹⁹ — é igualmente valioso analisá-la nos espaços prisionais, estabelecendo uma importante relação de como o ambiente ao redor dos apenados impacta suas personalidades e comportamentos, e como o cumprimento da pena pode efetivar a ressocialização de maneira adequada e digna a partir de técnicas e estratégias arquitetônicas.

8 ARQUITETURA E ESTRATÉGIAS DE ESPAÇOS HUMANIZADOS COMO PROPULSORES PARA EFETIVAR A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Os espaços físicos, especialmente os fechados, produzem impactos na nossa psique por meio da disposição dos objetos e cores presentes, perpassando pelos nossos sentidos: a ventilação, as cores, as estruturas, os sons, as texturas, a

²¹⁸ PELLEGRINI, Luiz. **Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão**. Brasil247, 2013. Disponível em: <https://www.brasil247.com/oasis/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao>. Acesso em: 22 mar. 2022.

²¹⁹ Na década de 80, o metrô de Nova York se converteu em um antro da criminalidade e hostilidade, proporcionando uma sensação de insegurança total. Diante desse cenário, as autoridades locais passaram a combater as pequenas transgressões que, comumente, passavam despercebidas, tais como os pequenos furtos, o lixo jogado no chão, a entrada forçada de pessoas que não havia pago as passagens etc. Como resultado, observou-se uma melhora no tocante à segurança do metrô, de modo que, reprimindo os pequenos delitos e contravenções, a criminalidade não evoluiu para situações mais graves naquele lugar.

iluminação são alguns dos elementos que provocam estímulos sensoriais e influenciam nosso comportamento, sendo este fenômeno mais aprofundado e explicado no campo de estudo da Psicologia Ambiental²²⁰.

Sergio Altomonte, arquiteto e professor da Universidade de Nottingham (Inglaterra), adverte que um dos importantes pontos da arquitetura é planejar o espaço pensando exatamente nos seus usuários²²¹, ou seja, personalizando-os para alcançar a finalidade e os efeitos que se pretendem.

No cenário penitenciário, é certo que seria dispendioso adaptar as celas às mais variadas personalidades e preferências pessoais de cada recluso. No entanto, alguns pontos são consensuais: espaços com cores vivas, bem ventilados, iluminados, arejados, com refeições adequadas e camas confortáveis constituem, invariavelmente, um espaço agradável para seus usuários.

Direcionando os olhares para a Europa, observa-se uma “crise” nos presídios da Holanda por razões opostas às aquelas enfrentadas no Brasil: o fechamento de diversas prisões em decorrência da falta de detentos. Apenas em 2020, 19 prisões holandesas foram desativadas, acompanhando o decréscimo de crimes em conjunto com maior adoção das medidas alternativas, tais como o uso da tornozeleira eletrônica para crimes leves.²²²

Nos países escandinavos, como a Suécia e Noruega, a pena privativa de liberdade é tida como um meio para reabilitar o recluso,²²³ contrapondo-se ao sistema brasileiro, pois muito embora nosso ordenamento jurídico, mormente a Constituição Federal, se incline para o garantismo penal como um dos lastros que asseguram a dignidade humana dos presos, na prática, há, em verdade, uma deturpação e

²²⁰ Trata-se de um campo de estudo da Psicologia que investiga a interrelação dos comportamentos humanos com o ambiente — envolvendo o espaço físico e meio social — e privilegia analisar os efeitos dessa interação; considera o binômio pessoa-ambiente como um dos pontos referenciais na elaboração dos projetos arquitetônicos. No Brasil, o professor Hartmut Günther é um dos maiores expoentes sobre o tema.

²²¹ GANDER, Kashmira. **How architecture uses space, light and material to affect your mood.** Independent, 2016. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/how-architecture-uses-space-light-and-material-to-affect-your-mood-american-institute-architects-library-a6985986.html>. Acesso em: 22 mar. 2022.

²²² Redação Jornal de Brasília. **Holanda fecha 19 presídios por falta de presos.** Jornal de Brasília, 2020. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/nahorah/holanda-fecha-19-presidios-por-falta-de-presos/>. Acesso em: 9 de jul. 2022.

²²³ BBC. Por dentro da 'prisão de luxo' da Noruega, que divide opiniões por tratamento a detentos. BBC, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43515908>. Acesso em: 8 de jul. 2022

constante violação das garantias fundamentais, de modo que a privação de liberdade tem sido utilizada como um instrumento para efeitos retributivos da pena, compondo uma espécie de vingança penal estatal moderna.

Além disso, o sistema penitenciário escandinavo aplica o “princípio da normalidade” — o criminologista John Pratt tem estudos voltados a essa temática adotando o termo “excepcionalismo escandinavo”²²⁴ —, perseguindo a ideia de que a rotina das prisões não deve se distanciar do mundo real, humanizando ao máximo possível o tempo de reclusão:

No presídio, um prédio, em meio a uma floresta, decorado com grafites e quadros nos corredores, e na qual as celas não possuem grades, mas sim uma boa cama, banheiro com vaso sanitário, chuveiro, toalhas brancas e porta, televisão de tela plana, mesa, cadeira e armário, quadro para afixar papéis e fotos, além de geladeiras. Encontra-se lá uma ampla biblioteca, ginásio de esportes, campo de futebol, chalés para os presos receberem os familiares, estúdio de gravação de música e oficinas de trabalho. Nessas oficinas são oferecidos cursos de formação profissional, cursos educacionais e o trabalhador recebe uma pequena remuneração. Para controlar o ócio, oferecer muitas atividades educacionais, de trabalho e lazer são as estratégias. A prisão é construída em blocos de oito celas cada (alguns deles, como estupradores e pedófilos ficam em blocos separados). Cada bloco contém uma cozinha, comida fornecida pela prisão e preparada pelos próprios presos. Cada bloco tem sua cozinha. A comida é fornecida pela prisão, mas é preparada pelos próprios detentos, que podem comprar alimentos no mercado interno para abastecer seus refrigeradores.²²⁵

A arquiteta portuguesa Maria Beatriz Ferreira pontua sobre essa temática:

Esta nova abordagem ao conceito prisional, experimentada principalmente nos países escandinavos, mostrou baixar radicalmente a taxa de criminalidade e de reincidência. A Holanda é exemplo disso, por ter diminuído em 43% o número de detidos na última década, por ter obtido um valor de apenas 10% de reincidência criminal e por ter encerrado um número recorde de vinte e quatro prisões. Outro caso exemplar é a Suécia que também conseguiu diminuir, consideravelmente, o número de detidos.⁴⁹

É preponderante a adoção de novas dinâmicas prisionais com estratégias no tratamento ao recluso e promoção de atividades culturais, esportivas e

²²⁴ GOMES, L. **Noruega como modelo de reabilitação de criminosos**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932086/noruega-comomodelo-de-reabilitacao-de-criminosos#:~:text=No%20pa%C3%ADs%20a%20taxa%20m%C3%A9dia,crime%20ap%3%B3s%20sa%C3%ADrem%20da%20cadeia>. Acesso em: 04 abr. 2022.

²²⁵ FERREIRA, Maria. O espaço prisional: reflexão sobre o papel da arquitetura prisional no processo de reabilitação e reintegração social do recluso. 2018. Tese (Mestrado em Arquitectura) — Faculdade de Arquitectura, Universidade do Porto, Portugal, 2018. p. 147.

profissionalizantes, preenchendo o ócio, visando preparar o detento para o seu retorno à liberdade. São detalhes que humanizam a rotina das penitenciárias e possuem forte influência em um efetivo cumprimento da pena, complementando de maneira positiva a finalidade penal de reintegração do recluso.

No Brasil, o método das APACs (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) é o mais próximo que temos dos sistemas escandinavos. As referidas entidades civis do Direito Privado ostentam uma dinâmica humanizada frente ao apenado e, por consequência disto, um baixo número de reincidência, correspondendo a uma média que varia entre 10% e 15%, contrastando com a taxa das penitenciárias comuns, a qual gira em torno de 70% — um número expressivo e estorrecedor.²²⁶

As APACs buscam humanizar o espaço físico e a atmosfera de cumprimento da pena, substituindo, por exemplo, a austeridade do concreto frio “decorando” o ambiente prisional, e as cores apagadas (como o cinza), por padrões de cores que promovam a sensação de limpeza, bem-estar e serenidade (como o azul, laranja, branco etc).²²⁷

Outro sustentáculo desse sistema trata-se da substituição das grades e dos guardas por um espaço mais livre, permitindo que o recuperando tenha autonomia de transitar entre os ambientes — organizados e arejados —, devendo cumprir suas tarefas e atividades profissionalizantes sem humilhações, participando ativamente do desenvolvimento e subsistência do estabelecimento — trabalhando, estudando, limpando seu próprio quarto, fazendo comidas, enfim.

O ócio é superado por uma utilização produtiva do tempo de reclusão, fazendo-os se sentirem úteis para si mesmo e para os demais — possibilitando, dessa forma, uma rotina proveitosa como uma preparação para que o recluso adquira competências que lhe permitam viver uma vida produtiva após a sua libertação, aproximando-o da normalidade, além de

²²⁶ ARAÚJO, I.; MATOSINHOS, I. **As APACs como parte do Sistema Prisional: um olhar crítico.** Justificando, 2021. Disponível em: <http://www.justificando.com/2021/09/02/as-apacs-como-parte-do-sistema-prisional-um-olhar-critico/>. Acesso em: abr. 2022.

²²⁷ Canal Ciências Criminais. **Método APAC: a valorização humana como pilar na execução da pena.** JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/616628407/metodo-apac-a-valorizacao-humana-como-pilar-na-execucao-da-pena>. Acesso em: 8 de jul. 2022.

minimizar as constantes tensões e angústias provenientes do estado de aprisionamento.²²⁸Neste segmento, Maria Beatriz aduz:

A conjugação apropriada entre a segurança e o processo de reabilitação tem sido o foco principal dos arquitectos na projecção destes novos estabelecimentos. A sua organização espacial e funcional deve ser concebida em função de dois princípios-chave: a redução dos efeitos nocivos próprios de um período de encarceramento e a reabilitação conseguida através de estratégias que ajudem o recluso na conquista de competências que lhe proporcionem uma vida pós-reclusão, sem reincidências criminais e sem problemas de reintegração social.²²⁹

É evidente, entretanto, que apenas técnicas arquitetônicas e princípios de convivência humanizados nos espaços físicos penais não são suficientes, sozinhos, para abrandar de maneira significativa os obstáculos da ressocialização; nem se busca, outrossim, sugerir a implantação de um sistema penitenciário de outro país em solo brasileiro sem qualquer adaptação — mas, sim, aprimorar o existente — porquanto os fenômenos impeditivos da reabilitação dos presos no Brasil possuem raízes profundas em tantas outras instâncias, tais como a própria personalidade do detento, a cultura do país e de cada região, a disparidade econômica, o racismo estrutural etc são alguns dos fatores relevantes que merecem aprofundamento e análise quando do estudo dessa temática.

Acrescentado a isto, é notório que não é suficiente capacitar profissionalmente o detento se a sociedade não se encontra preparada e disposta para empregá-lo. Constata-se, portanto, a imprescindibilidade de toda uma conjuntura atuando sincronicamente na mesma direção para efetivar o propósito do art. 1º, da LEP.

O intuito do presente estudo, no entanto, tem o fito de desfocar os problemas da reabilitação social do infrator como algo inerente a ele e acender o debate acerca de outras variáveis que influem nesse segmento, tais como a necessidade de aperfeiçoamento dos espaços físicos de cumprimento da pena.

²²⁸ Canal Ciências Criminais. **Método APAC: a valorização humana como pilar na execução da pena.** JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/616628407/metodo-apac-a-valorizacao-humana-como-pilar-n-a-execucao-da-pena>. Acesso em: 8 de jul. 2022.

²²⁹ FERREIRA, Maria. **O espaço prisional: reflexão sobre o papel da arquitectura prisional no processo de reabilitação e reintegração social do recluso.** 2018. Tese (Mestrado em Arquitectura) — Faculdade de Arquitectura, Universidade do Porto, Portugal, 2018. p. 147.

Nesse horizonte, maiores investimentos nos métodos das APACs, que têm se mostrado efetivos em menor escala, abre espaços para maiores alcances, constituindo um norte a ser perseguido.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante todo o exposto, foi possível constatar a evolução dos sistemas prisionais e punitivos, sendo notável que o *jus puniendi* estatal possui origens no pacto social, mas que este deve respaldar em princípios limitadores que impeçam o Estado de agir arbitrariamente, devendo focar, ademais, em recuperar o indivíduo, e não em instituir um sistema que puna desordenadamente.

As prisões, como o seio de toda essa conjuntura, devem ser ambientes físicos acolhedores, propícios à ressocialização, sendo imperativo mudanças arquitetônicas e de rotinas prisionais que possibilitem ao apenado usufruir produtivamente do seu tempo de reclusão, visando, sempre, sua adequada reinserção social.

Assim, os métodos escandinavos e os das APACs resistem como um exemplo positivo de como o tratamento humanizado reverbera em favor do preso, e até mesmo da sociedade em si, concretizando a percepção acerca dos conceitos de ressocialização, que, por vezes, é tida pelos céticos como inalcançável.

Desta feita, buscou-se trazer um novo viés com relação aos obstáculos da ressocialização, removendo o foco do indivíduo em si, e tecendo críticas com relação ao ambiente em que ele está inserido, defendendo veementemente a urgente humanização das penitenciárias.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Manoela. **Tuberculose e doenças sexuais infectam 26 mil presos no Brasil**. Metrôpoles, 2021. Disponível em: <https://www.metrosoles.com/brasil/tuberculose-e-doencas-sexuais-infectam-26-mil-presos-no-brasil>. Acesso em: 18 mar. 2022.

ARAÚJO, I.; MATOSINHOS, I. **As APACs como parte do Sistema Prisional: um olhar crítico**. Justificando, 2021. Disponível em: <http://www.justificando.com/2021/09/02/as-apacs-como-parte-do-sistema-prisional-um-olhar-critico/>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BBC. **Por dentro da 'prisão de luxo' da Noruega, que divide opiniões por tratamento a detentos.** BBC, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43515908>. Acesso em: 8 de jul. 2022.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. 21° Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Diretrizes básicas para arquitetura penal.** Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppc/resolucoes/2011/diretrizes-basicas-para-arquit-etura-penal.pdf/view>. Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal.** Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. Método APAC: a valorização humana como pilar na execução da pena. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/616628407/metodo-apac-a-valorizacao-hu-mana-como-pilar-na-execucao-da-pena>. Acesso em: 8 de jul. 2022.

FARIA, Rodrigo Martins. **Os reformadores do sistema prisional e a pena privativa de liberdade.** Biblioteca Digital TJMG, 2006. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11706/1/Os%20reformadores%20do%20sistema%20p-riisional%20e%20a%20pena%20privativa%20de%20liberdade.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2022.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia.** Curitiba: Juruá, 1993.

FERREIRA, Maria. **O espaço prisional:** reflexão sobre o papel da arquitectura prisional no processo de reabilitação e reintegração social do recluso. 2018. Tese (Mestrado em Arquitectura) — Faculdade de Arquitectura, Universidade do Porto, Portugal, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** história da violência nas prisões. 20 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GANDER, Kashmira. **How architecture uses space, light and material to affect your mood.** Independent, 2016. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/how-architecture-uses-space-light-and-material->

to-affect-y-our-mood-american-institute-architects-library-a6985986.html. Acesso em: 22 mar. 2022.

GIOCONDO, Giovanni. **Após registrar queda de mais de 11% em 2020, população prisional tem ligeiro aumento no Brasil em 2021, diz Depen.**

Sifuspep, 2021. Disponível em:

<https://www.sifuspep.org.br/noticia/nacionais/9437-apos-registrar-queda-de-mais-de-11-em-2020-populacao-prisional-tem-ligeiro-aumento-no-brasil-em-2021-diz-depen>. Acesso em: 11 mar. 2022.

GOMES, L. **Noruega como modelo de reabilitação de criminosos.** Jusbrasil, 2013. Disponível em:

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932086/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de>

criminosos#:~:text=No%20pa%C3%ADs%20a%20taxa%20m%C3%A9dia,crime%20ap%C3%B3s%20sa%C3%ADrem%20da%20cadeia. Acesso em: 04 abr. 2022.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 2 ed. Niterói: Impetus, 2015.

LASTE, Geórgia. **Breve resgate histórico da pena.** Jus, 2019. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/72978/breve-resgate-historico-da-pena/2>. Acesso em: 3 mar. 2022.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil.** Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

MANDELA, Nelson. **Long Walk to Freedom.** Little Brown, London: 1994.

MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. **Derecho Penitenciario.** México D. F.: McGraw-Hill, 1998.

PELLEGRINI, Luiz. **Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão.**

Brasil247, 2013. Disponível em:

<https://www.brasil247.com/oasis/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao>. Acesso em: 22 mar. 2022.

PIERANGELLI, José Henrique. **Das penas: tempos primitivos e legislações antigas.** Fascículos de ciências penais. São Paulo: Fabris, 1980.

PRATT, John. Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess: Part I: The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism. vol. 48. **The British Journal of Criminology**, 2008, pp. 119-135.

REDAÇÃO JORNAL DE BRASÍLIA. Holanda fecha 19 presídios por falta de presos.

Jornal de Brasília, 2020. Disponível em:

<https://jornaldebrasil.com.br/nahorah/holanda-fecha-19-presidios-por-falta-de-presos/>. Acesso em: 9 de jul. 2022.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SABADELL, Ana Lúcia. **Algumas reflexões sobre as funções da prisão da atualidade e o imperativo de segurança.** Estudos de Execução Criminal - Direito e psicologia.

SOARES, W.; COSTA, M. **Presos pela primeira vez tendem a sofrer mais com depressão e outros transtornos mentais.** UFS Ciência. Disponível em: <https://ciencia.ufs.br/conteudo/65132-presos-pela-primeira-vez-tendem-a-sofrer-mais-com-depre-ssao-e-outros-transtornos-mentais>. Acesso em: 18 mar. 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

AGENDA URBANA 2030: IMPLICAÇÕES DA TUTELA AMBIENTAL SOBRE ÁREAS VERDES DE LAZER EM PRESIDENTE PRUDENTE – SP

FRÓIS, Marcos Rodrigues²³⁰
PEREIRA, Júlia Fernandes Guimarães²³¹

RESUMO: A Agenda 2030 estabelece 17 objetivos para o Desenvolvimento Sustentável e 169 metas definindo a escala de abrangência para implementação. De acordo com a Organização são objetivos integrados e indivisíveis que buscam o equilíbrio econômico, social e ambiental em diversas áreas. Dentre esses objetivos, o décimo primeiro visa tornar as cidades e os assentamentos humanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis e indica como metas o aumento da urbanização inclusiva e sustentável. A Agenda 2030 que tem como intuito, erradicar a pobreza e promover vida digna a todos sem comprometer a vida dos povos hoje e tampouco das futuras gerações. É possível inferir que o desenvolvimento sustentável, social - ambiental e econômico são os pilares que devem ser colocados em prática por todos os organismos e instituições além de todo cidadão e para que isso se torne possível, é necessário o amparo jurídico nas providências que as instituições e sociedade organizada aja em favor do cumprimento do proposto da Agenda 2030. Na cidade de Presidente Prudente, localizada na região oeste do Estado de São Paulo e caracterizada como média pelo importante papel que desempenha na rede urbana em relação às cidades do entorno, é possível observar que as áreas verdes de lazer em especial, o Parque do Povo, encontram-se carentes de efetiva tutela ambiental. Nesse sentido, o objetivo desse artigo é, a partir de uma descrição das áreas, apresentar a situação de alguns espaços verdes de lazer e discutir de quais formas ou quais ações podem ser tomadas a fim de garantir o cumprimento da agenda urbana 2030 e o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Agenda Urbana 2030 - Meio Ambiente - Drenagem - Urbanização – Impermeabilização - Parque do Povo

ABSTRACT: The 2030 Agenda establishes 17 goals for Sustainable Development and 169 goals defining the scope for implementation. According to the Organization, these are integrated and indivisible objectives that seek economic, social and environmental balance in several areas. Among these objectives, the eleventh aims to make cities and human settlements more inclusive, safe, resilient and sustainable and indicates as goals the increase of inclusive and sustainable urbanization. The 2030 Agenda, which aims to eradicate poverty and promote a dignified life for all without

²³⁰ Arquiteto e Urbanista - Engenheiro Civil - Engenheiro de Segurança do Trabalho - mestre em Meio Ambiente

Regional (UNOESTE) - Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Geografia (UNESP - Campus de Presidente Prudente) - Professor no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente - SP, nos cursos de Arquitetura e Engenharia Civil.

²³¹ Arquiteta e Urbanista - UNESP, mestre em Arquitetura - Mackenzie e Doutoranda em Planejamento e Gestão do Território na Universidade Federal do ABC - UFABC. Atualmente exerce a função de Coordenação de Cursos e docente nos cursos de Arquitetura e Urbanismo, Design de Interiores, Engenharia de Produção e Engenharia Civil no Centro Universitário Toledo Prudente – SP.

compromising the lives of people today or future generations. It is possible to infer that sustainable, social-environmental and economic development are the pillars that must be put into practice by all organizations and institutions, in addition to every citizen, and for this to become possible, legal support is necessary in the measures that institutions and organized society act in favor of fulfilling the proposed Agenda 2030. In the city of Presidente Prudente, located in the western region of the State of São Paulo and characterized as an average for the important role it plays in the urban network in relation to the surrounding cities, it is possible Note that the green leisure areas, in particular, Parque do Povo, lack effective environmental protection. In this sense, the objective of this article is, based on a description of the areas, to present the situation of some green spaces for leisure and to discuss in what ways or what actions can be taken in order to guarantee the fulfillment of the 2030 urban agenda and the development sustainable.

Keywords: Urban Agenda 2030 - Environment - Drainage – Urbanization Waterproofing - Parque do Povo

1 INTRODUÇÃO

As Organizações das Nações Unidas têm sua origem em 1945 no contexto do pós-guerra e a partir de então converge esforços a fim de reconstruir e recuperar os países envolvidos em conflitos bem como, desenvolver programas de promoção de melhoria da qualidade de vida, redução da pobreza, crescimento econômico e redução de desemprego e subempregos principalmente em países subdesenvolvidos como eram denominados na época os países com baixo desenvolvimento econômico e social. (BARBIERI, 2020)

O mesmo autor, Barbieri (2020), coloca que nesse período, devido aos investimentos maciços para a reconstrução dos países devastados pela guerra, o mundo vivenciava um surto de crescimento econômico com possíveis reflexos no meio ambiente que extrapolaram as fronteiras locais e nacionais. A partir de então e antevendo maiores complicações ambientais, começam a ser organizadas conferências temáticas. A primeira conferência relacionada ao meio ambiente foi realizada em Estocolmo em 1972 constituindo-se um importante marco para o que hoje se entende como Desenvolvimento Sustentável e estabelecendo as bases para a agenda ambiental das Nações Unidas (ONU, 2020). Vinte anos após essa primeira conferência, foi organizada a Cúpula da Terra, conhecida também como Agenda 21 ou ECO-92, realizada na cidade do Rio de Janeiro. Nesse momento, os olhares de todo o mundo estavam direcionados para a proposição de modelos de crescimento

econômico sustentável além de também se preocuparem com a pobreza extrema e as dívidas dos países em desenvolvimento. (ONU, 2022 - A)

Foi a partir da ECO-92 que efetivamente algumas medidas juridicamente vinculativas começaram a ser delineadas a fim de:

reduzir as emissões de gases de efeito estufa que geram as mudanças climáticas; uma maior movimentação dos padrões sustentáveis de distribuição de energia; produção e uso; e o foco na erradicação da pobreza como pré-requisito para o desenvolvimento sustentável. (ONU, 2020)

A Cúpula de Johannesburgo (RIO + 10), realizada em 2002, teve como objetivo a validação e balanço das decisões tomadas em 1992 buscando implementar de forma tangível as ações prioritárias (ONU, 2002). Em 2012, a Rio + 20, realizada novamente no Rio de Janeiro, resultou em um documento político com medidas claras e práticas para a implementação do desenvolvimento sustentável (ONU, 2022 – B). Por fim, em 2015, foi realizada uma última conferência com objetivo de definir os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS que fazem parte da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (ONU, 2020).

A Agenda 2030 estabelece 17 objetivos para o Desenvolvimento Sustentável e 169 metas definindo a escala de abrangência para implementação. De acordo com o descrito pela ONU (2015) são objetivos integrados e indivisíveis que buscam o equilíbrio econômico, social e ambiental em diversas áreas. Dentre esses objetivos, o décimo primeiro visa tornar as cidades e os assentamentos humanos mais inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis e indica como metas o aumento da urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidade para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis; reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades; proporcionar o acesso universal a espaços públicos e seguros, inclusivos, acessíveis e verdes; apoiar as relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, periurbanas e rurais, reforçando o planejamento urbano. De forma resumida podemos dizer que a **Agenda 2030 tem como intuito erradicar** a pobreza e promover vida digna a todos sem comprometer a vida dos povos hoje e tampouco das futuras gerações.

É possível inferir que o desenvolvimento sustentável, social - ambiental e econômico são os pilares que devem ser colocados em prática por todos os organismos e instituições além de todo cidadão e para que isso se torne possível, é

necessário o amparo jurídico nas providências que as instituições e sociedade organizada aja em favor do cumprimento do proposto da Agenda 2030. O apoio jurídico estabelece-se na tutela ambiental com competência de nortear o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A tutela ambiental é caracterizada pela proteção jurídica a todos os bens que são protegidos, tais como, florestas, recursos naturais, reservas minerais, águas, fauna, ar, som, radiação solar, e todos os sistemas e formas de vida animal e vegetal.

Na cidade de Presidente Prudente, localizada na região oeste do Estado de São Paulo e caracterizada como média pelo importante papel que desempenha na rede urbana em relação às cidades do entorno, é possível observar que as áreas verdes de lazer em especial, o Parque do Povo, encontram-se carentes de efetiva tutela ambiental.

Nesse sentido, o objetivo desse artigo é, a partir de uma descrição das áreas, apresentar a situação de alguns espaços verdes de lazer e discutir de quais formas ou quais ações podem ser tomadas a fim de garantir o cumprimento da agenda urbana 2030 e o desenvolvimento sustentável.

2 A TUTELA AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS

Conforme o estabelecido pela Agenda 2030 nos objetivos 15, 16 e 17, fica claro que as instituições governamentais são chamadas a contribuir de maneira efetiva no cuidado com todo tipo de vida existente no Planeta Terra. A tutela ambiental é regida por uma série de princípios, dentre os quais podemos citar:

O princípio do direito humano, que impõe que a intervenção humana deve estar em harmonia com o meio ambiente. O homem pode intervir no meio ambiente buscando atender as suas necessidades, mas a ação não pode ultrapassar os parâmetros mínimos de razoabilidade.

O princípio do desenvolvimento sustentável, que concilia a proteção ao meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico, interligando este ao equilíbrio ecológico. Já de muito é conclusivo ser possível ter desenvolvimento com preservação ambiental, mesmo naqueles países - como o Brasil - adotantes da Agenda Marrom.

O princípio da prevenção, que visa proteger o meio ambiente da ameaça de dano, conduzindo o ser humano a, preventivamente, evitar atitudes lesivas. Essa prevenção é exigida principalmente através de licenças prévias, de instalação e operação de projetos, que virão acompanhadas dos respectivos Estudos de Impactos Ambientais (EIA).

O princípio do limite, que impõe ao Poder Público o dever de fixar parâmetros para evitar degradação ao ecossistema, ou seja, estabelece que haja restrição do Estado na propriedade privada e nos bens individuais, em

virtude da supremacia do interesse público sobre o privado. Não havendo limites estabelecidos, a ganância sempre tenderá a levar o homem à prática de atos degradantes ao meio ambiente e irreversíveis, na maioria das vezes. O princípio *in dubio pro natural*, que consagra regra fundamental de interpretação que leva à preponderância do interesse maior da sociedade (proteção ao meio ambiente) em detrimento do interesse individual e menor do empreendedor. Na dúvida de como interpretar a norma em face do caso concreto, sempre prevalecerá o interesse coletivo do meio ambiente. (SOUZA, 2018)

Conforme o artigo 23, inciso VI, da Carta Magna, é de responsabilidade comum entre todos os agentes da federação, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Desta forma, a Agenda 2023 novamente alerta e chama os envolvidos a cumprirem cada um, dentro da abrangência que lhes são outorgadas, exercerem seus papéis.

3 ÁREAS VERDES EM PRESIDENTE PRUDENTE: O PARQUE DO POVO E SUSTENTABILIDADE URBANA

A formação da cidade está ligada à expansão da Estrada de Ferro Sorocabana em direção ao extremo Oeste Paulista no início do século XX, sendo este principal elemento estruturador dos núcleos urbanos que iam sendo formados pelos grandes latifundiários da região que tinham a finalidade de venda de terras rurais (ABREU, 1972). Nesse contexto além da expansão ferroviária, o café desempenhou uma importante função urbanizadora, de modo que a cidade tinha um papel de ser “trampolim” para a ocupação da zona rural, na medida em que a “ação urbanizadora do café alcançou sua plenitude quando ganhou os espigões do planalto ocidental paulista” no final do século XIX (ABREU, 1972, p. 09).

Até o final da década de 1930, “observamos que a cidade já começava a crescer tomando os espaços compreendidos pelos interflúvios entre o córrego do Bacarin e Água Boscoli, e entre esta e o Córrego do Veado” (SPOSITO, 1995, p. 09), de modo que esse crescimento do núcleo urbano inicial foi acompanhado de uma desconsideração da topografia, que tornou as áreas de fundo de vale insalubres, sendo uma área marginal aos loteamentos e considerados barreiras físicas ao avanço da cidade. Sposito (1995) nos aponta que, inicialmente, a cidade teve crescimento no sentido norte-sul e, a partir de 1939, foram abertos loteamentos em novas direções, sendo que a expansão para leste só começa a partir da década de 1950. Por meio do mapa de crescimento (Figura 8), observa-se que a ocupação das margens do

córrego do Veado ocorreu em diferentes décadas, até mesmo quando ele era tido como obstáculo ao crescimento urbano.

A ocupação dessas áreas próximas aos córregos se organizava de acordo com os níveis sociais, de modo que nos locais mais distantes se encontravam as classes sociais mais elevadas e nas adjacências estavam as mais baixas.

Observa-se, que houve intensificação da urbanização a partir da década de 1960, período no qual começa a ser pensado o projeto do parque na área de várzea do córrego do Veado.

O projeto do Parque do Povo começou a ser idealizada no final do mandato de Walter Lemos Soares, da Aliança Renovadora Nacional (ARENA) (em mandato de fevereiro de 1973 e janeiro de 1977), que tinha a intenção de que a magnitude dessa obra pudesse melhorar sua imagem enquanto prefeito, visto que existia essa necessidade em função de ter realizado poucas obras e sem grande repercussão popular, o que tornou sua gestão mal-vista pela população (SILVA, 1994).

O projeto foi enviado à Câmara Municipal pelo Executivo em 1976 e as obras começaram em 31 de outubro de 1976 (SILVA, 1994), com financiamento inicial pelo Banco do Brasil, por meio do Fundo de Desenvolvimento Urbano (FDU e recursos do Departamento Nacional de Obras e Saneamento (DNOS), inicialmente, que passaram a ser advindos do Programa da Comunidade Urbana para Recuperação Acelerada (CURA) em 1977.

Os projetos do CURA, desenvolvidos em Presidente Prudente pela Prefeitura Municipal, foram orientados pela gestão municipal com a finalidade que contemplassem a solução dos problemas urbanos que impediam o desenvolvimento da cidade. Além disso, deveriam estar de acordo com as regras dispostas na Resolução da Diretoria do Banco Nacional da Habitação (BNH), que direcionava as determinações legais estabelecidas para obtenção dos recursos para execução de Planos Plurianuais e Projetos do CURA.

O programa CURA foi instituído pelo BNH - órgão do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), instituído pela Lei nº 4.380, 21 de agosto de 1964 - por meio de sua Resolução 38/73. O enfoque do programa era “a cidade criada pelo desenvolvimento industrial, que tinha um crescimento populacional e territorial vertiginoso, fruto das modificações econômicas que o país sofrera naquelas décadas” (LUCCHESI, 2004, p. 11).

Nota-se que quando da construção do Parque do Povo no Córrego do Veado na cidade de Presidente Prudente, muitas foram as ações que mesmo com objetivo primário de propiciar desenvolvimento e expansão urbana, negligenciaram as condições do meio natural, provocando assim, problemas sérios de alagamentos e drenagem urbana que ecoam gerando medo e prejuízos aos cidadãos do entorno e de toda cidade. No rastro das propostas da Agenda 2030, é tempo de reformulação e criação de estratégias que possibilitem a resolução dos problemas de alagamentos que foram gerados pela antropia.

3.1 Espaços Públicos

Hertzberger (1999) diferencia espaços de domínio público e privado. Uma área pública deve ser acessível a todos a qualquer momento e a responsabilidade por sua manutenção é assumida coletivamente. Uma área privada rem seu acesso restrito, determinado por um pequeno grupo de pessoas, que têm a responsabilidade de mantê-la. Para a compreensão do espaço urbano, ocupado por uma sociedade, o interesse deve estar voltado para o grupo de pessoas em sua inter-relação e compromisso mútuo, apontando a associação entre coletividade e indivíduo. Se, porém, o individualismo compreende apenas parte da humanidade, o coletivismo só compreende a humanidade como parte; nenhum deles apreende o todo da humanidade, a humanidade como um todo.

Os conceitos de “público” e “privado” podem ser vistos e compreendidos em termos relativos como uma série de qualidades espaciais que, diferindo gradualmente, referem-se ao acesso, à responsabilidade, à relação entre a propriedade privada e a supervisão de unidades espaciais específicas.

Nesse sentido, Alex (2008, p. 280) pontua que:

A estreita vinculação do uso com o acesso e a integração com o entorno são os elementos definidores mais fundamentais da praça e a articulação com o tecido urbano um de seus papéis mais relevantes na construção da paisagem da cidade.

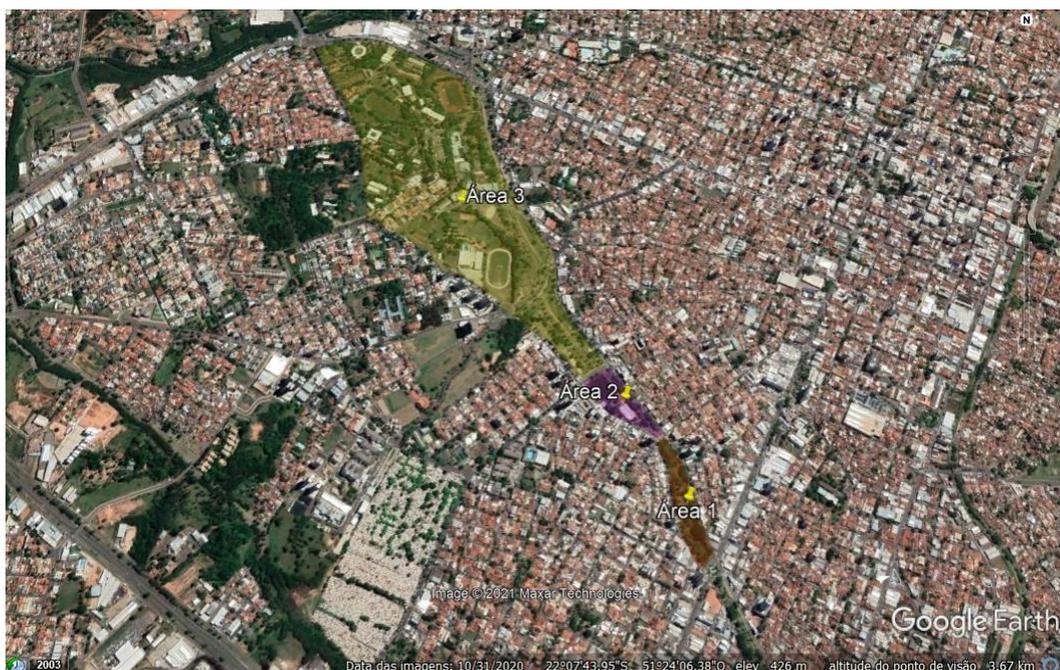
Pretende-se estender esse conceito de praça como ponto de sociabilidade, do encontro, integração, de “espaço público da prática da vida pública” (ALEX, 2008, p. 265), das atividades múltiplas para o espaço que será configurado na área.

De acordo com Alex (2008, p. 25), “o acesso é fundamental para a apropriação e o uso de um espaço. Entrar em um lugar é condição inicial para poder usá-lo”. No entanto, é preciso estabelecer a ressalva de que a APP, nos termos da legislação, evoca o conceito de intangibilidade, já que é proibido qualquer atividade ou uso nas áreas protegidas, salvo algumas exceções pouco especificadas na lei atual, assim como já foi discutido anteriormente. Essa restrição de uso se constitui em função do grau de sensibilidade ambiental.

No entanto, extensões territoriais em meio urbano sem nenhuma destinação se tornam espaços estranhos à população e, conseqüentemente, são iniciados processos de degradação. Nesse contexto de APP urbanas, é preciso considerar não só o valor ambiental, assim como o de urbanidade. Resgatando os conceitos estabelecidos por Mello (2007), a acessibilidade visual e acessibilidade física são uns dos princípios que podem ser utilizados para incentivar a urbanidade do conjunto.

Considerando a importância dos espaços públicos abertos como praças para a sociabilidade, além da função ambiental que exercem em relação à própria drenagem, por compreenderem espaços verdes e permeáveis, foi elaborado um estudo com as principais praças existentes na área do recorte (Bacia do Córrego do Veado em Presidente Prudente - SP: área de análise).

Figura 1: Subáreas de estudo.



Fonte: Google Earth, modificado pelo autor.

As praças que compreenderam esse levantamento foram categorizadas da seguinte forma: Praça Mário Eugênio, Praça da Av. São Paulo e Praça do Jardim Bongiovani.

As três praças citadas estão localizadas na sub-bacia 2. Um critério para a escolha dessas praças para um levantamento mais detalhado foi por estarem localizadas próximas a um ponto nodal crítico²³² e, relação a drenagem identificado.

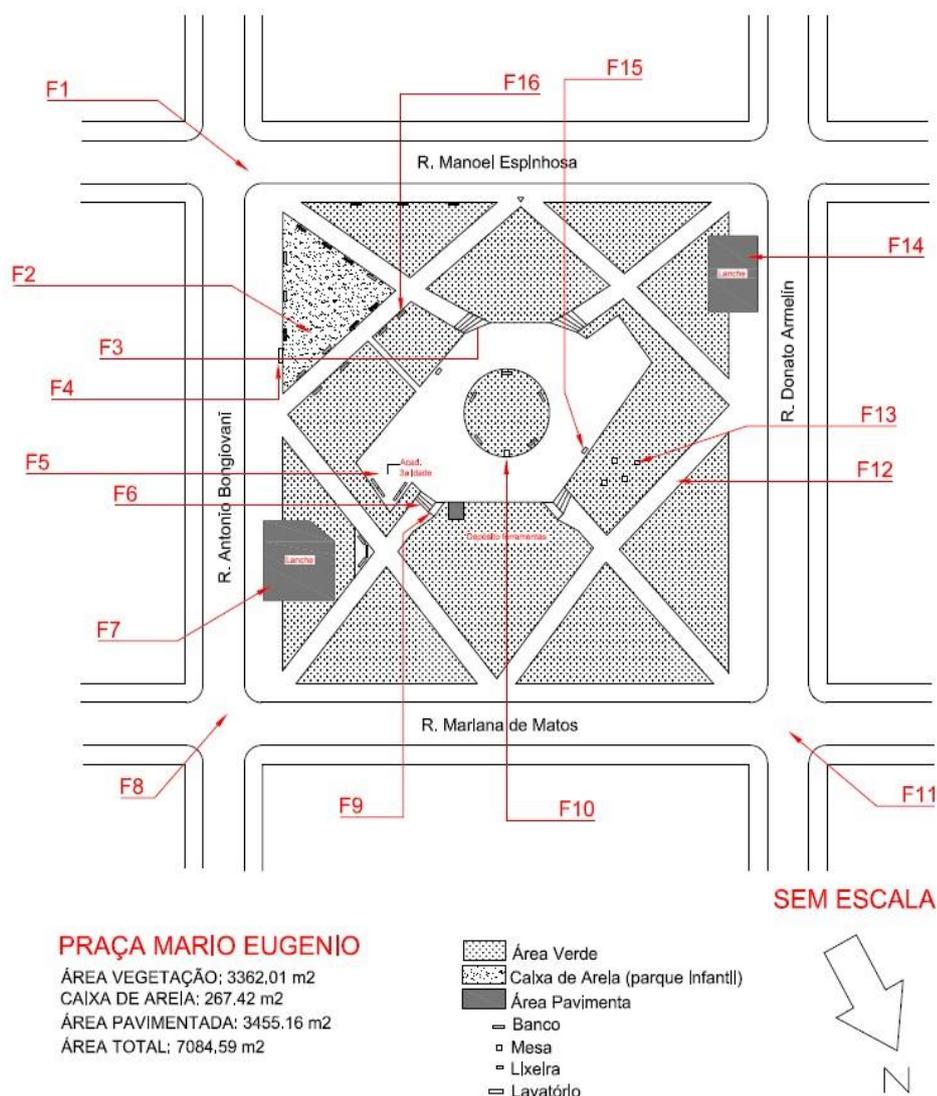
3.1.1 Praça Mário Eugênio

Essa praça está localizada em uma área residencial. Por meio da análise realizada, identificou-se que a taxa de permeabilidade é relativamente boa (51,23% de área permeável). Sua área permeável compreende área verde com forração de grama e sem forração, coberto por areia, destinado a recreação infantil.

Além disso, a praça é bem arborizada, o que oferece área sombreada, que induz a permanência no espaço, ainda mais considerando que a cidade tem um clima bastante quente na maior parte do ano. A vegetação deve observar certa moderação, com espaçamentos suficientes das copas das árvores para que o espaço ofereça sombra a seus usuários, porém, não a ponto que se torne um bosque denso de vegetação, situação que inviabilizaria o uso. A utilização deve sempre ser considerada em um projeto de praça, que tem o intuito de promover sociabilidade à população.

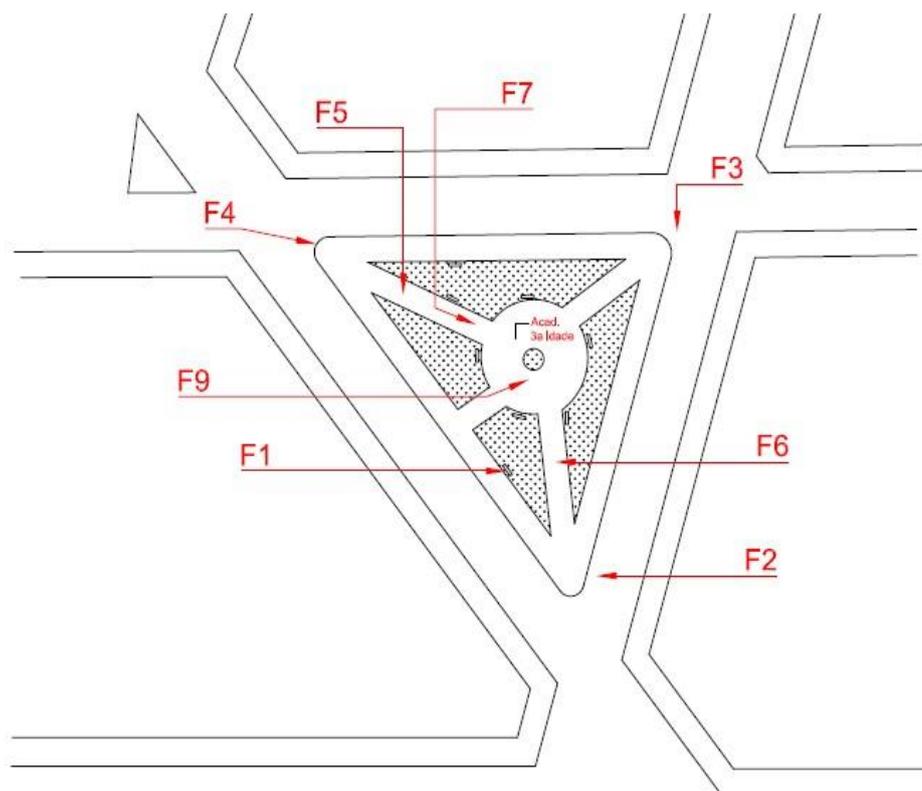
Em relação à sua infraestrutura, a praça possui: parque infantil, academia da terceira idade, bebedouro, bancos de concreto sem encosto, mesa com bancos, depósito para ferramentas, trailers para lanchonete e uma estátua com o busto do homenageado que deu nome ao espaço. Sua superfície é pavimentada em concreto e possui escadaria em alguns pontos em função da diferença de nível que apresenta.

²³² Ponto nodal crítico localizado na parte na qual o Parque do Povo é interseccionado pela rua Donato Amelin.



3.1.2 Praça da Av. São Paulo

Essa praça está localizada em uma área residencial no Jardim Bela Dária. Por meio da análise realizada, identificou-se que a taxa de permeabilidade é alta (63,42% de área permeável). Sua área permeável compreende área verde com forração de grama. Sua pavimentação foi feita com piso de concreto intertravado. A praça apresenta boa arborização, o que é positivo para propiciar a permanência, principalmente em uma cidade quente como é o caso de Presidente Prudente. Em relação à sua infraestrutura, a praça possui apenas um mobiliário urbano mínimo, contando com: bancos de concreto e alvenaria sem encosto e conjunto de mesa com bancos cobertos.

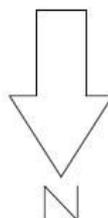


PRACA AV. SÃO PAULO

ÁREA VEGETAÇÃO: 339,83
 ÁREA PAVIMENTADA: 662,46
 ÁREA TOTAL: 1002,29

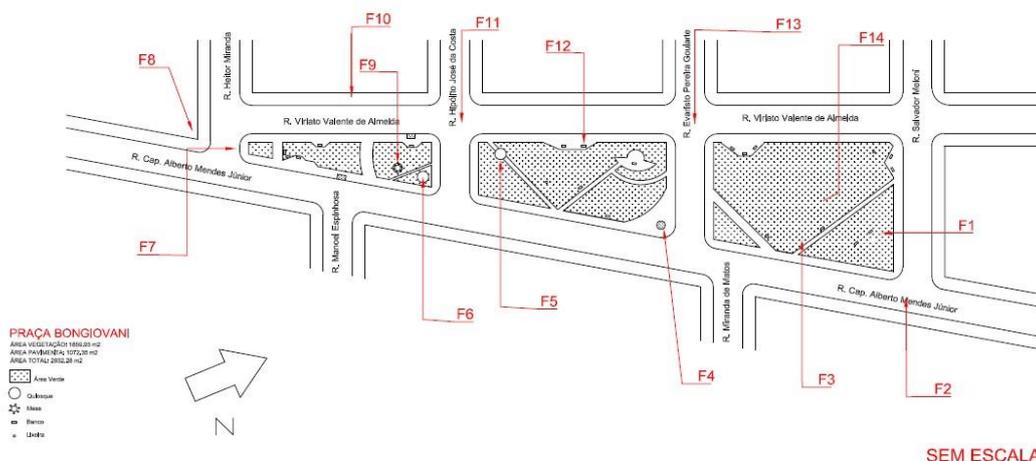
 Área Verde
 Banco

SEM ESCALA



3.1.3 Praça do Jardim Bongiovani

Essa praça está localizada em uma área residencial no Jardim Bongiovani, sendo composta por um conjunto de três quadras subsequentes. Por meio da análise realizada, identificou-se que a taxa de permeabilidade é baixa (33,91% de área permeável). Sua área permeável compreende área verde com forração de grama. Sua pavimentação foi feita com piso de concreto intertravado. A praça apresenta boa arborização, o que é positivo para propiciar a permanência, principalmente em uma cidade quente como é o caso de Presidente Prudente. Em relação à sua infraestrutura, a praça possui: academia da terceira idade e bancos de concreto sem encosto.



4 CONCLUSÃO

Pelo investigado, concluímos que ainda pode ser encontrado situações onde o espaço público, principalmente os destinados as áreas de lazer que na grande maioria contempla áreas verdes, que propiciam infiltração das águas no solo, arborização que gera micro-climas saudáveis, embelezamento da paisagem urbana, entre outros inúmeros benefícios a vida humana, animal e vegetal, são tratados com negligencia e desrespeito por aqueles que são juridicamente incumbidos que manter a preservação destes espaços, fazendo manutenção, orientação do uso publico e elaboração de projetos que contemplem medidas satisfatórias de uso e vida destes espaços. Aplicação da legislação, com respeito e cumprimento a todos os esforços que as instituições promovem, como por exemplo, a Agenda 2023 da ONU, são responsabilidades dos gestores públicos de todos os níveis do país.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dióres Santos. **Formação histórica de uma cidade pioneira paulista:** Presidente Prudente. Presidente Prudente: FFCLPP, 1972.

ALEX, Sun. **Projeto de Praça:** convívio e exclusão no espaço público. São Paulo: Editora Senac, 2008.

ALVES, José Eustáquio Diniz. Os 70 anos da ONU e a agenda global para o segundo quindênio (2015-2030) do século XXI. **Revista Brasileira de estudos de população**, v. 32, p. 587-598, 2015.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento sustentável: das origens à Agenda 2030**. Editora Vozes, 2020.

HERTZBERGER, Herman. *Lições de Arquitetura*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUCCHESI, Maria Cecília. **Curam-se Cidades**: uma proposta urbanística da década de 70. 2004. Dissertação (mestrado em Arquitetura) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MELLO, Sandra S. Área de Preservação Permanente em Margens de corpos d'água urbanos: Princípios de intervenção e subsídios à construção do Marco Legal. *In*: Seminário Nacional Sobre o Tratamento de Áreas de Preservação Permanente em Meio Urbano - APPURBANA, II, 4 a 7 de maio de 2007, São Paulo. **Anais**. São Paulo: USP, 2007.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Earth Summit, Rio +10**. World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, 2002. Disponível em: <http://earthsummit2002.org>. Acesso em: 19 jun. 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel> . Acesso em: 19 jun. 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. **A ONU e o meio ambiente**. Nações Unidas Brasil, 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em: 19 jun. 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. **United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), Earth Summit**. Sustainable Development Goals – Knowledge Platform, 2022 - A. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/unced>. Acesso em: 19 jun. 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. **United Nations Conference on Sustainable Development, Rio +20**. Sustainable Development Goals – Knowledge Platform, 2022 - B. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/rio20> . Acesso em: 19 jun. 2023.

SANTOS, Lueverton Gonçalves dos; NERIS, Lucas Gabriel Duarte. A sustentabilidade como direito fundamental: instrumentos constitucionais para o cumprimento da Agenda 2030. **Revista Estudantil Manus Iuris**, v. 2, n. 1, p. 27-43, 2021.

SILVA, Maria José Martinelli. **O Parque do Povo em Presidente Prudente-SP: a lógica da intervenção do poder público local no processo de (re) estruturação do**

espaço urbano. Presidente Prudente, 1994. Dissertação (mestrado em Geografia) - Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente.

SOUZA, S.C. Tutela Ambiental. **Migalhas**, n. 5.677, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/280964/tutela-ambiental>. Acesso em: 19 jun. 2023.

SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão; SPOSITO, Eliseu Savério. A Expansão Territorial Urbana de Presidente Prudente. **Recortes**, n. 4, 1995.

PROBLEMAS CAUSADOS PELA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PROBLEMS CAUSED BY THE INAPPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE TO CRIMES AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION

RODRIGUES, Fillipe Azevedo²³³
DONATO NETO, José Raimundo²³⁴

RESUMO: O princípio da insignificância, tratado pioneiramente por Claus Roxin, possui relevante valor para a ordem jurídico-penal contemporânea, incumbindo-se de identificar condutas que, apesar de serem formalmente, não se revelam materialmente típicas. Entretanto, sabe-se que a aplicabilidade deste norteador é prejudicada quando se fala em crimes contra a Administração Pública, tendo em vista o conteúdo da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê que “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.” O presente trabalho tem como objetivo delinear os problemas que a não aplicação do princípio em questão pode trazer para o bom funcionamento do ordenamento jurídico vigente, considerando sua natureza balizadora frente a possíveis injustiças estatais. Para embasar o tema em discussão, foi utilizada essencialmente pesquisa qualitativa na doutrina e lei, bem como julgados que mostram como ocorre a aplicação dessa questão nos tribunais.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Súmula 599. Crimes. Problemas. Administração Pública.

ABSTRACT: The principle of insignificance, pioneered by Claus Roxin, has relevant value for the contemporary legal-criminal order, being responsible for identifying conduct that, despite being formally, does not prove to be materially typical. However, it is known that the applicability of this guideline is impaired when it comes to crimes against the Public Administration, in view of the content of Precedent 599 of the Superior Court of Justice, which provides that “the principle of insignificance is inapplicable to crimes against the Public Administration.” The present work aims to outline the problems that the non-application of the principle in question can bring to the proper functioning of the current legal system, considering its beaconing nature in the face of possible state injustices. To support the topic under discussion, qualitative research was essentially used in doctrine and law, as well as judgments that show how this issue is applied in the courts.

²³³ Professor Adjunto-A do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) - Centro de Ensino Superior do Seridó (Ceres). Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Possui Graduação em Direito e Mestrado em Direito Constitucional, ambos pela UFRN. É Formador de Magistrados - para educação presencial e à distância - habilitado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tem experiência nas áreas de Direito, Economia e Educação. Autor dos Livros O Juiz Professor (2022 - Dialética), Análise Econômica da Expansão do Direito Penal (2014 e 2021 - Del Rey) e Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado (2016 - Del Rey).

²³⁴ Acadêmico do Curso de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Monitor em Ciências criminais da UFRN/CERES; Servidor público municipal em Jardim de Piranhas-RN; Estagiário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Keywords: Principle of insignificance. Precedente 599. Crimes. Problems. Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

O direito criminal na maioria das vezes é muito invasivo na vida daqueles que estão sendo acusados do cometimento de um crime; tendo isso em vista, a constante evolução legislativa foi desenvolvendo técnicas para limitar o poder punitivo do Estado. Dentre essas técnicas, destaca-se o chamado princípio da insignificância ou bagatela jurídica – o qual, entendido como garantia constitucional do indivíduo, impede que alguém seja responsabilizado criminalmente por uma conduta inofensiva.

Entretanto, apesar de ser uma garantia, visto ainda como um princípio-norma, este sofreu imperiosa limitação com a publicação da súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça. Tal súmula veda a aplicação do princípio aos crimes cometidos contra a Administração Pública, permitindo a persecução criminal de um indivíduo que se apropria de uma caneta. Esse entendimento pode ser tido como um grande problema, cabendo aos aplicadores do direito analisarem os impactos causados no dia a dia forense, bem como sopesar os efeitos jurisdicionais.

Este artigo tem como escopo justamente explorar o princípio da insignificância frente aos crimes cometidos contra a Administração Pública, determinando os problemas que a súmula 599 da Corte cidadã pode trazer ao mundo jurídico diante da inaplicabilidade do instituto em questão.

Em um primeiro momento, será realizada uma abordagem do significado e influência que os princípios em geral possuem na aplicação e melhor interpretação das normas jurídicas, tendo em vista a importância destes para o direito penal nos tempos contemporâneos, após a Constituição Federal de 1988. Em seguida, para inteirar-se do assunto, é realizada minuciosa apresentação do princípio bagatela, expondo sua evolução ao decorrer da história, assim como as lições que a aplicação deste preceito pode proporcionar enquanto protetor de direitos fundamentais dos indivíduos.

Após exposição do conceito e fundamentos para a existência do princípio da insignificância, procede-se à análise qualitativa do entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça de que tal princípio não deve ser aplicado aos crimes cometidos contra a Administração Pública, tendo em vista a necessária proteção da

moralidade administrativa. Apesar de tal precedente ter ganhado força com a Súmula 599, vê-se que a aplicação é ainda problemática, levando em conta algumas divergências tanto no âmbito jurisprudencial como doutrinário.

Por fim, através de levantamento bibliográfico na doutrina e jurisprudência atual, orientado pelas discussões acerca do teor da Súmula 599, serão abordados alguns problemas que a inaplicabilidade do princípio em questão pode ocasionar ao mundo jurídico – repercutindo em transgressões de direitos individuais, como também na inobservância do interesse público.

2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Os princípios passaram a ter grande relevância no mundo jurídico, estando sempre em pauta nos debates doutrinários e jurisprudenciais: o que motivou a doutrina constitucionalista a convencionar o que chamaram de Estado Principlológico. O *Civil Law*, sistema jurídico adotado pelo direito brasileiro, tem a lei como fonte principal, de tal forma que o caso concreto será interpretado e solucionado sob a luz do que há na legislação – Lei em sentido estrito. Entretanto, é do saber geral que o sistema de leis não é capaz de cobrir todo o âmbito da experiência humana de maneira satisfatória. Assim, os princípios surgem para agregar à Ciência do direito mecanismos que permitem soluções mais justas e eficientes, seja na omissão da lei, ou ainda na dificuldade de interpretá-la em acordo com os fatos. Tais postulados configuram-se como alicerces, de modo a orientar a aplicação da Ciência jurídica como um todo. Em Lições preliminares de Direito, Miguel Reale trata de conceituar:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. (REALE, 2014, p. 304)

Quanto ao Princípio da Insignificância, sabe-se que tem origem ainda nas antigas civilizações do ocidente. No Direito Romano antigo existia o brocardo: *minimus nor curat praetor*, do qual se pode traduzir o entendimento de que os juízes e tribunais não devem se preocupar com assuntos irrelevantes. Porém, é sabido que o Direito Romano se desenvolveu sob a ótica do Direito privado, de tal forma que o brocardo supramencionado se limitava a esta seara – na qual os pretores não deveriam cuidar

de miudências, causas de pouca expressão. Na verdade, segundo Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1999, p. 33), o *minus nor curat praetor* não era nem mesmo um princípio, mas um simples ditado, provérbio ou mero aforismo.

O brocardo romano tomou forma de princípio e foi incorporado ao Direito Penal somente na década de 1970, quando estudado por Claus Roxin. Na obra: Problemas Fundamentais de Direito Penal, Roxin aponta obscuridades presentes nas teorias que justificam o sentido e limites da pena estatal – de tal modo que, o próprio autor se dá o trabalho de ministrar como deve ser a atuação do Estado na proteção de bens jurídicos. O princípio da insignificância, ou criminalidade de bagatela, deve ser interpretado sob a ótica dos postulados da fragmentariedade e da intervenção penal mínima – ou seja, a atuação estatal deve vincular-se a uma ofensividade suficiente para justificar a intervenção do Estado na vida do povo: em *ultima ratio*. De acordo com Claus Roxin (2000, p. 47), “por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’ para adentrar no marco da criminalidade”.

Tratando ainda de conceituar, o autor Carlos Vicos Mañas, pioneiro no estudo do princípio da insignificância na doutrina brasileira, ensina da seguinte maneira:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevantes os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. (MAÑAS, 1994, p. 81)

Com base no conceito formulado por Mañas, torna-se mais fácil enxergar a natureza jurídica do postulado analisado. Para isso, é preciso lembrar a Teoria geral do delito em seu aspecto analítico – destacando que, para ser crime, o fato será típico, ilícito e culpável. A tipicidade será classificada como formal e material; ocorrendo a tipicidade formal quando a conduta praticada pelo agente se adequa perfeitamente ao modelo de crime descrito na norma penal; já a tipicidade material funda-se na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Assim, o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade, entendendo-se que incidirá nos fatos que, embora sejam formalmente típicos, não possuem tipicidade material por não causar lesão significativa a determinado bem tutelado pela norma penal. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.
(STF, 2ª Turma, RHC 122.464/BA, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.06.2014, DJe 12.08.2014)

O preceito bagatelar pode ser aplicado a qualquer crime que seja com ele compatível, mas é evidente que sua maior incidência prática ocorre em crimes patrimoniais. A jurisprudência estabelece requisitos necessários para que esse princípio possa ser aplicado, os quais são classificados pela doutrina como requisitos objetivos e subjetivos; estes dizem respeito estritamente à valoração das condições circunstanciais do agente e da vítima, enquanto aqueles tratam de considerar o fato ocorrido e devem ser contemplados cumulativamente. Segundo Cléber Masson:

São quatro os requisitos objetivos exigidos pelo princípio da insignificância: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica. (MASSON, 2021, p. 26)

Por outro lado, não há que se observar necessariamente parâmetros quantitativos pré-constituídos para sua aplicação. Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é necessário analisar minuciosamente o caso concreto levando em conta o contexto fático em que se deu a prática delitiva, o objeto subtraído, a condição econômica da vítima, as circunstâncias e resultado do crime, bem como as características pessoais do agente. (STJ, 5ª Turma, Resp 1.218.765/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.2011, DJe 14.09.2011)

3 SÚMULA 599 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Federal de 1988, é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada. Considerando que as leis não são capazes de prever todas as situações possíveis, bem como possui muitos dispositivos com cláusulas gerais – que permitem uma ampliação da interpretação

feita pela justiça: O STJ tem o importante papel de nortear a aplicação da lei federal, “sanando dúvidas” acerca dos mais diversos temas.

Cotidianamente, o Tribunal da Cidadania soluciona conflitos processando e julgando matérias previstas pela CF/88, que podem ser de competência a) originária (art. 105, I, a – i), b) recursal ordinária (art. 105, II) e c) recursal especial (art. 105, III). As soluções trazidas em seus julgados exprimem o pensamento da corte acerca dos tópicos controversos – de modo a uniformizar a interpretação das leis federais, estabelecendo o que se conhece por jurisprudência do tribunal. A palavra *súmula*, proveniente do latim *summa*, significa condensação, síntese; no âmbito jurídico, nada mais é do que o resumo da jurisprudência prevalecente de maneira pacífica no tribunal, em um verbete.

Após inúmeros precedentes, no dia 20/11/2017, o STJ aprovou a Súmula 599: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública”. Segundo esta corte, os crimes contra a Administração Pública têm como finalidade proteger não apenas o patrimônio em seu aspecto material, mas especialmente a moralidade administrativa – que é insuscetível de valoração econômica. (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 572572/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 08.03.2016, DJe 16.03.2016)

Ou seja, mesmo que o valor do prejuízo seja ínfimo, a moral administrativa obsta a aplicação do consagrado princípio bagatelar. Júlio Frabrinni Mirabete, em sua doutrina, posiciona-se contra o teor da súmula de maneira incisiva ao afirmar que “não há peculato quando o servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica etc);”. (MIRABETE, 1993, p. 113)

Da mesma forma, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é antagônico ao do STJ, de tal modo que admite sim a aplicação do suscitado princípio como excludente da tipicidade material mesmo em crimes contra a Administração Pública. Segundo a Suprema Corte, a prática de crime contra a Administração Pública, por si só, não inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, devendo haver uma análise do caso concreto para se examinar se incide ou não o referido postulado. Foi julgado nesse sentido o *Habeas Corpus* 107370, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, destaca-se importante trecho do voto do relator:

Dessarte, insta asseverar, ainda, que, para chegar à tipicidade material, há de se pôr em prática juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe será imposta como consequência da intervenção penal do

Estado. A análise da questão, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, pode justificar, dessa forma, a ilegitimidade da intervenção estatal por meio do Direito Penal.

(...)

Diante do exposto, destaco que, no caso em apreço, o prejuízo material foi insignificante e que a conduta não causou lesividade relevante à ordem social, havendo que incidir, por conseguinte, o postulado da bagatela.

Ressalto, ademais, que esta Corte já teve a oportunidade de reconhecer a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, considerados crimes contra a Administração Pública.

(STF, 2ª Turma, HC 107.370/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.04.2011, Dje 22.06.2011)

De maneira mais recente, a 6ª Turma do STJ contrariou a súmula do próprio tribunal, aplicando o princípio da insignificância a crime cometido contra a Administração Pública. Concordando com o entendimento exprimido pelo STF, em relatoria de Recurso em Habeas Corpus, o Ministro Nefi Cordeiro sopesou as circunstâncias do caso concreto para mitigar a aplicação da súmula 599:

Todavia, a despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos, avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

(STJ, 6ª Turma, RHC 85.272/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 14.08.2018, Dje 23.08.2018)

Dessa forma, o assunto mostra-se ainda um tanto controverso na aplicação do melhor direito, existindo, inclusive, embates entre o STF e STJ – o que pode gerar certa insegurança jurídica. Entretanto, é manifesto que o interesse em proteger a probidade administrativa não deve ser absoluto frente a todos os casos concretos, sendo conveniente sempre uma análise individualizada para o melhor cumprimento da justiça.

Uma administração proba pode ser classificado como direito de 3ª geração, enquadrando-se inclusive como direito coletivo - vide seu caráter transindividual. De fato, merece proteção jurídica qualificada, mas é preciso ponderar quando se fala em direito criminal, o qual pode trazer danos irreparáveis na esfera individual. A contradição entre o princípio da insignificância e o interesse público na probidade administrativa é apenas aparente, tendo em vista que o Estado possui limites na busca por seus interesses, e o mesmo interesse público é o de que o Estado realmente

encontre limite para o seu poder punitivo quando esteja diante de uma conduta inofensiva.

O direito penal como um todo possui funções aparentemente dicotômicas, sendo elas 1) o dever de proteger bens jurídicos; e 2) limitar o poder de punir do Estado. A elaboração da Constituição Federal de 1988 foi muito inspirada pela corrente doutrinária denominada “Humanitária” – a qual preleciona que a segunda função do direito penal deve prevalecer sobre a primeira. Tal predileção pela segunda função pode ser verificada analisando o artigo 5º da CF/88, no qual há uma enorme quantidade de garantias fundamentais dispostas ao indivíduo frente ao direito penal. De modo algum, a Súmula 599 deveria proibir terminantemente a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que contraria até mesmo o sistema jurídico-criminal concebido pelo Constituinte originário.

4 PROBLEMAS DA INAPLICABILIDADE

Apesar da nobre intenção de tutelar a probidade da Administração Pública, certo é que a não aplicação do princípio da insignificância transgredir princípios basilares do Direito Penal. O Estado, utilizando do monopólio da jurisdição, pode resolver intervir nas mínimas relações concebidas pela vida em sociedade: tipificando condutas inofensivas e instituindo penas vexatórias à dignidade humana. Para impedir que isso ocorra, surgiu o Princípio da intervenção mínima, dispondo que, segundo Cléber Masson (2021, p. 45), a intervenção penal é legítima apenas quando a criminalização de um fato se constitui como meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse. Nessa perspectiva, a intervenção penal em uma conduta desprovida de tipicidade material é um flagrante violação a esse princípio – posto que, o direito penal deve atuar como *ultima ratio*.

Outrossim, é oportuno citar preceito corolário ao já trazido: a subsidiariedade do direito penal. De acordo com tal princípio, o direito penal deve atuar de maneira subsidiária em relação às outras esferas do direito. Claus Roxin ministra:

O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua

existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Consequentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar. Se for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, carece da legitimidade que lhe advém da necessidade social, e a paz jurídica vê-se perturbada pela presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal. (ROXIN, 2004, p. 28)

Portanto, a atuação do direito penal é dispensada quando a lesão é insignificante, podendo o agente ser responsabilizado em outras esferas – adentrando a competência do direito administrativo sancionador, por exemplo. Ainda dentro da ideia de que a intervenção penal deve ser utilizada como última saída, vale destacar também o princípio da fragmentariedade. O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária (GRECO, 2020, p. 220).

Logo, afastar a aplicação do princípio da insignificância é uma conduta temerária, pois poderá permitir que uma pessoa sofra com as agressivas perseguições penais, bem como duras penas – em razão de comportamento que em nada merece a tutela criminal. Em sua doutrina, esclarece Cézaro Roberto Bitencourt:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio da bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (BITENCOURT, 2010, p. 51)

A aplicação do princípio bagatelar também é importante enquanto medida de política criminal, que visa não somente a descaracterização, mas também o descongestionamento da Justiça Penal (STF, 2ª Turma, HC 104.787/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, j. 26.10.2010, Dje 18.02.2011).

Primeiro, é importante lembrar que o encarceramento deve ser aplicado como a última solução, visto que atinge um direito importantíssimo de todo indivíduo: sua

liberdade. Além disso, a execução penal no Brasil, muitas das vezes não atinge seu objetivo de ressocialização em decorrência das inúmeras falhas que estão presentes nos estabelecimentos prisionais. A cada dia torna-se mais evidente que os apenados ficam expostos a ambientes extremamente insalubres, superlotados e dominados por facções criminosas – o que dificulta a reintegração social do apenado, culminando em crescente taxa de reincidência. No ano de 2022, o Departamento Penitenciário Nacional, em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco, lançou o relatório “Reincidência Criminal no Brasil”, no qual foi constatado que em média 38,9% dos egressos voltam para a penitenciária após 5 anos.

No que guarda relação com o descongestionamento da Justiça Penal, o princípio da insignificância cumpre o importante papel de fazer com que a máquina do Poder Judiciário somente se ocupe de coisas relevantes – dando lugar ao pleno andamento de causas de maior importância. Este é mais um problema presente no cotidiano das pessoas, processos judiciais levam muito tempo para alcançarem a tutela pretendida, demorando meses e até anos para se resolverem, e um dos grandes causadores desse imbróglio é a quantidade de ações que chegam aos juízos diariamente. Aplicar o princípio em questão é uma maneira de privilegiar o interesse público, uma vez que se mostra como uma grande oportunidade de diminuir o número de ações a serem processadas e julgadas pelo judiciário e seus auxiliares, melhorando a produtividade e garantindo o direito fundamental do Acesso à Justiça da melhor forma possível – visto que, o número de demandas a serem solucionadas está diretamente ligado à celeridade processual.

Por outro lado, vale analisar ainda o desdobramento dessas demandas na hipótese de serem ajuizadas. Caso um funcionário público se aproprie de uma resma de papel que tem posse em razão do seu cargo, estaria formalmente cometendo o crime de peculato, tipificado pelo artigo 312 do Código Penal. Levando em consideração as condições pessoais do agente, o fato de exercer um cargo público e a mínima lesão causada, é possível prever que a pena aplicada estaria pelo menos próxima ao patamar mínimo – que é de 2 anos, sugerindo aplicação de pena restritiva de direitos; isso se não tiver sido abarcada pela prescrição retroativa, muito comum levando em consideração a morosidade da justiça brasileira.

Assim, verifica-se que serão mobilizadas todas as estruturas do processo penal, sendo despendidos muito tempo e dinheiro visando a aplicação de uma pena irrisória para uma conduta insignificante. Por uma questão de eficiência, seria muito

mais eficaz afastar a tutela criminal em casos como esses, permitindo a atuação do direito administrativo sancionador em busca de uma solução mais célere e menos dispendiosa, prestigiando inclusive a possibilidade de uma justiça restaurativa.

Outro ponto que merece bastante atenção é o fato de que as penitenciárias brasileiras estão dominadas por facções criminosas. As condições precárias dos estabelecimentos prisionais, associadas com a superlotação têm sido fatores importantes para o recrutamento de novos presos para o crime organizado. Em 2018, a popular Revista Superinteressante, da Editora Abril, publicou uma matéria com a capa: “Como as cadeias viraram fábricas de facções criminosas”. Na publicação, é exposta a situação do sistema prisional brasileiro como um todo, que mostra um grande descontrole por parte do Estado, e favorece o desenvolvimento da criminalidade dentro e fora dos presídios em razão do inchaço da massa carcerária – que, por consequência, fortifica as facções criminosas. Sendo assim, prender uma pessoa que furtou uma resma de papel em uma repartição pública, é garantir mais um soldado para o crime organizado, que poderá vir a cometer crimes muito mais graves ao ingressar no sistema carcerário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública é matéria ainda polêmica. Apesar de ser entendimento pacificado, inclusive através de súmula do Superior Tribunal de Justiça, existem divergências na doutrina e jurisprudência.

Certo é que o tema contém certa subjetividade, mas essa peculiaridade é da essência do próprio mundo jurídico, caracterizado por sua natureza dialética. É totalmente possível que os operadores do Direito, enquanto seres humanos, possuam opiniões diferentes acerca de um mesmo tema, levando em conta as subjetividades e construções de cada um. Porém, é preciso entender que o princípio bagatelar não pode ser aplicado a todo e qualquer crime, isso é legítimo. Somente a condutas que demonstram lesividade mínima, nenhuma periculosidade social, estreito grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

A conduta em cada caso concreto deve ser analisada com fundamento também nos princípios de razoabilidade, fragmentariedade e proporcionalidade – tomando como objetivo a melhor aplicação da justiça e do interesse público. Em que

pese a súmula 599 do STJ ser incisiva no sentido de não aplicar tal princípio aos crimes contra a Administração Pública, não merece prevalecer o entendimento diante de casos que cumpram com os requisitos suficientes para sustentar a atipicidade material da conduta, pelos mais diversos motivos já suscitados neste trabalho. Tutelar a moralidade administrativa é louvável e necessário, mas, realizando-se uma pré-ponderação entre esta e os múltiplos princípios do direito que podem ser transgredidos com a prisão de inocentes, pode-se concluir que a posição do Tribunal da Cidadania é um tanto equivocada.

Em nenhum momento deve-se defender que determinadas condutas, pela sua insignificância, poderão deixar de ser tuteladas. Não se deve estimular a impunidade, mas apenas o afastamento do Direito Penal, visando que a proteção de tais bens seja exercida por outros ramos do Direito, visualizando a existência de um ilícito civil ou administrativo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 572572/PR (2014/0212773-0)**. Agravante: Paulo Edson Leite. Agravado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Jorge Mussi, 08 de março de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402127730&dt_publicacao=16/03/2016. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial nº 1.218.765 - MG (2010/0187023-0)**. Recorrente: Marcelo Cardoso Leão. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Gilson Dipp, 01 de março de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001870230&dt_publicacao=14/09/2011. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 85.272 - RS (2017/0131630-4)**. Recorrente: Annicio Alves de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701316304&dt_publicacao=23/08/2018. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.464/BA**. Agravante: Ministério Público Federal.

Agravado: Jorge Cesar Pires. Relator: Min. Celso de Mello, 10 de junho de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6492329>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 104.787/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Pacientes: Ewerton de Paula Caetano; Paulo Roberto Queiroz Pinheiro Júnior. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Ayres Britto, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619216>. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Institucional - atribuições**. Portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes#:~:text=Criado%20pela%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de,constitucional%20nem%20a%20justi%C3%A7a%20especializada>. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 107.370/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Paciente: Getúlio Guardiano Cardoso. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de abril de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1256111>. Acesso em: 22 dez. 2022.

DEPEN. **Relatório de Reincidência Criminal no Brasil em 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view>. Acesso em: 19 jun. 2023

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 24. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022.

LACERDA, Ricardo. Como as cadeias viraram fábricas de facções criminosas. **Super Interessante [online]**. Comportamento. 21 de maio de 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas/>. Acesso em: 19 dez. 2022.

LOPES, **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz das Leis 9.099/95, Juizados Especiais Criminais, 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAÑAS, Carlos Vico. **O Princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120) - v.1. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 1. São Paulo. Atlas, 1993.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27 ed. 12 tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES EM FACE DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES SOCIAIS

ADMINISTRATOR RESPONSABILITY IN FACE OF THE BREACH IN THE SOCIAL DUTIES

PACIORNIK, Ravi Petrelli²³⁵

RESUMO: O presente artigo planeja expor os deveres sócias, previstos na Lei das Sociedades Anônimas, os quais devem ser seguidos para um exercício correto da atividade. Apresenta não somente objetivamente, mas também expõe as divergias da doutrina e o atrelamento que estes têm entre si. Abordará um enfoque ao dever de informação, pois conforme a doutrina estudada pelo autor seria este o responsável pela aplicação efetiva dos demais deveres. Finalizado esta parte do estudo demonstra-se a responsabilidade desencadeada em face dos administradores e membros de conselhos ou órgãos administrativos, tendo notada a quebra destes deveres.

Palavras-Chave: Responsabilidade. Deveres sociais. Sociedades Anônimas. Dever de Informação.

ABSTRACT: This article aims to expose the social duties provided in the Brazilian Corporate Law, which must be follow for proper exercise of the corporate activity. It offers not only an object view of then but it also exposes the divergences of doctrine and the linkage that they have among themselves. This study has a more focused approach on the duty of information, because of its necessity for the broad exercise of guiding duties of business activity. The article aims to show, thus, the responsibility of company administrators and respective administrative organs, in face of having noted the breach of these duties.

Keywords: Liability. Social duties. Anonymous society. Information Duty.

1 OS DIREITOS E DEVERES DOS ACIONISTAS

Com a grande evolução do mercado econômico, as sociedades anônimas, S/A, se encontram em uma demanda pela celeridade de decisões, desencadeando um movimento de afastamento do poder de administração e decisão das assembleias gerais. Inicia-se uma concentração dos poderes executivos e administrativos em uma

²³⁵ Advogado formado pela Universidade Positivo. Certificado pela Universidade de Coimbra nos cursos (I) das Sociedades Comerciais Europeias e (II) Governança Corporativa; (III) Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas; (IV) Especialista em Direito Tributário Empresarial pela PUC/PR; (vi) Especialista em Direito Societário Pela Escola Brasileira de Direito; ravipaciornik@gmail.com.

figura mais eficiente com a capacidade de acabar com a morosidade na tomada de decisões. Esta figura seria o administrador, também conhecido como diretor.

Com o novo modelo de tomada de decisões, os órgãos da administração e os órgãos de fiscalização afastam as matérias de gestão das assembleias gerais, as quais em face do seu grande número de votos necessários para a decisão de certa matéria a torna morosa. Entretanto, um acréscimo na responsabilização desses órgãos e da figura do administrador acaba se formando para que a dilatação dos poderes seja compensada e evite abusos por parte dessas figuras controladoras.²³⁶

Dessa forma, com o intuito de guiar a administração e fiscalização das S/As, criam-se os deveres norteadores das funções administrativas que devem ser seguidos em qualquer S/A, independente de sua forma adotada, capital aberto ou fechado. Em primeiro lugar surgem os deveres de substâncias genéricas. Estes preceitos gerais de ética, conduta e moral a serem seguidos nas tomadas de decisões de modo geral pela figura administrativa, visam uma maneira de limitar ou fiscalizar a ação administrativa e também como meio de ajuda na hora de tomada de decisões, formando deliberações claras e transparentes.

Em compensação à ajuda a atividade administrativa, estas obrigações vieram também para trilhar meios de responsabilização das figuras administrativas, ou seja, com a quebra de qualquer um dos deveres é possível responsabilizar os Administradores pelas perdas e danos. Apesar dessa infração ser comum e de certa forma extremamente provável na atividade empresarial, quando notada a violação desses deveres, por meio de eventuais danos ocasionados, confirma-se que o administrador não empregou todos os meios a seu alcance para a atitude correta ser tomada e evitasse o dano a sociedade, acionistas e/ou terceiros.²³⁷

Dessa forma, como a demanda por uma administração mais segura e leal não apenas com os acionistas, mas também com a própria sociedade e terceiros envolvidos, os deveres norteadores da administração são criados. Nos países no qual o sistema jurídico utilizado é a *Common Law*, tais deveres tem seu surgimento por meio de julgados e consolidação de precedentes jurisprudenciais. Já nos países em que se utiliza do sistema de *Civil Law* esta consolidação se da por meio da solidificação legislativa, concretização esta, muitas vezes, advinda de grandes

²³⁶ BARREIROS, Felipe. **Responsabilidade civil dos administradores**: os deveres gerais e a corporate governance. Coimbra. Wolters Kluwe; Coimbra Editora, 2010. p.29.

²³⁷ Ibid., p.37.

potências econômicas, que em muito casos utilizam-se do sistema de *Common Law*, como, por exemplo, os Estados Unidos. Assim, pode-se chegar a conclusão que a influência pode ser advinda do próprio sistema de direito em si.²³⁸

No Brasil estes deveres se consolidam de forma simples, direta e objetiva pela Lei das Sociedades Anônimas (LSA) somados a outros direitos e deveres criados durante o ato constitutivo da sociedade. Ao comparar o nosso sistema jurídico com o norte-americano, observa-se que enquanto lá estes deveres são expostos de forma mais explícita, no Brasil eles são determinados por três grandes categorias: diligência, lealdade e informação e subcategorias que existem que melhor os delimitam.

Considerando que o sistema empresarial norte-americano é o mais reconhecido globalmente, como afirma Felipe Barreiros em Responsabilidade Civil dos Administradores nos Deveres Gerais e a Corporate Governance, pode-se importar o conceito do administrador fiduciário para reforçar a aplicabilidade destes deveres. Como acontece no direito norte-americano, o administrador é um cargo de confiança, a qual se depositada nele por meio de deliberação própria da sociedade e sócios, que o elegem para esta função para figurar como representante perante os sócios e com terceiros que operem conjuntamente com a sociedade.

Por este motivo pode-se denominar deveres norteadores da atividade desenvolvida pela administração, baseia-se no conceito de confiança depositada. Logo, se esta relação se frustrar, o administrador não poderia mais representar a sociedade e nem mesmo seus sócios, já que não estariam mais em conformidade. Dessa forma, se ocasionar danos à aqueles que o colocaram na posição em que se encontra, frustra-se a relação de confiança, além de ser responsabilizado pelos danos causados por suas ações.

1.1 Apresentação dos Deveres Sociais

Os deveres sociais são os responsáveis pelo direcionamento e funcionamento correto daqueles responsáveis pela administração e fiscalização das sociedades comerciais.

Portanto, pode-se dizer que são diretivas destas atividades que devem ser obrigatoriamente seguidas. Dessa forma, além de serem uma maneira de apoio para

²³⁸ IDET. **Curso de Verão das Sociedades na União Europeia**. Coimbra, 06 jul. 2015 à 10 jul. 2015.

aquele que administra, estabelecendo certas “*guidelines*”, constitui também papel de ajuda aos acionistas e terceiros para que a luz dos deveres possam auferir se determinada conduta é lesiva a estes deveres e conseqüentemente a sociedade. Dessa forma, torna-se possível não apenas a noção sobre estas condutas, mas também a responsabilização daqueles que as praticam.

1.1.1 Dever de diligência

Este dever está conceituado no art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, a qual consiste na ideia de que o administrador da sociedade deve empregar os meios de administração corretos, sendo ativo e probo como se estivesse administrando sua própria empresa.

É possível fazer uma analogia, um tanto ultrapassada, como afirma Vanessa Ramalhete Santos Neves²³⁹, que o diligente é como se fosse o bom pai de família que toma as suas decisões visando o bem do núcleo familiar. Isto porque na lei brasileira leva-se em consideração a ideia, superada, que o administrador é o mandatário da sociedade, enquanto a doutrina estrangeira afirma que, na verdade, o administrador seria fiduciário, exercendo uma função de confiança²⁴⁰.

Neste mesmo sentido, afirma o direito norte-americano, que os deveres de gestão são “*fiduciary duties*” e os administradores fiduciários devem agir em favor ou em nome de outra pessoa, ou empresa, formando assim um relacionamento de confiança, protegendo ambos, tanto a sociedade como também o administrador.²⁴¹

No direito norte-americano, o dever de diligência é incorporado pelo “*duty of care*”, podendo ser chamado, no português, como dever de cuidado e diligência em sentido amplo e ambos consistem na mesma ideia, na qual o administrador deve tomar suas decisões considerando o bem da empresa que dirige.²⁴² Conforme fundado em uma situação de confiança, o cerne do dever de diligência vem da regra moral imposta a qualquer um que assuma uma posição de comando que possa causar dano a empresa, sócios ou terceiros.

²³⁹ NEVES, Vanessa Ramalhete Santos. **Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

²⁴⁰ BARREIROS, Felipe. **Responsabilidade civil dos administradores**: os deveres gerais e a corporate governance. Coimbra: Wolters Kluwe; Coimbra Editora, 2010. p.39.

²⁴¹ FRENCH, Derek; MAYSON, Stephen; RYAN, Christopher. **Company Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p.457.

²⁴² BARREIROS, *op. cit.*, p.41.

Enquanto a doutrina brasileira limita-se no conceito básico de diligência, previstos no art. 153 e 154 da LSA, dificultando o entendimento do acionista comum a definir o que seria ou não a violação dessa obrigação, já a doutrina estrangeira estabelece que o dever de diligência ou “*duty of care*”, subdivide-se em outros quatro outros deveres. Estas quatro subcategorias auxiliam a melhor delimitar o que realmente seria o “*duty of care*”, como também, apontar especificamente em qual dessas subdivisões houve o exato descumprimento da administração. Dessa forma, facilita a atividade do administrador em seguir estas diretrizes da maneira mais clara possível e que os acionistas trilhem o caminho para a responsabilidade do administrador.²⁴³

As subdivisões que o direito norte-americano estabelece são o “*duty of monitor*”, “*duty of inquiry*”, “*reasonable desionmaking process*” e por fim “*reasonable decision*”.²⁴⁴ Os deveres descrevem a atividade a ser seguida pelo administrador para a boa gestão da empresa, respectivamente, impondo ao administrador o dever de vigilância da empresa, dever de manter o controle da informação, em alguns casos liberando aos sócios e ao público e em outros mantendo sigilo.

Vale dizer que o “*duty of monitor*” pode ser delegado, sendo assim deve existir a formação de um órgão de controle, podendo ser o conselho de fiscalização. Lembrando que este órgão também fica sujeito a responsabilidade em caso de má decisão que incorra em dano.

Já o “*duty of inquiry*” obriga o administrador a fazer investigação para assumir conhecimento de informações que possam acarretar danos, dano em potencial ou lucros a sociedade, de forma que não tomará decisões baseando-se em notícias duvidosas e/ou incertas. “*Reasonable decisionmaking process*” e “*Reasonable decision*”, seriam, em primeiro lugar, respectivamente, o acúmulo e busca de informações de forma razoável para estar bem instruído e fundamentado para qualquer tomada de decisões, por fim passado por este processo produz uma decisão baseada, justa e razoável.²⁴⁵

²⁴³ BARREIROS, Felipe. **Responsabilidade civil dos administradores**: os deveres gerais e a corporate governance. Coimbra: Wolters Kluwe; Coimbra Editora, 2010. p.41.

²⁴⁴ BARREIROS, *loc. cit.*

²⁴⁵ BARREIROS, *loc. cit.*

A influência europeia também prevê estes deveres, como, por exemplo, a Espanha que prediz o dever de fidelidade, lealdade e sigilo.²⁴⁶ Já na Alemanha cria-se um dever geral de diligência que remete para a prudência de um gestor ordenado e consciencioso e para um dever de segredo.²⁴⁷ A Itália cria um dever geral de administrar com diligência e por fim Portugal, por meio do seu Código das Sociedades Comerciais (CSC), em seu art. 64, consagra o dever de cuidado e lealdade.

Dessa forma, por todo o exposto e consolidado tanto pela doutrina nacional como pela internacional, o diligente é aquele que observa exigências daquela massa empresarial, que busca o lucro por meio de uma atividade pré-estabelecida, fazendo aquilo que foi recomendado pelos demais órgãos de gestão e a maioria em assembleia, e não o que se desaconselha. Em casos em que o administrador não exerça suas funções em conformidade, suas ações podem ser anuladas ou em casos de danos ao patrimônio da empresa pode ser responsável pelas perdas.

1.1.2 Dever de lealdade

O dever de lealdade é constituído por atitudes e condutas, podendo estar previstas em lei ou não, baseadas na confiança e lealdade com a companhia. Dessa forma, impõe que o administrador atue no interesse exclusivo da empresa e não em benefício próprio, utilizando-se da sociedade como alavanca para seus próprios interesses.²⁴⁸

A lealdade é de certa forma subjetiva, uma vez que apenas existe um rol objetivo previsto no art. 155 da LSA, definindo um rol exemplificativo das atividades que caracterizam a deslealdade com a sociedade. Dessa forma, consoante o cargo que o administrador exerce, sendo responsável pela gerência do patrimônio da empresa e tomada de decisões que podem ser consideradas normais pelo acionista comum, para o administrador podem mostrar-se uma forma de melhorar a atuação no mercado ou majorar o capital da empresa. Vê-se necessário a amplitude do dever de lealdade, visto que o administrador possui grande vantagem e facilidade em conseguir

²⁴⁶ESPAÑA. Congreso de los Diputados. Real Decreto Legislativo 1564, de 22 de diciembre de 1989. Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010). Disponível em: [http://www.uaipit.com/es/legislacion/1702/Real-Decreto-Legislativo-1564/1989--por-el-que-se-Aprueba-el-Texto-Refundido-de-la-Ley-de-Sociedades-Anonimas->](http://www.uaipit.com/es/legislacion/1702/Real-Decreto-Legislativo-1564/1989--por-el-que-se-Aprueba-el-Texto-Refundido-de-la-Ley-de-Sociedades-Anonimas-). Acesso em: 04 out. 2015. Art. 127 e seguintes.

²⁴⁷AKTIENGESETZ (Deutschland). Disponível em: [https://de.wikipedia.org/wiki/Aktiengesetz_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Aktiengesetz_(Deutschland)). Acesso em: 05 set. 2015. Art. 93, parágrafos 2 e 3.

²⁴⁸COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.242.

e analisar informações, as quais só passam a ser de conhecimento dos acionistas se o diretor for leal e as divulgar.²⁴⁹

Normalmente, este dever está muito atrelado com os demais, porque, na verdade, para haver o seu descumprimento outro dever deverá ser quebrado, seja este o de informar ou o de diligência. Isto é, o administrador que não leal é aquele que age em benefício próprio sem conciliar os interesses da sociedade, dos sócios ou dos trabalhadores.²⁵⁰ Observa-se que hoje que a sociedade tem interesse diverso dos de seus acionistas, isto porque normalmente o interesse dos sócios seria o lucro sobre a sociedade, por isso os dividendos, enquanto esta última visa seu êxito comercial. Por fim, vale ressaltar que o interesse dos trabalhadores diverge tanto da sociedade quanto dos acionistas, ao buscarem a remuneração dos serviços prestados a sociedade, muitas vezes cobrando judicialmente para ter este recebimento assegurado.²⁵¹ A lealdade do administrador, diretoria, órgãos de administração, fiscalização, acionistas, controladores ou grupos de acionistas é devida para a sociedade, formada pela conjunção das vontades dos acionistas, podendo ser expressa em assembleia-geral, por exemplo.²⁵²

Este dever pode ser observado em vários sistemas de direito do mundo, desde o próprio brasileiro, na LSA no artigo 155, até na China em sua Lei das Sociedades em seus artigos 148 e 149, ou também na LSA espanhola em seu artigo 127, especialmente.²⁵³

Apesar de notar-se a presença deste dever em vários sistemas jurídicos, pode-se analisar em especial um sistema jurídico que concretiza tal dever com jurisprudência e procede em primeira linha, sendo menos genérico ao afunilar certas diretrizes. Este sistema é o norte-americano que traz (a) o conceito de "*fairness*", o qual diz respeito ao comportamento correto na hora de contratar com a sociedade, (b) a não concorrência da administração com a própria sociedade, (c) não se aproveitar da situação de vantagem que ocupa para obter benefício econômico em favor próprio ou de terceiro, (d) não aproveitar dos bens sociais em seu benefício, (e) não abusar do estatuto ou da posição do administrador.²⁵⁴

²⁴⁹BARREIROS, Felipe. **Responsabilidade civil dos administradores**: os deveres gerais e a corporate governance. Coimbra. Wolters Kluwe; Coimbra Editora, 2010. p.43.

²⁵⁰*Ibid.*, p.67.

²⁵¹*Ibid.*, p.65.

²⁵²BARREIROS, *loc. cit.*

²⁵³ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Responsabilidade civil dos administradores**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010. p.26.

²⁵⁴EISENBERG, Melvin A. *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*. **Giur. Comm.**, v.1, p.617, 1992.

É possível notar a quebra do dever de lealdade nos casos de uso de informação privilegiada pelo administrador para a obtenção de vantagem, tanto política como econômica. Este crime é conhecido como “*insider trading*” e enseja ações de responsabilidade civil, onde o administrador deve ressarcir as perdas e danos acarretados por sua conduta à sociedade e seus acionistas. Isto porque esta prática penaliza justamente o acionista comum que não tem meios de defesa.²⁵⁵

O administrador que faltar com lealdade está sujeito a diferentes tipos de sanção, desde uma sanção moral até ao pagamento de perdas e danos e o afastamento do cargo. A forma mais eficaz de acabar com a deslealdade nas sociedades anônimas e com os “*insiders*” seria pela ampla divulgação da informação²⁵⁶, como se trata no tópico seguinte.

No caso do direito norte-americano, a responsabilidade do administrador é limitada também pela “*business judgement rule*”, seria esta a regra de análise e julgamento de uma decisão do administrador de determinada companhia.²⁵⁷ Porém, no caso do dever de lealdade essa regra não se aplica e por isso em casos onde é notada a quebra deste dever, a matéria da decisão é fiscalizado de uma forma mais extenuante para não restar dúvidas sobre a conduta desleal.²⁵⁸

1.1.3 Dever de informação

O direito à informação é um direito inerente ao acionista, ao ser por ela que o mesmo toma as suas decisões, adquire, vende, transforma ou simplesmente permanece com a sua situação igual.

Recai sobre o administrador o dever de repassar essa informação de forma correta e clara, tanto para os acionistas, para a bolsa de valores e Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e em casos de fatos extremamente relevantes deverá publicar na imprensa oficial e/ou de grande circulação nacional. Dessa forma facilita o acesso à informação pelo acionista e outros interessados. Isto deve ocorrer dessa

²⁵⁵LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES, Jose Luiz. **A lei das S.A.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v.2. p.382.

²⁵⁶Obra citada acima.

²⁵⁷BARREIROS, Felipe. **Responsabilidade civil dos administradores**: os deveres gerais e a corporate governance. Coimbra. Wolters Kluwe; Coimbra Editora, 2010. p.93.

²⁵⁸ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Responsabilidade civil dos administradores**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010. p.42.

forma, uma vez que é com base neste direito e nestas informações que as decisões são tomadas, na assembleia como também por futuros acionistas.

O direito à informação então não seria um direito exclusivo dos sócios, mas sim um direito de todos que apresentarem interesse em requisitá-la, porque se trata de uma sociedade de capital aberto com a circulação nos mercados de valores mobiliários. Portanto, fica claro que a informação afeta este mercado e todos que nele exercem alguma função.

O impacto no mercado, dependendo da sociedade instalada no local, pode gerar danos econômicos irreversíveis para a região. Como exemplo,²⁵⁹ uma situação que ilustra a irreversibilidade de dano regional para a economia de um lugarejo e que afeta toda a população, inclusive a título de emprego. Considera-se, de forma hipotética, a construção de um porto em uma cidade do Sul deste país, o qual recebe a notícia das obras. Em face disso, ocorre a especulação imobiliária, alavancando o valor dos terrenos e fazendo com que investidores de grande porte sejam atraídos. Dessa forma, há impacto na economia exterior.

Como grandes investidores são atraídos os pequenos investidores também, construindo pequenos negócios e alavancando a economia local. Tudo isto com a expectativa que um porto traga oportunidades de negócios e o maior número de pessoas fazendo que os investimentos sejam justificados.

Porém, se todas essas decisões forem tomadas com base em informações falsas ou em parte verdadeiras, o investidor se retira do local, ingressa com uma demanda indenizatória contra a sociedade, causando prejuízo do acionista e ainda reflete na economia local, gerando desemprego e problemas no comércio.

Como o direito de informar requer a transparência, em outros requer o absoluto sigilo, evitando o tráfico de informação e a atuação no mercado financeiro com informações privilegiadas.

Para Anibal Sanchez, o direito à informação seria a ferramenta utilizada para o controle social, por meio dessa os acionistas poderiam acompanhar e fiscalizar a atividade da administração da sociedade.²⁶⁰

²⁵⁹Situação fictícia criada pelo autor da monografia especificamente para ilustrar o dever de informação.

²⁶⁰SANCHEZ, Anibal. La Accion y Los Derechos del Accionista (articulos 47 a 50 LSA); In: URIA, Rodrigo; MENEZES, Aurelio; OLIVEIRA, Manuel (Dir.). **Comentario al Regimen legal de las Sociedad Mercantiles**. Madrid: Civistas, 1994. T.4: Las Acciones. p.170-171.

Por estes motivos é preciso primeiramente analisar aprofundadamente o direito de informação, pois como se nota, preliminar ou superficialmente, é com base nele que a capacidade e o direito de fiscalização se baseiam.

Este direito tem como princípio a verificação da legalidade e legitimidade dos atos praticados pelos órgãos de administração e fiscalização, dessa forma prevenindo o abuso de poder e oferecendo a capacidade de trilhar o caminho da responsabilidade civil.²⁶¹

Tendo isto em vista, o direito à informação visa armar o acionista para possuir a capacidade de tomar as decisões de interesse social e pessoal da forma mais bem estruturada. Por isso pode-se dizer que o direito de informação não se limita apenas aos acionistas com ações ordinárias, mas qualquer tipo de acionista, até mesmo “*Flippers*”, ou especuladores, pois todos teriam o interesse de tomar decisões da forma mais ordenada e esclarecida possível, para o bem da sociedade e também para o bem do capital investido com a meta de rendimentos futuros.

Pode-se dizer então que este direito é responsável pela formação de uma vontade consciente, possibilitando não apenas o exercício da capacidade de investimento e tomadas de decisões em benefício próprio, mas também a constituição do voto com maior sabedoria dos interesses da sociedade.

Para que todo o exposto acima seja assegurado, a informação deve ser divulgada corretamente, obedecendo ao princípio da transparência, onde este conhecimento deve ser exposto ao mercado de forma correta, consciencioso, oportuna e atual.

Um exemplo da má divulgação é o caso da compra da Varig pela Gol, onde o diretor de relações com os investidores pode ser responsabilizado pela insuficiência das informações prestadas, sobre a aquisição da Varig ao mercado. Este episódio ocorreu de forma rápida, não dando oportunidade de o mercado cientificar-se, já que no dia 27 de março de 2007 o porta-voz da Gol emite um comunicado genérico, comunicando apenas sobre uma possível compra da outra companhia aérea Varig, mas sem nenhuma confirmação e também sem outra divulgação. Ao final do dia 28 do mesmo mês, um dia depois, a Varig é comprada pelo Gol. Forçando a CVM a

²⁶¹LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.131.

possivelmente responsabilizar o administrador por falta de divulgação de fato relevante ao mercado.²⁶²

O direito de informação pode ser exercido pelo próprio acionista de forma judicial ou extrajudicial, desde que obedecendo aos critérios previstos em lei para fazer a requisição de informações. Em certos casos é necessário que o acionista possua uma participação um pouco relevante na empresa, isto ocorre pela quantidade de capital social que possui. O artigo 126, § 3.º, define que para o acionista recorrer ao seu direito extrajudicialmente é necessário possuir 0,5% (meio por cento) do capital social, o que pode até parecer um valor baixo de participação, mas ao colocarmos em perspectiva como uma companhia como a Petrobrás fica praticamente impossível de ver esta quantidade de capital social concentrada na figura de apenas um acionista minoritário, o que por sua vez, resulta na criação dos blocos de acionistas detentores de ações ordinárias.²⁶³

Já em outros casos esta quantia de capital social necessária apenas aumenta, podendo chegar a 5% do capital social para ter seu direito de informação assegurado. Até mesmo em medidas cautelares ou inominadas, no caso de requisições judiciais, veja artigo 105 da LSA.

Dessa forma, o acionista fica mais delimitado a requisição de informações em assembleia, podendo requerer, conforme os artigos 133/134 da LSA, informações antes ou depois da assembleia sobre os assuntos em pauta na ordem do dia.²⁶⁴ Tais requerimentos podem ser feitos por escrito, antes, durante a assembleia, ou oralmente durante a assembleia apenas.

Fran Martins ensina que existem duas correntes, a majoritária que o próprio legislador defende, a qual aponta que o acesso à informação deve ser feito da forma mais ampla possível para que o acionista não fique à mercê do administrador desonesto que visa apenas o benefício próprio em detrimento do capital investido pelo acionista. Já a segunda corrente é menos aceita e alega que devido ao pouco conhecimento do acionista em relação ao mecanismo de funcionamento das sociedades,

²⁶²YUKI, Yokoi. Cerco de espertalhões. **Revista Capital Aberto**, v.4, n.44, abr.2007. Disponível em: <http://capitalaberto.com.br/edicoes/bimestral/edicao-44/cerco-aos-espertalhoes/#.VmftlNlrLGg>. Acesso em: 20 set. 2015.

²⁶³LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.133.

²⁶⁴LOBO, *loc. cit.*

a informação deve ser reduzida, especialmente sobre as questões financeiras e devem ser divulgadas em publicações contábeis.²⁶⁵

Trajano de Miranda Valverde assevera que divulgar toda e qualquer informação seria expor a sociedade a acionistas que visam interesses contrários a sociedade ou por aquele que objetiva vazar os segredos sociais, dessa forma é possível enxergar os limites do direito à informação que seria o direito da sociedade a reserva e discricção ou sigilo, que visa impedir a divulgação irresponsável das informações inerentes a atividade societária.²⁶⁶

Porém, Alfredo Lamy Filho analisa que a ampla divulgação seria o meio mais efetivo de combater o crime nas sociedades, como o “*insider trading*” que de acordo com autor seria o câncer da atividade societária, isto porque ocasiona dano ao acionista comum indefeso nesta relação.²⁶⁷

Já no que diz respeito a amplitude da divulgação da informação social, deve ser feita da maneira mais ampla possível, sendo clara, precisa, consistente, objetiva e imediata, além de tudo deve ser detalhada e de fácil compreensão.²⁶⁸

Sendo assim a informação deve ser ampla, desde do ato constitutivo da empresa e a abertura de seu capital até a remuneração dos administradores²⁶⁹, assim como descrito na instrução 480 da CVM de 2009, seria necessário o envio no prazo de sete dias dos acordos de acionista e acordos parassociais para a autarquia.

Mesmo a doutrina majoritária brasileira afirma que o direito de informação é amplo, mas ele não chega a ser absoluto, encontrando limitações. Para total entendimento deste direito deve-se ressaltar que certas informações sensíveis devem apenas ser disponibilizadas àqueles que detém maior capacidade acionária para que não se banalize este direito e não desencadeie um abuso em decorrência do excesso de requisições de informações.

Fora os casos em que a informação pode ser restringida àqueles que não representem o capital social mínimo pode existir um sigilo, quando houver uma colisão entre interesse do sócio e sociedade, devendo prevalecer o da sociedade, ou quando representar possíveis prejuízos a sociedade, neste caso excepcionalmente. No caso

²⁶⁵MARTINS, Fran. **Comentário à lei das sociedades anônimas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.2. T.1. p.393-394.

²⁶⁶VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v.1. p.344.

²⁶⁷LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES, Jose Luiz. **A lei das S.A.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v.2. p.382.

²⁶⁸LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.137.

²⁶⁹Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Art. 94 e seguintes.

dos procedimentos arbitrais, o sigilo não viola a ampla informação, pois a confidencialidade é fundamental em relação a terceiros estranhos.²⁷⁰

Ao analisar tudo isto pode-se ver uma trilha de vários países exigindo cada vez mais transparência e amplitude de informações, no Brasil não diferindo, o que se busca seria o “*disclosure*”²⁷¹, não havendo excesso, acima disto teria o ideal do “*fullest disclosure*”, conceito que visa combater a atividade criminosa dos “*insiders*”²⁷².

Por fim, pode-se falar do abuso do direito de informação, uma matéria não tão comum, mas mesmo assim presente. Seria este o uso do direito para ocasionar danos a companhia e dar maior morosidade as ações da mesma. O acionista que requisita informações deve agir na boa-fé e para esclarecer dúvidas sobre os negócios sócias, devendo manter reserva e discrição sobre a informações adquiridas, caso não o faça pode incorrer na violação de confidencialidade, ficando responsável pelas perdas e danos da companhia e dos demais acionistas.²⁷³

Portanto, pode-se dizer que o dever de informação é tanto um direito como um dever, isto porque representa um direito para os acionistas que representa uma exigência que corresponde a estrutura contemporânea das sociedades anônimas e um dever para os administradores. Dever de prestar este direito conforme o princípio da transparência consoante com a ética e legalidade inerentes.²⁷⁴

E, como pode ser notado, a sua quebra pode ensejar a responsabilização dos administradores, levando a advertências e multas em processos administrativos movidos pela CVM e também a possibilidade de demandas sociais e individuais em face do administrador que causa estes danos.

Pode-se ver no exemplo de Eike Batista, o qual foi responsabilizado pessoalmente pela CVM ao pagamento de trezentos mil reais em multa por revelar fato relevante.²⁷⁵ Enquanto figurava como administrador da OGX Petróleo S/A faltou em divulgar ao mercado informações relacionados a grandes contratos que estavam

²⁷⁰YAZBEK, Otavio. Rel. Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários. 09/02/2010. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/decisooes/2010/20100209_R2/20100209_D19.html. Acesso em: 16 set. 2015.

²⁷¹Contribuir para a eficiência operacional do mercado de capitais e proteger os investidores contra operações demasiadamente fraudulentas. Prof. Robert H. Mundheim. Universidade da Pensilvânia.

²⁷²*Insider Trading*, operar com informação privilegiada.

²⁷³LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.153.

²⁷⁴LOBO, *loc. cit.*

²⁷⁵Extrato da Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM n.º Rj2013/7916. Ementa: Não divulgação tempestiva de fato relevante. 18 de março de 2015. Inteiro teor anexo.

em curso de se concretizarem e quando solicitado pela CVM e pela BM&FBovespa, B3 atualmente, respondeu aos órgãos imprecisamente, alegando existirem várias frentes de negociação, mas nenhuma concretizada. Porém, a informação torna-se relevante mesmo não estando concretizada, desde que não seja meramente especulativa. Dessa forma, Eike Batista e os outros membros da diretoria foram condenados ao pagamento de multa e advertência por não divulgarem informações relevantes. Este é um exemplo de vários casos práticos onde o dever de informação é violado e com isso pode ser notado que gera sanções pecuniárias ao patrimônio destes membros da administração.

2 RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Os gerentes ou administradores respondem pelos danos causados a sociedade, sócios e/ou terceiros. Este instituto vem com o intuito de proteger estas três figuras das ações danosas que um administrador possa cometer enquanto exerce seu papel de gerência. No caso da doutrina estrangeira subdivide-se em responsabilidade para com a sociedade, responsabilidade para com os terceiros envolvidos com a sociedade e por fim responsabilidade para com os acionistas da sociedade.²⁷⁶

No caso da doutrina nacional, o primeiro instituto, responsabilidade para com a sociedade, inexistente, apenas por falta de disposição direta na doutrina, porém ao analisar-se o artigo 159 da LSA brasileira fica implícito que esta responsabilidade existe, ao tratar da ação social *ut universi* em face do administrador, a qual visa que este reintegre o valor do dano causado a sociedade.²⁷⁷

Em nosso direito a responsabilidade do administrador é auferida apenas no caso de ações danosas efetuadas por ele contra terceiros e sócios. Terceiros seriam todos os que possuem de alguma forma vínculo com a sociedade que não seja por meio da propriedade de ações dessa, podendo ser trabalhadores, credores e Estado.

Já os sócios seriam aqueles que possuem uma participação social chamadas de ações, no caso de S/A, e cotas no caso de sociedade limitada. Estas ações compõem o capital social da empresa, dessa forma ao causar dano a este capital social a lesão é dirigido ao acionista e também a sociedade, destacando, com

²⁷⁶ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Responsabilidade civil dos administradores**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010. p.1.

²⁷⁷LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.314.

autoridade, Ruy Carneiro Guimarães, “é extremamente difícil distinguir a ação social da pessoal, gerando então esta confusão, onde também não há acerto na doutrina, dessa forma faz que esta matéria seja uma das mais obscuras”. Dessa forma, como existe a possibilidade de inúmeros eventos danosos derivados da mesma conduta, dela poderá derivar, também, diferentes tipos de ações sociais, uma vez que a lesão ao patrimônio poderá ter danos diretos a diferentes classes, como acionistas, terceiros e a própria sociedade.²⁷⁸

No que diz respeito ao tipo de responsabilidade que está sujeito o administrador, há uma certa divergência no direito brasileiro, onde em primeiro ponto quando o administrador age com culpa ou dolo deverá estar sujeito a responsabilidade subjetiva do tipo clássico, sendo unânime, devendo ser comprovada o elemento subjetivo culpa ou dolo da conduta para então ser responsabilizado.

Em segundo plano, teria a conduta do administrador violado preceitos ou deveres fundamentais da gestão empresarial, causando então dano aos sócios, terceiros ou sociedade. Neste ponto há uma divergência da doutrina onde a maioria, composta por Fabio Ulhoa Coelho, Miranda Valverde, Bulhões Pedreira, Barros Leães, Sampaio Lacerda, Nelson Eizirik e José Edwaldo Tavares Borba, adotam a presunção de culpa, que seria ao agir contra os deveres norteadores ou preceitos fundamentais não haveria a necessidade de comprovação do elemento subjetivo, pois já age em desacordo as diretivas da administração.²⁷⁹

Entretanto, há quem considere objetiva, no caso Modesto Carvalhosa, que ao causar o dano já estaria ensejando a responsabilidade do administrador, dispensando o elemento subjetivo da conduta, ao destacar que na lei, dessa matéria, de 1940, já havia distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva da administração, a primeira fazia-se a análise da conduta em conjunto com o nexo de causalidade com o dano e na segunda aplica-se a responsabilidade objetiva ao notar a quebra do disposto em lei ou de princípios da administração.²⁸⁰ Esta ideia da responsabilidade objetiva é também aceita pelo direito português, porém recai sobre a sociedade que

²⁷⁸GUIMARÃES, Ruy Carneiro. **Sociedade por ações**: notas de doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro. Forense, 1960. v.1. p.121-122.

²⁷⁹COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2. p.249/250 e 261.

²⁸⁰CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à lei das sociedades anônimas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva. 2009. v.2-4. p.349.

teria o direito de regresso sobre o administrador²⁸¹, nos demais casos onde a responsabilidade recai sobre a pessoa do administrador seria com presunção de culpa no caso de danos causados contra a sociedade e nos casos de danos causados contra terceiros ou sócios a culpa deverá ser provada²⁸², restando nestes casos apenas a responsabilidade subjetiva.²⁸³

Também pode ser notada no artigo 1.º da Lei Anticorrupção, onde não se funda mais na causalidade tipo-dolo, mas na causalidade conduta-benefício procurado ou obtido pelo agente jurídico corrupto, porém neste caso também se aplica a responsabilidade objetiva a pessoa jurídica.²⁸⁴

Visto isto, pode-se assumir que a corrente mais aceita é a responsabilidade civil com presunção de culpa. Dessa forma, deve-se demonstrar a quebra da lei ou dos princípios, mas não a culpa nem o dolo ao fazê-lo.²⁸⁵

Para responsabilizar o administrador deve ter ocorrido dano, isto é, deve ser evidenciado os prejuízos ao patrimônio, perda de mercado ou alguma desvalorização visível, além de necessitar denexo de causalidade de sua omissão ou ação culposa, ou dolosa, a quebra de lei estatuto ou princípio fundamental da administração, neste caso com culpa presumida.²⁸⁶ Nestes episódios deve ser evidenciado o prejuízo decorrente da conduta e seus efeitos diretos a sociedade ou sócios.²⁸⁷

Já no caso da responsabilidade para com os terceiros não é necessário haver dano direto contra eles, mas sim, contra a capacidade da sociedade em arcar com suas dívidas, neste caso ficaria o administrador responsável em restituir esse capital perdido, isto poderia ser uma diminuição do capital social, onde não deve arcar com a dívida da sociedade com o credor se esta não decorreu de sua conduta, mas deve re-integralizar o capital diminuído em decorrência de sua conduta.

O administrador somente responde por ato de sua autoria, sendo assim se houver um dano decorrente de outra empresa que rouba um contrato não haveria o que se falar em responsabilidade civil do administrador, isto porque apesar de existir

²⁸¹PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código das Sociedades Comerciais, de 02 de setembro de 1986. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis. Acesso em: 26 set. 2015. Artigo 6.º.

²⁸²IDET. **Curso de Verão das Sociedades na União Europeia**. Coimbra, 06 jul. 2015 à 10 jul. 2015.

²⁸³IDET. **Curso de Verão das Sociedades na União Europeia**. Coimbra, 06 jul. 2015 à 10 jul. 2015.

²⁸⁴CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.37.

²⁸⁵LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p.316.

²⁸⁶*Ibid.*, p.318.

²⁸⁷Obra já citada acima.

o dano, inexistente o nexo de causalidade da conduta com o dano isentando o administrador da responsabilidade. Porém, se este percebe que a empresa rival está tomando atitude hostil contra a que administra e nada faz, não por falta de meios de defesa, mas pela simples displicência, deve ser responsabilizado por sua omissão, pois neste caso existe o nexo de causalidade entre a omissão e o dano.²⁸⁸

No caso da existência de outros órgãos de administração pode haver a responsabilidade solidária do administrador ou destes demais órgãos, se coniventes com as condutas ilícitas do diretor. No caso da existência de conselho de administração a responsabilidade sempre é solidária entre aqueles membros, ao praticarem as ações em conjunto, omitindo somente dessa responsabilidade aquele que evidencia sua contrariedade em relação à ação ou omissão que será praticada. Deve ser registrada oficialmente para surtir efeito.²⁸⁹

Aquele que não fiscaliza também é solidariamente responsável, no caso do conselho fiscal, ao se omitir de suas funções também fica culpado pelo dano, isto porque também quebra o seu dever de fiscalizar e é conivente com a quebra de deveres cometidos pelo fiscalizado. No conselho fiscal a responsabilidade pode ser exonerada também, isto é o caso do membro que manifesta o seu desacordo com a conduta praticada pelo fiscalizado, neste caso apenas este que manifestou-se que se exonera da responsabilidade enquanto os demais continuam sujeitos a ressarcir os danos e tornar-se parte em uma futura ação social.²⁹⁰

3 CONCLUSÃO

Diante de todo o quadro apresentado acima, nota-se que, o dever de lealdade, diligência e informação, previsto na lei das sociedades anônimas, desempenham um papel fundamental na proteção dos acionistas minoritários e dos terceiros interessados na aquisição de ações de uma empresa. Esses deveres garantem um ambiente de negócios mais transparente e justo, promovendo a confiança dos investidores e a integridade do mercado de capitais.

Em relação à proteção dos acionistas minoritários, o dever de informação é particularmente crucial. Visto que, garante a todos os investidores, sejam majoritários

²⁸⁸ LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.320.

²⁸⁹ Obra acima citada.

²⁹⁰ LOBO, *op. cit.*, p.168.

ou minoritários, tenham acesso às informações necessárias para tomar decisões informadas sobre seus investimentos. Isso é essencial para assegurar que os direitos dos acionistas minoritários sejam respeitados e que eles possam participar ativamente das deliberações da empresa. Sem informações adequadas, os acionistas minoritários podem ser prejudicados e tolidos de seus direitos sociais.

Além disso, a importância das arquiteturas societárias entre grupos de acionistas não deve ser subestimada. Em muitos casos, a única maneira de garantir um capital votante significativo e efetivo para impor a aplicação dos direitos sociais relevantes é por meio da formação de blocos votantes. Mesmo que os detentores de ações ordinárias tenham direitos de voto, em certos casos, apenas um bloco votante unido pode ter influência suficiente para garantir a proteção dos interesses dos acionistas minoritários e a implementação de medidas de proteção.

Portanto, a observância rigorosa dos deveres de lealdade, diligência e informação, com foco especial no dever de informação, é essencial para garantir a proteção dos acionistas minoritários e a preservação dos interesses pecuniários de todos os envolvidos. Além disso, a formação de blocos votantes por meio de acordos de sócios é uma estratégia importante para fortalecer a posição dos investidores minoritários em casos em que a proteção de seus direitos exige uma voz coletiva mais forte. No geral, esses princípios e estratégias desempenham um papel fundamental na promoção da confiança e da equidade nos mercados de capitais.

É fundamental destacar que todos os princípios e deveres, incluindo o dever de lealdade, diligência e informação, não apenas se aplicam na obtenção das informações e na observância dos deveres sociais, mas também desempenham um papel crucial na tomada de decisões que delas decorrem.

A composição de um bloco votante para obtenção de informações é apenas o primeiro passo. O objetivo central é utilizar essas informações para tomar decisões informadas e agir em prol dos interesses da empresa e de todos os acionistas, majoritários e minoritários. Isso é essencial para evitar que acionistas majoritários ou controladores nomeiem administradores incompetentes que possam agir em benefício do grupo controlador em detrimento da sociedade na totalidade.

Portanto, a boa utilização dos mecanismos societários, como a formação de blocos votantes e a busca pelo cumprimento dos deveres sociais, não apenas assegura a transparência e a integridade nas operações da empresa, mas também abre caminho para a responsabilização dos administradores quando necessário. Isso

pode ocorrer por meio de ações judiciais individuais, coletivas ou ações sociais, bem como pela responsabilização de blocos de controle que abusem de seu poder ou atuem como administradores de fato, em detrimento dos interesses da empresa e dos acionistas. Assim, a aplicação efetiva desses princípios e deveres contribui para a proteção de todos os envolvidos e para a manutenção da confiança no mercado de capitais.

REFERENCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Responsabilidade civil dos administradores**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010.

AKTIENGESETZ (Deutschland). Disponível em:
[https://de.wikipedia.org/wiki/Aktiengesetz_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Aktiengesetz_(Deutschland)). Acesso em: 05 set. 2015.

BARREIROS, Felipe. **Responsabilidade civil dos administradores**: os deveres gerais e a corporate governance. Coimbra. Wolters Kluwe; Coimbra Editora, 2010.

BRASIL. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 02 out. 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentário à lei das sociedades anônimas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva. 2009. v.2-4.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EISENBERG, Melvin A. Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano. **Giur. Comm.**, v.1, p.617, 1992.

ESPANHA. Congreso de los Diputados. **Real Decreto Legislativo 1564, de 22 de diciembre de 1989**. Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Vigente hasta el 01 de Septiembre de 2010). Disponível em:

<http://www.uaipit.com/es/legislacion/1702/Real-Decreto-Legislativo-1564/1989--por-el-que-se-Aprueba-el-Texto-Refundido-de-la-Ley-de-Sociedades-Anonimas->. Acesso em: 04 out. 2015.

FRENCH, Derek; MAYSON, Stephen; RYAN, Christopher. **Company Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GUIMARÃES, Ruy Carneiro. **Sociedade por ações**: notas de doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro. Forense, 1960. v.1.

IDET. **Curso de Verão das Sociedades na União Europeia**. Coimbra, 06 jul. 2015 à 10 jul. 2015.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES, Jose Luiz. **A lei das S.A.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v.2.

LOBO, Jorge. **Direito dos acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARTINS, Fran. **Comentário à lei das sociedades anônimas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.2. T.1.

NEVES, Vanessa Ramalhete Santos. **Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Código das Sociedades Comerciais, de 02 de setembro de 1986**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis. Acesso em: 26 set. 2015.

SANCHEZ, Anibal. La Accion y Los Derechos del Accionista (articulos 47 a 50 LSA); In: URIA, Rodrigo; MENEZES, Aurelio; OLIVEIRA, Manuel (Dir.). **Comentario al Regimen legal de las Sociedade Mercantiles**. Madrid: Civistas, 1994. T.4: Las Acciones.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v.1.

YAZBEK, Otavio. Rel. **Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários**. 09/02/2010. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/decisoes/2010/20100209_R2/20100209_D19.html. Acesso em: 16 set. 2015.

YUKI, Yokoi. Cerco de espertalhões. **Revista Capital Aberto**, v.4, n.44, abr.2007. Disponível em: <http://capitalaberto.com.br/edicoes/bimestral/edicao-44/cerco-aos-espertalhoes/#.VmftlNlrLGg>. Acesso em: 20 set. 2015.

FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA FISCAL SOB A ÓTICA DE KLAUS TIPKE

FUNDAMENTALS OF TAX JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF KLAUS TIPKE

MORAIS, Manuela Saker²⁹¹
SANTOS, Lívio Augusto de Carvalho²⁹²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a justiça fiscal sob a ótica de Klaus Tipke. Surgindo a problemática: Qual o posicionamento de Klaus Tipke sobre a justiça fiscal e sua concretização? A pesquisa desenvolvida foi qualitativa do tipo documental bibliográfica e o método de abordagem foi o dedutivo. A conclusão obtida foi que para a construção da justiça é necessário escolher o critério adequado em conformidade com ramo do Direito, sendo o princípio da capacidade contributiva o critério adequado no campo do direito tributário, inclusive sua concretização é condição imprescindível para a realização da justiça fiscal. Ademais, Klaus Tipke refuta a ideia de que a justiça fiscal perturba necessariamente a eficiência econômica, assim como o posicionamento de que a tributação isonômica segundo a capacidade contributiva, pode ser negligenciada para otimizar os efeitos econômicos dos impostos.

Palavras-chaves: Capacidade Contributiva; Justiça Fiscal; Klaus Tipke.

ABSTRACT: This article aims to analyze tax justice from the perspective of Klaus Tipke. The problem arises: What is Klaus Tipke's position on tax justice and its implementation? The research developed was qualitative of the bibliographic documentary type and the method of approach was the deductive one. The conclusion reached was that for the construction of justice it is necessary to choose the appropriate criterion in accordance with the branch of law, and the principle of contributory capacity is the appropriate criterion in the field of tax law, including its implementation is an essential condition for the realization of tax justice. Moreover, Klaus Tipke refutes the idea that tax justice necessarily disturbs economic efficiency, as well as the position that isonomic taxation according to contributory capacity can be neglected to optimize the economic effects of taxes.

Keywords: Contributory Capacity; Tax Justice; Klaus Tipke.

1 INTRODUÇÃO

O tributo é a principal fonte de receita do Estado sendo fundamental para a manutenção de sua estrutura e a realização de suas atividades, incluindo-se os

²⁹¹ Mestranda em Direito pela Unimar. Especialista em Direito Empresarial e Direito de Trânsito pela Faculdade Legale. Graduada em Administração e Direito pela CESVALE.

²⁹² Doutorando em Direito pela UNIMAR. Mestre em Direito pela UNISC. Professor da Graduação. Professor convidado da Pós-Graduação Latu Sensu. Advogado.

deveres constitucionais. Além da finalidade arrecadatória o tributo também possui finalidade indutora, dentre elas a de promover a igualdade, redistribuindo as riquezas e reduzindo as desigualdades sociais. Para tanto, faz-se necessário que o encargo tributário seja distribuído de forma adequada entre os indivíduos da sociedade, buscando-se um equilíbrio entre a tributação arrecadada pelo Estado e a capacidade contributiva de cada indivíduo.

Frise-se, que esta distribuição adequada do encargo tributário entre os indivíduos da sociedade, buscando-se um equilíbrio entre os tributos arrecadados pelo Estado e a capacidade contributiva, é denominada de justiça fiscal, sendo esta instrumento de justiça social.

Ocorre, que existem várias definições para justiça e diferentes compreensões sobre a justiça fiscal.

Vale ressaltar, que existe uma grande quantidade de estudos acerca da justiça fiscal, sendo abordado por várias perspectivas diferentes. Merece destaque neste tema os apontamentos de Klaus Tipke, já que o referido autor é referência na temática, justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva, e inclusive é citado por vários autores utilizados neste trabalho.

Neste contexto, surge a problemática: Qual o posicionamento de Klaus Tipke sobre a justiça fiscal e sua concretização?

Desta maneira, o objetivo do presente artigo é analisar a justiça fiscal sob a ótica deste doutrinador.

Para a elaboração do presente artigo, a pesquisa desenvolvida será qualitativa do tipo documental bibliográfica, o método de abordagem que será utilizado é o dedutivo e como método de procedimento será adotado o método monográfico.

Para cumprir com o escopo do presente artigo, o mesmo será dividido em dois tópicos. No primeiro tópico será densificado a justiça fiscal e no segundo tópico será analisado o posicionamento de Klaus Tipke sobre a justiça fiscal.

2 DENSIFICAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL

A priori, faz-se necessário delimitar o conceito de justiça. O termo justiça tem vários significados, a depender do contexto em que o termo é empregado. Assim, justiça pode ser ao mesmo tempo um órgão do Estado, uma maneira de avaliar o que é direito, princípio moral, um sentimento e sinônimo de igualdade.

No que tange ao conceito de justiça, Menescal (2007, p. 35) salienta que “a justiça consiste na vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe é devido”, este também é considerado um conceito clássico. Para melhor compreensão deste conceito a autora faz uma análise e conclui que é imprescindível delimitar a expressão “dar a cada um aquilo que é seu” para compreender e aplicar a justiça ao caso concreto.

Diante da necessidade de delimitar a expressão “dar cada um aquilo que é seu” a autora aponta como grande problema para realizar essa tarefa seria definir critérios para o que seria o seu de cada um. Nessa perspectiva, em face das dificuldades de definir os critérios para o que seria o seu de cada um, a autora elaborou um conceito para dar conta de todas as questões:

A justiça deve ser compreendida, fundamentalmente, no sentido de justiça social, a qual deve ser cada vez mais absorvida, institucionalizada e defendida pelo Direito. Assim, a justiça corresponde à compreensão das necessidades de cada indivíduo diante da hierarquia das necessidades essenciais da vida em sociedade, procurando-se um equilíbrio que contemple ambas da forma mais eficiente. Assim, a justiça é a identificação com o atendimento às necessidades da maioria, o que não significa o desprezo à racionalidade jurídica formal ou o abandono ao princípio da legalidade, mas sim com a garantia da efetivação do princípio da igualdade. (MENESCAL, 2007, p. 36)

Portanto, a justiça surgiria do convívio social, pois só com as relações entre os indivíduos poderia se pensar em igualdade, em necessidades coletivas.

Fernando Aurélio afirma que “a justiça tem múltiplas definições, com significados imprecisos” (ZILVETI, 2004, p. 51) e com o fito de compreender melhor o que seria justiça utiliza-se tanto de ensinamentos de filósofos, como Aristóteles, Cícero, São Tomás de Aquino e Kant, quanto de ensinamentos de juristas, como Kelsen e Bobbio. Após a análise da contribuição dos filósofos e dos juristas conclui que além de um parâmetro para estabelecer critérios para definir uma ordem de conduta pessoal e coletiva, inclusive permitindo o convívio social, a justiça está associada à liberdade que inevitavelmente está ligada à igualdade (ZILVETI, 2004), e depreendendo que “convém, então apurar o princípio da igualdade para melhor compreender a justiça” (ZILVETI, 2004, p. 66).

Ressalte-se, que os ensinamentos Aristotélicos foram de suma importância para esta conclusão, inclusive sendo imprescindível destacar que Zilveti apontou as

tentativas de, a partir da teoria Aristotélica, estabelecer classes lógicas de justiças, sendo elas a justiça distributiva e a justiça reparadora (ZILVETI, 2004).

Dutra (2010) inicia a conceituação de justiça vinculando a valores culturais religiosos e morais de uma determinada sociedade, evidenciando que muito embora existirem diversos conceitos a depender da época e da sociedade que hodiernamente num mundo globalizado é possível se pensar em um conceito mais uniforme em grande parcela dele.

Como visto acima, a justiça seria então um valor a ser perseguido por todas as sociedades, entretanto, segundo a visão de Dutra (2010), esse conceito atrelado a valores teria evoluído e deixaria de ser abstrato, passando a ser positivado em alguns ordenamentos jurídicos como princípio jurídico:

Destarte, a justiça nasce como um valor, mas com o passar do tempo acaba ganhando maior concretude e se transforma em um sobreprincípio que norteia todo o ordenamento jurídico de um dado Estado, e é a origem de diversos princípios jurídicos. (DUTRA, 2010, p.18)

Complementa a autora que desse princípio norteador do sistema jurídico derivam outros princípios como o da igualdade, da capacidade contributiva, da progressividade.

Cumprir destacar, que ao tratar da definição de justiça não se pode olvidar da relação desta com o direito, servindo o direito como parâmetro para a realização da justiça, como leciona Pezzi (2011, p. 61):

O direito constitui o meio de ordenação racional de uma comunidade organizada. Para cumprir essa função ordenadora, ele estabelece regras e cria instituições. Assim, o direito é, simultaneamente medida material e forma de vida coletiva. Como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da justiça.

Na mesma linha de pensamento, Porto (2016) afirma que todos os ramos do direito almejam promover o valor da justiça, não sendo diferente o direito tributário, que também buscaria promover o valor da justiça. Aliás, quando o direito tributário regula a atividade tributária de forma a o valor da justiça ele estaria promovendo a justiça fiscal.

Após apresentar a relação entre justiça e direito, Pezzi (2011) explica que a justiça não é uniforme para todo o direito existindo critérios diferentes a depender do ramo do direito, ou seja, em cada ramo do direito foram eleitos critérios distintos para

a realização da justiça. No caso particular do direito tributário estes critérios estão vinculados aos princípios, principalmente ao da igualdade e da capacidade contributiva.

A partir disto, podemos concluir que a justiça fiscal é uma espécie autônoma de justiça, dotada de critérios próprios.

Neste sentido, Menescal leciona que muito embora seja autônoma a justiça fiscal é a realização da justiça social na seara tributária, senão vejamos:

A consagração da Justiça Fiscal como uma espécie autônoma, tomando-a em sentido estrito, se justifica pela ênfase que se pretende dar aos aspectos ligados ao relacionamento entre indivíduo e Estado arrecadador, e vice-versa. Contudo, há que se considerar que, ainda que se reconheça que certas normas ou certos princípios de justiça fiscal dizem respeito especialmente às relações bilaterais entre o indivíduo e o Estado, toda forma de justiça é, precipuamente, justiça social, na medida em que se aplica à vida em sociedade. (MENESCAL, 2007, p. 38)

Na oportunidade, Pezzi (2011) delinea os contornos de justiça social a partir da superação das injustiças na repartição da renda, de forma a disseminar o bem-estar entre a sociedade.

Assim, a justiça tributária está intimamente ligada com a justiça social, considerando que com a concretização da justiça fiscal permitiria a concretização da justiça social, pois com a justiça fiscal o ônus tributário é distribuído adequadamente entre os indivíduos da sociedade, acarretando na redistribuição da renda e consequentemente a redução das desigualdades sociais.

Neste sentido, a justiça fiscal e a justiça social pertenceriam à classe lógica de justiça distributiva, que nas palavras de Plauto Faraco “diz respeito à justiça ou injustiça das próprias leis que consagram certas formas de distribuição das rendas, das honras, das posições e de outros bens entre os membros de uma comunidade” (AZEVEDO, 1998, p. 7).

Convergindo com tal pensamento, argumenta Mello (2013, p. 41), citando José Luis Saldanha Sanches, que justiça fiscal é sinônima de justiça tributária e de justiça distributiva:

O conceito de justiça fiscal pode ter diversos significados: o primeiro é o da justiça fiscal no sentido de justiça tributária, que se limita a proceder a uma avaliação quantitativa do modo como são distribuídos os encargos tributários entre os cidadãos e as empresas, ou melhor, entre várias categorias de contribuintes. Perante uma dada carga fiscal, trata-se de saber como é que

ela é partida entre os contribuintes com maiores e menores rendimentos. (MELLO, 2013, p. 41)

Torres (s.d.) afirma que a distribuição de rendas e a garantia do mínimo existencial são meios de realização da justiça social. Logo, diante da relação existente entre a justiça social e a justiça fiscal, podemos concluir que a garantia do mínimo existencial também deve ser considerada na concretização da justiça fiscal.

Corroborando com o a ideia de haver uma relação entre a garantia do mínimo existencial e a concretização da justiça fiscal, Peres utilizando dos ensinamentos de Torres leciona:

Para tratar da questão da justiça fiscal, além do exame dos elementos apontados, é importante observar a questão do mínimo existencial, incluída na problemática da liberdade. Para uma existência humana digna, o cidadão tem direito a satisfazer suas necessidades mínimas. Esse direito está ligado às condições iniciais de liberdade tema dos direitos fundamentais ou direitos humanos, e está em íntimo contato com a justiça fiscal. (PERES, 2013, p. 66)

Defende Conti (1997) que a justiça fiscal tem como principal fundamento a equidade, afirmando que “a justiça fiscal passa a ser aquela fundada na equidade; atingir-se-ia a justiça fiscal por meio da distribuição equitativa do ônus tributário entre os contribuintes” (CONTI, 1997, p.12).

Acrescenta, ainda o autor, que para alcançar um sistema tributário ideal pautado na justiça fiscal é imperioso a aplicação dos princípios do benefício e da capacidade contributiva. Segundo o primeiro “a tributação realizar-se-á de modo que cada contribuinte participe na arrecadação dos tributos na medida dos benefícios que tenha obtido em função dos gastos realizados com os recursos do Estado” (CONTI, 1997, p. 14), já o princípio da capacidade contributiva determina que “os contribuintes devem colaborar para o financiamento dos gastos do Estado na proporção de sua capacidade de contribuição para estes gastos” (CONTI, 1997, p. 14).

Portanto, tanto a justiça fiscal quanto a justiça social buscam uma igualdade formal entre indivíduos de uma sociedade e para tanto se faz necessário a redistribuição de renda. A partir desta ótica, a justiça fiscal e a justiça social teriam como fundamentos a equidade e a redistribuição de renda.

De outro lado, Torres (s.d., p. 31-32) evidencia que numa sociedade complexa a distribuição de renda espontânea é impossível, enfrentando dificuldades o modelo de justiça social e surgindo um novo modelo de justiça a ser perseguido, a justiça

política que é um modelo pelo qual o Estado tem um papel preponderante, atuando direta ou indiretamente, para a promoção do desenvolvimento, para tanto o próprio Estado seria responsável por promover a redistribuição de rendas.

Voltando a obra de Pezzi, a autora afirma que a justiça fiscal pode ser entendida nos sentidos sintático, semântico e pragmático:

O primeiro, reside em sua afirmação como critério seletor de sentido na composição da estrutura semântica das normas jurídicas. Assim, quando na presença de duas ou mais proposições ou sentidos possíveis na composição da norma, a justiça fiscal atua como critério de seleção (justificação) da norma mais adequada ao caso e ao sistema (coerência). De acordo com o sentido semântico, a noção mínima de justiça é extraída das noções de igualdade (capacidade contributiva) e de liberdade (limitações ao poder de tributar). Já no sentido pragmático, a justiça fiscal traduz uma relação de adequação entre a norma e seu usuário, por meio da relação intersistêmica entre política, economia e direito. (PEZZI, 2011, p.65)

Além disso, a justiça fiscal seria tanto um princípio estruturante do direito tributário, de onde emanam os princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da progressividade, da seletividade e do não confisco, bem como, critério para a interpretação da norma no momento de sua aplicação do caso concreto.

Aliás, segundo Giotti (2014) a justiça fiscal deve ser verificada na elaboração das leis, na interpretação durante a aplicação da lei e após a aplicação da lei com a concretização do direito no caso concreto avaliando se a carga tributária é sustentável segundo os critérios da intensidade da carga tributária para os contribuintes e quanto as reais necessidades das receitas públicas.

A partir disto, podemos concluir que o sistema tributário deve nortear-se pela justiça fiscal de modo a balancear os deveres e direitos dos indivíduos, ou seja, de modo que o dever de recolher os tributos seja distribuído de forma equânime entre os indivíduos respeitado o direito à propriedade, a igualdade e a capacidade contributiva de cada um.

Convém destacar que a justiça fiscal além de servir como parâmetro para repensar a ordem tributária para que a tributação seja distribuída de forma adequada entre os indivíduos da sociedade, respeitando a capacidade contributiva individual, o que permitiria a redistribuição de rendas, é importante instrumento de cidadania, considerando que permite que cada indivíduo contribua, dentro de suas possibilidades, para suprir os gastos do Estado em suas atividades e conseqüentemente na distribuição do bem comum.

Em outras palavras, com a distribuição adequada do ônus tributário todos conseguiriam cumprir com o dever fundamental de recolher tributo, que é a principal fonte de receita do Estado e permite que o mesmo concretize os direitos dos indivíduos, possibilitando que o indivíduo tenha um papel crucial para a construção do bem comum, ou seja, por cumprir com um dever cívico e a partir daí usufruiria de direitos é considerado autêntico cidadão.

Por esse ângulo, considerando o dever de pagar tributo como requisito para o exercício da cidadania, a justiça fiscal é imprescindível. Diante dessa ilação resta então as seguintes dúvidas: é admissível criar requisitos para o exercício da cidadania? O dever de pagar tributos pode ser eleito como requisito para o exercício da cidadania?

Segundo Dallari, citado por Peres (2013, p. 67),

Retomando a noção de cidadania, recorda-se que sua aquisição depende das condições fixadas pelo próprio Estado, podendo ocorrer tanto pelo simples fato do nascimento em determinadas circunstâncias, como pelo atendimento a certos pressupostos que o estado estabelece.

Portanto, a condição de cidadão está atrelada a direitos e deveres, de modo que a cidadania pressupõe o cumprimento de deveres, podendo o Estado fixar requisitos para o exercício da cidadania.

Resta-nos analisar se o dever de pagar tributo pode ser considerado requisito para o exercício da cidadania. Para responder a tal questionamento Morsch leciona:

Com efeito, é através de critérios de justiça fiscal que se pode vislumbrar a forma mais correta de contribuição do indivíduo para a preservação de uma esfera pública de liberdade e igualdade. Desse modo, pode-se dizer que, atendida a justiça fiscal, a tributação ultrapassa o simples sentido de entrega de dinheiro ao Estado para financiamento de suas despesas. A tributação passa a inserir-se, então, no próprio núcleo essencial da cidadania, através do qual o próprio cidadão adquire esta condição, na medida em que contribui livre e isonomicamente para a manutenção de sua liberdade e igualdade. (MORSCH, 2006, p. 28)

Destarte, o tributo situa-se como dever do cidadão, sendo requisito para o exercício da cidadania. Por outro lado, ao pagar o tributo surge o direito do cidadão de exigir que o Estado cumpra com o seu papel. Assim, inegavelmente o dever de pagar o tributo é requisito para o exercício da cidadania.

Como se observou existem várias definições para justiça e diferentes compreensões sobre a justiça fiscal.

3 FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA FISCAL SOB A ÓTICA DE KLAUS TIPKE

Conforme visto anteriormente existe uma grande quantidade de estudos acerca da justiça fiscal, sendo abordado por várias perspectivas diferentes. Merece destaque neste tema os apontamentos de Klaus Tipke, por isso este tópico tem por objetivo analisar a justiça fiscal sob a ótica deste doutrinador.

Ressalte-se, primeiramente, que Tipke evidencia a distinção entre o aspecto formal e o aspecto material do Estado de Direito. No aspecto formal o Estado de Direito deve garantir a segurança jurídica, inclusive na seara tributária, que para se concretizar os tributos só podem ser arrecadados em conformidade com a legislação vigente. Entretanto, o Estado de Direito não pode se restringir à concepção formal, devendo se preocupar com a concepção material, não podendo promulgar leis materialmente justas.

Assim, os Estados de Direito são obrigados a criar um Direito justo, e conseqüentemente um Direito Tributário justo. Neste passo, como o Brasil é um Estado Social de Direito o Direito Tributário deve ser pautado na justiça.

Completa que a criação de um Direito justo pressupõe princípios, pois cria uma medida uniforme, proporcionando tratamento isonômico e imparcial. Ademais, os princípios são necessários “quando direitos e obrigações, cargas e reivindicações devem ser repartidos entre membros de uma comunidade” (TIPKE, 2002, p. 19).

Entretanto, apenas a existência de princípios não garante a construção de uma justiça material e para demonstrar leciona que “mesmo que todos sejam formalmente tratados de igual modo, não são tratados, porém, de maneira justa se o princípio ou o critério não é justo” (TIPKE, 2002, p. 20).

Portanto, para a construção da justiça é necessário escolher o critério adequado. Ocorre que não existe um critério uniforme para todo o Direito, havendo um critério mais adequado para cada ramo do Direito. Em outras palavras, ao criar o Direito, inclusive o Direito Tributário, deve ser decidido qual princípio ou qual critério é mais adequado para o particular ramo do Direito. Estaríamos diante de uma justiça adequada à matéria.

Tipke aponta as consequências negativas para a criação de leis sem orientação de princípios adequados à matéria:

- No lugar de um Direito justo, racional, compreensível, claro e razoável coloca-se um Direito injusto, arbitrário, particular, lacunoso, contraditório, incompreensível e complicado, que – se sequer possível - é de difícil ensino e estudo.
- Para o exame da observância do princípio da igualdade falta o critério de comparação.
- A política jurídica é intelectual e teoricamente impotente diante de poderosos grupos de interesse (lobbies) e de uma clientela de eleitores interessados em privilégios quando ela não puder fundamentar-se em critérios de justiça adequados ao Estado de Direito.
- A consciência jurídica perde referencial e passa a ser atormentada por conteúdos legais arbitrários.
- A um Direito Tributário injusto não se pode vincular um Direito Penal justo. (TIPKE, 2002, p. 22)

Expostas estas considerações, Tipke passa a definir como decidir qual o princípio adequado à matéria.

Na busca do princípio adequado à matéria deve ser também questionado, considerando a finalidade do ramo do Direito, qual dos diversos princípios possivelmente pertinentes melhor corresponde aos direitos fundamentais da Constituição, qual é amplamente aceito, quais consequências favoráveis e desfavoráveis tem um princípio, se este pode ser realizado de modo isonômico na prática. (TIPKE, 2002, p. 21-22)

No que diz respeito ao Direito Tributário, “a justa repartição da carga tributária total entre os cidadãos é imperativo ético para todo Estado de Direito” (TIPKE, 2002, p. 27-28), assim o princípio adequado à matéria é o princípio da capacidade contributiva.

O Direito Tributário encontra as desigualdades econômicas existentes numa economia de mercado. O princípio da igualdade exige que a carga tributária total seja igualmente distribuída entre os cidadãos. O componente social da justiça exige que ricos contribuam proporcionalmente mais que os mais pobres. (TIPKE, 2002, p. 17)

Vale destacar que o referido princípio está previsto no art. 145, §1º da Constituição Brasileira determina que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”.

Ao analisar o art. 145, §1º da Constituição Tipke afirma que muito embora a expressão “sempre que possível” transpareça uma ideia de discricionariedade este

seria obrigatório considerando que no Estado de Direito o legislador é obrigado a promulgar leis justas, inclusive leis fiscais justas.

Ainda sobre o princípio da capacidade contributiva, aponta a possibilidade deste princípio concorrer ou colidir com outros, citando como exemplo os princípios do imposto “per capita” e da equivalência. Devendo neste caso ser solucionada a colisão entre eles, sempre dando preferência ao princípio da capacidade contributiva aos princípios do imposto per capita e da equivalência.

Tal preferência está consubstanciada nas seguintes razões: o princípio da capacidade contributiva realista, pois devem pagar apenas aqueles que podem pagar; a inversão do princípio é inaceitável no Estado Social e o princípio da capacidade contributiva não fere direito fundamental nenhum.

Ademais, não é possível indicar outro princípio mais justo, inclusive os seus críticos não costumam indicar qualquer outro princípio mais justo.

Segundo Tipke “a realização do princípio da capacidade contributiva é um progresso perante urna tributação arbitrária, sem princípios, perante uma tributação segundo o oportunismo político, perante um pragmatismo ou fiscalismo ilimitado”. (TIPKE, 2002, p. 29-10)

Ainda sobre o princípio da capacidade contributiva, enfatiza que é importante instrumento de proteção à dignidade humana e ao mínimo existencial, pois não haverá capacidade contributiva enquanto não ultrapassar o mínimo existencial. Neste contexto leciona que “a capacidade contributiva começa além do mínimo existencial. No entanto, o princípio da capacidade contributiva não nos possibilita concluir onde a capacidade contributiva termina” (TIPKE, 2002, p. 46).

Por fim, o autor responde a crítica de alguns economistas sobre o enfatismo econômico, pelo qual a justiça fiscal, a tributação isonômica segundo a capacidade contributiva, podem ser negligenciadas em razão de otimizar os efeitos econômicos dos impostos.

Primeiramente refuta a ideia de que a justiça fiscal perturba necessariamente a eficiência econômica, posteriormente argumenta que se o enfatismo econômico conduzisse a um nível material de vida melhor do que aquele proporcionado por a um padrão de vida não alcançável por uma tributação justa seria aceitável afastar o princípio da capacidade contributiva. Conclui que a justiça fiscal deve prevalecer sobre a economia.

Dessa forma, em apertada síntese, Tipke sustenta que no Estado de Direito é imperativo a construção de um Direito justo a partir de princípios justos escolhidos em conformidade com a adequação à matéria, sendo o princípio da capacidade contributiva o critério adequado no ramo do Direito Tributário. Em outras palavras, o princípio da capacidade contributiva é condição imprescindível para a realização da justiça fiscal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito alhures, existem vários conceitos de justiça fiscal, por isso foi necessário delimitar o conceito de justiça fiscal como a distribuição da carga tributária de forma equitativa entre os diversos contribuintes, respeitada a capacidade contributiva de cada indivíduo, com o fito de promover a redução das desigualdades sociais buscando uma igualdade material.

Vale ressaltar, que a mencionada delimitação é fundamental, uma vez que é a partir dessa definição que serão analisados os artigos da Constituição Federal para identificar quais se amoldam à definição.

Portanto, para a construção da justiça é necessário escolher o critério adequado. Ocorre que não existe um critério uniforme para todo o Direito, havendo um critério mais adequado para cada ramo do Direito. Em outras palavras, ao criar o Direito, inclusive o Direito Tributário, deve ser decidido qual princípio ou qual critério é mais adequado para o particular ramo do Direito. Estaríamos diante de uma justiça adequada à matéria.

Portanto, para a construção da justiça é necessário escolher o critério adequado. Ocorre que não existe um critério uniforme para todo o Direito, havendo um critério mais adequado para cada ramo do Direito. Em outras palavras, ao criar o Direito, inclusive o Direito Tributário, deve ser decidido qual princípio ou qual critério é mais adequado para o particular ramo do Direito. Estaríamos diante de uma justiça adequada à matéria.

Dessa forma, em apertada síntese, Tipke sustenta que no Estado de Direito é imperativo a construção de um Direito justo a partir de princípios justos escolhidos em conformidade com a adequação à matéria, sendo o princípio da capacidade contributiva o critério adequado no ramo do Direito Tributário. Em outras palavras, o

princípio da capacidade contributiva é condição imprescindível para a realização da justiça fiscal.

Primeiramente refuta a ideia de que a justiça fiscal perturba necessariamente a eficiência econômica, posteriormente argumenta que se o enfatismo econômico conduzisse a um nível material de vida melhor do que aquele proporcionado por a um padrão de vida não alcançável por uma tributação justa seria aceitável afastar o princípio da capacidade contributiva. Conclui que a justiça fiscal deve prevalecer sobre a economia.

Por fim, o autor responde a crítica de alguns economistas sobre o enfatismo econômico, pelo qual a justiça fiscal, a tributação isonômica segundo a capacidade contributiva, podem ser negligenciadas em razão de otimizar os efeitos econômicos dos impostos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. **Normas tributárias indutoras no federalismo fiscal**. 223 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIOTTI, Daniel. Solidariedade, moralidade e eficiência como critérios de justiça tributária. In: FUX, L.; QUEIROZ, L. C. S. de; ABRAHAM, M. (Org.). **Tributação e justiça fiscal**. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 131-158.

LEÃO, Celina Gontijo. **ITR e IPTU: o contraste entre as finalidades sociais e a gestão praticada.** 144 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Pública e Sociedade) - Universidade Federal de Alfenas, Varginha, 2015.

MALHEIROS, Carolina Rocha. **A progressividade nos impostos** (os princípios da igualdade e da capacidade contributiva) (perfil constitucional). 206 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

MANEIRA, Eduardo. **O princípio da não surpresa do contribuinte.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

MELLO, Elizabete Rosa de. **Direito fundamental a uma tributação justa.** São Paulo: Atlas, 2013.

MENESCAL, Ana Mônica Figueiras. **A seletividade como instrumento concretizador da justiça fiscal no âmbito do ICMS.** 188 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

MORSCH, Natália de Azevedo. **Justiça fiscal e neutralidade fiscal: a questão do ICMS nas operações interestaduais.** 181 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. **Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limitação à tributação no estado democrático de direito.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PORTO, Éderson Garin. **A colaboração no direito tributário: por um novo perfil de relação obrigacional tributária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. **Justiça distributiva: social, política e fiscal,** in Revista de Direito Tributário nº 70. São Paulo: Malheiros, S.d., p. 27-39.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva.** São Paulo: Quartier Latin, 2004.

O LITÍGIO CLIMÁTICO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS HUMANOS: A TENDÊNCIA DO SUL GLOBAL NO REGIME PÓS-PARIS

BOGALHO, Thaline Giacon²⁹³
AMARAL, Sérgio Tibiriçá²⁹⁴
SANTOS, Lucas Octávio Noya dos²⁹⁵

RESUMO: Observando-se o aumento do número de casos de litígio climático no regime pós-Paris, fundamentados especialmente em direitos constitucionais e direitos humanos, posteriormente reconhecidos como “direitos climáticos” na literatura climática, buscou-se compreender, em primeiro lugar, o que são e como se dão esses litígios, para então entrelaçá-los à temática dos direitos constitucionais e humanos, reconhecendo-se seus impactos por meio de resoluções e disposições onusianas. A partir disso, interpretou-se a interação conjunta desses regimes autônomos por meio das jurisdições nacionais e internacionais. Pelo método indutivo de caráter jurídico propositivo, com análise de conteúdo firmado no critério de inclusão (BARDIN, 2016), concluiu-se que essa estratégia dos casos climáticos reflete uma realidade política e sociocultural de populações que se asseguram na estratégia de humanização dos litígios climáticos para alcançar resultados mais expressivos.

Palavras-chave: Litigância. Direitos climáticos. Direitos fundamentais. Direitos Humanos. Mudança Climática.

²⁹³ Discente do 4º ano de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista PIBIC/CNPQ. Monitora de grupos de estudos e competições da mesma instituição de ensino. Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo. <thalineg_b@hotmail.com >.

²⁹⁴ Graduação de bacharel em direito na Faculdade de Direito de Bauru - ITE (1981), mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo(1999) e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003). Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). Professor titular de Direito e da pós-graduação do Curso de Direito Civil e Processo Civil de Presidente Prudente da Toledo Prudente Centro Universitário; Professor do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino(ITE) -Bauru Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias; membro do conselho editorial da Revista Intertemas (Presidente Prudente) e da Revista Intertemas Eletrônica; professor orientador da Especialização em Direito Público da Universidade Estadual de Londrina; membro do Conselho Científico da Revista Argumenta, do programa de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro(Universidade Estadual do Norte do Paraná); membro não residente da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; membro-fundador da Asociación Mundial de Justicia Constitucional e membro vogal para o Brasil ; e atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, liberdade religiosa, Supremo Tribunal Federal, direitos humanos, direitos fundamentais de informação e direito civil: Coordenador do Grupo de Pesquisa e Iniciação Científica da Toledo "Estado e Sociedade"; Membro titular do Programa Nacional de Pós-Graduação (PNPG) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior(CAPES) vinculado ao Ministério da Educação do Brasil que atua na expansão e consolidação da pós graduação stricto sensu em todos os estados brasileiros. <reitor@toledoprudente.edu.br>.

²⁹⁵ Doutorando em Ciências Jurídicas na VIII Turma de Doutorado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Ciências Jurídicas na XIII Turma de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, onde é docente titular das disciplinas de Teoria Geral do Direito e Transformação Digital, e coordenador de Competições Nacionais e Internacionais. Coordenador do Grupo de estudos de Direito Internacional com foco no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Advogado. <coord.competicoes@toledoprudente.edu.br>.

1 INTRODUÇÃO

A partir dos anos 90 surgiu um novo normativo representado pelo regime internacional da mudança climática, assegurado por tratados internacionais multilaterais de âmbito global e preceituado pela Convenção-Marco das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, a fim de antecipar medidas (especialmente medidas estatais) que possibilitem o enfrentamento e a desaceleração das alterações climáticas para salvaguardar o Globo, as pessoas e os sistemas naturais que nele habitam.

No intento de vincular as Partes da Convenção-Marco em metas mais ambiciosas foram elaborados outros tratados internacionais e conjuntamente foi elaborada pesquisa científica que pudesse estudar suas causas, implicações e danos, para quantificar e qualificar as responsabilidades comuns, mas diferenciadas e compartilhadas dos atores internacionais envolvidos nessa relação.

Considerando que as medidas tomadas até a contemporaneidade não são recebidas com estima, pois são observados atrasos e omissões no adimplemento desses compromissos internacionais, iniciou-se uma onda de provocações judiciais por diferentes metodologias que buscam compelir a parte passiva ao cumprimento de seus objetivos de mitigação e adaptação.

Foi notado que muitos dos casos que ganharam repercussão internacional utilizavam-se de direitos fundamentais e direitos humanos como forma de mobilizar a via jurisdicional, por isso, a pesquisa teve como objeto a interpretação do que é a litigância climática, do porquê de se utilizar os direitos humanos e fundamentais como suporte das demandas, que acabou denominando-se como “direitos climáticos”.

Pelo método indutivo de caráter jurídico propositivo, com análise de conteúdo firmado no critério de inclusão (BARDIN, 2016), foi realizado o estudo de casos e da literatura sobre litigância climática, sobre as obrigações estatais internacionais de natureza climática e de direitos humanos, bem como das resoluções elaboradas principalmente pelo sistema global de proteção dos direitos humanos, que possibilitaram concluir que há uma tendência de casos no regime pós-Paris, amparados pelo direitos constitucionais e direitos humanos, principalmente com enfoques à geografia, pobreza, questões de gênero, idade, condição de ser indígena, minoria ou pessoa com deficiência, permitindo-se uma interação interessante entre os ramos do Direito que, além disso, reflete uma realidade política e sociocultural de

populações que se asseguram na estratégia de humanização dos litígios climáticos para alcançar resultados mais expressivos.

2 ENTENDENDO A LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

Desde o ano de 2014 o Painel Intergovernamental para Mudança Climática (IPCC na sigla em inglês e comumente utilizada) concluiu, por métodos científicos, que a influência humana no sistema climático é clara e as recentes emissões antropogênicas dos gases de efeito estufa são as mais altas da história. Conclui-se, especialmente, que a mudança climática gera impactos generalizados em sistemas humanos e naturais (IPCC, 2014, p. 2) em razão das elevadas concentrações atmosféricas de dióxido de carbono, metano e óxido nitroso, sendo esses gases de efeito estufa que aumentaram desde a era pré-industrial, impulsionadas em grande parte pelo crescimento econômico e populacional (IPCC, 2014).

Em decorrência dessa elevação sem precedentes dos gases, foram observados muitos eventos climáticos extremos desde 1950, incluindo diminuição nos extremos de temperatura fria, aumento nos extremos de temperatura quente, aumento em extremos níveis elevados do mar e aumento no número de eventos de precipitação intensa em várias regiões (IPCC, 2014, p. 7).

Foi apontado então que a emissão contínua de gases de efeito estufa causará mais aquecimento e mudanças em todos os componentes do sistema climático, aumentando a probabilidade de graves impactos generalizados e irreversíveis para pessoas e ecossistemas, exigindo-se reduções substanciais e sustentadas nas emissões de gases de efeito estufa que, em conjunto com a adaptação, pode limitar os riscos da mudança climática (IPCC, 2014, p. 8).

Não obstante, os estudos foram mantidos e em 2023 foi emitido mais um relatório do grupo de experts onusianos, desta vez para comunicar que as atividades humanas causaram inequivocamente o aquecimento global, com a temperatura da superfície global atingindo 1,1°C acima de 1850-1900 em 2011-2020, notando-se, ainda, que as emissões globais continuaram a aumentar, com desiguais contribuições históricas e contínuas decorrentes do uso insustentável de energia, uso da terra e mudança no uso da terra, estilos de vida e padrões de consumo e produção entre regiões, indivíduos, bem como entre e dentro dos países (IPCC, 2023, p. 10).

Segundo Batros e Khan (2022), a dissonância resultante entre a urgência que as pessoas sentem (e que os cientistas exortam) no tocante à ação climática e o declínio da confiança na tomada de decisões políticas e corporativas empurrarão, cada vez mais, a via judicial para a linha de frente da resposta climática.

É neste panorama que surge a litigância climática, podendo ser definida como reivindicações que envolvem uma ampla gama de partes (tanto no polo ativo quanto no passivo, podendo estar presentes desde indivíduos e corporações até organizações estatais e não estatais), e fundamentos, utilizando-se de variados princípios legais, seja por normas constitucionais, administrativas, ambientais, corporativas, de direitos humanos ou outros, objetivando-se desafiar atos, políticas e práticas, incluindo-se falhas do governo e corporações em mitigar, incapacidade de adaptar, omissão em gerenciar, relatar ou revelar riscos associados às mudanças climáticas e demandas antirregulamentares contra políticas destinadas a facilitar a transição para energia limpa, assim como ações em face daqueles que protestam contra a mudança climática (BATROS; KHAN, 2022, p. 139).

De maneira semelhante, é afirmado que esses litígios fornecem à sociedade civil, indivíduos e outros um caminho possível para lidar com respostas inadequadas de governos e do setor privado à crise climática, entendendo-se por casos climáticos aqueles em que os autores se utilizam de uma variedade de estratégias legais, em uma ampla gama de jurisdições nacionais e internacionais, muitas vezes buscando impor metas de mitigação e adaptação mais ambiciosas (BURGER; TIGRE, 2023, p. 7).

Pode ainda ser definido como uma série de círculos concêntricos. No núcleo estariam os casos em que a mudança climática é a questão central da litigância e enquanto o círculo se expande para fora, observam-se processos em que: (1) a mudança climática é levantada, mas como questão periférica; (2) os processos são motivados pelo menos em parte por preocupações com a mudança climática, mas são trazidos e decididos por outros motivos, ou, nos limites mais extremos do círculo, estariam os casos que não se envolvem explicitamente em argumentos climáticos, mas que claramente possuem implicações de mitigação ou adaptação (PEEL; OSOFSKY, 2015).

Também pode ser tido como definição que o litígio climático é qualquer litígio administrativo ou judicial federal, estadual, tribal ou local em que as decisões levantem

uma questão de fato ou de direito em relação à substância ou política das causas e impactos da mudança climática (SABIN CENTER, 2023).

Em decorrência dessa ambivalência local-global, a litigância climática desempenha um papel multinível e transversal que endereça a mudança climática por meio da lei, permitindo contestações fluídas entre esferas em que as partes procuram redimensionar mecanismos regulatórios ligados ao clima, assim como, entende-se que esse complexo sistema de indeterminação causal subjacente aos riscos da mudança climática transforma a litigância em processos judicialmente multipolares, cujos impactos são frequentemente tão importante aos autores quanto aos interesses de terceiros da sociedade (BECKHAUSER, 2023, p. 3).

É possível visualizar então que as ações se envolvem em uma complexidade de estratégias para articular o Poder Judiciário. Com as evidências científicas e o comprometimento internacional dos Estados de mitigar e adaptar, é de se esperar que os indivíduos e grupos de pessoas que se encontrem afetados pelos efeitos adversos da mudança climática procurem na justiça um meio de reparação, bem como que procurem compelir judicialmente medidas aptas para o enfretamento do vício global, de modo a cumprir com as obrigações contraídas e prevenir danos futuros.

Consequentemente, o uso da ciência da atribuição pode parecer um grande aliado para fomentar e fundamentar ações por todo o globo, aqueles que defendem sua utilização pretendem ligar eventos climáticos extremos ao aumento da concentração de gases de efeitos estufa na atmosfera, podendo demonstrar ao Judiciário o nexo de causalidade entre desastres, catástrofes ambientais e as emissões históricas de uma empresa ou atividade específica (AKAOUI; WEDY, 2022, p. 4). Tem em vista em essa perspectiva técnica para as demandas climáticas, premedita-se que a publicação de trabalhos pelo IPCC como os informados acima trará efeitos imediatos para os litígios em tramitação, bem como facilitará a aplicação dos princípios de prevenção e precaução pelos juízes e tornará tangível a formação do nexo de causalidade jurídico nas demandas, ao esclarecer as relações de causa (emissões) e efeitos (danos) nos eventos climáticos intensos (AKAOUI; WEDY, 2022, p. 8-9).

Coexiste mais de um nicho que pode ser enfrentado mediante a utilização da ciência da atribuição, por isso, quando a demanda debate falhas na mitigação porque o ator estatal não conseguiu controlar as emissões de GEE para níveis adequados ou não regulou outras atividades que igualmente “cooperam” no aumento de emissões,

a ciência da atribuição fornece a ligação entre as atividades humanas e as mudanças no sistema climático, assim como a atribuição de impactos e eventos extremos estabelece a ligação entre a lesão do autor da ação e o vício global e conecta a atividade do réu (ora o Estado) e as mudanças climáticas (BURGER; WENTZ; METZGER, 2022, p. 315-316) como também pode apresentar modelos prospectivos e projeções para fortalecer argumentos sobre a probabilidade ou previsibilidade de um dano futuro (BURGER; WENTZ; METZGER, 2022, p. 316).

Para os casos de adaptação, os peticionários não precisam lidar com a atribuição de fontes, porque o foco está na razoabilidade da resposta estatal, ou a falta dela, que se baseia, pelo menos em parte, na previsibilidade dos impactos climáticos (BURGER; WENTZ; METZGER, 2022, p. 320).

Entretanto, apesar de parecer óbvio que a utilização da ciência como mecanismo de fortalecimento das demandas climáticas é a mais correta e seria amplamente acolhida pelos tribunais, há ainda certa resistência e desafios que se medem pelo número de peticionários, contrapondo as demandas de direitos individuais e direitos coletivos, pois entende-se que existe uma vantagem potencial das demandas comunitárias, sendo mais fácil de provar que a mudança climática está causando danos na escala comunitária, em comparação com a escala individual, porque as evidências de atribuição tendem a ser mais robustas quando se olha para impactos em uma escala geográfica e temporal mais ampla e, ao lidar com os impactos, quanto maior o número de pessoas afetadas, mais fácil é de se estabelecer uma conexão causal com os eventos (BURGER; WENTZ; METZGER, 2022, p. 310).

Nesse sentido pode ser indagado conjuntamente se, e em quais circunstâncias, poderiam ser extraídos danos individuais de impactos regionais ou comunitários. Para Burger, Wentz e Metzger, indiscutivelmente, tais interferências seriam mais críveis quando o impacto sobre o indivíduo não pudesse ser totalmente explicado por outros fatores e não há outras ferramentas ou dados disponíveis que forneçam uma prova mais forte do nexos causal entre o impacto em escala regional/comunitária e os danos individuais (2022, p. 313).

Em síntese, ocorre que mesmo a ciência possui limitações quanto a sua aceitação, dependendo de outras circunstâncias do fato em voga para que seja incontestado, como é o caso das demandas individuais e coletivas, fazendo com o que o nexos de causalidade possa ser demonstrado desta maneira ou por outros métodos dedutivos em complementariedade de demais institutos jurídicos.

Neste ponto, é preciso esclarecer que não se está a arguir que os litígios baseados na ciência da atribuição e os que serão abordados a seguir são incongruentes ou divergentes, mas apenas que são duas metodologias articuladas nos casos climáticos e que podem ou não atuarem conjuntamente.

Assim, há quem entenda que os litígios baseados em direitos abordam uma justiça centralizada, focada na proteção de populações vulneráveis, enquanto os casos baseados na ciência concentram-se no objetivo de reduzir as emissões dos gases de efeito estufa para prevenir as perigosas interferências climáticas (PEEL; LIN, 2019, p. 722).

Essa é uma questão que se estende até para a formação jurídica das demandas, tendo em vista que os tratados internacionais que formam o regime internacional da mudança climática carregam em si uma maior ou menor contabilidade científica, ou seja, possibilitam maior (ou menor) robusteza nos dados científicos e relatórios climáticos de cumprimento por parte dos Estados, o que pode influenciar na adoção do mecanismo que estampará o nexo de causalidade.

Isso porque enquanto o Protocolo de Quioto possui um extenso processo de relatório e revisão, estabelecendo-se conformidade para a execução das obrigações internacionais que passam a ser objetivamente analisadas e, se não cumpridas, passíveis de sanção pela retirada de benefícios, o Acordo de Paris, ao revés, depende de requisitos e fluxos de informação para elucidar as Contribuições Nacionalmente Determinadas (CND ou NDCs na sigla em inglês) e sua implementação (PATT et al, 2022, p. 1462). Consequentemente, é dito que o Acordo de Paris não estabelece uma obrigação vinculativa para a implementação das NDCs, nem especifica qualquer procedimento para assegurar que os Estados sejam transparentes, dependendo da comunicação dos atores estatais para o seu sucesso (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2022).

Por isso, os litígios climáticos de direitos humanos podem ser compreendidos como estratégias para fornecer mecanismos processuais e substantivos, traduzindo-se as metas em compromissos legalmente vinculantes a nível doméstico no regime pós-Paris (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2022, p. 27).

Quando se analisa esses casos, é possível visualizar que:

O caso típico-ideal de DHMC prossegue em três etapas e abrange dois níveis (internacional e doméstico) do regime pós-Paris. Cada passo aborda uma questão legal chave:

1. Quais as normas que, a partir do direito internacional e do direito doméstico, se aplicam à avaliação judicial das políticas climáticas implementadas pelos governos? As novas normas e doutrinas jurídicas que abordam essa questão dizem respeito ao status legal das normas internacionais e nacionais sobre MCDH, indo desde as regras do Acordo de Paris e as recomendações do IPCC até os regimes de direitos humanos internacionais e do direito constitucional.
2. À luz desses padrões, os governos têm a obrigação legal de reduzir as emissões de gases de efeito estufa? Tribunais e litigantes abordam essa questão por meio das normas emergentes sobre a possibilidade da revisão judicial da política climática e a existência de um direito passível de judicialização a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana
3. As políticas governamentais (relativas a metas de emissões ou atividades específicas emissoras de gases do efeito estufa) são compatíveis com tais direitos e deveres? As normas emergentes sobre essa questão buscam estabelecer padrões, à luz das obrigações envolvendo mudanças climáticas e direitos humanos, da “parcela justa” da contribuição dos países para a mitigação climática global, a compatibilidade das ações e políticas estatais com essa parcela e os remédios judiciais, se houver, que os tribunais devem conceder para responsabilizar os Estados (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2022, p. 33).

É certo que os litígios estratégicos de direitos humanos fomentam uma base de informação que pode ser utilizada pelos litigantes climáticos e pela “próxima geração” dos casos climáticos, sendo possível visualizar similitudes como a utilização das demandas para equalizar desequilíbrios de poder e afirmar os interesses individuais e coletivos, mas não se resume a um modelo ditado que se atém a um valor limitado, sendo necessário variações de acordo com o contexto social, político, legal e a natureza do litígio em discussão, sendo assim uma série de lições ou princípios-chave que podem orientar o uso de litígios para objetivos estratégicos (BATROS; KHAN, 2022).

Nesse sentido, é possível extrair duas normas emergentes recorrentes dos litígios de direitos humanos e mudanças climáticas para interagir com as obrigações Estatais de proteção dos direitos humanos e de enfrentamento a mudança climática, sendo a primeira delas um direito passível de judicialização a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana, extraídos de normas de direitos humanos e direitos constitucionais relativos ao direito ao meio ambiente e, a segunda norma refere-se à competência legal dos tribunais para fazer cumprir os deveres estatais em relação à ação climática, em geral, e à redução de emissões de GEE (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2022, p. 36-37).

Desta feita, a ciência de forma geral não é omissa e representa um recorte muito importante para os litígios que versem sobre as mudanças climáticas, afinal, sabe-se que essa alteração está a ocorrer, bem como que foi causada pelas ações

antropogênicas e precisa de medidas ambiciosas para que essa geração e as gerações futuras possuam uma vivência de dignidade no planeta.

Os impactos dos efeitos adversos desse vício global já podem ser sentidos e, conforme, será exposto a seguir, repercute no gozo e proteção dos direitos humanos e fundamentais, especialmente de grupos vulneráveis, e esta relação proporciona outro método de responsabilização estatal que se sustenta nas obrigações internacionais climáticas combinada com as obrigações nacionais e internacionais de direitos humanos.

3 O PORQUÊ DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos estão expressamente positivados na ordem internacional, em uma série de tratados distribuídos pelo sistema global onusiano e pelos sistemas regionais.

Possuindo seus próprios meios de tutela e efetivação, comportam uma sistemática de direitos e prerrogativas que se impõem aos Estados para proteção dos jurisdicionados, cabendo, de acordo com suas próprias regras, demandas nacionais e internacionais de implementação.

Utiliza-se aqui o termo “jurisdicionados” porque podem ser considerados “sujeito de direitos” – para os direitos humanos – aqueles que se encontrem sob o poder de algum Estado que se submeta aos compromissos internacionais de direitos humanos.

Logo, não importa a nacionalidade da vítima, bastando ter sido ela violada em seus direitos de índole internacional por ato de um Estado sob cuja jurisdição se encontrava. A competência do sistema regional (e do tribunal respectivo) para verificar a responsabilidade internacional de um Estado, está a depender da jurisdição (não do *locus* geográfico) em que tenha sido cometida a violação de direitos humanos, independentemente da nacionalidade da vítima (importando apenas de qual sistema de proteção faz parte o Estado) (MAZZUOLI, 2022, p. 24).

Fala-se então que os direitos humanos são protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob

pena de responsabilidade internacional. Assim, os direitos humanos são direitos que garantem às pessoas sujeitas à jurisdição de um dado Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção (MAZZUOLI, 2022, p. 24).

Quando se observa a responsabilidade internacional dos Estados por violações de direitos humanos é notável a utilização da teoria objetivista, cujo entendimento infere que o ente estatal assume o risco tornando-se responsável ao não cumprir com uma obrigação que se comprometeu a adimplir.

Ou seja, não se preocupa em perquirir os fatos ou motivos que levaram o Estado a transgredir, afinal, os atores estatais têm o dever de diligenciar, controlar seus órgãos e agentes para que não incorra em uma violação. Para tanto, a responsabilidade internacional dos Estados possui dupla finalidade, sendo uma delas a finalidade preventiva, que procura coagi-los a não violarem as obrigações adquiridas voluntariamente, enquanto a finalidade repressiva garante a justa e devida reparação ao indivíduo que tenha sofrido prejuízo em razão de um ato ilícito estatal para com seu compromisso internacional (MAZZUOLI, 2022).

Ainda assim, por que direitos humanos quando se investiga a litigância climática?

Nesse sentido, é notável a disposição dos organismos internacionais atuantes na proteção dos direitos humanos para alarmar a implicação dos efeitos adversos da mudança do clima nos direitos humanos, sendo necessária uma postura estatal diligente que possa antever e proteger seus jurisdicionados.

Em decorrência disso o clamor pelas “corretas” atividades estatais encontra-se interseccionada por duas responsabilidades internacionais, sendo uma advinda dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a outra com fundamento no regime internacional da mudança climática.

Outrossim, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (OHCHR, na sigla em inglês) e o Conselho de Direitos Humanos (HRC na sigla em inglês) da mesma instituição estão a demonstrar as conexões entre as mudanças climáticas e os direitos humanos, bem como aconselham que a abordagem baseada em direitos seja guia para as políticas e ações em face do vício global (OHCHR, 2023).

Desde 2008 os impactos negativos da mudança do clima são uma preocupação para o Conselho de Direitos Humanos, instigando a publicação de

resoluções na temática que levaram a algumas conclusões importantes para a literatura, defesa e litigância pelos direitos humanos. Por exemplo, no ano seguinte foi reconhecido que embora as implicações da mudança climática afetem indivíduos e comunidades em todo o mundo, os efeitos dessas alterações serão sentidos de forma mais aguda pelos segmentos da população que já se encontram em situações vulneráveis, devido a fatores como geografia, pobreza, gênero, idade, ser indígena, minoria ou pessoa com deficiência (OHCHR, 2009).

Os estudos foram mantidos e posteriormente várias resoluções foram publicadas com diversos enfoques, seja para o direito à saúde, direitos da criança, migração, responsabilidade de gênero, direitos das pessoas com deficiência, direitos das pessoas mais velhas, direitos das pessoas que se encontrem em situação vulneráveis e, inclusive, a repercussão no direito à comida, por conseguinte, é manifesta a inquietação e a procura por qualificar quais as verdadeiras mazelas que o mundo da vida em frente no jogo climático. Em suma, o OHCHR indicou que os direitos humanos mais afetados pelos efeitos adversos da mudança climática, são o direito à vida, à autodeterminação, ao desenvolvimento, à saúde, à comida, à água e saneamento, à moradia adequada e aos direitos culturais (OHCHR, 2021).

Esse suporte internacional de pesquisa, delimitação dos impactos, levantamento de dados e abertura dos sistemas de proteção aos direitos do homem (aqui entendido como proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos, pela via doméstica e/ou internacional), possibilitou a criação e utilização do termo “direitos climáticos”, muito visto nos casos de litigância climática em que os petionários alegam que as falhas de mitigação e adaptação violam seus direitos, criando a base e a estrutura para a demanda (BURGER; TIGRE, 2023).

Cumprir mencionar que dessa comunicação entre as constituições e os tratados internacionais de direitos humanos surge o que foi classificado pela Dra. Flavia Piovesan como “Direito Constitucional Internacional”, uma interação interdisciplinar que assume caráter especial pois os dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor — o valor da primazia da pessoa humana —, concorrendo na mesma direção e sentido (PIOVESAN, 2022, p. 34).

Desta forma, quando os demandantes alegam que houve ou haverá violações ao direito à vida, saúde, alimentação, água, liberdade, vida familiar, um ambiente saudável, um clima seguro ou outros, estão na verdade a elaborar o alicerce dos direitos climáticos, os quais abrangem as formas pelas quais as constituições

nacionais, as legislações sobre direitos humanos e outras leis em geral imbuem indivíduos e comunidades com direitos à mitigação e adaptação climática (BURGER; TIGRE, 2023).

Portanto, o que se observa é o intento de estabelecer uma conexão entre vias diversas do mundo do Direito que acabam por valorizar o bem humano, partindo-se daí para integrar um espaço comum nos casos de litígio climático assegurando uma judicialização de “duas faces”, em que uma resguarda e se embasa em direitos humanos e fundamentais para que a outra alcance os direitos climáticos de mitigação e adaptação, forçosamente integrando o ente estatal na contabilidade de seu compromisso estatal.

4 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONAIS NOS CASOS CLIMÁTICOS

De acordo com a plataforma Climate Case Chart pode-se dizer que existem atualmente 128 casos no mundo contra governos (com exceção dos casos dos Estados Unidos da América, que são cadastrados separadamente), em jurisdições domésticas e internacionais e possuem como fundamento os direitos humanos, subdividindo-se em casos sobre direitos das crianças, direito ao meio ambiente sano, migração climática, direitos das mulheres, direitos dos indígenas e outros (SABIN CENTER, 2023).

Neste ponto, apesar da base de dados referir-se apenas à “direitos humanos”, é possível extrair que há uma variedade de direitos encontrados igualmente em nível nacional e internacional, bem como grupos de pessoas vulneráveis que já conhecidos por suas “mudanças de paradigmas” históricos por meio de casos.

Desta feita, na pesquisa pela aplicação conjunta dos dois grupos de direitos na literatura climática foi encontrada a publicação inovadora de Jacqueline Peel e Jolene Lin (2019), que escreveram o artigo “*Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*” ou “Litigância Climática Transnacional: A Contribuição do Sul Global” (tradução livre), no qual foi constatado que a instrumentalização dos direitos humanos e constitucionais, como os supramencionados no tópico anterior, não é mera técnica de litigância colocada em casos climáticos, mas que em realidade é uma tendência dos casos do “Sul Global” que utilizam-se desses direitos como forma de judicialização de uma problemática que não teriam aderência se não possuíssem esses “fortalecimentos”.

Inclusive, é elaborada uma comparação com relação aos casos do Sul e do Norte Global em razão da divergência do posicionamento dos argumentos climáticos numa lide climática nessas posições geográficas, que segue transcrita:

A chave para as definições e tipologias existentes de litígios climáticos é a centralidade dos argumentos sobre as alterações climáticas ou da ciência climática no caso. No entanto, uma análise recente de 254 processos climáticos não-americanos (dos quais os casos do Sul Global representaram 11 por cento) sugere que em 77 por cento destes casos "as alterações climáticas ocorrem apenas na periferia". Nossa hipótese é que, no contexto do Sul Global, os casos provavelmente seguirão esta tendência mais ampla como resultado de preocupações climáticas estarem incorporadas em disputas mais amplas sobre direitos humanos e constitucionais, proteção ambiental, uso da terra, gestão de desastres e conservação de recursos naturais (PEEL; LIN, 2019, p. 683) (tradução livre).

Não obstante, foi sugerido que apesar dos casos climáticos com base em direitos serem menos proeminentes no Norte Global, há um interesse crescente nesse tipo de mobilização como forma de colocar um "rosto humano" no problema da mudança climática (PEEL; LIN, 2019, p. 685), ou seja, busca-se a humanização dos argumentos climáticos que se afastam de meras cláusulas internacionais para tornarem-se obrigações imediatas e intergeracionais que se centram na proteção ao ser humano.

Essa característica do Sul Global pode ocorrer por variados fatores e/ou contextos, que não se encontram no Norte Global e faz com que as questões especificamente climáticas fiquem ao redor da discussão, mas não se fazem centrais nos litígios (ora, que não "substituídos" pelos direitos constitucionais e humanos), podendo ser ocasionado pelas maneiras de se provocar o Poder Judiciário, em complemento com a ausência de uma regulamentação na área de Direito Climático ou até mesmo a falta de recursos para tanto. No mais, pode haver cenários nacionais em que existe política e legislação climática, no entanto, sua concretização encontra obstáculos. Não obstante, há ainda uma qualidade importante a ser trazida à baila sobre as constituições dos países formadores do Sul Global, pois existe uma circunstância com significado que tende a justificar essa tendência dos direitos nos casos climáticos, qual seja, a previsão expressa do direito ao meio ambiente nas cartas magnas (PEEL; LIN, 2019).

Em razão do exposto, é dito que:

Independentemente da razão subjacente, quando faltam quadros legislativos climáticos ou esforços de implementação no Sul Global, os casos pertinentes

às questões das alterações climáticas poderão ter de ser enquadrados de diferentes formas que subjuguem as preocupações climáticas a outras questões. Os casos podem prosseguir uma reivindicação constitucional ou de direitos humanos centrada mais amplamente na proteção ambiental, ou ser apresentados ao abrigo de leis ambientais, de planeamento, de gestão de catástrofes ou de conservação de recursos naturais não específicas para o clima. Consequentemente, os argumentos factuais ou jurídicos sobre as alterações climáticas provavelmente desempenharão um papel secundário nestes casos (PEEL; LIN, 2019, p. 693) (tradução livre).

Já no ano de 2023 a pesquisa do *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review* sobre casos climáticos verificou que na ordem doméstica as obrigações climáticas emergem dos direitos constitucionais e fundamentais existentes na lei interna, destacando-se o impacto das alterações climáticas nos direitos humanos e nas desafiadoras deficiências dos regimes nacionais para lidar com a mudança do clima, sustentando-se nos direitos humanos, no direito a um ambiente saudável, nos direitos da natureza ou em uma combinação de todos esses (BURGER; TIGRE, 2023, p. 37).

Noutro giro, o OHCHR alega que a litigância climática é um fenómeno emergente, mas não novo, que figura o papel de proteger direitos por ser uma das poucas ferramentas disponíveis ao público em geral para responsabilizar os Estados diante do inadimplemento climático, que se escusam de sua responsabilidade de proteger os direitos humanos em detrimento dos efeitos adversos da mudança do clima (OHCHR, 2021).

Destarte, a instrumentalização dos direitos humanos e constitucionais estão aquém de uma simples aplicação como “receita” do litígio climático. Pelo contrário, visualiza-se que é uma estratégia na litigância climática que surge desse recorte geográfico, que, entretanto, reflete contextos políticos e socioculturais que dispuseram dessas articulações normativas para alcançar a consolidação nacional e internacional dos compromissos climáticos.

5 CONCLUSÃO

As evidências das mudanças climáticas vêm causando mobilizações civis e sociais nas áreas do Direito e do mundo da vida, que passa a persuadir os Estados a tomarem medidas que realmente possibilitem combater e se preparar para seus impactos, preocupando-se com a vida de seus jurisdicionados dessa e das próximas gerações.

Neste íterim surgem as obrigações do regime internacional da mudança climática que se estrutura a partir dos tratados internacionais para compelir (apesar de serem voluntárias as ratificações) uma atuação concreta e coletiva visando ações de mitigação e adaptação à mudança do clima. Todavia, as diligências observadas distam do cenário ideal, o que se coaduna com os riscos e danos já sentidos ao redor do globo fazendo com que os afetados e defensores da temática se socorram ao Poder Judiciário para reequilibrar as ações estatais.

Nessa toada nota-se que a imputação dos Estados se envolve em uma díspar dificuldade de demonstrar o nexos de causalidade, apesar de metodologias como a ciência da atribuição, remetendo-se os casos à proteção dos direitos constitucionais e direitos humanos.

Todavia, a articulação desses direitos sendo complementados por enfoques específicos e de grupos vulneráveis para responsabilizar os entes estatais e impulsionar o adimplemento climático não se figura apenas de outra metodologia de repercussão e aderência das demandas, mas sim uma tendência observada em contextos políticos e socioculturais específicos que formam o denominado “Sul Global” e, também, que se encontra principalmente nos denominados “países em desenvolvimento” para fins de caracterização das partes nos tratados internacionais e que adentraram os compromissos internacionais climáticos no regime do Acordo de Paris, o que justifica a crescente pós-Paris nas provocações judiciais sem assistência da contabilidade climática por meio da ciência, pois a transparência dos cumprimentos de Paris é alvo de debates e pouco flexível nas demandas, dependendo-se unilateralmente das informações e métodos aplicados pelos próprios Estados.

Por fim, os peticionários exortam medidas e direitos climáticos nas ações judiciais para vincular os atores estatais em jurisdições nacionais e internacionais, buscando ocasionar reformas político-legislativas ou implementação eficaz das normativas já existentes com fulcro especial nas constituições contemporâneas que observam amplamente direitos sociais, dentre eles, o direito ao meio ambiente sano, permitindo-se repercussões nas medidas de mitigação e adaptação, restando observável a natureza e finalidade dupla-face do litígio climático baseado em direitos constitucionais e direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal; WEDY, Gabriel. **Direito climático: litígios e ciência da atribuição**. Revista de Direito Ambiental. vol. 106. ano 27. p. 283-304. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018a47894ab42daf2920&docguid=l887baa00c7fa11eca42ee1bee872b136&hitguid=l887baa00c7fa11eca42ee1bee872b136&spos=4&epos=4&td=40&context=25&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016.

BATROS, Ben; KHAN, Tessa. **Reflexões estratégicas sobre a litigância climática**. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (org.). Litigar a emergência climática: a mobilização cidadã perante os tribunais para enfrentar a crise ambiental e assegurar direitos básicos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.

BECKHAUSER, Elisa Fiorini. **Narrativas ecológicas na litigância climática baseada em direitos: contornos do Sul Global**. Revista de Direito Ambiental. vol 110/2023, p. 275-291, 2023.

BURGER, Michael; TIGRE, Maria Antonia. **Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review** (Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School & United Nations Environment Programme, 2023). 27 jul. 2023. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change/202. Acesso em: 10 ago. 2023.

BURGER, Michael; WENTZ, Jéssica; METZGER, Daniel. **Ciência do clima e direitos humanos: usando a ciência de atribuição para enquadrar obrigações estatais de mitigação e adaptação**. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (org.). Litigar a emergência climática: a mobilização cidadã perante os tribunais para enfrentar a crise ambiental e assegurar direitos básicos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.

IPCC, 2014: **Climate Change 2014: Synthesis Report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, 151 pp.

IPCC, 2022: **Summary for Policymakers** [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, M. Tignor, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem (eds.)]. In: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA, pp. 3-33, doi:10.1017/9781009325844.001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2022.

OHCHR. **Integrating human rights at the UNFCCC**. 2023. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/climate-change/integrating-human-rights-unfccc>. Acesso em: 15 ago. 2023.

OHCHR. **Resolution 10/4**. Human rights and climate change. 25 março 2009. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_4.pdf. Acesso em: 15 ago. 2023.

OHCHR. **Frequently Asked Questions on Human Rights and Climate Change**. Fact Sheet n. 38. 2021. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-09/FSheet38_FAQ_HR_CC_EN_0.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023

OSOFSZKY, H.; PEEL, J. **The Role of Litigation in Multilevel Climate Change Governance: Possibilities for a Lower Carbon Future?** Environmental and Planning Law Journal. vol. 30, n. 4, p.303-328, 2013.

Patt, A., L. Rajamani, P. Bhandari, A. Ivanova Boncheva, A. Caparrós, K. Djemouai, I. Kubota, J. Peel, A.P. Sari, D.F. Sprinz, J. Wettestad, 2022: International cooperation. In IPCC, 2022: **Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change**. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [P.R. Shukla, J. Skea, R. Slade, A. Al Khourdajie, R. van Diemen, D. McCollum, M. Pathak, S. Some, P. Vyas, R. Fradera M. Belkacemi, A. Hasija, G. Lisboa, S. Luz, J. Malley, (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA. doi: 10.1017/9781009157926.016

PEEL, Jacqueline; LIN, Jolene. **Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South**. American Journal of International Law, vol. 113, 4, p. 679 – 726, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. – 20. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **Litigando a emergência climática: a ascensão global da litigância climática baseada em direitos humanos para a ação climática**. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (org.). Litigar a emergência climática: a mobilização cidadã perante os tribunais para enfrentar a crise ambiental e assegurar direitos básicos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.

Sabin Center for Climate Change Law. **U.S. Climate Change Litigation**. 2023. Disponível em: <https://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/>. Acesso em: 23 ago. 2023.