



MEDIDAS DE RESOLUÇÃO COMO REMÉDIO PARA A INSOLVÊNCIA DE UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS:

UMA RELAÇÃO DE NECESSÁRIA EXCLUSÃO?

Mafalda Barbosa Miranda

EQUALITY OF RESOURCES AND COMPULSORY LICENSING OF COGNITIVE ENHANCEMENT DRUGS

Denis Franco Silva

Carlos A. Rohrmann

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE REFUGIADOS AMBIENTAIS NA UNASUL

Karina Granado

Celso Maran de Oliveira

A REVOLUÇÃO REPUBLICANA DE 1817: EM BUSCA DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Marcelo Casseb Continentino

DIÁLOGOS CONTEMPORÂNEOS DO REPUBLICANISMO

Dorival Fagundes Cotrim Júnior

VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O CONTEXTO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL E A CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA

Daniel Vaqueiro Menezes Martins

Clara Cardoso Machado Jaborandy

CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS JUÍZES: ATIVISMO, SUBSTANCIALISMO OU “BOA INTENÇÃO” NÃO CONDENÁVEL?

Rafael N. Lima de Freitas

Djefferson Amadeus

REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DA PUNIBILIDADE

Wallton Pereira de Souza Paiva

Clarindo Epaminondas de Sá Neto

PROJETO DE LEI DE RESPONSABILIDADE POLÍTICO-CRIMINAL: UM ESTUDO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Juliane Rodrigues

Gabrielle Cristiane M. Bezerra

Gilmara Joane Macedo Medeiros

O CONTRATO DE TRANSAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA

Arthur Levy Brandão Kullo

Maria Alice Azevedo S. Brandão Kullo

REVISTA JURÍDICA



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral (UFERSA)

Editor-Adjunto

Me. Marcelo Lauer Leite (UFERSA)

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores (UFRGS)

Dra. Ana Cláudia Farranha Santana (UnB)

Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes (UFF)

Dr. Cristiano Paixão (UnB)

Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro (UnB)

Dr. Fernando César Costa Xavier (UFRR)

Dr. Gustavo César Machado Cabral (UFC)

Dr. Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Dr. Mário Sérgio Falcão Maia (UFERSA)

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA)

Dr. Samuel Rodrigues Barbosa (USP)

Dr. Sérgio Said Staut Júnior (UFPR)

Dr. Jan Dirk Harke (Universidade de Würzburg - Universidade de Jena, Alemanha)

Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra, Portugal)

Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia (Universidade de Coimbra, Portugal)

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semiárido
v. 1, n. 2, (ago./dez. 2017) – Mossoró, 2017 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

Pareceristas desta Edição

Me. Adaumirton Dias Lourenço (UFPB)
Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho (UNESP)
Me. Alexander Seixas da Costa (UFF)
Me. Aline Marques Marino (UNIFEI)
Me. Camila Rodrigues N. de Almeida Lima (FDUC, Portugal)
Me. Carlos Martins Neto (FGV/RJ)
Me. Carolina Mérida (UniRV)
Me. Caroline Sátiro de Holanda (FDUC, Portugal)
Dra. Cleide Calgaro (UCS)
Dra. Cynara de Barros Costa (UFCG)
Me. Daniel de Oliveira Araújo (FANEC)
Dra. Edilene Lôbo (UIT)
Me. Francisco Rogerio Madeira Pinto (UnB)
Dra. Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém (UEMS)
Dr. Jacson Gross (UNILASALLE)
Me. João Adolfo Ribeiro Bandeira (FDUL, Portugal)
Dra. Kone Prieto Fortunato Cesário (UFRJ)
Dra. Lilian Caporlingua Giesta Cabral (UFERSA)
Dr. Luciano dos Santos Diniz (CEFET/MG)
Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas (UFERSA)
Dra. Mariane Camargo D'Oliveira (FEEVALE)
Me. Moisés Saraiva de Luna (URCA)
Me. Priscilla Cardoso Rodrigues (FDUC, Portugal)
Me. Rafael Reis Ferreira (FDUC, Portugal)
Me. Raquel Araújo Lima (UnB)
Me. Rodrigo Nóbrega Guimarães (Paris 1 Panthéon-Sorbonne, França)
Me. Thomas Kefas de S. Dantas (Faculdades Integradas Campos Salles)
Me. Tiago Resende Botelho (FDUC, Portugal)
Me. Walter Gustavo da Silva Lemos (FARO)



NOTA EDITORIAL

A REJUR, Revista Jurídica da Ufersa, apresenta à comunidade seu segundo número para o ano de 2017. Após um longo processo de seleção de artigos, a revista tem a oportunidade de socializar estudos acadêmicos produzidos em Coimbra (Portugal), Minas Gerais, São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro, Sergipe, Rio Grande do Norte e Santa Catarina. A expansão logística da REJUR reflete nossa preocupação com os fatores de impacto exigidos pelo comitê da área do Direito da CAPES, bem como pela necessidade de internacionalização das produções acadêmicas nacionais.

O processo de editoração de uma revista é complexo e o resultado apresentado nesta edição é fruto de um trabalho dedicado de seus editores com transparência e a constante celeridade no trabalho editorial. Em cada edição, busca-se incorporar novidades que dialoguem com os desafios históricos das atividades de ensino, pesquisa e extensão, realizadas pelo curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-árido.

Nesta edição, 10 artigos foram selecionados para publicação e contaram com 30 avaliadores *ad hoc*, que lançaram contribuições relevantes para nossos autores. Dos artigos selecionados, 2 dois foram de autores convidados pelos editores: uma contribuição de Portugal, da Universidade de Coimbra, e outra do Brasil, vinculado à Universidade Federal de Juiz de Fora e à Faculdade de Direito Milton Campos.

Abre-se este número o artigo da jurista portuguesa MAFALDA BARBOSA MIRANDA, da Universidade de Coimbra, com o título *Medidas de Resolução como remédio para a insolvência de uma instituição financeira e alteração superveniente das circunstâncias: uma relação de necessária exclusão?* No texto, a partir da realidade portuguesa, problematiza-se se, diante de um estado de insolvência ou quase insolvência de uma instituição financeira, poderia um cliente, lesado pela situação, usar o regime da alteração superveniente das circunstâncias em busca de um melhor equilíbrio negocial. A autora identifica que, muito embora o legislador português tenha procurado restringir a possibilidade de se invocar a alteração superveniente das circunstâncias como decorrência de aplicação de uma medida de resolução, ainda há possibilidades de utilizá-la, nos termos do art. 437, do Código Civil português, principalmente por entender que o risco existente nas operações financeiras não pode ser utilizado como principal argumento para impedir que, em casos de alteração no quadro de investimento, a resolução seja ignorada.

Na sequência, DENIS FRANCO SILVA e CARLOS A. ROHRMANN discutem no artigo *Equality of resources and compulsory licesing of cognitive enhancement drugs* os desdobramentos da comercialização e disseminação do uso de fármacos para buscar aperfeiçoamento cognitivo. Neste texto, os autores buscaram investigar o uso de mecanismos de

licenciamento compulsório como meio de promover o acesso universal a drogas voltadas ao aperfeiçoamento da base biológica humana, principalmente frente ao risco de aumento de desigualdades substanciais entre pessoas de diferentes classes sociais.

O terceiro artigo tem autoria de KARINA GRANADO e CELSO MARAN DE OLIVEIRA, que abordam *A livre circulação de refugiados ambientais na UNASUL*. A preocupação dos autores é avaliar como a categoria “refugiado ambiental” pode ser compreendida dentro dos fluxos migratórios em decorrência de mudanças ambientais (como desastres ou deterioração do ambiente) e no contexto de processos de integração econômica, visando uma maior proteção das pessoas em vulnerabilidade social, a partir das ações da União das Nações Sul Americanas.

Com um aporte recifense, MARCELO CASSEB CONTINENTINO, trouxe contribuição sobre *A revolução republicana de 1817: em busca de uma cultura constitucional brasileira*. No texto, o autor promove um diálogo intertemporal entre as gerações revolucionárias de 1817 e a Constituição de 1988, a partir dos conceitos de “identidade constitucional” e de “cultura constitucional”.

A seguir, DORIVAL FAGUNDES COTRIM JÚNIOR apresenta o texto *Diálogos contemporâneos do republicanismo*, ao discutir, a partir da filosofia política, os elementos que norteiam a noção moderna de republicanismo e seus limites em ações que os fundamentam, utilizando ainda, como exemplo, o Movimento Separatista do Sul.

Os autores DANIEL VAQUEIRO MENEZES MARTINS e CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY oferecem uma discussão sobre a *Vedação ao retrocesso social: uma análise comparada entre o contexto da jurisprudência de crise em Portugal e a crise econômica brasileira*. A essência desta contribuição reside em uma pesquisa que revisita as tendências de aplicação e interpretação do princípio de vedação ao retrocesso em cotejo com o surgimento da chamada “jurisprudência de crise”, idealizada no direito português, que tendem a flexibilizar – em tempos de instabilidades, os instrumentos que visam a proteção de direitos sociais.

Com o artigo sobre *Criação de políticas públicas pelos juízes: ativismo, substancialismo ou “boa intenção” não condenável?*, RAFAEL N. LIMA DE FREITAS e DJEFFERSON AMADEUS trazem à tona novas discussões sobre a judicialização da política e a atuação do Poder Judiciário no arranjo institucional organizado a partir da Constituição Federal de 1988. Os autores enfrentam questões complexas sobre a forma como a tomada de decisão tem extrapolado o dever de exercer o controle jurisdicional sobre políticas públicas para uma nova vertente: a criação de políticas públicas por um ator que, por essência, não teria competência legal para tanto.

Em a *Reparação do dano como terceira via da punibilidade*, WALLTON PEREIRA DE SOUZA PAIVA e CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO oferecem uma importante discussão, a partir de Roxin, se seria compatível com as funções do direito penal que um procedimento estatal renunciasse total

ou parcialmente à pena merecida quando o autor repara os danos causados e procura conseguir uma reconciliação com a vítima. Embora a resposta não seja isenta de críticas e contra argumentações, os autores procuraram explorar as alternativas dentro da matriz brasileira.

O penúltimo artigo, intitulado *Projeto de lei de responsabilidade político-criminal: um estudo a partir da criminologia crítica*, JULIANE RODRIGUES, GABRIELLE CRISTIANE M. BEZERRA e GILMARA JOANE MACEDO MEDEIROS, promove uma relevante discussão sobre a situação carcerária no Brasil, com enfoque no PL n. 4.373/2016, que cria a Lei de responsabilidade político-criminal. As autoras apontam que o principal objetivo do PL é reduzir o número de iniciativas legislativas que, sem qualquer estudo dos impactos sociais e orçamentários, criam novas tipificações penais ou majoram medidas já estabelecidas pela legislação brasileira e que, nesse contexto, podem combater situações de violência social, como uma alternativa para reduzir o modelo penal punitivista adotado e defendido por gestores governamentais.

Por fim, a contribuição de ARTHUR LEVY BRANDÃO KULLOK e MARIA ALICE BRANDÃO KULLOK, intitulada *O contrato de transação como negócio jurídico processual: uma análise luso-brasileira*, promove um estudo de direito comparado sobre o instituto transação, como um meio de resolução de litígios, tanto no Brasil quanto em Portugal. A discussão dos autores busca salientar a relevância da natureza contratual da transação, como elemento de direito material, para a autocomposição de litígios, frente às necessidades de uma solução rápida e eficaz dentro da ordem jurídica.

Como podem observar, este número traz em seu bojo uma pluralidade de contribuições que refletem estudos dos mais variados matizes do pensamento jurídico, em cotejo, também, com experiências internacionais. Assim, a REJUR/UFERSA avança no seu dever de contribuir com debates vinculados com nossa área de concentração em nível pátrio e estrangeiro.

A concretização deste número envolveu o trabalho coletivo de muitos colaboradores. Neste aspecto, registre-se nossos agradecimentos a todos os autores que submeteram trabalhos para a REJUR, aos pareceristas *ad hoc* pela colaboração na busca de excelência, aos leitores com sugestões e críticas aos editores, ao discente CARLOS LUAN LIMA MACIEL, pelo suporte técnico, e, especialmente, ao nosso editor adjunto, prof. MARCELO LAUAR LEITE, pela valiosa atenção e dedicação no trabalho de edição.

Desejo uma excelente leitura a todos!

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL
EDITOR-CHEFE | OUTUBRO 2017



SUMÁRIO

MEDIDAS DE RESOLUÇÃO COMO REMÉDIO PARA A INSOLVÊNCIA DE UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS: UMA RELAÇÃO DE NECESSÁRIA EXCLUSÃO? | **1-23**
DRA. MAFALDA BARBOSA MIRANDA

EQUALITY OF RESOURCES AND COMPULSORY LICENSING OF COGNITIVE ENHANCEMENT DRUGS | **24-36**
DR. DENIS FRANCO SILVA
DR. CARLOS A. ROHRMANN

A LIVRE CIRCULAÇÃO DE REFUGIADOS AMBIENTAIS NA UNASUL | **37-56**
ME. KARINA GRANADO
DR. CELSO MARAN DE OLIVEIRA

A REVOLUÇÃO REPUBLICANA DE 1817: EM BUSCA DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA | **57-67**
DR. MARCELO CASSEB CONTINENTINO

DIÁLOGOS CONTEMPORÂNEOS DO REPUBLICANISMO | **68-86**
DORIVAL FAGUNDES COTRIM JÚNIOR

VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O CONTEXTO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL E A CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA | **87-100**
DANIEL VAQUEIRO MENEZES MARTINS
DRA. CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY

CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS JUÍZES: ATIVISMO, SUBSTANCIALISMO OU “BOA INTENÇÃO” NÃO CONDENÁVEL? | **101-118**
RAFAEL N. LIMA DE FREITAS
ME. DJEFFERSON AMADEUS

REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DA PUNIBILIDADE | **119-134**
ME. WALLTON PEREIRA DE SOUZA PAIVA
DR. CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO

PROJETO DE LEI DE RESPONSABILIDADE POLÍTICO-CRIMINAL: UM ESTUDO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA | **135-149**
JULIANE RODRIGUES
GABRIELLE CRISTIANE M. BEZERRA
ME. GILMARA JOANE MACEDO BEZERRA

O CONTRATO DE TRANSAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA | **150-170**
ME. ARTHUR LEVY BRANDÃO KULLOK
MARIA ALICE AZEVEDO S. BRANDÃO KULLOK



MEDIDAS DE RESOLUÇÃO COMO REMÉDIO PARA A INSOLVÊNCIA DE UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS: UMA RELAÇÃO DE NECESSÁRIA EXCLUSÃO?

RESOLUTION TOOL AS A REMEDY FOR BANK INSOLVENCY AND SUPERVENING CHANGE OF THE CIRCUMSTANCES: A RELATION OF NECESSARY EXCLUSION?

MAFALDA BARBOSA MIRANDA *

RESUMO

Tendo em conta a recente disciplina das medidas de resolução – pensadas para fazer face às situações de insolvência ou quase insolvência de instituições financeiras –, coloca-se o problema de saber se o cliente de um banco, lesado pela situação, pode ou não lançar mão do regime da alteração superveniente das circunstâncias e assim garantir o equilíbrio negocial imposto pela boa-fé, que foi posto em causa. Nas páginas que se seguem, procuraremos refletir sobre a questão. Para tanto, traçaremos, num primeiro momento e de forma abreviada, o cenário das medidas de saneamento bancário. Só depois estaremos em condições de perceber em que medida os pressupostos do artigo 437º CC, em conjugação com as normas disciplinadoras das medidas de resolução, impedem ou não a solução. A conclusão será simples: não poderá ser aplicado o regime da alteração superveniente das circunstâncias quando o fundamento seja a aplicação da medida de resolução. Mas nada impede que dele se possa lançar mão, quando haja outros fundamentos para o efeito. Para tanto será necessário que o risco verificado ultrapasse o risco da contratação financeira que vai, afinal, refletido da medida de resolução aplicada.

Palavras-chave: Medida de resolução; Alteração superveniente das circunstâncias; Risco contratual.

ABSTRACT

Taking into consideration the recent discipline of the resolution tools - designed to deal with the insolvency or near-insolvency of financial institutions - a question arises: whether the customer of a bank, injured by the situation, may or may not take action of the regime of the supervening change of circumstances and thus ensure the negotiating balance imposed by good faith. In the next pages, we will try to reflect on the issue. To do so, we will outline, in a first and brief way, the discipline of the resolution tools. After that, we will be able to understand if article 437 CC, in conjunction with the norms that discipline of the resolution tools, prevent or not the solution. The conclusion will be simple: the regime of the supervening change of circumstances can not be applied when the ratio of the application is the application of the resolution tool itself. But there is nothing to prevent it from being used when there are other grounds for applying the regime. For this application, it is necessary that the risk that is verified exceeds the risk of the financial contracting, which is, after all, reflected in the resolution tool applied.

Keywords: Resolution tool; Supervening change of circumstances; Contractual risk.

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC).
Professora da FDUC.
mcnbm@fd.uc.pt

Recebido em 15-6-2017 | Aprovado em 15-6-2017¹

¹ Artigo convidado.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 INTERVENÇÃO CORRETIVA, ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA E RESOLUÇÃO; 1.1 A intervenção corretiva e a administração provisória; 1.2 As medidas de resolução; 1.2.1 A alienação total ou parcial da atividade; 1.2.2 Transferência da atividade para um banco de transição; 1.2.3 Segregação de ativos; 1.2.4 Recapitalização interna; 2 OS PODERES DE RESOLUÇÃO; 3 O PROBLEMA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A falência de uma instituição financeira acarreta graves inconvenientes que ultrapassam o quadro das relações creditícias tituladas pelo banco e pelos seus clientes. Os riscos sistémicos que se enfrentam diante de uma situação como essa determinam, por isso, especiais cautelas por parte do legislador, português e comunitário, que sentiu necessidade de intervir no setor². Ao nível europeu, são diversos os passos que têm sido dados no sentido de garantir a incolumidade do mercado. O Regulamento (UE) n.º 1092/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, cria o Comité Europeu de Risco Sistémico, tendo em vista a edificação de uma supervisão macroprudencial do sistema financeiro dos Estados-membros que integram a União Europeia³. Por seu turno, o Regulamento (EU) n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, cria a Autoridade Bancária Europeia⁴, enquanto se desenvolve o Mecanismo Único de Resolução, assente no Conselho Único de Resolução⁵. Neste quadro, surge com particular

² Cf. COSTA, Tiago Sousa e. *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária: Considerações a Propósito do Mecanismo de Resolução* (Dissertação de Mestrado). Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015; QUELHAS, José Manuel. *Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistémico e a Incerteza Sistemática*. Coimbra: Almedina, 2013.

³ Sobre o ponto, cf. COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, p. 20.

⁴ TROCADO, Sofia Tibhaut. A Nova Estrutura de Supervisão Bancária em Especial a Autoridade Bancária Europeia. In: CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (org.). *O Novo Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 74.

⁵ Sobre o ponto, cf. COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, p. 41 e ss., explicando que o Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, prevê a criação do Mecanismo Único de Resolução, que será integrado pelo Conselho Único de Resolução, enquanto entidade autónoma e independente com orçamento autónomo, financiado pelas receitas dos Estados-membros participantes e pelo Fundo Único de Resolução. Mais refere o autor que no Conselho Único de Resolução “estariam representados, através da designação de membros, o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e os representantes das entidades de supervisão de carácter estadual, que participariam de acordo com um princípio de oportunidade casuística, uma vez que só seriam chamadas a intervir as autoridades de supervisão do Estado-membro onde o banco intervencionado teria a sua sede. Nesta senda, a proposta contempla apenas a deslocação do centro decisório, no que tange à aplicação de uma medida de resolução a uma instituição financeira, estando as suas implementação, execução e monitorização a cargo das entidades de supervisão de cada Estado-membro, que seriam simultaneamente supervisionadas pelo Conselho Único de Resolução. Por outro lado, do mesmo modo que foi proposta a criação de um Mecanismo Único de Resolução, esta surgiria acompanhada por um Fundo de Resolução Comum, cujo financiamento seria assegurado em parte por contribuições de todo o sistema financeiro, que substituiria os fundos de resolução de cada Estado-membro [...]. Não se extinguem as entidades estaduais estabelecidas como autoridades de resolução – uma vez que o Mecanismo Único de Resolução terá como participantes membros do Conselho Único de Resolução, do Conselho, da Comissão Europeia e das autoridades dos Estados participantes. No entanto, no que tange à decisão de aplicação de uma medida de resolução, o Conselho Único de Resolução substitui-se às autoridades nacionais com atribuições nessa matéria”.

importância a Diretiva 2010/78/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010 (*Diretiva Omnibus I*), no que se refere às competências da Autoridade Bancária Europeia, da Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma e da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados; e a Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento.

Com fundamento prático-normativo e com o impulso do legislador comunitário, atenta a necessidade de transpor as referidas diretivas, foram introduzidas, nos tempos recentes, inúmeras modificações ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), com vista a fazer face a uma eventual falência de um banco. Algumas das medidas tinham sido antecipadas pelo legislador pátrio, por via da reforma introduzida pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro de 2012. Contudo, as medidas de intervenção e saneamento das instituições financeiras conhecem hoje um traçado completamente diferente, o que justifica umas breves palavras acerca dos seus contornos.

Ademais, a análise de algumas das soluções disponibilizadas pelo legislador português impõe uma questão: poderá um concreto sujeito lançar mão, constatada que seja a aplicação de uma medida de resolução, do regime da alteração superveniente das circunstâncias, previsto no artigo 437.º Código Civil (CC)?

Nas páginas que se seguem, depois de umas breves palavras sobre a conformação das medidas de saneamento bancário, mormente no que toca às medidas de resolução, procuraremos traçar as linhas gerais de inteligibilidade do problema que colocamos.

1 INTERVENÇÃO CORRETIVA, ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA E RESOLUÇÃO

Nos termos do artigo 139.º RGICSF, o Banco de Portugal pode, tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira de uma instituição de crédito, os interesses dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro, adotar uma de três magnas medidas previstas no diploma: a intervenção corretiva, a administração provisória ou uma medida de resolução. Entre elas, e de acordo com o artigo 140.º do mesmo diploma, o Banco de Portugal não fica vinculado a uma relação de precedência, podendo optar por uma das medidas em detrimento da outra ou, mesmo, combiná-las entre si. Nas palavras de Menezes Cordeiro, somos apontados para um sistema móvel⁶, no qual o regulador se move em obediência aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro. Não obstante, importa não esquecer duas notas de inestimável importância: em primeiro lugar, a aplicação de uma qualquer medida fica sempre dependente da verificação

⁶ Cf. CORDEIRO, A. Menezes. *Direito Bancário*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1.125.

A este propósito SILVA, Mariana Duarte. Os Novos Regimes de Intervenção e Liquidação Aplicáveis às Instituições de Crédito. In: CÂMARA, Paulo (org.). *O Novo Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 378, fala da natureza de poderes-deveres relativamente aos poderes do Banco de Portugal.

dos respetivos pressupostos; em segundo lugar, atenta a gravidade de uma medida como a medida de resolução, poderemos aventar uma possível natureza de última *ratio* da mesma⁷.

1.1 A intervenção corretiva e a administração provisória

A intervenção corretiva tem lugar sempre que uma instituição de crédito não cumpra ou esteja em risco de não cumprir normas legais ou regulamentares que disciplinem a sua atividade. Não existe uma medida de intervenção corretiva, mas variadíssimas e com âmbitos diversificados, conforme resulta do artigo 141.º RGICSF.

Nos termos do artigo 144.º RSICSF, se a ou as medidas de intervenção não se mostrarem aptas a recuperar o banco, o Banco de Portugal pode nomear uma administração provisória, aplicar uma medida de resolução ou revogar a autorização para o exercício da atividade, seguindo-se a liquidação da instituição de crédito.

Quando a intervenção corretiva se mostre insuficiente ou exista o justo receio da sua insuficiência para ultrapassar a situação de deterioração significativa da instituição e a respetiva recuperação financeira, pode haver lugar à destituição ou à suspensão dos membros do órgão de administração. Mas ela pode, ainda e nos termos do artigo 145.º RGICSF, ter lugar quando se detete uma violação grave ou reiterada de normas legais ou regulamentares que disciplinem a atividade da instituição de crédito, bem como das respetivas normas estatutárias, quando se verifiquem motivos atendíveis para suspeitar da existência de graves irregularidades na gestão da instituição de crédito, quando se verifiquem motivos atendíveis para suspeitar da incapacidade dos acionistas, dos membros do órgão de administração da instituição de crédito para assegurarem uma gestão sã e prudente ou para recuperarem financeiramente a instituição, quando haja motivos atendíveis para suspeitar da existência de outras irregularidades que coloquem em sério risco os interesses dos depositantes e dos credores, e estas situações sejam suscetíveis de colocar em sério risco o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro. Se a suspensão ou destituição dos órgãos da administração não for suficiente para fazer face às situações que estiveram na sua origem, pode o Banco de Portugal designar administradores provisórios, nos termos do artigo 145.º-A RGICSF.

Qualquer uma destas medidas pode ser gravosa. De acordo com o ensinamento de Menezes Cordeiro, por exemplo no tocante à medida de suspensão ou substituição de um ou mais membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, nos termos do artigo 141.º/1 s) RGICSF⁸,

ela atinge o direito de propriedade – *lato sensu* – previsto e garantido pela Constituição; enfraquece, num momento delicado, a imagem da instituição onde se intervenha; traduz-se, em regra, por uma quebra imediata interna: os administradores ou os fiscalizadores indicados pelo BP não conhecem os *dossiers* e,

⁷ Cf. COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, p. 25; SILVA, *Os novos regimes de intervenção*, p. 405 e ss.

⁸ Para uma compatibilização desta medida com a medida de administração provisória, cf. COSTA, *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária*, p. 30.

por bem preparados que estejam, ficam, num primeiro momento, nas mãos dos quadros da instituição em causa.

Importa não esquecer, contudo, que, de todas, a medida de resolução é aquela que assume um pendor mais severo, o que, pese embora a aludida ausência de precedência, não pode deixar, como referido, de ser tido em conta.

1.2 As medidas de resolução

Tal como não existe apenas uma medida de intervenção corretiva, não existe apenas uma medida de resolução, mas várias. O artigo 145.º-E RGICSF oferece-nos, no seu n.º 1, um elenco de quatro possíveis medidas de resolução: a) alienação parcial ou total da atividade; b) transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição; c) segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; d) recapitalização interna.

A adoção de uma destas medidas tem como finalidades: a) assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais para a economia; b) prevenir a ocorrência de consequências graves para a estabilidade financeira, nomeadamente prevenindo o contágio entre entidades, incluindo às infraestruturas de mercado, e mantendo a disciplina no mercado; c) salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, minimizando o recurso a apoio financeiro público extraordinário; d) proteger os depositantes cujos depósitos sejam garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos e os investidores cujos créditos sejam cobertos pelo Sistema de Indemnização aos Investidores; e) proteger os fundos e os ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos seus clientes e a prestação dos serviços de investimento relacionados.

Por outro lado, elas ficam dependentes do preenchimento de diversos pressupostos, nomeadamente que:

a) tenha sido declarado pelo Banco de Portugal, no exercício das suas funções de autoridade de supervisão ou de resolução, que uma instituição de crédito está em risco ou em situação de insolvência; b) não seja previsível que a situação de insolvência seja evitada num prazo razoável através do recurso a medidas executadas pela própria instituição de crédito, da aplicação de medidas de intervenção corretiva ou do exercício dos poderes previstos no artigo 145.º-I; c) as medidas de resolução sejam necessárias e proporcionais à prossecução de alguma das finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C; e d) a entrada em liquidação da instituição de crédito, por força da revogação da autorização para o exercício da sua atividade, não permita atingir com maior eficácia as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C.

O risco ou a situação de insolvência verifica-se, nos termos do artigo 145.º-E/3, quando:

a) a instituição de crédito deixar de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade ou existirem fundadas razões para considerar que, a curto prazo, a instituição deixa de os cumprir, possibilitando a revogação da autorização, nomeadamente porque apresentou ou provavelmente apresentará prejuízos suscetíveis de absorver, totalmente, os seus fundos próprios ou uma parte significativa dos mesmos; b) os ativos da instituição de crédito forem inferiores aos seus passivos ou existirem fundadas razões para considerar que o serão a curto prazo; c) a instituição de crédito estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou houver fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar; d) seja necessária a concessão de apoio financeiro público extraordinário, exceto quando esse apoio, destinado a prevenir ou conter uma perturbação grave da economia e preservar a estabilidade financeira, consista em: i) concessão pelo Estado de garantias pessoais ao cumprimento das obrigações assumidas em contratos de financiamento, incluindo em operações de crédito junto do Banco de Portugal e em novas emissões de obrigações; ii) realização de operações de capitalização com recurso ao investimento público, desde que não se verifique, no momento em que o apoio financeiro público extraordinário é concedido, alguma das circunstâncias referidas nas alíneas a) a c) ou no n.º 2 do artigo 145.º-I.

Quando o Banco de Portugal ordenar a aplicação de uma medida de resolução, os membros do órgão de administração e de fiscalização da instituição de crédito objeto de resolução e o seu revisor oficial de contas ou a sociedade a quem compita emitir a certificação legal de contas que não integre o respetivo órgão de fiscalização cessam as suas funções, salvo nos casos em que a sua manutenção total ou parcial, consoante as circunstâncias, seja considerada necessária para atingir as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C. Assim sendo, o Banco de Portugal designa para a instituição de crédito objeto de resolução novos membros do órgão de administração, nos termos do disposto no artigo seguinte, uma comissão de fiscalização ou fiscal único, que se rege, com as necessárias adaptações, pelo disposto no artigo 143.º, e um revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas para exercer tais funções.

Nos termos do artigo 145.º-H RGICSF, antes da aplicação de uma medida de resolução ou do exercício dos poderes previstos no artigo 145.º-I, o Banco de Portugal designa uma entidade independente, a expensas da instituição de crédito objeto de resolução, para, em prazo a fixar por aquele, avaliar de forma justa, prudente e realista os ativos, passivos e elementos extrapatrimoniais da instituição em causa. Tal avaliação visa assegurar que todos os prejuízos da instituição em causa sejam conhecidos quando sejam aplicadas medidas de resolução e, deste modo, fundamentar a decisão do Banco de Portugal quanto à verificação das condições de aplicação das medidas de resolução. Ao mesmo tempo, ela é fundamental para qual das medidas de resolução é adequada à concreta instituição de crédito e à situação por ela vivenciada, bem como para determinar os direitos e obrigações, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, a transferir no âmbito da aplicação de medidas de resolução e o valor da eventual contrapartida a pagar à instituição de crédito objeto de resolução ou aos acionistas e titulares de outros títulos representativos do capital social, nos termos do n.º 2 artigo 145.º-H RGICSF.

A par desta avaliação, o Banco de Portugal determina, imediatamente após a produção de efeitos da medida de resolução, que uma entidade independente por si designada, a expensas da instituição de crédito objeto de resolução, avalie se, caso não tivesse sido aplicada a medida de resolução e a instituição de crédito objeto de resolução entrasse

em liquidação no momento em que aquela foi aplicada, os acionistas e os credores da instituição de crédito objeto de resolução suportariam um prejuízo inferior ao que suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução. Tal avaliação serve para aferir os prejuízos que acionistas e credores teriam suportado se a instituição de crédito tivesse entrado em liquidação e os prejuízos que efetivamente suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução à instituição de crédito objeto de resolução. Apura-se, por esta via, a diferença entre os dois montantes. Para tanto, deve pressupor-se que a medida de resolução não teria sido aplicada nem produzido efeitos e que a instituição de crédito objeto de resolução entraria em liquidação no momento em que foi aplicada a medida de resolução, não se devendo ter também em conta, quando for o caso, a concessão de apoio financeiro público extraordinário à instituição de crédito objeto de resolução. Caso se apure uma diferença entre os prejuízos que suportariam e aqueles que efetivamente suportam, os acionistas e credores da instituição bancária têm direito ao pagamento do montante correspondente, por parte do Fundo de Resolução, nos termos do artigo 145.º-H/17 RGICSF. Deste modo, cumpre-se uma das orientações de base da aplicação das medidas de resolução, constante no artigo 145.º-D/1 c), que determina que nenhum acionista ou credor pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação. Por aqui, podemos extrair duas conclusões de não pequena importância: em primeiro lugar, apesar de o sistema determinar que os acionistas da instituição de crédito objeto de uma medida de resolução suportam em primeiro lugar os prejuízos da instituição em causa, suportando em seguida, e em condições equitativas, de acordo com a graduação dos seus créditos, os credores da referida instituição, a intencionalidade normativa não passa por um pendor sancionatório-punitivo, impondo apenas uma repartição do risco associado a uma situação de insolvência do banco que obedece ao tipo de ligação de cada um dos sujeitos à instituição. Em segundo lugar, se o Fundo de Resolução não apresentar liquidez suficiente para suportar o diferencial apurado, a medida de resolução que se poderia justificar pelas circunstâncias do caso e, entre outras finalidades, para conter o risco sistémico, proteger os interesses dos contribuintes e salvaguardar o erário público, não se vai mostrar apta para cumprir tal desideratos⁹.

1.2.1 A alienação total ou parcial da atividade

O Banco de Portugal pode determinar a alienação parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social, nos termos do artigo 145.º-M RGICSF. Para tanto, promove a transferência para um adquirente dos direitos e obrigações e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, assegurando a transparência e a exatidão da informação prestada, tendo em conta as circunstâncias do caso e a necessidade de manter a estabilidade financeira, promovendo a ausência de conflitos de interesses e a celeridade, não discriminando

⁹ Cf., sobre o ponto, A. Menezes CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 1140, considerando que, «em face de grandes instituições ou de uma crise generalizada, haverá que intervir em larga escala. E aí, o fundo de resolução, impedido, para mais, de recorrer ao Banco Central, será provavelmente insuficiente».

indevidamente potenciais adquirentes e maximizando, dentro do possível, o preço de alienação dos direitos e obrigações ou das ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, nos termos do n.º 3 do referido preceito.

No processo de alienação, o Banco de Portugal pode dirigir convites aos potenciais interessados para que apresentem propostas. As propostas de aquisição dos direitos e obrigações da instituição de crédito objeto de resolução só podem ser apresentadas por instituições de crédito autorizadas a desenvolver a atividade em causa ou por entidades que tenham requerido ao Banco de Portugal autorização para o exercício dessa atividade, ficando a decisão de alienação condicionada à decisão relativa ao pedido de autorização. O adquirente é selecionado tendo em conta as finalidades da medida de resolução.

Operada a alienação, o Banco de Portugal pode alienar outros direitos e obrigações e a titularidade de outras ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução e devolver à instituição de crédito objeto de resolução direitos e obrigações que haviam sido alienados a um adquirente, mediante autorização deste, ou devolver a titularidade de ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução aos respetivos titulares, não podendo a instituição de crédito objeto de resolução ou aqueles titulares opor-se a essa devolução e procedendo-se, se necessário, ao acerto da contrapartida fixada no momento da alienação. Não podem, contudo, ser alienados quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros do órgão de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação, de acordo com o artigo 145.º-N/4 RGICSF. Nos termos do artigo 145.º-N/5, o produto da alienação reverte para os acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, caso a alienação tenha sido efetuada através da alienação da titularidade das ações ou de títulos representativos do seu capital social, ou para a instituição de crédito objeto de resolução, caso a alienação tenha sido realizada através da alienação de parte ou da totalidade de direitos e obrigações.

A aplicação desta medida de resolução corresponde a uma cessão de direitos que opera por força da lei, considerando que a decisão que determine a alienação gera como efeito a transmissão da titularidade dos direitos e obrigações transferidos da instituição de crédito objeto de resolução para o adquirente, sendo este considerado, para todos os efeitos legais e contratuais, sucessor nos direitos e obrigações alienados¹⁰. Isso explica determinadas regras que são ditadas pelo legislador. Assim, a decisão produzirá efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo, nos termos do artigo 145.º-N/8, título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação. Por outro lado, a cessão não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de

¹⁰ Cf. CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 1.136.

vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa (artigo 145.º-N/9).

Parece-nos importante que o jurista, na interpretação da última norma citada, seja particularmente cauteloso. Na verdade, cingidos ao seu teor literal – que nunca é elemento determinante da interpretação –, ficamos apenas conscientes de que a alienação determinada pelo Banco de Portugal não constitui fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa. O que não quer dizer que não se encontrem outros fundamentos para o exercício destes ou outros direitos, que seriam reconhecidos no quadro negocial, atentos a disciplina legal e os princípios fundamentais que regem o direito contratual. De outro modo, aliás, não poderia ser. Consoante os direitos em causa e dependendo da conformação do caso *sub iudice*, poderiam ser as próprias normas constitucionais – na medida em que elevam os direitos dos consumidores a direitos fundamentais, na categoria de direitos de natureza económica e social, e na medida em que o cliente do banco pode ser configurado, em abstrato, como consumidor – a impedi-lo. Independentemente da situação consumerística que particularmente se possa detetar¹¹, sempre haverá que considerar não ser possível que um específico instrumento venha pôr em causa toda a arquitetura negocial. Na verdade, isso implicaria deitar por terra princípios normativos fundamentais, que, com a sua natureza transpositiva, sustentam materialmente, informando e enformando, todo o direito privado e a própria intencionalidade do negócio jurídico.

Como bem se compreenderá, trata-se de uma solução de suma importância para o problema que nos propomos tratar.

1.2.2 Transferência da atividade para um banco de transição

Num outro cenário, o Banco de Portugal pode determinar a transferência parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito que constituam ativos, passivos,

¹¹ Sobre a possibilidade de o direito do consumo se aplicar no quadro de uma relação bancária, cf. RODRIGUES, Sofia Nascimento. *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 30 e ss.; CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 315; MONTEIRO, A. Pinto. A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor. *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes*, Coimbra, vol. LVII, tomo II, 2014, p. 2.320 s. (considerando que muitas normas do direito bancário visam a proteção do consumidor em sentido próprio, enquanto outras visam «finalidades de tutela dos destinatários, sem os identificar, contudo, com os consumidores, mesmo que o legislador ou a doutrina as justifiquem com considerações gerais de proteção dos consumidores». O Autor refere, também, as regras institucionais, «uma vez que os poderes de controlo, regulação e supervisão das instituições de crédito, visando diretamente, em nome do interesse público, o funcionamento regular, estável, são e prudente do sistema bancário, visam também, ao mesmo tempo ou, pelo menos, indiretamente, a proteção dos depositantes e dos sistemas, dos “consumidores” de serviços bancários» – pág. 2321).

Veja-se ainda, a este propósito, o artigo 321.º/3 CVM, que equipara o investidor não qualificado ao consumidor, e a posição de Gonçalo Castilho dos Santos acerca do preceito. Vide SANTOS, Gonçalo Castilho dos. A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente. In: *Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 44 e ss.

Em sentido contrário, cf. ASCENSÃO, J. Oliveira. A protecção do investidor. In: *Direito dos Valores Mobiliários*. v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 38 e ss., considerando que a proteção específica que o investidor não qualificado tem dispensa a aplicação das regras próprias do direito do consumo.

elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, e a transferência da titularidade das ações ou de outros títulos representativos do seu capital social para instituições de transição para o efeito constituídas, com o objetivo de permitir a sua posterior alienação. Trata-se, agora, de outra medida de resolução, prevista no artigo 145.º-O RGICSF, a exigir a constituição de um banco de transição, uma pessoa coletiva autorizada a exercer as atividades relacionadas com os direitos e obrigações transferidos, cujo capital é detido pelo Fundo de Resolução. Também neste caso, a decisão do Banco de Portugal de transferir total ou parcialmente os direitos e obrigações de uma instituição de crédito para outra constituída para o efeito produz, *ex lege*, o efeito de transmissão da titularidade dos direitos e obrigações da primeira para a segunda. Do mesmo modo, repetem-se, neste quadro, as regras segundo as quais a decisão produzirá efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação (artigo 145.º-O/7 RGICSF), e a cessão não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa (artigo 145.º-O/8 RGICSF). Há, portanto, que interpretar a última disposição citada nos mesmíssimos termos que foram referidos a propósito da alienação parcial ou total dos direitos e obrigações para outra instituição. Nessa medida, e no tocante ao impedimento de invocar a alteração de condições, importa considerar que ela não obsta a que o sujeito possa alegar – não por virtude da aplicação da medida de resolução, mas com outro fundamento (que pode inclusivamente passar pelos factos que determinaram a necessidade de intervenção do regulador) – a alteração superveniente das circunstâncias. No fundo, teremos de concluir, preliminarmente, que o nosso problema não encontra uma solução diretamente ditada pelo legislador nas normas em apreço.

Nos termos do artigo 145.º-Q/1 RGICSF, cabe ao Banco de Portugal a seleção dos direitos, obrigações, ações e outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução a transferir para a instituição de transição no momento da sua constituição. Não poderá, no entanto, haver transmissão de quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação (artigo 145.º-Q/3 RGICSF). Ademais, o Banco de Portugal pode a todo o tempo transferir direitos e obrigações da instituição de transição para um veículo de gestão de ativos constituído para o efeito, aplicando-se o disposto nos artigos 145.º-S e 145.º-T RGICSF, quando tal seja necessário para assegurar as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C do mesmo diploma ou para facilitar a cessação da atividade da instituição de transição nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 145.º-R; transferir outros direitos e obrigações e a titularidade de ações ou de títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição; devolver à instituição de crédito objeto de resolução direitos e obrigações que haviam sido transferidos para a instituição de transição ou devolver a titularidade de ações ou de títulos representativos do capital social da

instituição de crédito objeto de resolução aos respetivos titulares no momento da deliberação prevista no n.º 1 do artigo 145.º-P, não podendo a instituição de crédito objeto de resolução ou aqueles titulares opor-se a essa devolução, desde que estejam reunidas as condições previstas no número seguinte. Nesta seleção, o Banco de Portugal haverá de ter em conta que o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução, acrescido, sendo caso disso, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo.

1.2.3 Segregação de ativos

Nos termos do artigo 145.º-S RGICSF, o Banco de Portugal pode também determinar que a transferência de direitos e obrigações de uma instituição de crédito ou de uma instituição de transição que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição seja feita para veículos de gestão de ativos para o efeito constituídos, com o objetivo de maximizar o seu valor com vista a uma posterior alienação ou liquidação. Trata-se de uma pessoa coletiva criada para receber e administrar a parte ou a totalidade dos direitos e obrigações de instituições de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição, repetindo-se nesta sede algumas das regras a que nos referimos anteriormente a propósito das outras medidas de resolução. Designadamente, também ao nível da segregação de ativos, a decisão de transferência produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a transferência, e não fica dependente do consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição, das partes em contratos relacionados com os direitos e obrigações a alienar nem de quaisquer terceiros, não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa. As regras de seleção dos direitos e obrigações a transmitir, constantes do artigo 145.º-T RGICSF, mostram-se, igualmente, consonantes com as suas congéneres em matéria de alienação de parte ou totalidade da atividade para uma instituição já operante e em matéria de transmissão de direitos e obrigações para uma instituição de transição.

1.2.4 Recapitalização interna

Nos termos do artigo 145.º-U RGICSF, o Banco de Portugal pode determinar a aplicação de uma medida de recapitalização interna para reforçar os fundos próprios de uma instituição de crédito na medida suficiente para lhe permitir voltar a cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e obter financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros, nos casos em que exista uma perspetiva razoável de que a aplicação da medida, juntamente com outras medidas relevantes, permitirá alcançar as finalidades previstas no artigo 145.º-C e

restabelecer a solidez financeira e a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito, através da redução do valor nominal dos créditos que constituam passivos da instituição de crédito objeto de resolução que sejam créditos elegíveis e do aumento do capital social por conversão dos créditos elegíveis mediante a emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução. Os créditos elegíveis são os que não sejam instrumentos de fundos próprios e que não estejam excluídos da aplicação da medida de recapitalização interna nos termos do disposto no n.º 6. De acordo com este preceito, a medida não pode ser aplicada a depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, dentro do limite previsto no artigo 166.º RGICSF; créditos que beneficiem de garantias reais; créditos de instituições de crédito e de empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas *c)* ou *f)* do n.º 1 do artigo 199.º-A RGICSF, com exceção do serviço de colocação sem garantia, com um prazo de vencimento inicial inferior a sete dias, com exceção das entidades que façam parte do mesmo grupo; créditos cujo vencimento ocorrerá em menos de sete dias, sobre sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários, aos seus operadores ou aos seus participantes, decorrentes da participação nesses sistemas; créditos de trabalhadores em relação ao vencimento, prestações de pensão ou outras remunerações fixas vencidas, com exceção da componente variável da remuneração não regulamentada por convenções coletivas de trabalho, salvo a componente variável da remuneração dos responsáveis pela assunção de riscos significativos identificados no artigo 115.º-C; créditos de prestadores de bens e serviços considerados estratégicos para o funcionamento corrente da instituição de crédito, incluindo serviços informáticos, serviços de utilidade pública e o arrendamento, reparação e manutenção de instalações; créditos por impostos do Estado e das autarquias locais que gozem de privilégio creditório; créditos do Fundo de Garantia de Depósitos relativos ao pagamento das contribuições.

O Banco de Portugal pode, ainda, nos termos do artigo 145.º-U/2 RGICSF, converter os créditos elegíveis da instituição de crédito objeto de resolução em capital social da instituição de transição mediante a emissão de ações ordinárias e reduzir o valor nominal dos créditos elegíveis da instituição de crédito objeto de resolução a transferir para a instituição de transição ou reduzir o valor nominal dos créditos elegíveis da instituição de crédito objeto de resolução a transferir nos termos do disposto nos artigos 145.º-M e 145.º-S RGICSF.

A aplicação da medida de recapitalização interna segue as regras constantes no artigo 145.º-V RGICSF. Uma vez aplicados os poderes que o Banco de Portugal tem nesta sede, o órgão de administração da instituição de crédito objeto de resolução elabora e apresenta-lhe, no prazo de 30 dias contados da aplicação da medida, um plano de reorganização do negócio que inclua: a) o diagnóstico pormenorizado dos fatores, circunstâncias e problemas que conduziram a instituição de crédito objeto de resolução ao risco ou situação de insolvência; b) a descrição das medidas destinadas a repor a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito objeto de resolução ou de parte da sua atividade num prazo adequado, que podem incluir a reorganização das suas atividades; alterações aos seus sistemas operacionais e às suas infraestruturas internas; a cessação das atividades que gerem prejuízos; a reestruturação das atividades existentes que possam ser tornadas competitivas; a alienação de ativos ou de linhas de negócio; c) o calendário de execução dessas medidas. O Banco de Portugal aprova o plano de reorganização do negócio caso decida, em acordo com o Banco Central Europeu nos casos em que este seja, nos termos da legislação aplicável, a autoridade de supervisão da instituição de crédito, no prazo de 30 dias a contar da data de receção do mesmo, que as

medidas nele previstas permitirão repor a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito. Se o Banco de Portugal, em acordo com o Banco Central Europeu, entender que o plano de reorganização de negócio não permite repor a viabilidade a longo prazo da instituição de crédito, notifica o respetivo órgão de administração dos problemas detetados e exige a apresentação no prazo de 15 dias de um novo plano que dê resposta a esses problemas. O Banco de Portugal decide, no prazo de sete dias, se as medidas previstas no novo plano de reorganização do negócio permitem resolver os problemas detetados nos termos do disposto no número anterior. Uma vez aprovado o plano, o órgão de administração da instituição de crédito executa o plano de reorganização do negócio aprovado e apresenta ao Banco de Portugal, a cada 180 dias, um relatório sobre os progressos alcançados na sua execução.

2 OS PODERES DE RESOLUÇÃO

O artigo 145.º AB RGICSF confere, com grande amplitude, uma panóplia de direitos de resolução ao Banco de Portugal:

a) dispensar temporariamente a instituição de crédito objeto de resolução da observância de normas prudenciais pelo prazo máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos; b) suspender, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, obrigações de pagamento ou de entrega nos termos de um contrato em que a instituição de crédito objeto de resolução seja parte, desde o momento da publicação prevista na alínea *a)* do n.º 5 do artigo 145.º-AT até ao final do dia útil seguinte ao dessa publicação, ficando as obrigações de pagamento e de entrega das contrapartes nos termos desse contrato suspensas pelo mesmo período; c) restringir, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, a possibilidade de os credores beneficiários de garantias reais da instituição de crédito objeto de resolução executarem as suas garantias, desde o momento da publicação prevista na alínea *a)* do n.º 5 do artigo 145.º-AT até ao final do dia útil seguinte ao dessa publicação; d) suspender, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições de uma parte nos contratos celebrados com a instituição de crédito objeto de resolução, entre o momento da publicação prevista na alínea *a)* do n.º 5 do artigo 145.º-AT e o final do dia útil seguinte ao dessa publicação, desde que as obrigações de pagamento e de entrega e a prestação de garantias continuem a ser cumpridas; e) suspender, tendo em conta o respetivo impacto no funcionamento dos mercados financeiros, os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições de uma parte nos contratos celebrados com uma filial da instituição de crédito objeto de resolução, entre o momento da publicação prevista na alínea *a)* do n.º 5 do artigo 145.º-AT e o final do dia útil seguinte ao dessa publicação, desde que as obrigações de pagamento e de entrega e a prestação de garantias continuem a ser cumpridas, caso: i) as obrigações previstas nesse contrato sejam garantidas, cumpridas ou de outra forma asseguradas pela instituição de crédito objeto de resolução; ii) os direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições previstos nesse contrato tenham como fundamento a situação financeira ou, no caso de contratos regidos por lei estrangeira, a entrada em liquidação da instituição de crédito objeto de resolução; e iii) quando tenham sido transferidos direitos, obrigações, a titularidade de ações ou de outros títulos representativos do

capital social da instituição de crédito objeto de resolução, todos os direitos e obrigações da filial relativos a esse contrato tenham sido ou possam vir a ser transferidos e assumidos pelo transmissário, ou o Banco de Portugal preste de qualquer outra forma proteção adequada às obrigações previstas no contrato; f) encerrar temporariamente balcões e outras instalações da instituição de crédito objeto de resolução em que tenham lugar transações com o público pelo prazo máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos; g) determinar, a qualquer momento, que quaisquer pessoas e entidades prestem, no prazo razoável que este fixar, todos os esclarecimentos, informações e documentos, independentemente da natureza do seu suporte, e realizar inspeções aos estabelecimentos de uma instituição de crédito objeto de resolução, proceder ao exame da escrita no local e extrair cópias e traslados de toda a documentação pertinente; h) exercer, diretamente ou através de pessoas nomeadas para o efeito pelo Banco de Portugal, os direitos e competências conferidos aos titulares de ações ou de outros títulos representativos do capital social e ao respetivo órgão de administração e administrar ou dispor dos ativos e do património da instituição de crédito objeto de resolução; i) exigir que uma instituição de crédito objeto de resolução ou uma instituição de crédito-mãe relevante emita novas ações, outros títulos representativos do capital social ou outros valores mobiliários, incluindo ações preferenciais e valores mobiliários de conversão contingente; j) modificar a data de vencimento de instrumentos de dívida e outros créditos elegíveis sobre uma instituição de crédito objeto de resolução, o montante dos juros devidos ao abrigo de tais instrumentos e de outros créditos elegíveis ou a data de vencimento dos juros, nomeadamente através da suspensão temporária de pagamentos, com exceção dos créditos que beneficiem de garantias reais previstos no n.º 6 do artigo 145.º-U; k) liquidar e extinguir contratos financeiros ou contratos de derivados para efeitos da aplicação dos n.ºs 5 a 8 do artigo 145.º-V; l) garantir, sem prejuízo do disposto no artigo 145.º-AD e dos direitos de indemnização nos termos do disposto no presente capítulo, que uma transferência de direitos e obrigações, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, e da titularidade de ações ou de outros títulos representativos do capital social produza efeitos sem qualquer responsabilidade ou ónus sobre os mesmos; m) extinguir os direitos a subscrever ou adquirir novas ações ou outros títulos representativos do capital social; n) determinar que as autoridades relevantes suspendam ou excluam da cotação ou da admissão à negociação num mercado regulamentado ou num sistema de negociação multilateral instrumentos financeiros; o) afastar a aplicação ou modificar os termos e condições de um contrato no qual a instituição de crédito objeto de resolução seja parte ou transmitir a um terceiro a posição contratual do transmissário para o qual foram transferidos direitos, obrigações, ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, sem necessidade de obter o consentimento do outro contraente; p) solicitar às autoridades de resolução de Estados-membros da União Europeia onde se encontrem estabelecidas entidades do grupo da instituição de crédito objeto de resolução que auxiliem na obtenção dos esclarecimentos, informações, documentos, ou no acesso aos serviços e instalações, previstos no n.º 1 do artigo 145.º-AP; q) solicitar às autoridades de resolução de Estados-membros da União Europeia onde estejam situados ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais, ativos sob gestão e ações ou outros títulos representativos do capital social, objeto de uma decisão do Banco de Portugal de transferência, que prestem toda a assistência necessária para assegurar a produção de efeitos daquela transferência; r) exigir que o transmissário para o qual foram transferidos direitos, obrigações, ações ou outros instrumentos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução preste a esta toda a assistência, esclarecimentos, informações e documentos, independentemente da natureza do seu suporte, relacionados com a atividade transferida.

Tais poderes explicam-se, sobretudo, pela necessidade de não privar de eficácia a medida de resolução aplicada. Eles não vão, porém, até pela limitação temporal que muitos deles comportam, ao ponto de criar um espaço de não-direito. O dado alerta-nos para a importância de ponderar o nosso problema de base – a aplicabilidade ou não do regime da alteração superveniente das circunstâncias – em face de um cenário do qual resultou a aplicação de uma medida de resolução.

3 O PROBLEMA DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Ao longo das normas, constantes do RGICSF, que disciplinam as diversas medidas de resolução, constata-se que o legislador foi particularmente cauteloso para que a mobilização de regimes específicos do mundo negocial não privasse de eficácia as referidas medidas. É com essa intencionalidade que se prescreve, em diversos pontos, que a cessão da posição contratual que a medida envolve não pode constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa¹² ou que determina a suspensão de tais direitos, designadamente quando eles tenham como fundamento a situação financeira da instituição bancária e desde que se cumpram determinados requisitos.

A dúvida inicialmente patenteada – acerca da alteração superveniente das circunstâncias – parece ganhar, assim, todo o sentido.

Sobre ela muito haverá a dizer.

Em primeiro lugar, importa considerar que os mesmos factos que constituem fundamento para a aplicação da medida de resolução podem constituir fundamento para o exercício do direito à resolução ou modificação do contrato por alteração superveniente das circunstâncias. Do que se trata, de acordo com a prescrição legislativa, é de, por um lado, suspender e não excluir tais direitos, e, por outro lado, de considerar que a aplicação da medida de resolução em si mesma não é justificação bastante para o recurso à alteração superveniente das circunstâncias.

Há, assim, que considerar diversas realidades: desde logo, a cessão de direitos e deveres (entendida como uma cessão da posição contratual) não pode ser tida como fundamento para a alteração superveniente das circunstâncias; por outro lado, a aplicação de uma medida de resolução não pode, também, ser entendida como justificação bastante para se lançar mão do expediente. Resta, portanto, saber se os mesmíssimos fundamentos que determinam a intervenção do regulador podem ou não ser de molde a fundar a mobilização do regime.

Em termos mais amplos, a questão que se coloca é a de saber se a alteração superveniente das circunstâncias, tal como vai pensada no artigo 437º CC português, é ou não invocável a este nível. A dúvida passa por dois segmentos problemáticos: em primeiro lugar, pode a alteração superveniente das circunstâncias ser invocada quando lidamos com um contrato que se caracteriza pelo risco, como por exemplo o negócio que envolve a subscrição

¹² Artigos 145º-O/8, 145º-N/9, 145º-S/10, 145º-AB/1 d) e e) RGICSF.

de valores mobiliários¹³?; em segundo lugar, pode a alteração da estabilidade financeira da instituição bancária ser vista como uma modificação relevante das circunstâncias para este efeito?

No que respeita à primeira dúvida, cremos que a resposta deve ser positiva. Consoante explica Carneiro da Frada,

à partida, a possibilidade de resolver ou modificar um contrato por alteração de circunstâncias abrange, segundo o artigo 437.º/1 CC, qualquer tipo de contrato. Inclusivamente, aqueles, por conseguinte, que apresentam uma forte exposição a riscos ou, mesmo, os que têm o risco por objeto, podem estar sujeitos à resolução ou à modificação [...]¹⁴.

Ou seja, não é pelo facto de a subscrição de valores mobiliários envolver riscos que se pode excluir liminarmente a possibilidade de recurso ao regime da alteração superveniente das circunstâncias. Segundo alguns autores, o CVM admite, no tocante às ofertas de valores mobiliários e já depois de haver uma declaração irrevogável, a relevância da alteração das

¹³ Não trataremos, agora, de forma analítica as diversas relações que podem estabelecer-se entre o investidor e o banco. Apenas deixamos uma nota que nos parece importante. Na verdade, consoante o tipo de contrato celebrado e as cláusulas concretamente nele insertas, assim o risco do contrato pode correr exclusivamente por conta do investidor ou também por conta da instituição bancária. Tudo passa por saber, na verdade, se ao contrato de investimento foi ou não aposta uma cláusula que garanta uma rendibilidade mínima ao investidor. Sobre o ponto, embora numa perspetiva diversa, *cf.* FRADA, M. Carneiro da. Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias. In: *Forjar o Direito*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 56 e ss.

¹⁴ FRADA, Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias, p. 57.

A posição não é unânime. Hélder Mourato, a propósito dos contratos *swaps*, caracterizados pela sua aleatoriedade, nega a possibilidade de aplicação do regime da alteração superveniente das circunstâncias – *cf.* MOURATO, Hélder. *Swap* de taxa de juro: A primeira jurisprudência. *Caderno de Valores Mobiliários*, Lisboa, n. 44, 2013, p. 44 e ss. No mesmo sentido, embora de uma forma que nos parece menos contundente, CALHEIROS, Maria Clara. O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global. *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n. 42, 2013, p. 12; CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II (Direito das Obrigações). t. IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 259 e ss.

Em sentido contrário, e portanto concordante com M. Carneiro da Frada, *vide* ASCENSÃO, J. de Oliveira. *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-alteracao-das-circunstancias-e-justica-contratual-no-novo-codigo-civil.pdf>; ASCENSÃO, J. de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 200 e ss.; FREITAS, J. Lebre de. Contrato de *Swap* meramente *Especulativo* – Regimes de validade e de alteração das circunstâncias. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 72, v. IV, 2012, p. 959 e ss.; COSTA, Tiago Sousa Freitas e. Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro – anotação jurisprudencial. *O Direito*, Lisboa, 146/2, 2014, p. 530 e ss.; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 316 e ss.; LEITÃO, L. Menezes. *Direito das Obrigações*. v. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 132 (fazendo a distinção entre as situações em que há limites assumidos ao risco, relativamente às quais é possível o recurso à alteração superveniente das circunstâncias, e aquelas em que tais limites não se estabelecem).

Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, *cf.* PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias. In: MONTEIRO, Pinto (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da FDUC, 2015, p. 71 e ss., p. 106 e ss. (*cf.*, igualmente, págs. 97 e ss., dando conta do posicionamento do ordenamento jurídico italiano – no qual as normas sobre onerosidade excessiva não são aplicáveis aos contratos que sejam aleatórios; e do ordenamento jurídico alemão – no qual se entende que não se aplica a alteração superveniente das circunstâncias aos contratos que envolvam um momento especulativo).

circunstâncias¹⁵. Por outro lado, a referência do artigo 437.º CC aos *riscos próprios do contrato* pode ser entendida, segundo parte da doutrina, no sentido da afirmação da subsidiariedade do regime da alteração superveniente das circunstâncias. Assim, enquanto alguns autores sustentam que o requisito leva a uma análise da *alea* subjacente ao negócio, outros afirmam que o que está em causa é a subsidiariedade do instituto, uma vez que a alteração que ocorresse dentro da *alea* do contrato seria sempre normal, não implicando a contrariedade à boa-fé¹⁶.

Maiores problemas suscita, portanto, a segunda questão formulada. A lograda resposta que lhe podemos oferecer fica dependente do que se entenda pela alteração superveniente das circunstâncias¹⁷.

O artigo 437.º CC estabelece como pressupostos para a resolução ou a modificação do contrato com base na alteração superveniente das circunstâncias que se verifique uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e que

¹⁵ Sobre o ponto, cf. DUARTE, Diogo Pereira. *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*. Trabalho ainda não publicado, 2014, p. 321 e ss., referindo-se, embora, às ofertas públicas de aquisição. O Autor considera que a OPA é uma proposta contratual, qualificando-a, portanto, como um negócio unilateral, pelo que sustenta não ser correta a interpretação que nega a relevância da alteração das circunstâncias aos negócios unilaterais. Não cremos, porém, que a conclusão possa ser assumida sem mais. Na verdade, uma proposta negocial não pode ser entendida como um negócio jurídico unilateral. Sobre o ponto, cf. PINTO, C. A. Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. (por A. Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 388. Não obstante, e pese embora alguma clivagem em relação ao artigo 437.º CC, parece-nos evidente que o artigo 128.º CVM consagra a relevância da alteração das circunstâncias, o que se explica pela não-revogabilidade da proposta.

¹⁶ Cf. CORDEIRO, A. Menezes. Da alteração das circunstâncias. In: *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: FDUL, 1989, p. 293 e ss.; p. 332. Dando conta da divisão da doutrina quanto a este ponto, cf. DUARTE, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*, p. 353, e considerando que o requisito se refere às duas possibilidades. Para o autor, a parte final do artigo 437.º/1 tem «o sentido de consagrar a supletividade da alteração das circunstâncias perante as regras gerais da imputação do risco»; «no entanto, atendendo ao quadro legal de distribuição do risco entre as partes perante a execução dos contratos, o significado do último requisito do artigo 437.º/1 não pode ser o de traçar a supletividade perante este regime geral de repartição do risco, ou de outro modo o artigo 437.º seria inaplicável, uma vez que seria supletivo perante o regime da impossibilidade que tem pretensão de abarcar todas as hipóteses, já que [...] faz correr o risco de aumento do custo da prestação pelo devedor enquanto não se der a impossibilidade absoluta e objetiva da prestação», o que significa que «o último requisito do artigo 437.º/1, o requisito negativo, apenas procura traçar a supletividade do instituto da alteração das circunstâncias perante os regimes especiais de repartição do risco».

Veja-se, ainda, sobre o ponto, numa perspetiva que nos leva a contemplar os regimes específicos de distribuição do risco entre os contraentes, FRADA, *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias*, p. 72. Cf., tb., PINTO, *O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias*, p. 83 e ss., considerando que os riscos próprios do contrato nos levam à consideração da *álea normal* do contrato, tendo em conta a afetação do risco feito pelo contrato e pelas normas legais.

¹⁷ Sobre o ponto, veja-se, ainda, SERRA, Adriano Vaz. *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 68, 1957, p. 293 e ss.; MONTEIRO, A. Pinto. *Erro e Vinculação Negocial (a Propósito da Aplicação do Bem a Fim Diferente do Declarado)*. Coimbra: Almedina, 2002; PINTO, *Teoria Geral*, p. 605 e ss.; FERNANDES, L. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Quid Iuris: Lisboa, 2001; MONTEIRO, A. Pinto Monteiro; GOMES, Júlio. *A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)*. *Juris et de Jure – Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica*. Porto: UCP, 1998, p. 17 e ss.

se constate que a manutenção do contrato afetaria gravemente os princípios da boa-fé, não estando abrangida pela *álea* própria do negócio¹⁸.

De acordo com os ensinamentos da doutrina, o problema da alteração superveniente das circunstâncias envolveria uma dupla possibilidade interpretativa: por um lado, apontaria para um sentido subjetivo, a rememorar a doutrina da pressuposição, embora corrigida pela consideração da base do negócio. A pressuposição deficiente só seria, nessa medida, relevante «quando for conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, teria tal pretensão ou deveria ter aceitado segundo a boa-fé»; por outro lado, apontaria para um sentido objetivo da base negocial, a integrar, segundo a lição de Larenz, os casos que envolvem a turbação da equivalência (prestação e contraprestação já não se equivaleriam em termos de relação de valor) e os que envolvem a frustração do escopo contratual (um objetivo contratual tornar-se-ia impossível em termos imputáveis, a título de risco, a uma das partes)¹⁹.

¹⁸ A este propósito, atente-se na lição de CORDEIRO, A. Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1106. Para o Autor, «a locução [do artigo 437.º], através de Vaz Serra, situa-se na área de Oertmann, tendo um laivo subjetivo no seu teor. Sabe-se hoje que esta via não procede. A alteração diz respeito ao circunstancialismo que rodeia o contrato, objetivamente tomado, desde que se lhe reporte. A fórmula legal é, no entanto, útil, por deixar claro que não se trata de superveniência a nível das aspirações subjetivas extracontratuais de uma parte; deve haver uma afetação do próprio contrato enquanto tal, e, nessa medida, ambos os celebrantes estão implicados».

Segundo Mota Pinto, parece não se acolher, no citado preceito, quer a doutrina da pressuposição de Windscheid, que levaria à «revogação do negócio sempre que a pressuposição fosse reconhecível para a outra parte», quer a doutrina da base negocial na versão de Oertmann (segundo a qual a eficácia dos negócios está ligada à subsistência da sua base, entendendo-se por base negocial as representações de uma das partes sobre a existência de certas circunstâncias consideradas basilares, desde que a outra parte as reconheça como importantes, sem as contradizer), uma vez que ambas as soluções facilitariam demasiado a extinção do contrato – cf. *Teoria Geral*, p. 610. Explica o civilista que preferível seria, portanto, a doutrina da base negocial na formulação proposta por Lehmann. De acordo com esta posição, «a pressuposição deficiente só é relevante quando for conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, teria tal pretensão ou deveria ter aceitado segundo a boa fé» (p. 610-611).

Manuel de Andrade (*Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*. 9. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 403 e ss., também citado por Mota Pinto a este propósito, que neste ponto acompanhamos de muito perto), introduz nesta teoria uma ligeira alteração. Haveria lugar à modificação do contrato, ainda, nos casos em que a *boa-fé* justifique o resultado, embora não exigisse a aceitação da cláusula de condicionamento na data do negócio. Segundo explica Mota Pinto, «é o que tem lugar, por exemplo, quando num contrato bilateral se verifica o que Larenz chama uma turbação da equivalência, isto é, quando, em consequência de eventos imprevisíveis [...], as relações de ambas as partes se tornaram uma grosseira não relação, de modo que o contrato não satisfaz já o seu sentido como contrato de troca».

Sobre o último autor citado, cf. LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 5. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1980, p. 358 e LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1987, p. 300 e ss. Larenz distingue um sentido subjetivo da base do negócio (seria contrário à boa-fé que, tendo-se alterado as circunstâncias aceites por ambas as partes no momento da formação do contrato, uma delas venha exigir à outra o cumprimento do acordado) e um sentido objetivo da base negocial. Aqui integraria dois grupos de casos: aqueles que envolvem a turbação da equivalência (prestação e contraprestação já não se equivaleriam em termos de relação de valor); e os que envolvem a frustração do escopo contratual (um objetivo contratual tornar-se-ia impossível em termos imputáveis, a título de risco, a uma das partes). Para uma apreciação crítica da posição do autor alemão, cf. CORDEIRO, *Da Boa-Fé*, p. 1050.

¹⁹ Cf. também, nesse sentido, DUARTE, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*. Negando o interesse prático-normativo da distinção entre a base negocial subjetiva e objetiva e as chamadas grande base do negócio e pequena base do negócio, cf. PINTO, *O contrato como instrumento de gestão do risco*

Na síntese de Carneiro da Frada, duas são as ideias fundamentais a reter nesta matéria:

a) em primeiro lugar, a receção e aplicação da alteração de circunstâncias esteve desde sempre relacionada com momentos de profunda alteração do contexto socioeconómico e político vigente numa determinada comunidade jurídica [...]; b) em segundo lugar, a modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias exige, invariavelmente, a ponderação valorativa dos dois vetores dogmáticos: a autonomia privada, por um lado, e a boa-fé, por outro²⁰.

No mesmo sentido, Menezes Cordeiro²¹ alerta para que a autonomia privada implica riscos e «anda com a responsabilidade sempre ao seu lado», pelo que os critérios de relevância da alteração das circunstâncias – a responderem ao facto de o contrato poder ser, depois de modificada de forma imprevista e radical a realidade envolvente, já outro – deverão representar, de algum modo, um compromisso com a estabilidade, a protecção da confiança, já que «não se poderá [...] determinar uma correspondência do conteúdo contratual a todas as flutuações das circunstâncias cuja previsão levou ao negócio»²²; quer porque, a ser afirmativa a resposta à questão da eventual modificação do contrato com base no regime mencionado, teremos de ponderar, e porque ele, no fundo, apela também à boa-fé, em que medida isso não contraria o sentido da vinculação das partes.

Na concretização destas ideias, e continuando a acompanhar a exposição de Carneiro da Frada, pode dizer-se que a alteração superveniente das circunstâncias implica uma

enorme indeterminação, suscetível por isso de abranger, consoante os casos, uma multiplicidade de situações sobre as quais qualquer uma das partes alicerçou a sua decisão de contratar (circunstâncias familiares, do domínio da natureza, contingências próprias do ramo de atividade a que se dedica ou em jogo no contrato)²³.

Não será, contudo, qualquer modificação que pode justificar a mobilização do preceito em causa. Por isso, deve entender-se que, mesmo quando respeitantes a uma base subjetiva, as circunstâncias pressupostas devem ter sido conhecidas ou cognoscíveis pela contraparte no momento da celebração do negócio e se exija que, se tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância pressuposta, a boa-fé o tivesse exigido.

A estabilidade financeira do emitente do empréstimo obrigacionista é um daqueles elementos que é necessariamente sopesado no momento da celebração do negócio. A este propósito, Diogo Pereira Duarte considera – tomando como ponto de partida um caso em

de alteração das circunstâncias, p. 83 e ss. Para o autor, a distinção nem é decisiva do ponto de vista dogmático, como não tem relevância legal autónoma.

²⁰ FRADA, Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias, p. 65.

²¹ CORDEIRO, A. Menezes, *Da Boa-Fé*, p. 1092.

²² Cf. PINTO, *Teoria Geral*, p. 607.

²³ FRADA, Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias, p. 70.

que, em Portugal, foi aplicada uma medida de resolução – que a situação financeira das empresas do grupo Espírito Santo não permitia prever a hecatombe financeira que viria a ocorrer no futuro. Os resultados divulgados a 30-7-2014 refletiam a prática de atos de gestão gravemente prejudiciais dos interesses do banco. Tais factos tiveram lugar ainda durante o mandato da administração da família Espírito Santo, em benefício de entidades do grupo Espírito Santo e foram levados a cabo num momento em que a substituição da anterior administração já estava anunciada, traduzindo-se num prejuízo adicional para o banco de 1,5 milhões de euros, face ao que era de esperar da comunicação do BES ao mercado de julho de 2014. Foram esses atos que colocaram o BES numa situação de incumprimento de rácios mínimos de solvabilidade, determinaram a suspensão do acesso à liquidez do Eurosystema e agravaram a incerteza relativamente ao balanço do BES, inviabilizando a solução de aumento de capital privado. Ora, tais atos, determinantes da adoção da medida de resolução, estiveram na base do prejuízo que a cliente veio a sofrer. Mas consubstanciam, também, uma alteração substancial das condições de investimento, imputável ao acionista que controlava o banco. Nessa medida, sustenta ser possível invocar o artigo 437.º CC para defender a existência de uma alteração superveniente das circunstâncias, devendo ser permitida ao acionista a resolução do negócio, com eficácia retroativa²⁴.

A modificação relevante, a dar-se como certa, só pode referir-se à base negocial subjetiva. Ora, estamos em crer que, até pela necessidade dar cumprimento ao disposto nos artigos 244.º e seguintes do CVM, a alteração da situação financeira não pode ser considerada irrelevante, do ponto de vista da ponderação articulada entre a autonomia privada e a boa-fé, donde, a verificar-se, justifica, no mínimo, a dúvida acerca da mobilização do disposto no artigo 437.º CC²⁵. Não se ignora que os produtos financeiros em questão envolvem, pela sua natureza, um risco de perda que corre por conta do investidor obrigacionista. Mas não se desconhece, também, que, alterando-se substancialmente o quadro de investimento, esse risco supera aquele que tinha sido ponderado pelas partes. Simplesmente, tudo isto há de ser sopesado tendo como referente dialógico o quadro da medida de resolução. De facto, a adoção de uma medida de resolução tem como pressuposto uma situação de insolvência (ou quase insolvência) da instituição bancária. Por isso, a alteração das condições de investimento não agrava a posição do investidor, que com base nessa situação não conseguiria resolver o negócio. Acresce que a intencionalidade do regime normativo em causa passa, exatamente, pela consideração de que, depois dos acionistas, os credores, segundo a hierarquia dos seus créditos, são chamados a suportar o prejuízo. Parece-nos, portanto, que se inclui dentro do risco próprio do contrato celebrado entre o credor obrigacionista e a instituição bancária a perda do investimento por degradação das condições financeiras do emitente, não se devendo, fora situações excecionalíssimas e apenas detetáveis *in concreto*, admitir a

²⁴ Cf. DUARTE, *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*, p. 631.

²⁵ Com especial importância para esta matéria, vejam-se, também, os artigos 355.º/4 b) e 7 CSC; e os artigos 293.º e 359.º CSC. Cf., também, os artigos 348.º e 349.º CSC, relativos aos requisitos para que uma sociedade possa emitir obrigações e relativos às limitações à emissão dessas obrigações.

Havendo alterações às condições de emissão, prevê-se, por não ser exequível obter o consentimento de todos os titulares das obrigações para se modificar o mútuo subjacente, a constituição de uma assembleia obrigacionista, que delibera esse consentimento. Exige-se um quórum maioritário. Sobre o ponto, cf. CÂMARA, Paulo. *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 142.

É claro que, sendo aplicada uma medida de resolução, a modificação não será fruto da autonomia contratual do emitente, donde se prescinde de qualquer aceitação por parte dos investidores obrigacionistas. Mas isto mostra que as condições de emissão não são de todo irrelevantes para a manutenção, em termos compatíveis com a boa-fé, do negócio tal como ele foi firmado.

invocação do artigo 437.º CC²⁶. Para tanto, é necessário que o risco verificado com a alteração das circunstâncias ultrapasse o risco assumido com a contratação diante da instituição financeira.

■ CONCLUSÕES

Se é certo que o legislador português quis restringir a possibilidade de se invocar a alteração superveniente das circunstâncias como decorrência da aplicação de uma medida de resolução, não menos seguro é que o expediente não é completamente afastado. Assim, não poderá lançar-se mão do artigo 437º CC português com fundamento na alteração da cessão da posição contratual ínsita à aplicação de uma medida de resolução. Mas já é possível mobilizar o regime quando haja um outro fundamento para ele, ainda que coincidente com os fundamentos que determinaram a aplicação da medida de resolução. Lidando-se, contudo, com contratos financeiros, que têm a envolver-los um especial risco, haveremos de considerar que, em regra, não será o risco de não cumprimento ou risco de insolvência por parte da instituição financeira que permite justificar a mobilização do regime. Teremos, pois, que lidar com um risco que ultrapasse o risco da contratação com a instituição financeira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel de. *Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*. 9. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

ASCENSÃO, J. de Oliveira. *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-alteracao-das-circunstancias-e-justica-contratual-no-novo-codigo-civil.pdf>

_____. A protecção do investidor. In: *Direito dos Valores Mobiliários*. v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Direito Civil: Teoria Geral*. v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

²⁶ Sobre o ponto, cf. CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, p. 154, dando conta do caso que envolveu uma empresa norte-americana que, em 1985, emitiu 5 biliões de dólares de obrigações com a favorável notação de risco de A. Tendo sido, nesse ano, objeto de uma OPA, cujo êxito conduziu a uma profunda reestruturação financeira, foi alvo de uma revisão em baixa do *rating* para BB. Houve uma descida acentuada da cotação das obrigações, com avultados prejuízos para os credores. Por isso, os acionistas demandaram judicialmente a sociedade, alegando a existência de uma cláusula implícita de alterações financeiras profundas, não tendo o tribunal dado razão aos demandantes. Paulo Câmara acrescenta, a este propósito, que estas situações não têm uma resposta adequada por parte do direito. Creemos que a resposta adequada pode ser encontrada no instituto da alteração superveniente das circunstâncias. Contudo, quando ela é invocada no contexto de uma medida de resolução, haveremos de considerar que até a supletividade que caracteriza o regime do referido instituto obsta à sua invocação.

- CALHEIROS, Maria Clara. O contrato de *swap* no contexto da actual crise financeira global. *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n. 42, 2013.
- CÂMARA, Paulo. *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORDEIRO, A. Menezes. *Direito Bancário*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II (Direito das Obrigações). t. IV. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____. Da alteração das circunstâncias. In: *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*. Lisboa: FDUL, 1989.
- COSTA, Tiago Sousa e. *Da Nova Arquitectura Europeia da Supervisão Bancária: Considerações a Propósito do Mecanismo de Resolução* (Dissertação de Mestrado). Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.
- _____. Resolução do contrato de *swap* de taxa de juro – anotação jurisprudencial. *O Direito*, Lisboa, 146/2, 2014.
- DUARTE, Diogo Pereira. *A Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias*. Trabalho ainda não publicado, 2014.
- FERNANDES, L. Carvalho. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Quid Iuris: Lisboa, 2001.
- FRADA, M. Carneiro da. Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias. In: *Forjar o Direito*. Coimbra: Almedina, 2015.
- FREITAS, J. Lebre de. Contrato de *Swap* meramente *Especulativo* – Regimes de validade e de alteração das circunstâncias. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 72, v. IV, 2012.
- LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*. 14 ed. München: Verlag C. H. Beck, 1987.
- _____. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 5. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1980.
- LEITÃO, L. Menezes. *Direito das Obrigações*. v. II. Coimbra: Almedina, 2010.
- MONTEIRO, A. Pinto Monteiro; GOMES, Júlio. *A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias* (breve apontamento). *Juris et de Jure – Nos 20 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica*. Porto: UCP, 1998.
- MONTEIRO, A. Pinto. A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor. *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes*, Coimbra, vol. LVII, tomo II, 2014.
- _____. *Erro e Vinculação Negocial (a Propósito da Aplicação do Bem a Fim Diferente do Declarado)*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MOURATO, Hélder. *Swap* de taxa de juro: A primeira jurisprudência. *Caderno de Valores Mobiliários*, Lisboa, n. 44, 2013.
- PINTO, C. A. Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. (por A. Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias. In: MONTEIRO, Pinto (coord.). *O Contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*. Coimbra: Instituto Jurídico da FDUC, 2015.

QUELHAS, José Manuel. *Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistémico e a Incerteza Sistemática*. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRIGUES, Sofia Nascimento. *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2001.

SANTOS, Gonçalo Castilho dos. A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente. In: *Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2008.

SERRA, Adriano Vaz. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 68, 1957.

SILVA, Mariana Duarte. Os Novos Regimes de Intervenção e Liquidação Aplicáveis às Instituições de Crédito. In: CÂMARA, Paulo (org.). *O Novo Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2012.

TROCADO, Sofia Tibhaut. A Nova Estrutura de Supervisão Bancária em Especial a Autoridade Bancária Europeia. In: CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (org.). *O Novo Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.



EQUALITY OF RESOURCES AND COMPULSORY LICENSING OF COGNITIVE ENHANCEMENT DRUGS

IGUALDADE DE RECURSOS E LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE DROGAS PARA O AUMENTO COGNITIVO

DENIS FRANCO SILVA* | CARLOS A. ROHRMANN**

RESUMO

Em um futuro próximo, a comercialização e disseminação do uso de fármacos buscando aperfeiçoamento cognitivo revela-se provável. Drogas desenvolvidas para fins terapêuticos - como o ritalina e o modafinil – já são frequentemente usadas incorretamente como meios para o aprimoramento cognitivo. Supondo que a principal objeção ao desenvolvimento e mercantilização de tecnologias voltadas ao aperfeiçoamento da base biológica humana refere-se ao risco de aumento de desigualdades substanciais entre pessoas de diferentes classes sociais, o objetivo deste trabalho é investigar o uso de mecanismos de licenciamento compulsório como meio de promoção de acesso universal a drogas desse tipo. Partindo da definição “welfarista” de aperfeiçoamento humano de Julian Savulescu, e também da ideia de igualdade de recursos de Dworkin, as razões que informam o mecanismo de licenciamento compulsório serão analisadas para mostrar que desigualdades de acesso a possibilidades de aumento de bem-estar subjetivo autorizam sua utilização da forma como já ocorre em casos de saúde pública.

Palavras-chave: Licenciamento compulsório; bem-estar subjetivo; igualdade; aperfeiçoamento cognitivo.

ABSTRACT

The use of pharmaceuticals to enhance human capabilities is being proved more and more to be feasible. In fact, drugs developed for therapeutic purposes – like ritalin and modafinil – are frequently misused as means to cognitive enhancement. Assuming that the most powerful objection on the use of human enhancement technologies is the risk of increasing substantial inequalities among persons of different social classes, the aim of this paper is to investigate the use of compulsory licensing mechanisms to grant universal access to drugs of such kind. Departing from Julian Savulescu’s welfarist definition of enhancement, and also from Dworkin’s version of equality of resources, the reasoning underneath compulsory licensing mechanisms will be addressed in order to show that inequalities regarding possibilities of increasing ones subjective welfare can sustain a claim for compulsory licensing as strong as those grounded on public health issues.

Keywords: Compulsory licensing; subjective welfare; equality; cognitive enhancement.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Associado do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

denis.franco@uffj.edu.br

** Doutor em Direito pela University of California, Berkeley. Mestre em Direito Comercial (UFMG). Professor do Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Titular da Academia Mineira de Letras Jurídicas. Procurador do Estado de Minas Gerais.

crohrmann@mcampos.br

Recebido em 19-5-2017 | Aprovado em 19-5-2017¹

¹ Artigo convidado.



SUMÁRIO

INTRODUCTION; 1 APPEALING TO HUMAN NATURE IN BIOETHICS; 2 HUMAN ENHANCEMENT AND EQUALITY; 2.1 Understanding equality as a political value; 2.2 Why enhancement drugs shall be admitted in the market?; 3 INEQUALITY AND UNIVERSAL ACCESS TO COGNITIVE ENHANCEMENT DRUGS: THE CASE FOR COMPULSORY LICENSING; CONCLUSIONS; REFERENCES.

■ INTRODUCTION

One must assume that humans have always tried to enhance themselves by improving their mental, physical and emotional capacities. Biotechnologies already on the horizon can enable humans to be stronger, smarter, to have better memory, to live more and even enjoy richer emotional lives. In fact, drugs initially developed for therapeutic uses are already being frequently misused as enhancement drugs. For example, ritalin and modafinil (developed, initially, to treat TDHA and narcolepsy) are being used in a growing scale by students and professionals as means of improving focus, concentration, memory and state of awareness.

How should a legal system deal with the forthcoming possibility of biomedical enhancements is still in dispute and appears to be highly controversial.

Stefano Rodotà asks about the entitlement and fate of some fundamental rights, “*not surprisingly historically identified as rights of man or human rights*”, that “*in human nature have its foundations*”, such as the right to body integrity².

Francis Fukuyama goes further beyond, asserting that the idea of political equality rests on the empirical fact of natural human equality:

Underlying this idea of the equality of rights is the belief that we all possess a human essence that dwarfs manifest differences in skin color, beauty, and even intelligence. This essence, and the view that individuals therefore have inherent value, is at the heart of political liberalism (...). If we start transforming ourselves into something superior, what rights will these enhanced creatures claim, and what rights will they possess when compared to those left behind?³

One can clearly see that the reasoning above exposed proceeds from an essentialist approach to morality and law. In short, it is the idea of human nature or essence as a source of substantive moral rules or the belief that it is possible to derive substantive moral rules from reflection on human nature.

Although many contemporary scholars appeal to the idea of human nature or human essence, these concepts usually lack any kind of definition. So, what is meant when they talk about human nature?

² RODOTÀ, Stefano. Il corpo e il post umano. In: *Studi in onore di Davide Messinetti*. Napoli: ESI, 2008, p. 01.

³ FUKUYAMA, Francis. *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*. New York: Farrar Straus Giroux, 2002, p. 09.

The idea of banning or forbidding enhancement technologies departing from a concept of “human nature”, especially when talking about enhancement drugs, is the origin of two big problems⁴:

- 1- Enhancement drugs enter the market through the “backdoor”;
- 2- Enhancement drugs are accessible, through questionable means, by a very few members of society.

The idea of “enhancement drugs entering the market through the backdoor” raises concerns about public health and safety for consumers of such medicines. By entering through the backdoor one means that drugs that were developed for therapeutical purposes, without tests or studies concerning the frequent use and possible side-effects and long term consequences in healthy people are being used by a great number of people as a non-therapeutical drug.

The second problem is a problem of access to such medicines. Considering that enhancement drugs, that improve performance and cognitive capabilities might represent some kind of advantage over other people in innumerable social contexts, these drugs arise in the market as positional goods and restricted access to it represents a situation of inequality of resources that lead to increase and perpetuate existing social inequalities regarding wealth, education and social class.

The aim of this paper is to present arguments regarding the embracement of an enhancement enterprise and, assuming the possibility of development and commercialization of cognitive enhancement drugs, to propose at least one mechanism of state intervention to cope with inequalities derived from restrict access: compulsory licensing.

1 APPEALING TO HUMAN NATURE IN BIOETHICS

Appeals to human nature usually play a very specific role on the debate concerning bioethics: human nature acting as a feasibility constraint on morality and thus, on law, which is a logical inference from the assumption of the essentialist premise exposed above regarding the entitlement of rights or the origin of some political values.

The idea of human nature as a feasibility constraint on morality and law assumes that a realistic approach on understanding morality must take into account cognitive and motivational limitations of human beings: the biological “hard-wiring” we happen to have so that any plausible account of our moral obligations to others must take this into consideration. “Ought” implies “can” and what we can do is limited by our evolved biology⁵.

This view is intrinsically connected with the idea of human nature as a constraint on the good for us, an argument with Aristotelian roots: the idea that a being’s nature determines

⁴ BUCHANAN, Allen. *Beyond Humanity? – The Ethics of Biomedical Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁵ BUCHANAN, *op. cit.*

its good by constituting a constraint on what can count as a good life for that particular being. If something is beyond the limits of our nature, pursuing it is morally wrong⁶.

Though, the analysis of bioconservative arguments based on the concept of human nature, and therefore insufflated by their version of “normative essentialism” on this issue, reveals a much more pungent fear: inequality. In fact, although referring to concepts like “human nature”, the underlying reasoning reveals arguments dependent upon the relation between the concepts of person and equality, with the following structure:

1. There is a human essence.
2. This human essence is responsible for our equal moral status.
3. This human essence would be changed if we were to enhance ourselves in various ways.
4. Therefore if we enhance ourselves in various ways we will no longer all be of equal moral status

It is clear that informing the bioconservatives objection on the human enhancement enterprise there is a fear of denial of the moral status of person to those “left behind”, therefore threatening our equal moral status, which generated an appeal to the idea of human nature. The aim of bioconservative claims seems to be, at first, to preserve something as a “detached value”⁷, wich means that even if empirically those whose status of person was denied were better-off in well being it would be morally wrong to do so.

However, it doesn't seem really plausible that the real concern is with formal equality, especially if it is considered that any biotechnological intervention on the human body to be considered an enhancement will, at least at first glance, be seen as an advantage or a positional good.

Thus, the real problem that lies under the debate between bioconservatives and enhancement procedures supporters is, in fact, if substantive inequalities derived from an enhancement enterprise should be accepted or if enhancement procedures itself should be permitted considering the risk of increasing social differences.

2 HUMANS ENHANCEMENT AND EQUALITY

All persons are equal. Could the use of bioenhancement technologies invalidate such claim?

⁶ Authors like Michael Sandel (The case against perfection. *The Atlantic Monthly* 293(3): 50-62, 2005) and Erik Parens (The Godness of Fragility: On the Prospect of Genetic Tecnologies Aimed at the Enhencement of Human Capacities. *Kennedy Institute of Ethics Journal* 5(2),141-53, 1995) hold that enhancement is objectionable precisely because it involves the removal of limitations on what can be done by human beings, since there are irreplaceable goods, like perseverance, that depend upon having limitations.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the teory and practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

To answer this question, and also to address the concerns which have been presented regarding the entitlement and fate of the human rights idea, one must first understand what is meant when we talk about equality, a concept which certainly needs to be clarified, in spite of the common assumption that equality simply means having the same of something. But the same of what?

Would it be everybody having the same level of happiness? The same amount of resources or material goods? The same opportunities?

It must be noticed that bioconservative claims reflect an essentialist normative approach according to which equality derives from and certainly means everybody sharing the same biological constitution (the one regarding the human gender) and substantive differences are the result of a natural lottery or brute luck.

2.1 Understanding equality as a political value

The first step to fully comprehend the challenges and practical problems related to some of the scientific breakthroughs that appear to be next step in human evolution (artificial intelligence, bionics, use of enhancement drugs, genetic manipulation, etc.) seems to be to clarify the differences and the relation of the concepts of equality as a political value and equality as a situation of substantive or material equivalence among individuals.

The value of equality does not demand, for its emergence, empirical or concrete situations of equality regarding how any good or resource is naturally assigned between the members of a community. In fact, the value of equality, generally considered, can only emerge in a political community in the face of a concrete situation of inequality found among its members.

Individuals show, between themselves, innumerable differences regarding, for instance, their sex, age, talents, abilities, conceptions of the good and, therefore, different interests and goals. Considering, also, that a society in which every member proceeds from the same starting point is nothing but a counterfactual exercise, differences regarding birth, such as inherited wealth, and also education, social class and other environmental factors must be considered as always present.

The existence of substantive or empirical inequality among its members is, indeed, the factual situation that allows equality being considered a political value in a community. Talking about equality in practical reasoning means talking about a value, not a fact, that can be defined as an equal concern, from a political community, for the fate and wellbeing of its members⁸.

This equal concern, of course, can only be possible if substantive or material differences are taken into account. Despite not aiming to sustain an equality principle that reflects the broad idea of equality of welfare, meaning the mathematical equivalent of goods or resources being constantly distributed and redistributed between all members of a society – what certainly would leave us with a not very compelling idea of equality, due to its disregard

⁸ DWORKIN, *op. cit.* One must notice that such definition stands even in the face of other contemporary different conceptual frameworks for a theory of justice, such as the one of John Rawls (2000). In fact, it is a definition of equality that, considering its rationalist limits, would fit even in a kantian framework.

for personal accountability for choices or decision making –, it is clear that proceeding from the crucial distinction in practical reason between chance and choice as basis for accountability, a principle of equality demands embracing a principle of difference or differential treatment so to express equal concern to all members of a community.

Therefore, equality, as a political value:

- a) Assumes that persons present substantive differences amongst themselves, due to chance, including differences in their biological constitution or biological “hardware”, thus presenting, also, different interests, conceptions of the good life, objectives and goals.
- b) Is conceived so to demand unequal treatment of different concrete persons aiming redistribution or compensation in favor of the worst-off, when talking about resources or regarding minimal conditions for different interests, goals or conceptions of good life to be pursued, without disregard for accountability⁹;

A partial conclusion can now be presented, which is that the existence of substantive differences or different conceptions of the good or interests on the factual level does not threaten equality as a political value. Persons are equal, demanding equal concern and never counting in the political spectrum as more than one.

2.2 Why enhancement drugs shall be admitted in the market?

Applying the above reasoning about equality as a political value when facing practical problems related to the use of body-pervasive technologies – especially those commonly referred to as human enhancement technologies –, demands a slightly deeper level of refinement. Mostly because, in this case, fear of inequality arises from the assumption that non-enhanced subjects (those who choose not to enhance themselves or whose parents have chosen not to enhance their children) will be left behind in the political spectrum, due to claims of moral superiority made by persons that had enhanced their physical or cognitive capabilities.

Thus, the real problem that lies under the debate between bioconservatives and enhancement procedures supporters is, in fact, if substantive inequalities derived from an enhancement enterprise should be accepted or if enhancement procedures itself should be permitted considering the risk of increasing inequality.

To approach this problem one must define what counts as an enhancement. Regarding to this, it is assumed, here, a so-called welfarist account of human enhancement, proposed by Savulesco, Sandberg and Kahane. This means “any change in the biology or

⁹ The nature and extent of such positive discriminatory measures, and also, of course, of its content, is in dispute. Though, it can't be denied that even the aristotelic conception of equality assumes empirical inequalities by chance and demands some amount of substantive unequal treatment as a political choice. This fact is highlighted so as to answer in advance any objections to such parcial conclusions on equality that are made through the denial of Rawls or Dworkin's framework.

psychology of a person which increases the chances of leading a good life in the relevant set of circumstances”¹⁰. It is important, also, to clarify that this account makes no use of the common distinction between medical treatment and enhancement as the so-called “not-medicine” approach. The focus is on subjective welfare, not in the idea of normal species-functioning.

If one assumes this definition of enhancement, Dworkin can explain very well what really is at stake when talking about human enhancement:

Our physical being – the brain and body that furnishes each person’s material substrate – has long been the absolute paradigm of what is devastatingly important to us and, in initial condition, beyond our power to alter and therefore beyond the scope of our responsibility, either individual or collective”¹¹.

When it is possible to change more and more of what was formerly understood as “given” the boundary between “chance” and “choice” tends to disappear, affecting our notion of shared responsibility for others whose choices – as opposed to chances or luck – differ from our own or differ from the norm. If enhancement procedures and, therefore, the outcome of such procedures, is a matter of choice, what responsibility would enhanced persons hold before those “left behind”?

Unlike the considerations regarding a “human nature” or “human essence” that grants us equal moral status, the idea that enhancement technologies are a threat is based, in this conception, in the claim that any social cooperation system and the mutual recognition of individuals as persons depends on a so called “natural lottery” regarding health, intelligence, strength, wealth, social class and skills. The fact that no one is responsible for its winnings or losses in this natural lottery and the indetermination of future results would be what allows the idea that all persons find themselves in a position of equality.

As one can see, this is clearly an attempt to treat derivative values as detached values, which means saying that enhancements are wrong “per se”, quite apart from any bad consequences it will or may have for any person. However, the supposed strength of the claim is based in the assumption that the position of non-enhanced persons will be worse and, specially, that the distribution of such enunciated talents is, in fact, out of our horizon of choice.

The boundary between chance/choice is no doubt a crucial one when talking about ethics, morality or law. This boundary, however, presents itself in practical reason as a fact, not a normative judgment. To put it straight: chance is what we cannot control, not what we choose not to control. If we choose not to enhance ourselves, obviously, a choice has been made.

¹⁰ SAVULESCU, Julian; SANDBERG, Anders; HAHANE, Guy. Well-being and Enhancement. 2011. In: Savulescu, Julian, Meulen, Ruud ter; Kahane, Guy (editors). *Enhancing Human Capacities*. Oxford: Willey-Blackwell, 2011, p. 07.

¹¹ DWORKIN, *op. cit.*, p. 444.

At this point it must be made clear that the democratic principle of equality is a value, not a fact¹². This implies that a distinction must be made between equality as a value and a concrete situation of substantive equality among persons.

Equality, as a value, is a detached value and shall not be put at risk as such, and can be defined as an equal concern from a political community for the fate of all its members. This equal concern is understood, here, as Dworkin's version of equality of resources, which implies duties and distributive justice measures aiming a concrete situation of equality.

The present dislocation of the boundaries between chance and choice do not render obsolete equality as a detached value, neither deny its centrality in a moral or legal community. The real problem is that it will possibly create a great amount of substantive inequalities considering the fact that enhancements are taken to be positional goods and might further increase the advantages of the rich over the poor.

Accordingly, the question to be made is: considering the consequences for the worse off, should we banish enhancement procedures?

One must observe that the problem, therefore, rests redefined as a problem of balancing derivative values and considering the likely impact of any such decision on individual interests.

In a situation like this, equality of resources demands, first, not trying to improve equality by leveling it down. The remedy for injustice is redistribution, not denial of benefits to some with no corresponding gain to others¹³.

In short, substantive inequalities generated by the use of enhancement procedures are not a plausible objection to the enhancement enterprise, especially if considered that such inequalities are not qualitatively different of inequalities already existing due to social class, educational level, wealth or access to positional goods in general.

More important, the admittance of enhancement drugs in market as such is enough to solve public health and safety issues generated by letting enhancement drugs enter the market through the backdoor.

3 INEQUALITY AND UNIVERSAL ACCESS TO COGNITIVE ENHANCEMENT DRUGS: THE CASE FOR COMPULSORY LICENSING

The strongest objection against enhancement drugs lies, therefore, in problems related to inequality and access to these drugs. Its admittance in market would increase inequalities already existing, like welfare inequalities between the rich and the poor since wealth would be an unfair precondition for privileged access to medicines that increase performance, generating even bigger differences.

¹² DWORKIN, *op. cit.*

¹³ DWORKIN, *op. cit.*

Inequality, despite not being a reason for banning enhancement drugs, is no doubt an issue of public interest, demanding state intervention in the market. The question is: how would such intervention be justified?¹⁴

According to Habermas¹⁵, the relation between private and public autonomy must be understood as dialectical. A basic fundamental principle informs this proposition: no citizen can assume the status of a legal subject unless they are granted subjective private rights. In fact, private and public autonomy mutually presuppose each other, as part of an environment where coercive and positive law develops a central role, firstly, constituting individual legal subjects and, secondly, entitling them to participate in a democratic process of lawmaking.

The idea of dialectical relation between private and public autonomy is based on the Habermasian theory of communicative action. Expanding on this theory, the author elaborates the discourse principle (“just those action norms are valid to which all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses”) vis-à-vis the moral principle as a means of expressing the complementary relation between law and morality.

Though here directly referring to law, the discourse principle is intertwined with the moral principle. It seems that law must convey a degree of legitimacy which implies a necessary proximity to moral arguments. Thus, the discourse principle expresses a postconventional morality, for the moral principle is one of, or even the most important, rule of argumentation which operationalizes the former.

Habermas¹⁶ reveals that discourse principle is a counterfactual proposition formulated to analyse the validity of legal norms, whereas the moral principle is used to justify moral norms. However, neither of them can be seen or understood as clearly distinct philosophical concepts applied to separate domains of reality. In fact, whenever trying to find out the validity of a legal norm, for example, a contract, it should be taken for granted that the moral principle establishes substantial grounds for the procedure of lawmaking.

Dworkin’s conception of Law as integrity is derived from a constructive approach in the discourse of appropriateness. Nevertheless, this particular point of view should not be restricted to the solution of hard cases, but must be extended to the procedure of lawmaking in an attempt to fulfill the Habermasian proposal of complementariness between moral principle and discourse principle.

Moreover, according to Dworkin¹⁷, law as integrity is based on a coherent set of principles about justice, equality, fairness and procedural due process. This reasoning cannot be limited to the application of law in courts. As a matter of fact, lawmaking procedure would require the same set of principles to justify as well as to structure a substantial production of norms.

A radical philosophical scholar may see all of this as a paradoxical argumentation and a theoretical failure. However, the lawmaking procedure implies a dialectical relation of

¹⁴ The following argumentation has already been developed in Feres and Silva - The patent licensing conundrum: a substantial Brazilian legal theory in the Law of Contracts. In: *Ética e Filosofia Política*, n. 11, v. 1, 2008.

¹⁵ In: *The inclusion of the other: studies in political theory*. Edited by Ciaran Cronin and Pablo de Grieff, Cambridge: MIT, 1998.

¹⁶ In: *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated by William Rehg. Cambridge: MIT, 1996.

¹⁷ In: *Law’s empire*. London: Fontana Press, 1991.

application between universal moral principles and the Constitution, as well as the Constitution and the statutes. In this particular case, there is serious concern for the legislature's ability to produce a consistent set of articulate norms contained by the intersection of the Dworkian community of principles and the Habermasian minimum normative content, counterfactually instituted.

In a context of private and public autonomy co-originally constituted, subjective rights and public law interact to form a counterfactual set of principles which conveys a moral argument in the lawmaking process. It seems that a minimum normative content is expressed in terms of private autonomy as well as democratic principle.

The legislature is not free to enact rules without any regard to this normative content. Although enacting rules is a matter of policy, the latter can only be chosen according to a reason of principle. As Dworkin¹⁸ sees it, law as integrity does not apply to the lawmaking process. Nevertheless, an extension of the lawmaking procedure of this theoretical tool enhances the scope of this paper – a substantial legal theory applied to contracts, and justifies Dworkin's argument – the need for a sound policy to enact a rule. In fact, a sound policy is nothing if it is not a policy justified by a moral principle.

Private law making procedure is founded on the private autonomy principle. Property rights and contracts are formulated in accordance with the minimum moral standard established in a counterfactual environment of ultimate private autonomy. In order to conceive the normative content of an agreement, it is not appropriate to disregard reasons of principle while the bearers of rights are elaborating the terms of a certain transaction.

The principle of private autonomy works as a moral standard in the process of establishing the contours of normativity in contracts.

This reveals a significant step towards the justification of lawmaking procedure. It is not a mere formal appreciation, but, instead, a substantial analysis of the production of norms. The dialectical relation between private autonomy and democratic principle requires integrity in the procedure of lawmaking, not only by legislature, but also by administrative power and individuals. Enacting regulations and achieving private agreement must be enlightened by minimum moral content. This does not represent a return to natural rights, but a renovation of proceduralism.

Many readers may be asking what private autonomy means in a context of substantialism in procedure. Indeed, private autonomy conveys relevant moral contents, such as, fairness in exchange, justice in co-operation, procedural due process in evaluating the promise principle. These are the guidelines the legislature has to respect so as to implement contract law. Furthermore, the legislative process in construing the principles of contract law is justified upon a moral argument. At this point, the basis of a contract law is not informed by instrumental rationality but by a community of principles, in spite of the strategic actions of promisee and promisor in forming an obligational bond.

Due to state intervention in contract by legislature, liberal scholars have criticised the fall of freedom of contract. Obviously, this point of view presupposes a negative concept of liberties which are certainly jeopardized by any kind of paternalistic measures. Nevertheless, it is not intended here to revisit or emphasize the collective goals which can eventually justify

¹⁸ In: *Law's empire*, *op. cit.*

the restriction of private autonomy. It is not a question of taking sides of either the communitarians or the liberals, it is actually a matter of asserting the legitimacy of public intervention in accordance with a community of principles which, regarding the issue in question, encompasses a value of equality.

This community of principles ought to corroborate the legitimacy of intervention in contracts, taking into account, not only a dialectical relation between public and private autonomy, but also substantial moral contents. Indeed, the principle of autonomy itself is a substantial moral argument, setting the limits for any kind of state intervention. As a matter of fact, private autonomy and state intervention in the context of contract law should be co-originally constituted. It implies a significant conclusion that private agreements are *prima facie* binding¹⁹, for they should pass a relevant test of appropriateness as far as moral principle is concerned.

In this context, a crucial question will arise: what are the means of legitimizing state intervention? First of all, the principle of private autonomy will demand an intervention whenever the exercise of free will in any private agreement is in danger. Secondly, state intervention in a contract will be borne out if equity in exchange is not adequately balanced. Thirdly, public autonomy or democratic principle supports a policy of intervention which is founded on procedural due process. In this case, the ultimate goal is to protect the cooperation between the parties and the long-term contractual relationship inasmuch as cognitive flaws, fraud, duress, misrepresentation and, of course, vulnerability are recognized as sufficient grounds for reconstituting any private bond through reasonable intervention.

Therefore, the principle of private autonomy, in the context of law as integrity, may require and substantiate legislative or administrative intervention whose purpose is to morally reconstruct the obligational bond among contracting parties (as free individuals). As a result, this specific principle functions as both a procedural tool and a moral argument in favour of a substantial legal theory whose aim is to acknowledge diversity, conflict and plurality in social relations under the due process of a morally integrated normative structure. Finally, the relation between moral principle and law as integrity is not fragmented at all, nonetheless, it demonstrates a substantial ground for justification of lawmaking and court action.

The theoretical background above exposed is able to justify public intervention aiming to reduce inequality of access to enhancement drugs. In fact, compulsory licensing is an intervention mechanism that already is being used to protect the public interest regarding the access to medicines. See, for example, the compulsory licensing of Merck Sharp and Dohme patent rights of the drug Efavirenz in Brazil in the year of 2007.

This was a typical case in which legal or statutory monopoly (patent rights) tends to influence the market negatively. The patentee might abuse property rights by charging excessive prices for its exclusive product. This is why intellectual property rights law should state legal procedure to reverse the probability of abuse of economic power obtained by the patent privilege. In this particular case, the terms of patent licensing contract are legally established so as to reconstruct the obligational bond in conformity with fairness, justice and due process.

The same intervention mechanism can be used in the case of emerging cognitive enhancement drugs if one takes into account a wellfarist definition of enhancement, which

¹⁹ ATIYAH, P.S. *Essays on contract*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

means “any change in the biology or psychology of a person which increases the chances of leading a good life in the relevant set of circumstances”. This is an account that makes no use of the common distinction between medical treatment and enhancement as the so-called “not-medicine” approach. The focus is on subjective welfare, not in the idea of normal species-functioning.

■ CONCLUSIONS

It is clear that informing the bioconservatives objection on the human enhancement enterprise there is a fear of denial of the moral status of person to those “left behind”, therefore threatening our equal moral status, which generated an appeal to the idea of human nature.

Clarifying the idea of equality as a political value detached from an empirical situation of substantive equality among persons can show the fragility or general arguments against an enhancement enterprise or allowing research and development or enhancement drugs and technologies. The dislocation of the boundaries between chance and choice that render the very concept of natural lottery obsolete does not menace equality as a political value.

The admittance of research and development of enhancement drugs will solve the first of the two big problems aforementioned: the risk represented for consumers of such drugs entering the market through the “back door”.

The second big problem is a problem of access to such drugs due to socioeconomic inequalities already existing.

Considering that equality in democratic societies demands that the state should demonstrate equal concern regarding the welfare of all its citizens, restrictions of access to such drugs due to economic conditions is naturally a problem of public interest which authorizes compulsory licensing.

REFERENCES

ATIYAH, P.S. *Essays on contract*. Oxford: Claredon Press, 1986.

BUCHANAN, Allen. Human Nature and Enhancement. In: *Bioethics*, Oxford, v. 23, i. 03, mar 2008.

_____. *Beyond Humanity? – The Ethics of Biomedical Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1991.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERES, Marcos Vinício Chein; SILVA, Denis Franco. The patent licensing conundrum: a substantial Brazilian legal theory in the Law of Contracts. In: *Ética e Filosofia Política*, n. 11, v. 1, 2008.

FUKUYAMA, Francis. *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*. New York: Farrar Straus Giroux, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated by William Rehg. Cambridge: MIT, 1996.

_____. *The inclusion of the other: studies in political theory*. Edited by Ciaran Cronin and Pablo de Grieff, Cambridge: MIT, 1998.

KASS, Leon. The wisdom of Repugnance. In: *The human Cloning Debate*, ed. Glen Macgee, 2nd ed., Berkeley, CA: Berkeley Hills Books, 2000.

PARENS, Erik. The Godness of Fragility: On the Prospect of Genetic Technologies Aimed at the Enhancement of Human Capacities. *Kennedy Institute of Ethics Journal* 5(2),141-53, 1995.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press (Revised Edition), 2000.

RODOTÀ, Stefano. Il corpo e il post umano. In: *Studi in onore di Davide Messinetti*. Napoli: ESI, 2008.

SANDEL, Michael J. The case against perfection. *The Atlantic Monthly* 293(3): 50-62, 2005.

SAVULESCU, Julian; SANDBERG, Anders; HAHANE, Guy. Well-being and Enhancement. 2011. In: Savulescu, Julian, Meulen, Ruud ter; Kahane, Guy (editors). *Enhancing Human Capacities*. Oxford: Willey-Blackwell, 2011.



A LIVRE CIRCULAÇÃO DE REFUGIADOS AMBIENTAIS NA UNASUL

THE FREE CIRCULATION OF ENVIRONMENTAL REFUGEES IN UNASUR

KARINA GRANADO * | CELSO MARAN DE OLIVEIRA **

RESUMO

A proposta de reflexão sobre a livre circulação de refugiados ambientais na União das Nações Unasulinas (UNASUL) insere-se num contexto maior de discussão entre fluxos migratórios e mudanças ambientais. O deslocamento de pessoas motivado por questões ambientais (desastres ou deterioração do ambiente) e a frágil condição de integração no destino destas pessoas revela o longo caminho a ser percorrido pelos países unasulinos, pois o cenário jurídico ainda é tímido e não expressa uma proteção digna e segura. A UNASUL (União das Nações Sul Americanas) tem-se firmado como o processo de integração que antecipa em seus objetivos temas destinados ao “mercado comum”, como a livre circulação de pessoas, migração, cidadania e superação de assimetrias. Com isso, este processo de integração inova a formatação clássica que tradicionalmente segue a implementação das fases de: (i) zona livre de comércio, (ii) união aduaneira e, por fim, (iii) mercado comum. Para tanto, faz-se necessário analisar o cenário dos desastres e degradações na América do Sul e do refúgio ambiental na região; discutir sobre a formação do processo de integração da UNASUL e sua inovação em relação aos demais blocos econômicos; sobre o sentido da cidadania e os alcances aos indivíduos “não nacionais” e, por fim, sobre os rumos normativos e institucionais de proteção para os refugiados ambientais na América do Sul. Para consecução deste objetivo de pesquisa, acessou-se dados e documentos oficiais em sítios da internet de órgãos oficiais, livros e artigos publicados em revistas científicas. O método utilizado foi o dedutivo.

Palavras-chave: Refugiados ambientais; Direito da Integração; UNASUL; Livre circulação de pessoas.

ABSTRACT

The proposal for reflection on the free movement of environmental refugees in the Union of South American Nations is part of a larger context of discussion between migratory flows and environmental changes. The displacement of people motivated by environmental issues (disasters or deterioration of the environment) and the fragile condition of integration in the fate of these people reveals the long way to be taken by the countries of the region, as the legal scenario is still timid and does not express a dignified and Safe UNASUR (Union of South American Nations) has established itself as the integration process that anticipates in its objectives themes destined to the "common market", such as free movement of people, migration, citizenship and overcoming of asymmetries. As a result, this integration process innovates the traditional formatting that traditionally follows the implementation of the phases of: (i) trade free zone, (ii) customs union, and finally, (iii) common market. To do so, it is necessary to analyze the scenario of disasters and degradations in South America and the environmental refuge in the region; Discussing the formation of the UNASUR integration process and its innovation in relation to the other economic blocs; On the meaning of citizenship and the scope for "non-national" individuals, and finally on the normative and institutional directions of protection for environmental refugees in South America.

Keywords: Environmental Refugees; Integration Law; UNASUR; Free Movement of People.

* Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Novos Direitos” (CNPq/UFSCar). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Central Paulista. Advogada. karina.granado@gmail.com

** Doutor em Ciências da Engenharia Ambiental (UFSCar). Mestre em Direito da Integração pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Jurista. Professor do Departamento de Ciências Ambientais da UFSCar. Líder do Grupo de Pesquisa “Novos Direitos” (CNPq/UFSCar). celmaran@gmail.com

Recebido em 21-4-2017 | Aprovado em 3-8-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DESLOCAMENTOS HUMANOS NA UNASUL: O CASO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS; 2 REFUGIADOS AMBIENTAIS E O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL: O CASO UNASUL; 3 A LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS EM UM PROCESSO DE INTEGRAÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ À GUIA DE INTRODUÇÃO

Teóricos das mais diversas áreas do conhecimento, relatórios institucionais internacionais e regionais, mas, sobretudo, a ocorrência de desastres e degradações ambientais desde há muito convergem para o mesmo ponto: as alterações climáticas ameaçam a espécie humana e o sistema planetário, constatação que parece não sensibilizar, motivar ou responsabilizar parte de alguns governos, alguns cientistas, algumas instituições e parcela da sociedade civil.

Esta temática tem integrado as pautas das discussões mundiais acerca do clima e trouxe à tona os casos dos deslocamentos de pessoas atingidas por catástrofes e degradações ambientais. Na Conferência das Partes da Convenção sobre Mudanças Climáticas¹ os mecanismos de “Perdas e Danos” (itens 48 a 52) criados pela COP de Varsóvia, em 2013, foram ratificados quando se reconheceu a mudança climática como uma preocupação comum da humanidade e apontou os migrantes como sujeitos de direitos, solicitando ao Comitê Executivo do Mecanismo Internacional, ações mitigadoras relacionadas aos impactos das mudanças climáticas e os deslocamentos humanos.²

Como o início da solução do problema pressupõe efetivo diálogo solidário, vontade política governamental e investimentos - desde a educação de base para a população até o fomento de projetos e pesquisas científicas – nota-se que a criação de blocos econômicos que em sua grande maioria priorizam as questões comerciais não contempla, de forma clara e passível de aplicação efetiva, questões sobre as mudanças climáticas.³

Como exemplo do não comprometimento governamental, o cumprimento das promessas de campanha do presidente eleito Donald Trump, nos Estados Unidos, sobre o Plano de Energia Limpa do ex-Presidente Barack Obama. O Decreto assinado no dia 28 de março de 2017 permite a revisão dos limites de emissões de gases das minas de carvão e da exploração de gás e petróleo; eliminou a proibição de concessões de terras para a implantação de novas usinas de carvão que por óbvio dificultará os compromissos assumidos pelos Estados Unidos no Acordo da COP21 em Paris.⁴ Do ideal e almejado *comprometimento ambiental global* dos governos, instituições e sociedade civil, a realidade mostra que o interesse, quando

¹ ONU - Organização das Nações Unidas. COP 21. Paris, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cop21/>>. Acesso em: 07 set. 2016.

² Idem.

³ NUNES, Luci Hidalgo. Aproximações sobre a Mudança Climática Global. *Terra Livre São Paulo*, ano 18, vol. I, n. 18, p. 179-184, jan./jun. 2002

⁴ SANTOS, André de Castro. *A COP 22 em xeque com a vitória de Donald Trump*. Oficina de Direito Ambiental da USP (FDUSP). Disponível em: <<http://sites.usp.br/oficinadedireitoambiental/a-cop-22-em-xeque-com-a-vitoria-de-donald-trump/>>. Acesso em: 17 jan. 2017. E ainda: BBC Brasil. 5 perguntas sobre decreto de Trump que desfaz política climática de Obama. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39425997>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

muito, fica restrito ao mínimo atendimento das *necessidades ambientais individuais* de cada nação.

Isto evidencia o “descompasso entre a consciência ambientalmente correta e as estruturas econômicas do poder” e urgente necessidade de mudança de consciência das pessoas, muitas vezes consumidoras dos recursos não renováveis que “não se consideram parte da natureza e tendem a reduzir tudo a uma mera questão de conforto imediato e economia”.⁵

Para despertar estas reflexões, os estudos precisam relacionar os impactos entre sociedade e ambiente. Sem a demonstração desta interdependência entre os estudos técnicos e a sociedade,⁶ as dificuldades em compreender a questão ambiental como um direito de terceira dimensão que se traduz na fraternidade e que precisa ser pensado de forma solidária⁷ ficará cada vez mais distante daquilo que precisa ser posto em prática para efetivos resultados.

Compreende-se que processos biofísicos e socioeconômicos típicos de cada região influenciam nas alterações no meio ambiente e podem representar para muitas sociedades humanas consequências potencialmente graves,⁸ tudo a depender da resiliência caracterizada pela questão econômica. Em determinados grupamentos humanos a incapacidade de adequação frente às mudanças climáticas é mais danosa quando (i) a adaptação ao impacto biofísico não resta o suficiente; (ii) algumas medidas mitigadoras têm custos (incluindo não econômicos) que não podem ser recuperados; (iii) apesar dos méritos de algumas ações de curto prazo, algumas delas podem ter efeitos negativos no longo prazo; ou (iv) não foram ou não serão aplicadas/adotadas todas as medidas necessárias.⁹

O Departamento de Informação Pública da ONU estimou que entre 2002 e 2011 foram registrados 4.130 desastres naturais no mundo, nos quais mais de 1,17 milhão de pessoas morreram.¹⁰

Um estudo sobre desastres naturais (tremores, terremotos, vulcões, por exemplos) raros na América Latina nos 50 últimos anos¹¹ demonstrou que eles causaram o dobro de mortes do que os eventos climáticos e meteorológicos¹² mais frequentes (secas, inundações, deslizamentos). Os dados foram coletados no Em-Dat – International Disaster Database¹³ cuja

⁵ NUNES, *op. cit.*, 2002, p. 182.

⁶ KUNKEL, K.E., PIELKE JR., R.A., CHANGNON, S.A. Temporal fluctuations in weather and Climate extremes that cause economic and human health impacts: a review. *Bulletin of the American Meteorological Society*, v.80 n.6, p.1077-1098. June, 1999.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n. 6, 2005; e ainda : VASAK, Karel. *International Dimensions of Human Rights*. Vol. 1. Greenwood Press, Westport, Connecticut. Unesco, Paris, France. 1982.

⁸ STEFFEN, W. et al. *Global change and the earth system: a planet under pressure*. Berlin: Springer, 2004, p. 203.

⁹ WARNER, K. and van der GEEST, K. ‘Loss and damage from climate change: local-level evidence from nine vulnerable countries’, *Int. J. Global Warming*, v. 5, n. 4, 2013, p.367–386.

¹⁰ ONU, *op. cit.*, 2016; PNUD. *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Soporte del PNUD para la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. 2016.

¹¹ NUNES, *op. cit.*, 2016.

¹² Desastres climáticos.

¹³ O Em-Dat – International Disaster Database é mantida pelo Centro de Pesquisa em Epidemiologia de Desastres da Escola de Saúde Pública da Universidade Católica de Louvain, em Bruxelas (Bélgica). Seu reconhecimento se dá devido ao fato de reunir as informações de diferentes fontes. Disponível em: <<http://www.emdat.be/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

base de dados reúne informações sobre mais de 21 mil desastres naturais ocorridos em todo o mundo desde 1900 até hoje e que delinea condições de preenchimento para que seja considerado um desastre: “provocar a morte de no mínimo 10 pessoas; afetar 100 ou mais indivíduos; motivar a declaração de estado de emergência; ou ainda ser a razão para um pedido de ajuda internacional” além de outras subdivisões delineadas pelos pesquisadores como fenômenos geofísicos, fenômenos climáticos ou meteorológicos e epidemias.¹⁴ O quadro 1 aponta de forma resumida alguns resultados da pesquisa:

Quadro 1 – Vítimas e Desastres naturais e climáticos na América do Sul – De 1960 à 2009

Vítimas	Porcentagem	Tipo de evento	
180 mil óbitos	60%	Tremores	
		Vulcões	
	32%	Inundações	
		Deslizamentos	
138 milhões de afetados (vítimas não fatais)	8%	Epidemias	
		Doenças	
	11%	Epidemias	
		Terremotos	
88%	Fenômenos climáticos e Meteorológicos	Secas	57 milhões
		Inundações	52,7 milhões

Fonte: guha-sapir et. al. s/d. Organizada por Nunes, 2016; Pivetta, 2016.

Assim, fatos e dados científicos comprovam crescimento dos desastres ambientais (eventos naturais) e degradações do meio ambiente relacionadas às mudanças climáticas no território sul-americano. A proposta deste trabalho é analisar a medida e os rumos da livre circulação de deslocados ambientais definitivos em território sul-americano gravado por um processo de integração. Para consecução deste objetivo de pesquisa, acessou-se dados e documentos oficiais em sítios da internet de órgãos oficiais, livros e artigos publicados em revistas científicas.

1 OS DESLOCAMENTOS HUMANOS NA AMÉRICA DO SUL: O CASO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Importante se faz, com brevidade, distinguir à luz do Direito os institutos do asilo e refúgio. O *asilo* é o “acolhimento no território que pretende chegar com garantia de liberdade e segurança e com as prestações de bens sem as quais não sobreviveria. [...] Ultrapassa o fato em si e envolve direitos e deveres de parte a parte”. No refúgio “alguém procura escapar à

¹⁴ PIVETTA, M. 50 Anos de Calamidades na América do Sul. *Revista Pesquisa FAPESP*, n. 241, p. 62-65, 2016, p. 64.

perseguição ou à ameaça de perseguição política ou discriminação étnica, religiosa, cultural, calamidade natural ou tecnológica de grandes proporções”.¹⁵ Esta temática está presente na mídia do mundo todo diante da Guerra da Síria e outros eventos desta natureza.

A ONU¹⁶ indica que 65,3 milhões de pessoas estão em situação de refúgio (em sentido *lato*) pelo mundo pelas mais diversas causas. Na América do Sul, os números são relevantes conforme demonstrados pelos Quadros 02 e 03:

Quadro 2 - Situação do refúgio na América do Sul

Condições	Total	Detalhes (números aproximados)
Refugiados	83 mil	Equador (53,2 mil); Costa Rica (12,3 mil); Brasil (8,7 mil); Argentina (3,2 mil); Panamá (2 mil); Chile (1,8 mil) e Venezuela (1,5 mil); Bolívia (775); Colômbia (226)
População vivendo como refugiado	257,3 mil	Venezuela (167 mil); Equador (68,3 mil); Panamá (15 mil); e Costa Rica (7 mil);
Solicitantes de refúgio	71 mil	Equador (50 mil); e Venezuela (15,8 mil)
Deslocados internos por conflitos	3,6 milhões	O único país com deslocados internos é a Colômbia (3,6 milhões)

Fonte: Menezes (2011, p. 94) e UNHCR. *Global Trends Forced Displacement* (2015, p. 13 e 14). Importante destacar que este relatório da ONU aponta o número de 769.000 refugiados nas Américas (adaptado pelos autores).

Quadro 3 – Quantitativo de refugiados originados na América Latina

Países	Total
Colômbia	113 mil
Haiti	25 mil
México	6,8 mil
Cuba	6,4 mil
Venezuela	6,7 mil
Peru	5,8 mil
Guatemala	5,6 mil
El Salvador	4,9 mil

Fonte: Menezes (2011, p. 96) (adaptado pelos autores).

Ao longo dos anos, a imbricação “homem - ambiente” chamou atenção da ciência por grupamentos humanos que se viram forçados a deixarem seus territórios de origem devido às secas, enchentes, terremotos, tsunamis, etc. Do número total de refugiados no

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa*. Lisboa : Universidade Católica Ed., 2016.

¹⁶ UNHCR. *Global Trends Forced Displacement in 2015*. Disponível em: <http://www.unhcr.org/576408cd7#_ga=1.73357715.1094797892.1462913926>. Acesso em: 13 fev. 2017. Importante destacar que o mesmo relatório indica o crescimento de refugiados pelo mundo: 45,2 milhões em 2012; 51,2 milhões em 2013 e 59,5 milhões em 2014 (p. 06).

mundo, relevante parcela é relacionada ao meio ambiente – aproximadamente 19,3 milhões.¹⁷

Estima-se que migrações e deslocamentos induzidos por mudanças climáticas terão dimensões sem precedência, com previsões que variam entre 25 milhões e 1 bilhão de pessoas afetadas ao redor do ano 2050.¹⁸ Nos relatórios oficiais inexistem recortes sobre aqueles que deixam definitivamente seu território motivado por questões ambientais, mas isto não quer dizer que não existam, muito ao contrário: “o que pode ser considerado como refugiado ambiental para um, pode não ser para outro”.¹⁹

O termo refugiado ambiental e suas subdivisões (ainda em formação teórica) foram definidos preliminarmente pelo PNUD²⁰: os “refugiados climáticos” e os “flagelados ambientais”: para os primeiros, seriam todos aqueles obrigados a deixarem definitivamente ou provisoriamente seu território de origem e cruzam fronteiras por intempéries das alterações climáticas. Para os segundos seriam aquelas vítimas momentâneas das alterações ambientais de menores proporções, podendo retornar ao seu lugar de origem quando o problema for cessado ou resolvido.^{21 22} No presente trabalho optou-se por tratar de toda forma de refúgio ambiental.

Na América do Sul o caso não é diferente. Os deslocamentos humanos motivados por desastres e degradações ambientais encontra terreno fértil para estudos porque a região também é marcada por problemas ambientais significativos e desastres capazes de expulsarem grupamentos humanos para outros países, inclusive para os próprios sul-americanos. O Quadro 4 indica o atual e relevante volume de deslocamentos ambientais:

¹⁷ ACNUR. *Alto Comissariado das Nações Unidas*. O ACNUR. 2014a. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/o-acnur/>>. Acesso em: 18 out. 2016; IDMC. *INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE*. NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL (NRC). Global Estimates - 2015. People displacement by disasters. 109p. Disponível em: <<http://www.internal-displacement.org/assets/library/Media/201507-globalEstimates-2015/20150713-global-estimates-2015-en-v1.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

¹⁸ DERANI, Cristiane. *Refugiado ambiental*. Dicionário de Direitos Humanos. 2011. Disponível em: <www.espmu.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2014; UNHCR, *op. cit.*, 2012.

¹⁹ CARDY, W.F.G. *Environment and Forced Migration*. United Nations Environment Programme. Nairobi-Kenya. University of Oxford. 1994.

²⁰ ACNUR 2020 – 14ª MINIONU. O PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (1985) define refugiado ambiental da seguinte forma: “refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo.” No entanto, devemos salientar que ser refugiado implica, necessariamente, em atravessar a fronteira de um país. Os deslocados internos são tratados apenas do ponto de vista social e humanitário. Disponível em: <https://14minionuacnur2020.wordpress.com/2013/04/09/refugiados-ambientais/>. Acesso em: 12 mar 2017 e ACNUR 2020 – 14ª MINIONU. Disponível em: <<https://14minionuacnur2020.wordpress.com/2013/08/25/refugiado-ambiental-x-refugiado-climatico-x-flagelado-ambiental/>>. Acesso em: 12 mar 2017.

²¹ É comum a atribuição quanto ao pioneirismo da utilização do termo “refugiado ambiental” para Essam El - Hinnawi (1985), mas o trabalho: SAUNDERS, Patricia L. *Environmental Refugees: The origins of a construct. Political Ecology: Science, Myth and Power*. School of Oriental and African Studies – University of London. London: Arnold Publishers, 2000, aponta que Lester Brown já a cunhava desde década anterior.

²² EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. UNEP, 1985; UNHCR, *op. cit.*, 2012, p. 27.

Quadro 4 – Deslocamentos por desastres ambientais na América do Sul – Estimativa em 2014

América do Sul	Chile	985.300 deslocamentos
	Brasil	50.000 deslocamentos
	Paraguai	83.600 deslocamentos
19,3 milhões de novas deslocadas pessoas no mundo		

Fonte: IDMC, 2015, p. 02 (adaptado pelos autores).

Considerando (i) os monitoramentos realizados por organismos internacionais; (ii) as alterações do clima e eventos ambientais que até então eram raros mas estão aumentando em número e em vítimas; (iii) os vários documentos, encontros e relatórios que demonstram o aumento dos deslocamentos motivados por questões ambientais, mesmo assim a classificação oficial (governamental) dos motivadores (como a ambiental) ainda é precária. Todos os dados referem-se aos refugiados de forma ampla, sem precisão sobre questões de refúgio por causas das alterações ambientais.

Os prejuízos financeiros no mundo por conta dos desastres ambientais são estimados em um mínimo de 1,19 trilhão de dólares. Na América Latina, o prejuízo financeiro estimado para o período de 1960 a 2009 foi de US\$ 44 bilhões de dólares. Estes números retratam que o “risco de se perder riquezas em desastres está superando a capacidade de criação de riquezas” e “as perdas estão aumentando mais rápido do que o PIB per capita”.²³

Menos de 0,7% do total gasto em ajuda humanitária é aplicado na redução do risco de desastres, o que contribui para o crescimento econômico ao reduzir perdas e proteger os meios de subsistência. Também afeta os programas de redes de segurança social, abrindo novas possibilidades para o desenvolvimento do capital social e seus bens.²⁴

Os refugiados ambientais que buscam sobrevivência em outros territórios acabam – muitas vezes – não conseguindo efetiva adaptação/integração por não se enquadrarem nas determinações legais sobre o refúgio. Tal reflexão inicia-se em 2012 quando o UNHCR aponta a urgência de adaptação legislativa e de políticas nacionais e internacionais (além de cooperação multilateral) para que a resposta a estes eventos ambientais seja dada de forma digna aos envolvidos. As mudanças ambientais testarão a solidariedade global de forma radicalmente diferente de qualquer experiência anterior.²⁵ O Quadro 5 apresenta as normas infraconstitucionais sobre refugiados, em sentido amplo, nos Estados membros da UNASUL:

²³ ONU, *op. cit.*, 2012; PIVETTA, *op. cit.*, 2016; PNUD, *op. cit.*, 2016.

²⁴ ONU, *op. cit.*, 2012.

²⁵ UNHCR, *op. cit.*, 2012, p. 28.

Quadro 5 - Definição ampliada de refugiado na legislação infraconstitucional dos Países membros da UNASUL 2015

ARGENTINA	Acta resolutive Nº 465/98 del Comité de Elegibilidad para los Refugiados Ley Nº 26.165 de 18 de noviembre de 2006 - Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado
BOLIVIA	Decreto Supremo Nº 19640 del 4 de julio de 1983. Definición de Refugiado y Decreto Supremo Nº 28329 del 12 de septiembre de 2005 Ley Nº 251 del 20 de junio de 2012 – Ley de Protección a Personas Refugiadas Decreto Supremo Nº 1440 del 19 de diciembre de 2012 - Reglamento a la Ley Nº 251 de 2012 de protección a personas refugiadas
BRASIL	Lei Nº 9.474 del 22 de julio de 1997. Que define mecanismos para la implementación del Estatuto de los Refugiados de 1951 y crea el "Comitê Nacional para os Refugiados" <i>- 06 abr 2017²⁶: O Projeto de Lei do Senado Federal 288/2013 e o substitutivo SCD 07/2017 foi aprovado e segue para o Plenário da Câmara dos Deputados. Neste projeto, questões ainda carecem de discussões como a questão ambiental como influenciadora de processos migratórios e expressa inclusão nesta norma.</i>
COLOMBIA	Decreto Nº 2840 de 2013. Por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones Decreto Nº 4503 del 19 de noviembre de 2009. Por el cual se modifica el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la determinación de la condición de refugiado y se adoptan otras disposiciones
CHILE	Ley Nº 20.430 de 8 abril de 2010 - Establece disposiciones sobre protección de refugiados
ECUADOR	Decreto Nº 1.182 de 2012 - Reglamento para la aplicación del derecho de refugio Sentencia Nº 002-14-SIN-CC de 2014 - Demandas de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nº 1182. Reglamento para la aplicación en Ecuador del derecho de refugio
MÉXICO (observador)	Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria de 27 de enero de 2011
PARAGUAY	Ley Nº 1.938 del 9 de julio de 2002. Ley general sobre refugiados
PERÚ	Ley Nº 27.891 del 20 de diciembre de 2002. Ley del Refugiado
URUGUAY	Ley Nº 18.076 del 14 de noviembre de 2006. Ley sobre el Estatuto de Refugiado DECLARACIÓN DE RIO SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL REFUGIO 10 de noviembre de 2000

Fonte: ACNUR, 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2004/2541>>. Acesso em: jan 2017 (adaptado pelos autores).

Em geral, a visão bloco de integração preza pela solidez econômica coletiva para fazer frente à dinâmica da globalização. O momento do pensamento solidário situa-se

²⁶ BRASIL, Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/06/projeto-de-nova-lei-de-migracao-segue-para-o-plenario>>. Acesso em: 06 abr 2017.

tradicionalmente na terceira fase da integração entre países, chamada de *mercado comum*, como veremos adiante, fazendo com que a demora na tomada de soluções traga danos cada vez maiores e mais impactantes, inclusive para a economia.

2 REFUGIADOS AMBIENTAIS E O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL: O CASO UNASUL

A ideia de “integração” acompanha a tendência após a II Guerra Mundial e Guerra Fria com o objetivo de fortalecer mutuamente os países envolvidos para superar os desafios de novos tempos. Os países perceberam que a união em blocos ajudaria a enfrentar os desafios da globalização²⁷ e, a partir de então, projetos com ênfase na questão econômica foram iniciados na América do Sul na segunda metade do século XX, tais como Pacto Andino, o Tratado de Cooperação Amazônica, o Tratado da Bacia do Prata, a Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC), a Comunidade Andina das Nações (CAN), a Associação Latino-americana de Integração (ALADI), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e mais recentemente, a União das Nações Sul-americanas (UNASUL).

O processo de integração é idealizado conforme as necessidades e objetivos dos países envolvidos de cada grupo regional. Na integração por comunidade ou cooperação – o caso da UNASUL - os fatores de agregação são maiores e a relação entre os Estados soberanos é horizontal, inexistindo um Poder Supranacional que a todos comande.²⁸

Para alguns teóricos as terminologias variam. A *integração* seria diferente do *regionalismo*. No primeiro haveria a redução ou supressão de restrição de mercadorias, serviços, capitais e pessoas e, em alguns casos, a delegação a uma soberania, a uma autoridade supranacional com a formação de um espaço econômico integrado e coordenação regional de políticas públicas. No segundo haveria o processo de cooperação em diversas áreas, sendo relevante a posição geoestratégica. A dinâmica é intergovernamental e quase nenhuma delegação de soberania.²⁹

A União das Nações Sul Americanas (UNASUL) se formou em 2008 por doze países³⁰ e está em vigor desde 2011. Possui personalidade jurídica internacional que objetiva construir de maneira participativa e consensual um espaço de articulação nos âmbitos cultural, social, econômico e políticos entre seus povos e tem se revelado um instrumento útil para a solução pacífica de controvérsias regionais e para o fortalecimento da democracia na América do Sul. Conjuga dois processos de integração regional existentes na região, a saber, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e a Comunidade Andina de Nações³¹ (CAN), radicando em expressivo esforço para o contínuo processo de integração latino-americana.³²

²⁷ MARTINS, Etiene Coelho; VASCONCELLOS, Ana Marta Soares. *UNASUL: o novo estágio da integração Sul Americana*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 235.

²⁸ ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia – estrutura jurídico institucional do Tratado de Lisboa*. 4ª ed. Paraná: Editora Juruá. 2010.

²⁹ LIMA, Maria Regina Soares de. *Relações Interamericanas: a nova agenda interamericana e o Brasil*. Lua Nova, São Paulo, n. 90, 167-201, 2013.

³⁰ Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. Panamá e México são observadores.

³¹ Formada por Bolívia, Colômbia, Equador e Peru.

³² CUNHA, FAGUNDES e GUERRA. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul. *Revista Internacional de Direitos Humanos*,

Na clássica teoria integracionista, as fases de integração seguem o seguinte *iter*: (i) zona de livre comércio; (ii) união aduaneira e (iii) mercado comum.

Na *zona de livre comércio* se inicia a livre circulação de mercadorias por meio do levantamento gradual e constante de barreiras comerciais (tarifárias e não-tarifárias) aos produtos intrabloco e cujas determinações são formalizadas por Tratados.

Na *união aduaneira* há continuidade no levantamento das barreiras, tarifárias e não-tarifárias, para os produtos de origem de seus países membro, e com a aplicação de uma tarifa externa comum entre os países do bloco, isso em relação aos produtos provenientes de Estados não membros do processo de integração regional. Nesta fase, como os países estão impedidos de controlar integralmente seu comércio de exportação e importação, renunciando a uma política comercial nacional autônoma em relação ao exterior, resta necessária a implantação de uma *política integracionista* em substituição das políticas nacionais que perderam toda razão de ser.

No *mercado comum*, há a continuidade das políticas comerciais (livre circulação de pessoas), mas com ampliação para outros interesses, como é o caso da livre circulação de capitais, livre circulação de empresas, livre concorrência, e livre circulação de pessoas. É nesta liberdade de circulação que esta pesquisa é realizada, por revestir-se de fundamentalidade dentro do processo de integração regional por meio da supressão gradual das fronteiras políticas entre os países membros da UNASUL, garantindo-se aos cidadãos unasulinos e aos seus familiares a circulação e a residência em todo o espaço UNASUL com respeito a todos seus direitos humanos.

A UNASUL surge como regionalização e alternativa aos regimes comerciais até então existentes, mas como uma forma de ir além da mera integração regional, permitindo outras formas de cooperação regional e superando as restrições geradas pelas existências dos respectivos regimes comerciais existentes na região. Na cúpula de Cochabamba, em 2006, a UNASUL objetivou um modelo de integração mais pluralista, capaz de reconhecer as diferenças políticas e ideológicas e a pluralidade democrática dos países da região.³³

Processos de integração que rompem com a rotina clássica da integração – como a UNASUL – acabaram recebendo a denominação pela literatura de *regionalismo pós-liberal*, cujas características são: primazia da agenda política, papel do Estado na coordenação econômica, preocupação com questões sociais, que vão da neutralização das assimetrias estruturais entre os países à inclusão de amplos segmentos antes excluídos dos direitos da cidadania política e dos benefícios econômicos com a erradicação da pobreza na região. Estes processos de integração parecem querer transparecer que os governantes querem preservar/resgatar uma identidade comum diferente da “outra América” (capitaneada pelos Estados Unidos).³⁴

Por esse sentido pós-liberal da UNASUL, ela não poderia ser vista como uma iniciativa de integração no sentido padrão (clássico). Ela não está adaptada para as etapas tradicionais

v. 2, n. 1, jan./jun. 2014; OLIVEIRA, Celso Maran; QUINELATTO, Carlos; GRANADO, Karina. Integração Sul-Americana: o Direito da UNASUL. *Temas de Integração*, n. 33. Lisboa: Ed. Almedina, 2015.

³³ LIMA, *op. cit.*, 2013.

³⁴ *Idem*, p. 185.

de integração ou taxonomias. Inexiste projeto ou propósito supranacional. Possui as seguintes características.³⁵

- a expressão de uma *política de retorno* nas relações políticas externa e de desenvolvimento, com menos atenção à agenda de liberalização comercial e econômica que tem dominado as políticas nos últimos anos [...];
- A expressão do retorno de *agenda de desenvolvimento*, inscrita no contexto mais amplo do quadro “pós-Consenso de Washington” que tenta distanciar-se do neoliberalismo, do regionalismo aberto e do foco sobre a liberalização comercial;
- A expressão do *retorno do Estado* para a política, particularmente nas relações externas e desenvolvimento socioeconômico. Isso significa um maior papel dos atores “Estados” em um mercado contra a dominação dos atores “forças privadas” e de mercado modelo Regionalismo;
- A busca de maior autonomia em relação ao mercado, do domínio da política de desenvolvimento e de frente para a política externa dos Estados Unidos, revela ser um objetivo explícito de “regionalismo pós-liberal” renovando questões nas agendas de discussões como a paz, segurança, defesa, administração, crise e coordenação política externa;
- A ênfase crescente na agenda “positiva” da integração, focada na criação de instituições e políticas comuns e cooperação reforçada em áreas não comerciais [...];
- As crescentes preocupações nos “gargalos” de desenvolvimento e a falta de infraestrutura regional, com o objetivo de, simultaneamente, melhorar a coordenação dos mercados regionais e, facilitar o acesso aos mercados estrangeiros;
- A crescente atenção às questões sociais, reduzindo as assimetrias em um contexto político em que a justiça social adquiriu novo peso na agenda política na região;
- E a busca de maneiras de promover uma maior participação de atores não-estatais e de processos de legitimação sociais integração.

Essas características inovadoras para um processo de integração estão textualmente presentes no Tratado Constitutivo da União das Nações Sulamericanas-UNASUL,³⁶ incluindo questões migratórias e cidadãs. Este documento afirma, inicialmente, a determinação em construir uma identidade e uma cidadania sul-americanas e em desenvolver um espaço regional integrado no âmbito social, cultural, ambiental para contribuir para o fortalecimento da unidade da América Latina e Caribe; ratifica que esta integração funda-se nos princípios basilares: irrestrito respeito à soberania, integridade e inviolabilidade territorial dos Estados; autodeterminação dos povos; solidariedade; cooperação; paz; democracia, participação

³⁵ SERBIN, Andrés; MARTÍNEZ, Laneydi; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo; SANAHUJA, José Antonio (Coord). *Regionalismo post-liberal y multilateralismo en Sudamérica: El caso de UNASUR en El regionalismo “post-liberal” en América Latina y el Caribe: Nuevos actores, nuevos temas, nuevos desafíos. Anuario de Integración*, nº 9 de 2012, p. 31-33. Disponível em: <<http://www.cries.org/wp-content/uploads/2013/03/anuario2012.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

³⁶ UNASUR. *Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. 2011. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Tratado-UNASUR-solo.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

cidadã e pluralismo; direitos humanos universais, indivisíveis e interdependentes; redução das assimetrias e harmonia com a natureza para um desenvolvimento sustentável.

A título de comparação e demonstração que a UNASUL inova a formatação tradicional de um processo de integração que, na maioria das vezes, opta pela priorização em matéria econômica com vistas ao enfrentamento coletivo perante a globalização, é possível notar que o Tratado de Assunção, do MERCOSUL,³⁷ faz menção tímida, e presente única e exclusivamente em seu preâmbulo, mas voltado aos mercados nacionais, como no caso do processo constituir-se “condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social”. E, em continuidade, entendendo-se que referido objetivo “deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente” entre outros. Frisa-se que o MERCOSUL foi constituído nos moldes tradicionais dos processos de integração regional

A natureza jurídica da UNASUL possui a característica da horizontalidade nas relações entre os países e isto demonstra um grau de mudança deste processo novo de integração, uma vez que se baseia em questões internas como seus elementos sociais, culturais, econômicos, políticos e por considerar as suas fraquezas, possui potencial e sabedoria nas tomadas de decisão. Ela constrói uma cultura de paz e incentiva a resolução alternativa de conflitos.³⁸ Na verdade, a UNASUL pode ser melhor descrita como uma organização da cooperação política,³⁹ ou um “espaço multilateral de coordenação e cooperação política”.⁴⁰

Em um processo de integração regional tradicional, ou seja, com fins eminentemente econômicos, o objetivo da livre circulação de pessoas geralmente é implementado em um momento posterior do processo, quando este tenha superado os obstáculos à livre circulação de mercadorias. Isso ocorre após a superação das fases “zona de livre comércio”, “união aduaneira”, até se chegar ao “mercado comum”. A livre circulação de pessoas se dá em decorrência das chamadas liberdades fundamentais do processo de integração regional⁴¹ e por isso a discussão sobre cidadania múltipla nos espaços de integração é um desafio diante dos questionamentos sobre conceitos e quadros sociais normativos bem estabelecidos.⁴²

3 A LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS EM UM PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

Pelo histórico dos processos integracionistas na América cuja implementação não restaram completas ou não alcançaram os patamares idealizados⁴³ como no caso do Mercosul, que avançou sobre muitas questões mas que apenas tangenciou o mercado comum, a UNASUL apresenta proposta de impulsionar o mercado comum capaz de envolver

³⁷ MERCOSUL. *Tratado De Assunção*. 1991b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf>. Acesso em : 11 fev. 2017.

³⁸ LLOVERA, Pedro Alejandro Duarte. La naturaleza jurídica de la neo integración regional Unasur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 2, Nº 4; Agosto 2014; pp. 175-188.

³⁹ SERBIN, *et. all.*, *op. cit.*, 2012, p. 40.

⁴⁰ NERY, Tiago. UNASUL: a dimensão política do novo regionalismo sul-americano. *Caderno CRH*, Salvador, v. 29, n. spe3, p. 59-75, 2016.

⁴¹ OLIVEIRA, Celso Maran de. *Direito da Integração Mercosul: Mercado Comum do Sul*. São Paulo: Cultura, 2011.

⁴² GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. Portugal: Almedina. 2014, p. 519.

⁴³ OLIVEIRA, Celso Maran. *Mercosul: livre circulação de mercadorias*. Curitiba: Juruá, 2002.

os estados sul-americanos e fazer frente a efetivação de políticas sociais contrariando a política hegemônica dos Estados Unidos e da globalização.⁴⁴

Embora seja dotada de objetivos ambiciosos, a UNASUL ainda não regulamentou efetivamente a livre circulação dos cidadãos unasulinos. Pensar em livre circulação não pressupõe tão somente pensar em “trânsito livre” daqueles que integrem a comunidade: necessário se faz refletir sobre a cidadania.

Na esfera jurídica a cidadania está atrelada à questão da nacionalidade e, conseqüentemente, ao direito do voto. Estas noções precisam ser diferenciadas. Segundo Moura Ramos⁴⁵ nacionalidade refere-se a conexão do indivíduo a uma entidade estatal, enquanto para a cidadania é atribuída a ideia do conteúdo desta relação, ou seja, deveres e direitos decorrentes daquele elo e cuja participação é regulada por normas.

Para Carvalho,⁴⁶ pensar a cidadania desta forma não gera automaticamente o gozo de outros direitos como a segurança e o emprego. Para o autor, a construção do conceito começa pela educação da população que, não sendo politicamente organizada, não tem opinião pública ativa e um eleitorado amplo e esclarecido, tornando um obstáculo à estruturação da cidadania. A cidadania é comumente desdobrada em direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, mas o surgimento sequencial (destes direitos e da própria ideia de cidadania) é um fenômeno histórico que diferencia a sua natureza em cada país.

Na ideal teoria sobre a livre circulação de pessoas em um processo de integração qualquer cidadão que pertença a um Estado membro pode circular nos demais com total liberdade em qualquer dos Estados que a compõe, exercer uma profissão e residir, mas não se limita a isso. A ideia de uma ampla cidadania unasulina aprofundaria o processo democrático, respeitaria as diferenças e defenderia a dignidade da pessoa humana. Para Campos: “O pré-requisito da nacionalidade para a caracterização da cidadania daria, assim, lugar ao da resistência, movimento que reduz a distância entre os conceitos de cidadania e direitos humanos”.⁴⁷

Na casuística sobre os refugiados diante de tantas atrocidades e deslocamentos ocorridos a partir da II Guerra Mundial, a cidadania foi alçada a patamares de proteção internacional e considerada como direito humano fundamental pelo artigo VI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 onde “todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”. Todos os demais Tratados e Acordos Internacionais mantiveram-se na mesma linha de proteção.

A União Europeia, desde 1957 com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, passando pelo Tratado de Maastricht em 1993, até o Tratado de Lisboa em 2009, ao avançar nas clássicas fases de seu processo de integração, alcançou limite em relação a “circulação de pessoas” que rompeu com os controles internos e aumentou os controles externos dos países, implementando a uniformização de procedimentos em relação às políticas migratórias, asilos e vistos, que compõem o terceiro pilar clássico da integração. Desde março de 1995, o Acordo

⁴⁴ SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Direitos Humanos e UNASUL: Entre o Sistema Internacional e o de Associação Regional de Estados*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 181.

⁴⁵ MOURA RAMOS, Rui Manoel. *Do direito português da nacionalidade*. Portugal: Coimbra Ed., 1984, p. 05.

⁴⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: um longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 08, 11 e 64.

⁴⁷ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração e déficit social da Comunidade Europeia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Schengen determina uma progressiva suspensão dos controles nas fronteiras, mas acrescentou exigências pelo *SIS* (Sistema de Informação Schengen) onde há uma cláusula de “salvaguarda” que possibilita aos Estados membros reintroduzirem, temporariamente, por razões de ordem pública ou segurança nacional, controle de pessoas nas fronteiras⁴⁸. Além da livre circulação de pessoas, a livre circulação de serviços e estabelecimento⁴⁹ assegura que toda pessoa possa optar por se estabelecer ou prestar serviços sem qualquer discriminação referente à nacionalidade.⁵⁰

O Tratado Constitutivo da UNASUL (2011), em seu art. 2º, aponta como *objetivos gerais* a construção participativa de um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados. No art. 3º, elenca como *objetivos específicos*, dentre outros aspectos, o desenvolvimento social e humano com equidade e inclusão para erradicar a pobreza e superar as desigualdades na região; a erradicação do analfabetismo, o acesso universal a uma educação de qualidade e o reconhecimento regional de estudos e títulos; a consolidação de uma identidade sul-americana através do reconhecimento progressivo de direitos a nacionais de um Estado Membro residentes em qualquer outro Estado Membro, com o objetivo de alcançar uma cidadania sul-americana; a cooperação na prevenção das catástrofes e na luta contra as causas e efeitos das mudanças climáticas; o acesso universal à seguridade social e aos serviços de saúde e a cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos direitos humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas.

Tais objetivos avançam com a Decisão CJEG⁵¹ nº 8/2012 que iniciou o processo de construção da Cidadania na América do Sul, priorizando a dimensão da migração. A decisão abordou que os mecanismos regionais e sub-regionais são acervos reguladores de progressos substanciais sendo a base para a construção de uma cidadania sul-americana nas suas várias dimensões cuja expansão é necessária (art. 1º). Reafirmou sobre os progressos significativos a nível regional sobre a migração no "Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes MERCOSUL, Bolívia e Chile (Peru, 28/06/2011; Equador, 29/06/2011 e Colômbia, 29/06/2012) e que a mobilidade humana livre na região é um dos elementos fundamentais na construção de cidadania sul-americana, conforme declarado nas Conferências Sul-Americana sobre Migração. Criou grupo de trabalho sob a coordenação da Presidência *Pro Tempore* e com o apoio do Secretariado Geral para a preparação de um roteiro e um relatório capaz de explorar as diferentes dimensões da cidadania sul-americana (art. 2º). A partir daí serão propostas pelo Conselho de Ministros das Relações Exteriores orientações, estratégicas e projetos de acordos que estabelecem as bases de cidadania sul-americana.

⁴⁸ Como na Euro-Copa em 2004 e após atentados terroristas, por exemplo.

⁴⁹ Arts. 49, 56, 57 e 63 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

⁵⁰ ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia – estrutura jurídico institucional do Tratado de Lisboa*. 4ª ed. Paraná: Editora Juruá. 2010.

⁵¹ Decisão de Chefes de Estado e de Governo. Esta decisão da UNASUL está disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/DEC08.2012.pdf>. Acesso em: 13 jan 2017.

Alguns documentos oficiais como UNASUL/CMRE/Resolução 04/2013⁵² demonstram que a questão ambiental (riscos de desastres) integra a pauta das reuniões neste processo de integração. Nesta oportunidade foi criado o “Grupo de Trabalho de Alto Nível para a Gestão Integral de Risco de Desastres”, reconhecendo que o espaço da UNASUL enfrenta diversos tipos de fenômenos de origem natural e antrópico que, junto das vulnerabilidades físicas e sociais representam sérios riscos para o avanço e fortalecimento dos esforços conjuntos para lograr, entre outros objetivos, a eliminação da desigualdade socioeconômica e o fortalecimento da inclusão social, assim como planejar e implementar intervenções conjuntas em conhecimento e redução de riscos como os descritos no art. 3º, alíneas de “a” a “l” que incluem, por exemplo, a adoção de mecanismos e protocolos comuns que permitam uma eficaz gestão de assistência humanitária dos Estados Membros em caso de desastres, criação de uma plataforma, programa e projetos compartilhados de informações.

Pesquisa preliminar demonstrou que alguns países integrantes da UNASUL reconheceram recentemente em sua legislação que os desastres ambientais e deslocamentos internos podem ser motivadores do refúgio, como demonstra o Quadro 05:

Quadro 5 – Países integrantes da UNASUL que recentemente abordaram a questão dos desastres naturais e ambientais em relação às suas políticas migratórias

Quadro 40: Opções migratórias para vítimas de desastres naturais e ambientais		
País	Fonte	Ano
Argentina	Regulamentação da Lei de Migração nº 25871/04 e suas modificações. Decreto 616/10, art. 24, h.	2010
Bolívia	Lei de Migração, artigo 65 (Lei 370/13)	2013
Brasil	- <i>Inexiste normativa. Concessão por razões humanitárias. Vistos sociais apenas para haitianos. Em 2014 reconheceu as alterações no meio ambiente e a necessidade de apoiar estudos, além de “prestar mais atenção neste tema”.</i> - 06 abr 2017 ⁵³ : O Projeto de Lei do Senado Federal 288/2013 e o substitutivo SCD 07/2017 foi aprovado e segue para o Plenário da Câmara dos Deputados. Neste projeto, questões ainda carecem de discussões como a questão ambiental como influenciadora de processos migratórios e expressa inclusão nesta norma.	-- 2017 em andamento
Chile	Lei 20430/10 e Regulamento de 2011	2011
Equador	<i>Inexiste normativa. Concessão por razões humanitárias. Vistos sociais apenas para haitianos.</i>	--
Peru	Decreto nº 1236/15, artigo 59	2015
Venezuela	<i>Decreto 8001/2011, art. 10. Vistos sociais aos haitianos.</i>	2011

⁵² BRASIL, Itamaraty. *Documentos da UNASUL*. VI. Comunicados adotados da Presidência *Pro Tempore*. UNASUL/CMRE/Resolução 04/2013. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/RES04.2013.pdf>. Acesso em: 13 jan 2017.

⁵³ BRASIL, Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/06/projeto-de-nova-lei-de-migracao-segue-para-o-plenario>>. Acesso em: 06 abr 2017.

Fonte: Quadro 40 do ACNUR (2014c) (adaptado pelos autores).

Além das questões dos eventos ambientais, as falas institucionais da UNASUL demonstram preocupação com o tema dos refugiados: desde a questão dos sírios, somalis, quênios e haitianos, mas também há preocupação com os latino americanos como os mexicanos na fronteira dos Estados Unidos, a migração forçada por violência na Colômbia, aqueles que fogem pelos efeitos do aquecimento global e as guerras, onde a migração deveria ser um direito e não uma concessão.⁵⁴ Essas pessoas “precisam ser considerados como cidadãos do mundo e não como criminosos globais. Em meio a um esquema de globalização onde eles estão circulando livremente, bens, serviços e capitais, também deve ser possível e por que não, o direito de circulação de pessoas”.⁵⁵

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar a medida de empenho e avanço de um processo de integração como a UNASUL à luz de direitos fundamentais como a cidadania, liberdade e inclusão, demonstra a inovação desta proposta sul-americana em realizar uma integração diferente das preteritamente implementadas, na América e no Mundo.

As reflexões científicas acerca do meio ambiente são relativamente novas se comparados a outros ramos do conhecimento, mas os impactos gerados pelas alterações da natureza pela ação humana tomaram proporções impossíveis de serem ignoradas pela própria ciência e, sobretudo, pelos governos de todos os Países.

Necessário perceber que há 60 anos a União Europeia caminha em seu processo de integração e ainda existem pontos carentes de políticas, para que o ideal de cidadania europeia plena seja alcançado. O Mercosul possui projeto ambicioso de integração regional e, ainda que com viés notadamente econômico, em seus 26 anos de existência, muito ainda existe por trilhar. A UNASUL em apenas 06 anos de vigor ainda caminha a passos tímidos para o cumprimento de seus objetivos relacionados ao mercado comum, em especial a cidadania sul-americana.

Suas falas institucionais acenam para o reconhecimento dos fatores ambientais como contributivos com os movimentos por meio das fronteiras soberanas de cada País. Para o Direito Internacional dos refugiados, legislação publicada ainda em época histórica que inexistia estas modernas reflexões, os movimentos humanos causados por fatores ambientais não estão elencados como condições para a concessão de refúgio. Assim, é possível encontrar em documentos institucionais e/ou encontros entre países posicionamentos que se adéquam para a realidade mundial dos refugiados ambientais. O ACNUR sugere como “boa prática” prever as opções migratórias para as vítimas de desastres naturais ou ambientais, para as populações desprezadas pelos efeitos climáticos ou para quem haja migrado por motivos de desastres naturais ou do meio ambiente.

⁵⁴ UNASUR. *Discurso del Secretario General de UNASUR, ex presidente, Ernesto Samper, en la Reunión de Alto Nivel sobre refugiados y migrantes en Naciones Unidas, 2016.*

⁵⁵ Idem.

Assim, o fortalecimento político e representativo das minorias que fortaleçam suas identidades, bem como a vontade política que compreenda as questões sociais e se dedique ao cumprimento das normativas em direitos humanos, somadas à proteção ambiental, são investimentos futuros que fortalecerão o território sul-americano, inclusive economicamente. Isso é perfeitamente possível de ocorrer na UNASUL, por se tratar de um processo extremamente ambicioso em diversos sentidos, e exigir a rediscussão de conceitos tradicionais do Direito da Integração Regional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia – estrutura jurídico institucional do Tratado de Lisboa*. 4ª ed. Paraná: Editora Juruá. 2010.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas. *O ACNUR*. 2014a. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/o-acnur/>>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. 2014b. *Refúgio no Brasil: uma análise estatística 2010-2014*. Disponível em: <http://caminhosdorefugio.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Refugio_no_Brasil_2010_2014.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. 2014c. *Proteção dos Refugiados na América Latina. Boas Práticas Legislativas*. Quadro 40 Opções migratórias para vítimas de desastres naturais e ambientais. Disponível em: <http://www.acnur.org/que-hace/proteccion/proteccion-de-refugiados-en-america-latina-buenas-practicas-legislativas/>. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. 2015. *Refugiados en America Latina : buenas prácticas legislativas*. Disponível em : <<http://www.acnur.org/que-hace/proteccion/proteccion-de-refugiados-en-america-latina-buenas-practicas-legislativas/>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. 2015b. *Definición ampliada de refugiado em america latina*. Disponível em : <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2004/2541>>. Acesso em : 13 jan. 2017.

BBC Brasil. *5 perguntas sobre decreto de Trump que desfaz política climática de Obama*. Disponível em:<<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39425997>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integraçãoo déficit social da Comunidade Europeia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CARDY, W.F.G. *Environment and Forced Migration. United Nations Environment Programme*. Nairobi-Kenya. University of Oxford. 1994.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: um longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CUNHA, FAGUNDES e GUERRA. *Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul*. Revista Internacional de Direitos Humanos. ISSN: 2318-6526 (v. 2, n. 1, jan./jun. 2014).

- DERANI, Cristiane. Refugiado ambiental. *Dicionário de Direitos Humanos*. 2011. Disponível em: <www.espmu.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2014.
- EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. UNEP, 1985.
- GORJÃO-HENRIQUES. Miguel. *Direito da União*. Portugal: Almedina. 2014.
- IDMC. INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL (NRC). *Global Estimates - 2015. People displacement by disasters*. 109p. Disponível em: <<http://www.internal-displacement.org/assets/library/Media/201507-globalEstimates-2015/20150713-global-estimates-2015-en-v1.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.
- KUNKEL, K.E., PIELKE JR., R.A., CHANGNON, S.A. *Temporal fluctuations in weather and Climate extremes that cause economic and human health impacts: a review*. Bulletin of the American Meteorological Society, v.80 n.6, p.1077-1098. June, 1999.
- LIMA, Maria Regina Soares de. *Relações Interamericanas: a nova agenda interamericana e o Brasil*. Lua Nova, São Paulo, n. 90, 167-201, 2013.
- LLOVERA, Pedro Alejandro Duarte. La naturaleza jurídica de la neo integracion regionar Unasur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 2, Nº 4; Agosto 2014; pp. 175-188.
- MARTINS, Etiene Coelho; VASCONCELLOS, Ana Marta Soares. *UNASUL: o novo estágio da integração Sul Americana*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 235.
- MENEZES, Fabiano L. *O panorama dos refugiados ambientais na América Latina*. 60 anos de ACNUR: perspectivas e futuro. São Paulo. 2011. 318 p. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?view=1>. Acesso em: 24 out. 2014.
- MERCOSUL. Tratado de Assunção. *Tratado para a constituição de um mercado comum entre República Argentina, a República Federativa do Brasil a República do Paraguai e a República do Uruguai*. 1991. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf>. Acesso em: 01 dez. 2016.
- MERCOSUL. *Tratado De Assunção*. 1991b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf>. Acesso em : 11 fev. 2017.
- MIRANDA, Jorge. *Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa*. Lisboa : Universidade Católica Ed., 2016.
- MOURA RAMOS, Rui Manoel. *Do direito português da nacionalidade*. Portugal: Coimbra Ed., 1984.
- NERY, Tiago. UNASUL: a dimensão política do novo regionalismo sul-americano. *Caderno CRH*, Salvador, v. 29, n. spe3, p. 59-75, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792016000600059&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 abr. 2017.
- NUNES, Luci Hidalgo. Aproximações sobre a Mudança Climática Global. *Terra Livre São Paulo*, ano 18 , vol. I, n. 18, p. 179-184, jan./jun. 2.002.

NUNES, Lucí Hidalgo. *Urbanização e Desastres Naturais*: abrangência América do Sul. Ed. Oficina Textos, 2016. 112p.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Rio + 20*: O futuro que queremos. Departamento de Informação Pública das Nações Unidas. Rio de Janeiro, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/desastres.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. *COP 21*. Paris, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cop21/>>. Acesso em: 07 set. 2016.

OIM, Organización Internacional para las Migraciones. Documento Referencia. *Migración, medio ambiente y cambio climático*: agenda 2030, buenas prácticas y desafíos para la región suramericana. Informe elaborado por RESAMA - Red Sudamericana para las Migraciones Ambientales. Disponível em : < <http://csm-osumi.org/Archivos/ConfCSM/Documento%20de%20referencia%20-%20Migraci%C3%B3n,%20medio%20ambiente%20y%20cambio%20clim%C3%A1tico.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

OLIVEIRA, Celso Maran de. *Direito da Integração Mercosul*: Mercado Comum do Sul. São Paulo: Cultura, 2011.

_____. *Mercosul*: livre circulação de mercadorias. Curitiba: Juruá, 2002.

_____; QUINELATTO, Carlos; GRANADO, Karina. *Integração Sul-Americana: o Direito da UNASUL. Temas de Integração*. 1º Semestre de 2015, nº 33. Ed. Almedina.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Adoção do Acordo de Paris*. COP 21, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Marco de Ação de Sendai*. Japão, 2015.

PINHEIRO, JULIANA; BENINI, ELISÂNGELA ; SILVA, ALLAN (orgs). *Meio Ambiente: gestão e sustentabilidade*. GRANADO, Karina, OLIVEIRA, Celso Maran de. Políticas Migratórias para os Refugiados Ambientais. Ed. ANAP. Tupã : 2017.

PNUD. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Soporte del PNUD para la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. 2016. ODS 1 – Fin de la pobreza, ODS 10 – Reducción de las desigualdades e ODS 15 - Vida sobre la tierra. Disponível em : <<http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/poverty-reduction/undp-support-to-the-implementation-of-the-2030-agenda.html>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

PIVETTA, M. 50 Anos de Calamidades na América do Sul. *Revista Pesquisa FAPESP*, n. 241, p. 62-65, 2016.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Direitos Humanos e UNASUL*: Entre o Sistema Internacional e o de Associação Regional de Estados. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTOS, André de Castro. *A COP 22 em xeque com a vitória de Donald Trump*. Oficina de Direito Ambiental da USP (FDUSP). Disponível em: <<http://sites.usp.br/oficinadedireitoambiental/a-cop-22-em-xeque-com-a-vitoria-de-donald-trump/>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

SERBIN, Andrés ; MARTÍNEZ, Laneydi ; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo ; SANAHUJA, José Antonio (Coord). *Regionalismo post-liberal y multilateralismo en Sudamérica*: El caso de UNASUR en El regionalismo “post-liberal” en América Latina y el Caribe: Nuevos actores,

nuevos temas, nuevos desafíos. Anuário de Integração nº 9 de 2012. Disponível em: <<http://www.cries.org/wp-content/uploads/2013/03/anuario2012.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n. 6, 2005, 541-558. Disponível em : <<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

STEFFEN, W. et al. *Global change and the earth system: a planet under pressure*. Berlin: Springer, 2004.

UNASUR. *Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. 2011. Disponível em:<<http://www.unasursg.org/images/descargas/DOCUMENTOS%20CONSTITUTIVOS%20DE%20UNASUR/Tratado-UNASUR-solo.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

UNASUR. *Discurso del Secretario General de UNASUR, ex presidente, Ernesto Samper, en la Reunión de Alto Nivel sobre refugiados y migrantes en Naciones Unidas*, 2016. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/es/node/929>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

UNASUR. *La OIM y la UNASUR acuerdan bases para el trabajo conjunto en la promoción de los derechos de los migrantes*. Disponível em: <<http://www.unasursg.org/es/node/1065>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

UNISDR. Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres. *Impacto de los desastres en América Latina y el Caribe (1990-2013)*. 2016. Disponível em: <http://www.unisdr.org/files/48578_impactodesastresamericalatinacaribe.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

UNHCR. The UN Refugee Agency. *State of the world's refugees: in search of solidarity*. 2012. 32p. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/sowr/4fc5ceca9/state-worlds-refugees-2012-search-solidarity.html>>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. *Global Trends Forced Displacement in 2015*. Disponível em: <http://www.unhcr.org/576408cd7#_ga=1.73357715.1094797892.1462913926>. Acesso em: 13 fev. 2017

VASAK, Karel. *International Dimensions of Human Rights*. Vol. 1. Greenwood Press, Westport, Connecticut. Unesco, Paris, France. 1982.

WARNER, K. and van der GEEST, K. (2013). 'Loss and damage from climate change: local-level evidence from nine vulnerable countries', *Int. J. Global Warming*, v. 5, n. 4, p.367–386.



A REVOLUÇÃO REPUBLICANA DE 1817: EM BUSCA DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

THE REPUBLICAN REVOLUTION OF 1817: LOOKING FOR A BRAZILIAN CONSTITUTIONAL CULTURE

MARCELO CASSEB CONTINENTINO*

RESUMO

O presente artigo, que busca realizar um diálogo intertemporal entre as gerações revolucionária de 1817 e atual, é parte de um projeto de pesquisa mais amplo no qual se estudam possíveis continuidades nos sucessivos textos constitucionais brasileiros. Nesta investigação, contudo, seu objeto se restringe à constatação de certos elementos de permanência na Lei Orgânica de 1817 e na Constituição Federal de 1988, que proporciona desenvolver novas perspectivas de estudos em torno de conceitos como “identidade constitucional” e de “cultura constitucional” nos últimos duzentos anos da história constitucional do Brasil.

Palavras-chave: Revolução Republicana de 1817; Constituição Federal de 1988; identidade constitucional.

ABSTRACT

This article, which seeks to carry out an intertemporal dialogue between the revolutionary generation of 1817 and the current generation, derives from a larger project of research, in which possible continuities on the successive Brazilian constitutional texts are studied. The object of this investigation, however, is restricted to the observation of permanency's elements in the “Lei Orgânica de 1817” (“Organic Law of 1817” or “Republic Constitution of 1817”) and in the Federal Constitution of 1988, which authorizes to develop new perspectives of studies on concepts such as “constitutional identity” and “constitutional culture” in the last two hundred years of Brazilian constitutional history.

Keywords: Republican Revolution of 1817; Federal Constitution of 1988; constitutional identity.

* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e pela Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor adjunto da UFPE. Líder do Grupo de Pesquisa “Teoria e História Constitucional Brasileira”. Procurador do Estado de Pernambuco. Sócio efetivo do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano.
marcelo_casseb@yahoo.com.br

Recebido em 4-10-2017 | Aprovado em 12-10-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: SOBRE O “LUGAR” DA REVOLUÇÃO DE 1817 NA HISTÓRIA; 1 CONTEXTUALIZANDO A REVOLUÇÃO DE 1817; 2 EM BUSCA DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO: SOBRE O “LUGAR” DA REVOLUÇÃO DE 1817 NA HISTÓRIA

Não obstante o esforço protraído no tempo por decretar-se o “banimento” da Revolução Republicana de 1817 da história do Brasil, a Revolução Republicana permanece forte e incandescente na memória pernambucana e nacional; e, mais do que isso, deve integrar-se à própria cultura constitucional brasileira, evidenciando nosso longo e tortuoso percurso na construção dos direitos dos cidadãos.

É sabida a tentativa de esquecimento promovida por agentes da coroa e por representantes da nação¹, que presenciaram a severa punição à então Capitania de Pernambuco e a seus patriotas, por haverem manifestado bandeiras “perigosas”, por haverem se envolvido em “desgraçados sucessos”, por haverem “desvairado a opinião pública com sonhos e quimeras republicanas”, por haverem, enfim, desejado um “sistema político verdadeiramente impraticável no Brasil”. Mesmo assim, a Revolução de 1817 não foi esquecida.

Apesar da parcialidade com que historiadores, do quilate de Francisco Adolfo de Varnhagen², trataram da Revolução de 1817, afirmando tratar-se de “um assunto para o nosso ânimo tão pouco simpático que, se nos fora permitido passar sobre ele um véu, o deixaríamos fora do quadro que nos propusemos traçar”, mesmo assim sua memória não foi apagada e permanece preservada.

Ainda que, como consequência dessa historiografia nacional de relativo menosprezo e esquecimento, haja uma política nacional a consagrar como marco do republicanismo e do civismo brasileiro outros eventos (não menos importantes no processo histórico brasileiro, ressaltemos), conforme se infere do Projeto de Lei nº 216, de 1963³, que “declara Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, Patrono da Nação Brasileira”, o qual foi convertido na Lei federal nº 4.897, de 9 de dezembro de 1965, por seu envolvimento na “Inconfidência Mineira”, que precedeu a Revolução Francesa na reivindicação dos direitos do homem e na afirmação de uma democracia republicana, com o objetivo de conquistar a independência brasileira e implantar a república entre nós, mesmo assim é inequívoco que a Revolução de 1817 representou o primeiro movimento liberal que, exitosamente, questionou e se separou do jugo colonial português, além de haver implantado um governo republicano.

¹ Cf. BRASIL. Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823). Tomo I. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 57 e ss.

² VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. Historia Geral do Brazil. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Casa E. & Laemmert, 1877, p. 1115.

³ Cf. BRASIL. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Brasília: quarta-feira, maio de 1963, p. 1940.

Não obstante tudo isso, a Revolução Pernambucana de 1817 foi, no dizer de Evaldo Cabral de Mello⁴, a primeira independência do Brasil com a introdução de inédita e efetiva experiência de governo republicano.

E qual o significado a ser extraído da Revolução de 1817 em termos de uma suposta configuração da cultura constitucional brasileira? De logo, já podemos responder que essa Revolução deixa um legado aos brasileiros consistente na luta pela conquista de direitos e garantias individuais, de crença numa sociedade mais igualitária e democrática. Valores esses que, como veremos na sequência, tanto foram afirmados na Lei Orgânica de 1817 do Governo Provisório da República de Pernambuco, uma “Constituição provisória”, quanto na “Declaração dos Direitos Naturais, Cíveis e Políticos do Homem”, pelos mesmos patriotas concebida.

Gustavo Zagrebelsky⁵, em profícua reflexão sobre as relações entre História e Constituição, destaca que a modernidade no Direito, na medida em que se tornou obcecada pela ideia de codificação e de legislação, deixou um péssimo legado para cultura jurídica ocidental: teria restringido até quase suprimir a perspectiva de uma “história constitucional”, substituindo-a por uma “história das constituições”. E qual a implicação prática que esse tipo de inflexão historiográfica do direito constitucional pode acarretar?

Esse giro metodológico pode significar eventual desconsideração de fatos, rupturas e continuidades que necessariamente marcam a inteireza do processo histórico constitucional, para, ao invés, limitar-se apenas à análise dos momentos em que novas Constituições vêm à luz, nos quais todos os erros e defeitos do passado seriam varridos definitivamente da realidade política e social brasileira (adotando-se, pois, a “técnica” de “fotografias”). Trata-se, segundo Zagrebelsky, de uma atitude essencialmente anti-histórica que reduz todo o fenômeno jurídico-político a uma ideia de “Constituição do futuro sem passado”, já que deixa de lado o contínuo imprevisível e incontrollável do transcurso do processo histórico, com seus caminhos e descaminhos.

Pesa sobre tal postura, reconheçamos, certa ingenuidade por acreditar-se num esperançoso recomeço a sobrecarregar – à exaustão – a noção de poder constituinte e de sua potência originária e criadora, porquanto a nova Constituição teria o condão de corrigir os erros e os desacertos da anterior, a que sucedeu. Mostra-se, outrossim, insuficiente tal visão por não conseguir explicar e compreender as razões de fracasso dos sucessivos projetos constitucionais e por desconsiderar o inerente aprendizado que todo processo histórico proporciona.

O Bicentenário da Revolução Republicana de 1817, nesse contexto, concede-nos uma privilegiada oportunidade de análise da Lei Orgânica de 1817, na qual se pode constatar que a história constitucional brasileira, diferentemente de que alguns pensam, não se iniciou em 1988, mas tem um longo percurso cujos sucessos e insucessos se acumulam há mais de 200 anos⁶.

⁴ Cf. MELLO, Evaldo Cabral de. *A outra independência (o federalismo pernambucano de 1817 a 1824)*. São Paulo: Editora 34, 2004.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Storia y Costituzione*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. (orgs.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, p. 35-82.

⁶ Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *200 anos de constitucionalismo: resquícios para uma história constitucional do Brasil*. Interesse Público – IP: ano 16, n. 83, p. 61-85, jan./fev., 2014.

1 CONTEXTUALIZANDO A REVOLUÇÃO DE 1817

Os séculos XVIII e XIX testemunharam profunda efervescência política e constitucional. Nos Estados Unidos, na América Latina e na Europa em geral, assiste-se a um despertar constitucional. Não por outra razão, Frei Caneca⁷, observou com sua peculiar astúcia no periódico *“Typhis Pernambucano”*, de 13 de maio de 1824: *“O princípio deste século tem sido empregado em política: constituições e seus projetos ocupam todos os espíritos”*. Era tempo de *“Constituição”*.

E as Constituições foram pensadas e elaboradas à luz dos *“dramas”* políticos e jurídicos experimentados por cada nação, com o objetivo de resolvê-los⁸. De maneira geral, dois pontos fundamentais estavam em jogo: de um lado, a questão relativa aos direitos individuais (que envolvem liberdade e escravidão, igualdade, propriedade, livre exercício do comércio etc.); de outro lado, a questão do autogoverno, da república ou da monarquia.

Com a Revolução Pernambucana de 1817, não foi diferente.

Eclodida em 6 de março de 1817, no célebre episódio em que o oficial brasileiro João de Barros Lima (conhecido como *“Leão Coroado”*) insurgiu-se contra a ordem de prisão de seu superior hierárquico, o brigadeiro português Manoel Joaquim Barbosa, atravessando-lhe o corpo com sua espada, a qual integra o acervo do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano (IAHGP).

A motivá-la, causas mais diretas podem ser apontadas: carga tributária excessiva a que era submetida, por ser a Capitania de Pernambuco uma das mais rentáveis do Reino; a grande seca de 1816, que afetou a produção de alimentos de subsistência, aumentando o custo de vida da população local; o declínio da exportação do açúcar e do algodão; a longa e hostilidade entre portugueses e brasileiros (ou portugueses americanos), extremada em razão de os portugueses serem designados para altos cargos administrativos e de serem credores dos grandes proprietários rurais exportadores (nativos), devido à existência de regras comerciais leoninas.

Ainda, o impacto nas relações políticas e sociais, oriundo da *“interiorização”* da Metrópole. Com a chegada de D. João VI e da família real para a Colônia do Brasil, elevada à categoria de Reino Unido a Portugal em 1815, assistiu-se à gradual transformação na condução político-administrativa das capitanias, o que afetou sensivelmente os diferentes graus de autonomia existente.

No caso especial de Pernambuco, que enfrentara a guerra de expulsão contra os holandeses, sedimentara-se a identidade pernambucana alicerçada sobre o ideário da autossuficiência e da relativa independência da Capitania em relação ao Reino.

⁷ Cf. CANECA, Frei. *Typhis Pernambucano XVIII*. In: Frei Joaquim do Amor Divino Caneca (Org. Evaldo Cabral de Mello). São Paulo: Editora 34, 2001, p. 439.

⁸ Cf. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. New York: Oxford Press, 2013, p. 1-19.

Segundo a Professora Maria de Lourdes Viana Lyra⁹, a vinda da família real modificou a lógica administrativa, ocorrendo maior centralização administrativa e fiscalização das atividades comerciais desenvolvidas nas Capitânicas, além do próprio aumento das despesas para manutenção da corte e de suas regalias. Dada sua relativa autonomia, a Capitania de Pernambuco sentiu mais fortemente o peso da mão direta do monarca em seus negócios.

O sentimento de injustiça, de tirania e de opressão se enraizou, cenário que foi muito bem traduzido na síntese de Evaldo Cabral de Mello: “Lisboa já não estava em Lisboa, mas no Rio”¹⁰.

A rejeição à coroa alastrou-se rapidamente, porque circulavam e se discutiam, naquela Capitania, muitas ideias novas, que, desde o início do século XIX, começaram a reverberar em diversas regiões do país. A atividade comercial intensa no Porto da Vila do Recife, que facilitava o acesso a pessoas, ideias e livros da Europa e da América (cuja comercialização era proibida), bem como a existência de lojas maçônicas, dentre as quais convém destacar o Areópago de Itambé, fundado por Arruda da Câmara¹¹, e do Seminário de Olinda, inaugurado por Azeredo Coutinho¹², fizeram com que a linguagem dos direitos individuais, perfilhada nas luzes europeias e americanas, tivesse boa acolhida entre os pernambucanos.

Autores como Condorcet, Voltaire, Rousseau, Sieyès, Mably, Montesquieu eram bem conhecidos àquele tempo na Capitania de Pernambuco. E, a partir deles, é que os revolucionários de 1817 tentaram constituir sua linguagem própria e realizar suas pretensões políticas bem como formular o projeto constitucional para Pernambuco, para as Capitânicas do Norte e, no segundo momento, para o Brasil.

Nesse contexto, é editada a Lei Orgânica de 1817, que segundo, o monsenhor Francisco Muniz Tavares¹³, tinha por objetivo viabilizar uma mínima estruturação orgânico-política de “Governo Provisório da República de Pernambuco”, legitimando-o. À Lei Orgânica, seguiria uma Declaração de Direitos.

A constituição de uma sociedade, onde imperassem a justiça social e a igualdade, foi sonhada pelos revolucionários de 1817 e se expressaria em documento próprio, a “Declaração

⁹ Cf. LYRA, Maria de Lourdes Viana. *A transferência da corte, o Reino Unido Luso-Brasileiro e a ruptura de 1822*. Revista do IHGB: a. 168, n. 436, p. 45-73, jul-set, 2007.

¹⁰ Cf. MELLO, Evaldo Cabral de. *Op. cit.*, p. 35.

¹¹ O Areópago de Itambé era uma sociedade secreta, cujo funcionamento iniciou em 1796, onde se discutia livremente a situação da Europa e da América bem como as ideias políticas e as revoluções. O Sr. Manuel Arruda da Câmara, ex-frade carmelita, estudou em Coimbra e em Montpellier, nos idos de 1790, sob os cuidados de Lavoisier, onde testemunhou o curso da Revolução Francesa e a decapitação de seu mestre nela envolvido. Na Devassa da Revolução de 1817, foi citado pelo juiz responsável como “figura chave na formação das ideias revolucionárias”. Foi o mentor intelectual do Padre João Ribeiro, um dos principais pensadores da Revolução de 1817. Cf. ARAÚJO, Maria de Betânia Corrêa de (Org.). *ABCdário da Revolução Pernambucana de 1817*. Recife: CEPE, 2017, p. 26-29.

¹² O Seminário Nossa Senhora da Graça, fundado por Dom José Joaquim da Cunha d’Azeredo Coutinho, na cidade alta de Olinda, começou suas atividades em 1800 com a finalidade de promover a educação teológica e civil. Tornou-se “o maior centro difusor das ideias das luzes no Nordeste colonial”. Cf. ARAÚJO, Maria de Betânia Corrêa de (Org.). *Op. cit.*, p. 93-95.

¹³ Cf. TAVARES, Francisco Muniz. *História da Revolução de Pernambuco em 1817*. 3. ed. Recife: Imprensa Industrial, 1917, p. CCIII.

*dos Direitos Naturais, Civis e Políticos do Homem*¹⁴, que, não obstante enviada para publicação na “Officina Typographica da Republica de Pernambuco”, não foi publicada nem circulou por força da repressão reinol. No entanto, sua análise nos oferece importantes indícios da amplitude da concepção de igualdade que se pretendia introduzir nesse novo tempo histórico do Governo Republicano.

Segundo o art. 6º da Declaração dos Direitos Naturais, Civis e Políticos do Homem, “*Liberdade consiste em que cada hum possa gozar dos mesmos Direitos*”. Já no art. 8º da Declaração dos Direitos dos Revolucionários de 1817, lemos: “*Todos os cidadãos são admissíveis a todos os lugares, empregos e funções públicas*”; que as preferências se dariam em virtude dos “*talentos e virtudes*”.

Mesmo considerando que os revolucionários se conduziam no domínio de declarações políticas, de cuja efetivação não podemos nos certificar, esses elementos indiciários não podem ser desprezados na análise histórica, permitindo vislumbrar o caráter moderno e radical de que se revestiu a Revolução de 1817. Pretendia-se, ao menos no âmbito do discurso revolucionário, em uma nação onde o trabalho escravo constituiu um dos principais pilares econômicos e políticos, a igualdade social de todos os patriotas independentemente de sua raça, e era em busca dela mesma – a igualdade e a liberdade – que muitos escravos lutaram. Era, portanto, uma norma que perfilhava a tradição semântica da “Constituição-norma”, no sentido em que se destinava a promover a ruptura com a ordem social e política anterior¹⁵.

Conforme explicou a Professora Margarida Cantarelli no “Seminário Revolução Pernambucana de 1817”, realizado nos dias 5 e 6 de abril de 2017, no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), a Lei Orgânica configurou, por essência, uma verdadeira “Constituição”, ao se enquadrar no novo significado (moderno) de “Constituição”, definido no curso do processo revolucionário francês e norte-americano, que foi inclusive positivado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em que se lê:

Art. 16. Qualquer sociedade, na qual uma norma não tenha estabelecido a garantia dos direitos nem a separação dos poderes, não tem Constituição.

A Lei Orgânica de 1817 do Governo Provisório da República de Pernambuco tratou da estrutura dos poderes políticos, adotando a separação tripartite dos poderes ao cuidar do Poder Legislativo (arts. 4º e 5º), Executivo (arts. 8º a 12) e Judiciário (arts. 13 a 20), bem como avançou em temas de direitos individuais, tais como liberdade de imprensa (art. 25) e

¹⁴ ARQUIVO HISTÓRICO ULTRAMARINO. Brasil – Pernambuco, cx. 278, doc. 18736 (post. 1817, março 4) [AHU_ACL_CU_015, Cx. 278, D. 18736].

¹⁵ Sobre o tema da “Constituição-norma” e “Constituição-ordem”, ver: FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli, 1993, p. 107-149 e p. 187-213. Para o historiador constitucional italiano, o conceito de “Constituição” tanto pode associar-se a uma tradição semântica empírica e não normativa, que remete ao modo de ser de um Estado; quanto pode significar norma ou ato fundamental, cujo sentido se liga à noção de lei. Relativamente à discussão da Lei Orgânica de 1817 à luz dessas categorias conceituais de Constituição, vide: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Lei Orgânica e Constituição na Revolução Republicana de 1817*. In: SIQUEIRA, Antônio Jorge; WEINSTEIN, Flávio Teixeira & REZENDE, Antônio Paulo (Orgs.). 1817 e Outros Ensaios. Recife: CEPE, 2017, p. 289-308.

tolerância religiosa (art. 23). Sob esse prisma, parece-nos adequado caracterizá-la como “Constituição”, pois garantiu direitos individuais e a separação dos poderes¹⁶.

E mais: na esteira do Professor Nilzardo Carneiro Leão¹⁷, é possível reconhecer que, na Lei Orgânica de 1817 do Governo Provisório da República de Pernambuco, foram antecipadas garantias individuais, ainda hoje asseguradas na Constituição Federal de 1988.

Qual o significado dessas permanências? É justamente nesse ponto que o diálogo intertemporal entre a geração revolucionária de 1817 e a geração atual que vive sob a égide da Constituição de 1988 pode oferecer condições propícias para a reflexão em torno de uma cultura constitucional brasileira.

2 EM BUSCA DE UMA CULTURA CONSTITUCIONAL

Toda análise histórica encerra incansável predisposição ao estabelecimento de um diálogo intertemporal, no qual o interlocutor situado no presente tenta decifrar as mensagens, os textos e os demais indícios do passado ainda remanescentes. Só que essa busca pelo passado e por sua reconstrução é necessariamente filtrada pela própria subjetividade do intérprete, que tentará a todo custo tecer uma conversação guiada por sua visão de mundo, por suas crenças, por sua formação intelectual e por seus problemas enfrentados no presente, que de certo modo o conduzem consciente ou inconscientemente na formulação de suas perguntas às gerações passadas¹⁸.

Falar do passado, pois, pressupõe uma ambiência do presente, que condiciona o olhar de qualquer interessado para trás. Toda história (do passado) é, portanto, uma história do presente. Embora os fatos ocorridos no passado sejam imodificáveis, sua interpretação e o modo de escrever fazem-nos mutáveis.

Diante desse entrelaçamento temporal entre passado e presente, entre a Lei Orgânica (ou Constituição) de 1817 e a Constituição Federal de 1988, entre a busca desenfreada pelos revolucionários de 1817 por criarem as condições para um governo republicano pautado na ideia de liberdade e igualdade e a utopia ainda presente da sociedade atual de realizar esse mesmo projeto constitucional, somos levados de volta à Revolução de 1817 e às possibilidades de diálogo que podemos estabelecer com a Constituição de 1988.

Antes, contudo, advirta-se: não se trata de uma proposta de aprendizado com a História à Cícero, *historia magistra vitae*¹⁹. Como se o conhecimento histórico pudesse oferecer às pessoas as chaves de leitura adequadas para compreenderem as soluções ideais para o enfrentamento dos problemas do tempo presente e iluminar o tempo futuro,

¹⁶ Esse tópico foi mais detalhadamente analisado em: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Lei Orgânica e Constituição na Revolução Republicana de 1817*. In: SIQUEIRA, Antônio Jorge; WEINSTEIN, Flávio Teixeira & REZENDE, Antônio Paulo (Orgs.). 1817 e Outros Ensaios. Recife: CEPE, 2017, p. 289-308.

¹⁷ Cf. LEÃO, Nilzardo Carneiro. *Revolução Republicana (XVI)*. Folha de Pernambuco: Seção Artigos, edição de 16 de junho de 2016.

¹⁸ Cf. COSTA, Pietro. *Passado: dilemas e instrumentos da historiografia*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR: n.47, 2008, p. 21-28.

¹⁹ Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Historia magistra vitae*. In: Future Past (on the semantics of historical times). Transl. Keith Tribe. New York: Columbia University, 2004, p. 26-42.

assegurando uma evolução positiva e qualitativa da sociedade rumo ao progresso. Não é isso que se espera da História. Porém, uma investigação histórica, sem dúvida alguma, pode fornecer significativos subsídios em torno do entendimento de nossa cultura constitucional, habilitando-nos melhor para compreender o nosso tempo e, nele, nossa cultura, instituições e problemas.

Bernhard Schlink²⁰, constitucionalista e hoje famoso romancista alemão, tem consciência do peso da história constitucional na formação da cultura jurídica do povo alemão e da própria efetividade de sua Constituição. Com efeito, ele destacou com precisão a diferença entre a Constituição (aquela “folha de papel”, de Lassale) e a existência de uma cultura constitucional efetiva que lhe deve conferir o necessário suporte: “A cultura constitucional de um país vive através de sua constituição. Ela será livre se a constituição for livre, democrática se ela for democrática, autoritária se ela for autoritária. Onde a cultura constitucional não existe, a constituição que funciona como base e parâmetro para a vida estatal e política também falta”. E arrematou: “Pode até existir uma Constituição de fachada, mas, por detrás dela, na realidade, os fatores decisivos são o programa e a organização do partido estatal, o entrelaçamento familiar de um clã governante ou as alianças e rivalidades de uma junta militar”.

Na visão de Bernard Schlink, há algo mais do que a textualidade aparente e formalizada em um corpo único escrito denominado “Constituição”. É imprescindível, como suposto e fundamento de uma Constituição, que haja configurada a respectiva cultura constitucional.

Na mesma linha, o constitucionalista Peter Häberle²¹, em estudo monográfico sobre a Constituição como produto de uma “ciência da cultura”, definiu a “cultura constitucional” como elemento integrante da própria Constituição, chamando a atenção para sua dupla dimensão, subjetiva e objetiva: “Na cultura constitucional, integram-se o conjunto de atitudes, de experiências, de juízos de valor, de expectativas e de pensamento, o lado da subjetividade, assim como o agir dos cidadãos, dos grupos e dos órgãos inclusive os estatais etc., o lado das objetivações, todos relacionados à constituição como processo público”.

Nessa acepção, verifica-se a importância da dimensão ativa do conceito de cultura constitucional, que é dependente da própria cidadania. Não de qualquer cidadania, mas daquela ativa e participativa, a única capaz de gerar legitimidade ao processo de interpretação e aplicação das normas constitucionais. Pois, conforme questionou o próprio Häberle, do que serviria possuir uma Constituição a mais liberal e democrática de todas se não se sabe ao certo como ela funcionaria nos momentos de crise, se não se sabe ao certo se os cidadãos se identificariam verdadeiramente com suas disposições e se efetivamente cumpririam à risca suas disposições.

Na história constitucional do Brasil, desde a Revolução de 1817, várias Constituições foram editadas, democrática ou antidemocraticamente. Apesar das distintas ideologias e projetos políticos que as envolveram em cada momento específico, é inegável que garantias constitucionais presentes na Lei Orgânica de 1817 atravessaram décadas e se fizeram presentes nos textos subsequentes (1824, 1891, 1934 etc.) até chegarem à atual Constituição de 1988. Princípios fundamentais (liberdade, igualdade, legalidade e propriedade), lastreados

²⁰ SCHLINK, Bernard. *German constitutional culture in transition*. Cardozo Law Review: vol. 14, 1993, p. 711-733.

²¹ HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (A cura di Jörg Luther). Roma: Carocci Editore, 2001, p. 38.

no constitucionalismo francês, inglês e norte-americano, foram proclamados em 1817 e, no horizonte constitucional de cada momento político em que aos mesmos princípios novas dimensões e sentidos semânticos são atribuídos²², foram sendo acolhidos nos diversos textos constitucionais brasileiros.

Nesse contexto iluminado pela noção de cultura constitucional, na esteira da tradição jurídica brasileira, transparece nossa incapacidade de aplicar e de concretizar os mesmos princípios que integram a identidade cultural e constitucional. Eis uma permanência que nos caracteriza: a histórica e renitente inefetividade de promover e realizar os mesmos princípios constitucionais por que lutamos há mais de 200 anos.

E a Revolução de 1817 nos mostra que a construção de uma sociedade mais justa associa-se à dimensão ativa da cidadania. Isto é, o elemento constitutivo da cultura constitucional depende intrinsecamente da ação de cada cidadão membro da comunidade política.

Isso nos exige o exame de mais um elemento da teoria constitucional, dessa vez atentamente discutido por Konrad Hesse²³. É que as normas que compõem a Constituição dirigem-se à conduta humana, sem cuja adesão não passariam de simples enunciados linguísticos sem maior valor normativo e prescritivo. O direito constitucional, segundo Hesse, não se desvincula da atuação humana, a qual, em condicionando-se à sua realização, atribui-lhe vida e, ao mesmo tempo, a conformação da realidade social. Essa perspectiva permite a Konrad Hesse atrelar a efetividade da Constituição, ou seja sua força normativa, a uma vontade constante por parte de seus destinatários para realizarem seu conteúdo. Essa vontade, que considera fundamental à concretização da Constituição, será por ele denominada de “vontade de Constituição”, que, por sua vez, à medida que se enraíza na cultura constitucional do povo, contribui à sedimentação e à consolidação do “sentimento constitucional”, por meio do qual os destinatários da Constituição veem-se na eterna contingência de cumpri-la e respeitá-la invariavelmente.

Destarte, os revolucionários de 1817 nos fazem ver – através dessa conversa protraída no tempo – que, não obstante estejamos há mais de 200 anos na luta pela efetivação de direitos comuns às duas gerações (passado e presente), ainda enfrentamos desafios similares. E que essas dificuldades estão longe de serem solucionadas, não por faltar um texto de Constituição adequado às peculiaridades brasileiras ou à sua governabilidade, mas porque, isso sim, falta-nos uma cultura jurídica de levar a Constituição a sério, sob pena de uma inevitável “frustração constitucional”.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

²² Nesse sentido, é válida a leitura do texto de André Rufino sobre o centenário da Constituição do México (1917), na qual se inaugurou uma nova fase na história constitucional mundial, precisamente a do constitucionalismo social, cujo marco inaugural no Brasil ocorreu em 1934. Cf. VALE, André Rufino do. *Constitucionalismo social completa 100 anos neste dia 5 de fevereiro*. Observatório Constitucional – CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-04/observatorio-constitucional-constitucionalismo-social-completa-100-anos-neste-fevereiro> [6 de março de 2017].

²³ Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 3-29.

As considerações tecidas ao longo do presente artigo, conduzidas em termos de uma conversa intertemporal com alguns de nossos “padres fundadores”, ressoam-nos, em primeiro lugar, como proibição a que desperdicemos essa rica experiência jurídico-política e história constitutiva do longo percurso constitucional brasileiro, a qual nos torna conscientes de uma possível identidade constitucional brasileira. O olhar estendido no tempo mostra que, por pior que se possa parecer, a tradição constitucional brasileira tem uma marca profunda, consistente no dilema de efetivar o próprio projeto constitucional, cuja essência assenta-se num núcleo constitucional em formação há mais de dois séculos.

Embora a história não seja a mestra da vida, concede-nos importante canal de interlocução a mostrar que o nosso grande desafio é, de certa forma, o mesmo da geração dos revolucionários de 1817: implementar os princípios da igualdade e da liberdade, que configuram o núcleo central de todas as Constituições que o Brasil conheceu nesses últimos 200 anos.

Rememorar o Bicentenário da Revolução de 1817 representa, portanto, um ato político e jurídico de reconhecimento de uma tradição mais que bicentenária, que lamentavelmente ainda está distante de se realizar. A memória constitucional e revolucionária de 1817, em que foram apropriados diversos conceitos como constitucionalismo, patriotismo, liberdade, republicanismo, está a nos lembrar e de nos exigir atitudes efetivas voltadas à realização das promessas constitucionais de ontem e de hoje. É assim que a História e a Constituição se abraçam; é assim também que os patriotas de 1817 e os brasileiros de hoje devem unir-se em torno do ideal da igualdade e da liberdade, compartilhando uma cultura constitucional brasileira comum que clama por ser tornar uma realidade sensível.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria de Betânia Corrêa de (Org.). *ABCdário da Revolução Pernambucana de 1817*. Recife: CEPE, 2017.

ARQUIVO HISTÓRICO ULTRAMARINO. *Brasil – Pernambuco*, cx. 278, doc. 18736 (post. 1817, março 4) [AHU_ACL_CU_015, Cx. 278, D. 18736].

BRASIL. *Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. *Diário do Congresso Nacional*. Seção I. Brasília: quarta-feira, maio de 1963.

CANECA, Frei. Typhis Pernambucano XVIII. In: *Frei Joaquim do Amor Divino Caneca (Org. Evaldo Cabral de Mello)*. São Paulo: Editora 34, 2001.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. 200 anos de constitucionalismo: resquícius para uma história constitucional do Brasil. *Interesse Público – IP*: ano 16, n. 83, p. 61-85, jan./fev., 2014.

_____. Lei Orgânica e Constituição na Revolução Republicana de 1817. In: SIQUEIRA, Antônio Jorge; WEINSTEIN, Flávio Teixeira & REZENDE, Antônio Paulo (Orgs.). *1817 e Outros Ensaíos*. Recife: CEPE, 2017.

- COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*: n.47, 2008.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: Giappichelli, 1993.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution*. New York: Oxford Press, 2013.
- HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (A cura di Jörg Luther). Roma: Carocci Editore, 2001.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- KOSELLECK, Reinhart. *Historia magistra vitae*. In: *Future Past (on the semantics of historical times)*. Transl. Keith Tribe. New York: Columbia University, 2004.
- LEÃO, Nilzardo Carneiro. Revolução Republicana (XVI). *Folha de Pernambuco*: Seção Artigos, edição de 16 de junho de 2016.
- LYRA, Maria de Lourdes Viana. A transferência da corte, o Reino Unido Luso-Brasileiro e a ruptura de 1822. *Revista do IHGB*: a. 168, n. 436, p. 45-73, jul-set, 2007.
- MELLO, Evaldo Cabral de. *A outra independência (o federalismo pernambucano de 1817 a 1824)*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- SCHLINK, Bernard. German constitutional culture in transition. *Cardozo Law Review*: vol. 14, 1993.
- TAVARES, Francisco Muniz. *História da Revolução de Pernambuco em 1817*. 3. ed. Recife: Imprensa Industrial, 1917.
- VALE, André Rufino do. Constitucionalismo social completa 100 anos neste dia 5 de fevereiro. *Observatório Constitucional – CONJUR*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-04/observatorio-constitucional-constitucionalismo-social-completa-100-anos-neste-fevereiro> [6 de março de 2017].
- VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *Historia Geral do Brazil*. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Casa E. & Laemmert, 1877.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Storia y Costituzione*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; LUTHER, Jörg. (orgs.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.



RESUMO

Este artigo de filosofia política, elaborado com base em uma metodologia qualitativa e com pesquisa teórica tem como objetivo realizar um mapeamento do Republicanismo, abordando os seus principais aspectos, bem como os possíveis diálogos com o Liberalismo e ao final esclarecer com um breve estudo de caso o “problema do patriotismo”, a partir do Movimento Separatista do Sul. Inicialmente enfrenta-se a pluralidade de concepções acerca do conceito de Republicanismo, com uma concisa análise histórica do mesmo e estabelecendo os elementos fundamentais desta corrente, quais sejam, reivindicação da liberdade, ausência de domínio e construção de um estado livre. Em seguida passa-se ao estudo destes elementos, a partir do que seria uma vida republicana, que, em resumo, seria o controle das instituições básicas da sociedade pelos cidadãos, que devem ser altamente engajados nesta construção. Feito isso, traça-se um panorama do Liberalismo em contraposição ao Republicanismo, chegando ao entendimento de que a liberdade é consequência do autogoverno e que este é o garantidor da Legitimidade. Por fim, enfrenta-se o que seria o “problema do patriotismo” no Republicanismo com um caso real de Patriotismo Virulento, o Movimento Separatista do Sul.

Palavras-chave: Republicanismo; reivindicação de liberdade; problema do patriotismo; movimento separatista do sul.

ABSTRACT

This article of political philosophy, elaborated on the basis of a qualitative methodology and with theoretical research, aims to carry out a mapping of Republicanism, addressing its main aspects, as well as the possible dialogues with Liberalism and at the end clarifying with a brief case study The "problem of patriotism" from the Southern Separatist Movement. Initially, it confronts the plurality of conceptions about the concept of Republicanism, with a concise historical analysis of it and establishing the fundamental elements of this current, namely, the claim of freedom, absence of domination and construction of a free state. Then, we proceed to the study of these elements, from what would be a republican life, which, in short, would be the control of the basic institutions of society by the citizens, who must be highly engaged in this construction. Once this is done, a panorama of Liberalism is presented in opposition to Republicanism, arriving at the understanding that freedom is the consequence of self-government and that this is the guarantor of Legitimacy. Finally, we face what would be the "problem of patriotism" in Republicanism with a real case of Virulent Patriotism, the South Separatist Movement.

Keywords: Republicanism; claim of freedom; problem of patriotism; south separatist movement.

* Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS; 2 PLURALIDADE DE CONCEPÇÕES REPUBLICANISTAS; 2.1 Neorrepublicanismo; 2.2 Resumindo os pontos comuns; 3 A VIDA REPUBLICANA; 3.1 Planos de atuação; 4 REPUBLICANISMO E LIBERALISMO; 5 ALGUMAS RESPOSTAS DOS LIBERAIS; 6 MOVIMENTOS SEPARATISTAS DO SUL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Há pouco tempo a concepção teórica republicana despontou no cenário da filosofia política. Sendo vinculada tanto ao Comunitarismo, quanto ao Liberalismo, ela serviu para abrir novas fronteiras e diálogos, oferecendo uma posição tanto para os comunitaristas e liberais críticos, insatisfeitos com as suas posições. Examinar-se-á aqui o que se entende por Republicanismo e Neorrepublicanismo e como ele dialoga com o Liberalismo.

1 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

É preciso pontuar rapidamente alguns importantes movimentos para a compreensão das perspectivas teóricas que fundamentaram a possibilidade republicana, a partir de uma apresentação, um delineamento mais aprimorado das correntes políticas, jurídicas e econômicas que influenciaram o movimento.

Como pontua Newton Bignotto, a partir da publicação das pesquisas de Hans Baron¹ em 1955, os humanistas italianos do período Renascentista despertou o interesse de muitos especialistas, resultando em variadíssimas publicações sobre o tema², bem como de Eugênio Garin³ na Itália, que publicou em 1947 a obra *L'umanesimo Italiano*, fazendo uma análise sobre o pensamento italiano do século XIV até o final do XV, com forte acento na filosofia e no desenvolvimento de uma consciência cívica, isto é, as questões da vida pública ganharam força ao serem abordadas neste período transformador⁴, demonstrando que as cidades passaram a ser novamente consideradas, a partir de aspectos do passado romano e da literatura da antiguidade, relegados pelos escritos da Idade Média.

Com o célebre *The crisis of the early Italian Renaissance*, Baron reordenou a Renascença de Petrarca até Maquiavel, criando o conceito de Humanismo Cívico, o significado

¹ Hans Baron foi um historiador alemão que investigou e elucidou o pensamento político e da literatura no período histórico do Renascimento Italiano, sendo que umas das suas principais contribuições para a historiografia foi a construção do termo “Humanismo Cívico”.

² Bignotto, Newton, *Origens do Republicanismo Moderno*. 1ª edição. Belo horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 11.

³ Basicamente ele, assim como Baron, mas um pouco antes, inaugurou esta interpretação diferente acerca dos humanistas italianos daquela época, fazendo frente a “historiografia tradicional” que tomava o humanismo como sendo um movimento de tentativa não bem sucedida de romper com as estruturas e concepções do medievo, não produzindo, portanto, nada de novo, apenas repetindo as ditas ideias clássicas. Nesse sentido era vista como uma continuidade do pensamento da Idade Medieval. Sobre esta disputa, ver mais em: Adami, Ana Letícia. *Balanço historiográfico nos estudos sobre o Humanismo italiano: de Eugenio Garin aos nossos dias*. In: *Anais do 3º. Seminário Nacional de História da Historiografia: aprender com a história?* Ouro Preto: Edufop, 2009.

⁴ Bignotto, Newton, *Origens do Republicanismo Moderno*. 1ª edição. Belo horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 16.

político dos escritos de Salutati, Bruni e outros grandes latinos do período. Humanismo, de forma geral, diz respeito às posições centradas no homem, a partir dele pensar o mundo e seus problemas. Genericamente foi a relação de estudiosos de várias áreas com o passado greco-romano e a interpretação e atualização dos textos dos grandes autores desta antiguidade.

Em contraposição àqueles que imputam aos humanistas italianos o não-ineditismo dos seus pensamentos, Garin percebeu que, em realidade, estes autores estavam interessados nos estudos e pensamentos clássicos, não para imitá-los, mas, sobretudo, trazê-los aos diálogos daquela época renascentista, examinando-as novamente a fim de construir percepções e reflexões que estivessem dentro deste contexto. Portanto, não foi uma mera reprodução, mas um reexame para que entendessem a realidade da época em que viveram⁵.

Em resumo, Baron com grande maestria demonstrou do *quattrocento* não podia ser fruto dos escritos humanistas do *trecento*. Figuras como a de Salutati e Bruni buscaram no passado e sob a influência das disputas entre a República de Florença com as tiranias do Norte da Itália, criaram uma nova consciência acerca da importância dos valores cívicos e da dignidade, fazendo com que a cidade fosse pensada como a antiga polis. E com a vitória de Florença muitos dos valores, que serão os valores do Republicanismo e do Neorrepblicanismo, como autogoverno, liberdade de expressão, participação política e igualdade perante a lei, ganharam força e permaneceram nos pensamentos políticos daquela época⁶.

Os trabalhos desses dois autores originaram várias críticas, mas também uma série de outras pesquisas a respeito destes períodos históricos, buscando entender as origens do que se convencionou chamar de pensamento político moderno, sendo Pocock um grande exemplo de intelectual que mostrou as conexões entre as concepções desenhadas pelos humanistas cívicos e os pensadores republicanos ingleses e americanos dos períodos posteriores ao Renascimento⁷, tal como Skinner, que expandiu enormemente a base textual sobre a compreensão destes estudos^{8,9}.

⁵ Garin, E. *Ciência e vida civil no Renascimento italiano*, São Paulo, Unesp, 1996, p. 10, pontua que este Humanismo “atuou na formação dos dirigentes das cidades-estado, oferecendo-lhes técnicas políticas mais refinadas. Serviu não apenas para a compilação mais eficaz do epistolário oficial, mas também para formular programas, compor tratados, definir 'ideais', elaborar uma concepção da vida e do significado do homem na sociedade”.

⁶ Bignotto, Newton, *Origens do Republicanismo Moderno*. 1ª edição. Belo horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 18.

⁷ Bignotto, Newton, *Origens do Republicanismo Moderno*. 1ª edição. Belo horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 20.

⁸ Skinner, Q. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, p. 91 e seguintes, nas quais o autor dissertará sobre a Renascença Italiana. Em toda a obra ele oferece “um quadro panorâmico dos principais textos do pensamento político de fins da Idade Média e começos da Era Moderna” (p. 9).

⁹ Razoável ressaltar que Skinner não contesta o “Humanismo Cívico”, mas vai ponderar que os valores dessa “corrente”, quais sejam, engajamento político dos cidadãos, uma vida ativa e a defesa dos valores republicanos, não teria sido exclusivo de Florença, mas já surgindo, embrionariamente, nas Cidades Estados italianas do XII, a partir do Sacro Império no século XII e os conflitos com os papados no século XIV. Portanto, ainda na Idade Média, muitos autores já buscavam uma defesa dos valores republicanos, como uma espécie de justificativa ou de legitimação para o combate aos adversários de Florença, que ameaçavam a liberdade. Dentre os dados levantados por Skinner, estaria Marsílio de Pádua, que defendeu o republicanismo e algumas das suas teses, como a soberania popular, em seu conhecido texto, “O Defensor da Paz”, dentre outros. Consultar também Barraqui, D. *O Humanismo Cívico em Baron e em Skinner*. Blog Histo É História, 12 dezembro de 2012. Disponível: <<http://doughahistoria.blogspot.com.br/2012/12/o-humanismo-civico-em-baron-e-em-skinner.html>>. Acesso em 22 de julho de 2017.

Não será dada continuidade a este debate, que pode ser conferido em outras obras, mas basta dizer que foram estes os antecedentes históricos mais próximos (esses debates e controvérsias que aconteceram no século XV na Itália) que constituem as raízes do republicanismo moderno¹⁰, com fortíssima afirmação a respeito do valor positivo de uma vida ativa, repleta de atividades as mais variadas possíveis, sobretudo no aspecto político, em contraposição aos ideais contemplativos advindos do medievo.

2 PLURALIDADE DE CONCEPÇÕES REPUBLICANISTAS

Diante da breve noção acerca da história do Republicanismo, indica ainda Gargarella que o Republicanismo tem raízes na Antiguidade Clássica¹¹(não necessariamente divergindo de Bignotto, Garin e Skinner) mas retornou ao debate contemporâneo no final do século XX a partir dos esforços de um grupo de historiadores, que, a partir do final dos anos de 1970, perquiriram as origens da tradição política-institucional anglo-americana por fontes outrora não muito utilizadas, como Pocock¹².

Este autor conectou a tradição mencionada e o humanismo cívico, desenvolvido na Itália renascentista. Bernard Bailyn por sua vez, mostrou as principais bases teóricas dos revolucionários norte-americanos, qual seja, o Iluminismo ou Puritanismo no que concerne ao radicalismo inglês (séc. XVII e XVIII) e o pensamento clássico, principalmente. Essa revisão da história anglo-americana significava estremecer a crença que assegurava como sendo as principais influências intelectuais dessa cultura, quase de forma exclusiva, o pensamento liberal e individualista¹³¹⁴.

2.1 Neorrepublicanismo

A retomada dos valores republicanos não ficou apenas entre os historiadores, envolvendo também os juristas, cientistas políticos e filósofos, a fim de reexaminarem as suas respectivas áreas do saber¹⁵. Liberais igualitários se afeiçoaram a essas ideias e formaram, em

¹⁰ Talvez em outro artigo esta questão seja mais desenvolvida, isto é, as origens históricas do Republicanismo.

¹¹ O vocábulo república retoma, sem divergências conhecidas, aos tempos antigos de Grécia e de Roma, podendo ser citado como grande exemplo histórica a Roma republicana, que é anterior aos tempos de Roma Império, que teve como primeiro Imperador Otávio Augusto. Nesta Antiguidade, talvez o maior expoente dessa concepção tenha sido Cícero, um dos maiores oradores e escritores da Roma Antiga, que fora Cônsul da República Romana.

¹² Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 183. O primeiro tópico do artigo tem a função de orientar o leitor que o republicanismo é considerado bem anterior do que apontaria Gargarella. Acontece que este expressamente afirma este período histórico para tratar do retorno contemporâneo do Republicanismo.

¹³ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 184.

¹⁴ O tópico 1 ajuda a esclarecer melhor a questão histórica, em que pese algumas diferenças que há para alguns historiadores e pensadores a respeito das influências para a construção do republicanismo, bem como a partir de quando ele foi efetivamente retomado.

¹⁵ Philip Pettit, *The Tree of Liberty: Republicanism, American, French and Irish*, *Field Day Review*, Vol. 1, pp. 29-41. Segundo Pettit, a corrente republican ou republicanista moderna apresentou formas algo diversas,

alguns casos, um “republicanismo liberal”, para criticarem decididamente o liberalismo conservador, como Cass Sunstein¹⁶.

Mas foi o pensamento comunitarista que surgiu primeiramente associado ao Neorrepblicanismo, pelas preocupações fundamentais de ambos, como valores cívicos ou ideais de autogoverno. Ainda assim, o Republicanismo tem as suas próprias características, como será visto ao longo do artigo.

Alguns advogam, como John Adams, que nem ele e nem ninguém que ele conhecia chegou a alcançar o entendimento acerca do republicanismo¹⁷. A verdade é que há formas de determiná-lo conceitualmente, analisando os seus padrões comuns e a sua origem histórica, que se remonta ao pensamento clássico, em geral (Homero, Sófocles, Heródoto, Cícero etc.) e a república romana particularmente¹⁸.

Nas palavras do mencionado autor, a origem dessa corrente ainda se vincula às cidades-estado da Itália Renascentista e aos textos de Maquiavel; às províncias holandesas, após a libertação da monarquia hispânica; o republicanismo inglês do século XVII e o modelo de constituição mista; os anos de fundação do constitucionalismo norte-americano, nos primeiros anos após a independência; e o ideário da Revolução Francesa, sobretudo com base em Rousseau e Montesquieu¹⁹.

Gargarella afirma que alguns autores, como Michael Sandel, tende a afastar Rousseau do republicanismo, por este ser um crítico das diferenças (opiniões, interesses, preferências), já que defende uma sociedade homogênea, que de fato é bastante complicado, tendo em vista a individualidade do sujeito. Ele prefere o modelo social proposto por Tocqueville, pois este não despreza a diferenciação, a diversidade. Antes de destruir o espaço entre as pessoas, completa-o com instituições públicas, reunindo os sujeitos em suas diferentes capacidades²⁰.

Ainda no que tange a origem, o autor afirma que nas influências citadas, há elementos que podem ser considerados distintivos do republicanismo, até porque há várias versões dele. Sendo assim, analisar-se-á a partir das marcas aparentemente comuns, não se negando as fortes diferenças que há entre os autores e suas respectivas visões.

dependendo fortemente do local no qual ela foi desenvolvida, se Estados Unidos, França ou Irlanda. Há outras paisagens, mas este artigo foca nestas três.

¹⁶ Susteins, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. Neste livro o autor oferece uma interpretação acerca da constituição norte-americana no sentido de que ela seria parcial. Basicamente ele defende que haja deliberação pública sobre a Constituição ou o que se pode extrair dela, libertando-a de um princípio de neutralidade afirmado pelo status quo. Na construção do seu argumento ele expressa, por exemplo, o seu republicanismo liberal.

¹⁷ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 185.

¹⁸ Concordando com o que fora apontado no ponto 1 do artigo.

¹⁹ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 185.

²⁰ Dentre essas instituições, podem-se citar as assembleias públicas, as escolas, as religiões e as ocupações capazes de proteger a virtude, que, por sua vez, desenham o “caráter mental” e os “hábitos do coração” que uma república democrática exige. Ver mais em Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 185, nota 4.

Philip Pettit, conhecido autor, também buscando esse núcleo comum, destaca a concepção antirânica do republicanismo, isto é, contrária a toda espécie de dominação, de interferência na liberdade (esta entendida como não dominação) ²¹.

2.2 Resumindo os Pontos Comuns

Poder-se-ia resumir o que unificaria as visões do republicanismo: *a reivindicação da liberdade, a ausência de domínio e a vida em um estado livre*. Através deste estado livre é que se torna possível a grandeza e o crescimento da comunidade, permitindo que os sujeitos integrantes busquem livremente os seus objetivos.

Outra característica igualmente valiosa e distintiva da corrente é a persistência em defesa de valores cívicos, ou virtudes, caso prefira, que são indispensáveis para a conquista da liberdade almejada. Gargarella, de certa forma, elabora uma longa lista acerca destas virtudes no seguinte trecho:

“Os pensadores ligados a essa corrente tenderam a exaltar, antes de mais nada, valores como a *coragem* (para defender a própria comunidade contra ataques externos) e a *prudência* (para participar do governo da comunidade). Essa lista de virtudes, entretanto, pode ser facilmente ampliada com outros valores também defendidos pelos republicanos, com o igualdade, simplicidade, honestidade, amor à justiça, compromisso com o destino dos demais etc.²²”

Desde já se destaca a importância fundamental da prudência para a estabilização ou mesmo perpetuação de um Princípio do Respeito, afinal, sem esta virtude torna-se impossível a convivência pacífica e organizada dentro da comunidade, tão cheia de diferenças e ao mesmo tempo muito comum.

E também da coragem, no que tange à criação (ou retomada do poder) do autogoverno coletivo, sem dominações, pois exigem de todos os sujeitos uma responsabilidade e um engajamento muito grande, que só acontece através da coragem, transubstanciada em persistência e resistência, já que se entende que serão exigidos sacrifícios e renúncias de interesses pessoais, em nome do coletivo, em prol da comunidade²³.

Logo, reconhece-se como fundamental também a virtude da laboriosidade, mola mestra do engajamento sócio-político-comunitário, sem a qual esta característica esfacela-se sem mais delongas, não se perpetuará no tempo, que definhará diante da preguiça e da falta de compromisso com os demais, que são todos pertencentes à mesma “comunidade-mãe”, o mesmo grupo que abarca afetivamente todos os sujeitos, empolgados, trabalhadores e felizes, considerando que a felicidade é alcançada através do trabalho e do importar com o semelhante.

²¹ Pettit, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

²² Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 187 (com grifos nossos).

²³ Como já afirmado, essa espécie de governo, esse modelo de democracia, não são para os fracos, os irresponsáveis e os individualistas, sendo necessário buscar, paulatinamente, transformar o íntimo e pensar no semelhante que vive na mesma comunidade e respira os mesmos ares.

Consoante Maquiavel, por exemplo, esse compromisso com os outros requer, caso se chegue ao extremo, que cada sujeito lute e entregue a própria vida em prol do bem comum. Somente dessa forma que se poderia obter uma república forte, que consiga sobreviver aos contratempos e outros infortúnios. Não obstante, nem todos os autores da corrente exigem tanto sacrifício assim dos indivíduos, como os mais liberais, dentre os quais destacamos P. Pettit e C. Sunstein.

É preciso salientar, pois o artigo busca falar concretamente, dialogar com a prática, que pelo fato de não se viver um em mundo teórico, em que bastaria uma programação para que tudo e todos funcionassem de acordo com as regras de tal programação, é imprescindível não perder de vista que o sujeito desenvolve virtudes, tal como intelectualidade, com o tempo, vivenciando e experimentando no espaço com os demais semelhantes, sendo impossível, de um instante para outro, que todos os cidadãos sejam soberanamente virtuosos, isto é, reúnam todas essas virtudes listadas, necessárias para um bom andamento da comunidade republicana²⁴.

Em contraposição à imensa carta de virtudes, há também uma longa lista de males sociais e vícios de conduta, como a prodigalidade, ostentação, egoísmo, luxo, entre outras²⁵.

Dessa forma, verifica-se sem maiores dificuldades que o Republicanismo (em algumas de suas versões) implica em fortes exigências aos cidadãos e riscos para a vida comum, caso essas exigências não sejam satisfeitas. Esse discurso é contrário, como se percebe, a toda forma de dominação e é partidário do autogoverno, e nessas linhas desenvolvem-se os seus traços mais radicais, vez que desafia as hierarquias, as desigualdades, a dependência. Nesse esteio, desenvolveu novas concepções sobre família, estado, sujeito e as relações deste com os demais e dos sujeitos entre si, ou seja, novas formas de organizar a sociedade.

Gargarella traz uma crítica ou observação histórica acerca desta corrente de pensamento, que exigia um prévio cumprimento de requisitos muito exigentes, em matéria de propriedade, por exemplo, para que o sujeito obtivesse reconhecimento da cidadania, o que por óbvio, não ocorre mais, ao menos nos países ocidentais. Ou mesmo exclusão dos negros, das mulheres e outras minorias. Ainda assim, o republicanismo tendeu a assumir uma forma de

plena entrega do indivíduo a sua comunidade, entrega que – esperava-se – iria traduzir-se em uma ordenada e respeitosa relação com a autoridade. A ‘verdadeira liberdade’ era vista, então, como ‘a liberdade natural restrita de tal maneira que transformasse a sociedade em uma grande família, em que cada um deve consultar a felicidade de seu próximo tanto quanto a própria (Gargarella, 2008, p. 189, nota 8 [afirmação citada em Wood (1969), p. 60]).²⁶

²⁴ É imperioso reconhecer que isso é um ideal, um objetivo a ser alcançado, à longo prazo, com esforços intensos neste sentido, mas não como o ato fundacional deste tipo de organização política.

²⁵ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 188.

²⁶ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 189, nota 8 (com grifos nossos).

Após essas observações, apresentar-se-ão agora as principais características do republicanismo, examinando de forma mais percuciente as relações entre o sujeito e o Estado.

3 A VIDA REPUBLICANA

Antes de tudo, vale destacar, com Gargarella que:

em sua rejeição da dominação e da tirania, o republicanismo reivindicou uma ideia vigorosa de liberdade. Essa liberdade precisava, para sua preservação, da virtude dos cidadãos; e essa virtude, por sua vez, necessitava de certas precondições políticas e econômicas²⁷.

Portanto, um bom governo republicano deve contribuir para manter e desenvolver essas precondições, apoiando o trabalho dos cidadãos virtuosos, politicamente ativos, isto é, fomentando a capacidade de agência política, de sujeito com potencial transformador, delimitador, criativo, argumentativo e concreto, tendo em vista ainda, conforme o entendimento aqui, esposado, somente o sujeito cria, participa, trabalha e tudo provém dele, pois é o racional, é o que atua politicamente, através dos mecanismos existentes, feitos por eles mesmos^{28 29}.

²⁷ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 190.

²⁸ Skinner, 1992, p. 218, aponta que, em contrapartida a esta cidadão politicamente livre, é possível relacionar as formas de vida que causam perigos à liberdade política. Por exemplo, os cidadãos menos virtuosos são infinitamente mais propensos à corrupção e esta, a seu turno, corrompe e destrói a liberdade política, bem como a cidade. Para o grande Maquiavel, a ambição era nociva a tal ponto dele considera-la como a pior das ameaças à liberdade, que se pode considera-la como tendência do ser, ao mesmo que em que este é perfeitamente capaz de se tornar virtuoso, assim como as instituições, que em maior ou menor medida, impele os cidadãos a serem mais virtuosos e cívicos. Afetando também, como não poderia deixar de ser, a igualdade.

²⁹ Em uma perspectiva diferente, de Iluminismo Radical e considerando Maquiavel como uma das raízes do republicanismo democrático, Guimaraens, F.; Rocha, M., *Direitos sociais, a guarda da constituição e da liberdade e as raízes do republicanismo democrático*, 2014, p. 15 traz que a: “A atribuição da guarda da liberdade aos populares e a instituição de um contrapoder ao domínio dos patrícios levam à questão da igualdade no pensamento de Maquiavel. Afinal, se há contrapoder oposto ao desejo de governar dos patrícios, estes também são governados, ainda que somente mediante a neutralização de seu desejo de governar e de se apropriar. A questão da igualdade é o fio da meada desse projeto republicano-democrático, pois há uma relação necessária entre a república e a igualdade, a ponto de se afirmar que “onde existe igualdade não se pode criar um principado; e onde ela não existe, não se pode criar uma república” (MAQUIAVEL, 2007, p. 158)”. Esta relação é que, segundo os autores, embasa, a forte crítica ao gentil-homem, visto como a maior ameaça à república florentina, uma vez que comprime e destrói a igualdade. Maquiavel, N. *Discursos sobre a primeira década de Tito-Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 161: “Gentis-homens são chamados os que vivem ociosos das rendas de suas grandes posses, sem cuidado algum com o cultivo ou com qualquer outro trabalho necessário à subsistência. Esses são perniciosos em todas as repúblicas e em todas as províncias, porém mais perniciosos são aqueles que, além de terem as fortunas de que falamos, comandam em castelos e têm súditos que lhes obedecem”. Para os autores, estas visões de Maquiavel sobre (i) o conflito social, que seria o fundamento da política; (ii) a fundação da guarda popular da liberdade; e (iii) a “relação necessária entre igualdade e república democrática”, ressurgirão no pensamento político de Van Den Enden e Spinoza, que as utilizaram para combater as adversidades advindas da fortuna, consistiria na contribuição de Maquiavel para a fundação da linha “radical do Iluminismo”.

A rejeição da tirania é aspecto valiosíssimo que merece apreço e será futuramente melhor desenvolvido, pois é necessário para que, diante do autogoverno, minorias não venham a ser expostas a uma série de intempéries e dominações, de forma a ficar subordinada a vontade da maioria, muitas vezes, em casos graves e extremos, sujeitas ao desaparecimento. Em uma comparação, talvez não razoável metodológica e tecnicamente falando, a quase extinção dos indígenas, com a chegada impositiva dos portugueses, que os dominaram e não raro, os massacravam³⁰.

Desse modo, talvez já se possa declarar o principal ensinamento do Republicanismo Clássico para a contemporaneidade: *a ideia de que o autogoverno exige que as “instituições básicas da sociedade”* – e logo, o modo de organização do sistema de governo, tanto no aspecto estrutural quanto no conteudístico, o modo de regulação econômica -, *fiquem sob o total controle dos sujeitos cidadãos*, de forma a serem permanentemente orientados no sentido do ideal de cidadania defendido por eles.

Para o Republicanismo, portanto, a justificativa do ativo do governo torna-se mais fácil. Seguindo Gargarella, uma vez atribuindo importância institucional a presença de cidadãos dotados de certas disposições morais (como o sentimento de pertencimento, uma preocupação com os demais), a indiferença do governo com relação às concepções de bem adotados pelos cidadãos é impossível, ou melhor, inaceitável³¹. Um grupo verdadeiramente preocupado em assegurar as condições para alcançar o autogoverno dos cidadãos não podia deixar de tentar, ao menos, promover essas virtudes cívicas, condições indispensáveis para alcançar esse ideal.

Também é preciso salientar que os compromissos republicanos podem ir além do estabelecimento de procedimentos e condições básicas para obter liberdade política. Pode defender ainda uma adoção, por exemplo, por parte dos funcionários públicos, de práticas orientadas no sentido de promover o sentimento de pertencimento na comunidade ou mesmo sobre como utilizar a coação estatal.

Especificamente falando, como obter estes fins propostos? Como organizar o sistema político e econômico da república esperada?

3.1 Planos de Atuação

Quanto às instituições políticas, deveriam ser orientadas de modo a afastar qualquer dominação, tirania ou imposição, assegurando, portanto, a liberdade. Há vários mecanismos para se obter esta não dominação, mas serão mencionados alguns dos mecanismos concretos que foram efetivamente utilizados em diferentes tempos e circunstâncias.

Para assegurar a não dominação, os republicanos procuraram ferramentas facilitadoras do controle cidadão sobre os representantes, e capazes, ao mesmo tempo, de

³⁰ OLIVIERI, A. C. Índios: O Brasil antes do descobrimento. Portal UOL, 29 abril de 2014. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/indios-o-brasil-antes-do-descobrimento.htm>>. Acesso em 20 de novembro de 2016. Por óbvio, há a influências de outros fatores para redução tão drástica no número desses povos, como as doenças provenientes da Europa.

³¹ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 190.

possibilitar uma expressão mais plena dos sujeitos cidadãos, tendo em vista que a forma de governo que dá cor decisiva aos modos do povo, mais que qualquer outra coisa^{32 33}.

Consoante Gargarella, em alguns estados norte-americanos, por razões semelhantes e sob influência do radicalismo inglês foram defendidas a convocação de eleições anuais (pois, quando acabam as eleições anuais começa a escravidão); adoção de métodos de rotatividade obrigatória nos cargos (já empregado na Grécia e no republicanismo florentino, impedindo o abuso das posições de poder; instruções para os representantes, eliminando um pouco da discricionariedade política; e direito das revogações dos mandatos (a ser usado contra os que desafiam o povo e não cumprissem os compromissos assumidos³⁴). São ideias radicais, como a da rotatividade nos cargos para que se tenha maior abertura política (controle mais direito) e impedir a manutenção do poder. Muitos dos estados norte-americanos, após a independência incluíram cláusulas deste tipo³⁵.

A partir desses mecanismos e instituições anti-abuso de poder, os republicanismos tenderam a defender uma estruturação institucional que “incentivasse a discussão pública em torno do bem comum”, objetivo este a ser alcançado tanto pelo sistema educacional quanto pelo sistema político. A discussão sobre o bem comum era vista como uma forma de servir ao autogoverno, dando voz a cidadania, no que tange ao *modus operandi* e *struturandi* da comunidade. Registra-se que essa discussão sobre bem público comum implica a rejeição da visão pluralista da democracia, segundo a qual os interesses primários dos sujeitos aparecem como pré-políticos, sendo a política um meio secundário para promover ou proteger o avanço desses interesses.

Observação importante agora diz respeito aos republicanos radicais, que se opuseram a qualquer ideia de balanço ou equilíbrio na nova constituição, pois isso implicava cercear poderes da legislatura. Isso significa que os Estados Unidos não foram republicanos? Não, acredita que sim, pois o que houve foram soluções diferentes para honrar o autogoverno.

³² Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 191, nota 12.

³³ Um incipiente Republicanismo surgido nas primeiras comunas italianas formadas no século XI e XII, bem como em Florença e Veneza durante a época do Renascimento, havia um sistema de loteria para selecionar funcionários públicos. Isso parece gerar uma adequada representação da sociedade, assim como neutralidade na seleção.

³⁴ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 193.

³⁵ No Brasil atualmente está em tramitação uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC, de nº 21/2015, cuja autoria é de um grupo de senadores, que basicamente propõe a alteração do art. 14 da Constituição Federal, criando dois novos institutos de democracia participativa, quais sejam, o Direito de Revogação e o Veto Popular, assemelhando-se bastante às propostas dos radicais ingleses e de alguns estados norte-americanos nos seus períodos iniciais datados acima. A proposta inicial, que foi modificada pelo senador Antônio Anastasia, era bem mais interessante porque criava a possibilidade de *recall* para praticamente todos os cargos por eleição, quais sejam, presidente, governador, prefeito, senador, deputados e vereadores. Com a alteração restringiu-se a opção somente ao Presidente da República, provavelmente por medo dos parlamentares de perderem seus mandatos, diante da crise de representatividade que assola o país e da influência nefasta do Poder Econômico nas eleições. Ver mais no site oficial do Senado Brasileiro. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/05/recall-para-revogacao-de-mandatos-de-politicos-sera-votado-pela-ccj-na-quarta-feira>> e em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120006>>. Ambos acessados em 30 de junho de 2017.

Para o Republicanismo, o que distingue a política é que “só na vida pública podemos, de forma conjunta, e como uma comunidade, exercer nossa capacidade humana para ‘pensar o que fazemos’ e encarregar-nos da história com a qual estamos constantemente comprometidos”³⁶.

A partir dessa passagem, verifica-se que a nossa concepção sobre política e agência do sujeito se vê ampliada, fortalecida, pois somente na vida pública, da vida da comunidade, é possível sermos completos, refletir sobre o que, como e porque se faz, isto é, no relacionar-se com o semelhante, que apesar das diferenças, é um ser igual. Por isso que é importante o engajamento político, para sermos completos, plenos, sujeitos capazes e responsáveis, sujeitos encarregados da própria história que constroem diariamente.

Defendendo as virtudes cívicas, os republicanos preocuparam-se em certificar também um tipo próprio de organização econômica, eficaz para o surgimento de tais virtudes. Por exemplo, alguns partidários da corrente defenderam o estabelecimento de uma “república agrária” ou de “artesãos”, nas quais os sujeitos poderiam ter uma relação mais próxima com os meios de produção e que seriam mais fáceis de prevalecer os valores defendidos³⁷.

O autor revela estar preocupado com os verdadeiros alcances das demandas republicanistas, enfatizando o que ela implica: a utilização do aparato coercitivo do Estado diretamente no cultivo de virtudes e o desestímulo de outras. Isto é, o Estado pode se comprometer com modelos de excelência humana³⁸.

Ao que tudo indica, pelos escritos e reflexões feitas até agora, que o caráter moral dos sujeitos, no sistema republicano, é uma questão de interesse público e não privado, como no liberalismo, justamente porque toca nas concepções de bem, nas preferências e opiniões acerca da vida, daquilo que é bom ou prejudicial, etc.

Quando se busca uma neutralidade estatal (forma liberal de fazer política) verifica-se que o Estado neutro-liberal no afã dessa defesa não aceita verificar, apurar, averiguar o valor dos diferentes interesses em jogo, pois todos eles, em princípio, contam como interesses aceitáveis sujeito ao jogo político³⁹.

Pode ser que haja interesses bem diferentes daqueles defendidos pelo sujeito, o que poderia naturalmente levar a pensar em coibi-los desde logo, valorando as concepções de bem; mas e se a concepção coibida fosse exatamente a sua? Talvez problemas surgissem.

³⁶ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 195.

³⁷ Gargarella, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 195 e seguintes. Por isso que os republicanos criticaram as sociedades organizadas a partir da indústria e do comércio, pois essas formas incentivariam o incremento de qualidades impuras, como cobiça ou ânsia por lucro. No âmbito americano, Thomas Jefferson defendia uma república agrária, para se obter bons cidadãos, limitando a influência do dinheiro.

³⁸ Esta reivindicação é um desafio direto a outras concepções teóricas, como a liberal que defende o consequente: a forma de organização política, econômica, educacional, filosófica, religiosa, etc. em uma sociedade justa, deve ser compatível, em princípio pelo menos, com a possibilidade de as pessoas adotarem qualquer modelo de virtude pessoal que julguem adequado. Inclusive, para alguns, que as instituições sejam orientadas, fundamentalmente, para tornar possível às pessoas escolherem o modo de vida que preferirem.

³⁹ É isso que legitima, por exemplo, a existência das bancadas no Congresso brasileiro, como a da bala, etc.

No respeito às instituições direcionadas a promoção da discussão pública acerca do bem comum, verdadeiros mecanismos de possibilitar voz ativa à cidadania, uma economia a serviço das virtudes cívicas ou o uso da coerção estatal para preservar determinada religião, ou estimular a identificação dos sujeitos com as respectivas comunidades (sentimento de pertencimento), “o republicanismo surge como uma concepção claramente antiliberal”. Será mesmo isso uma verdade?

4 REPUBLICANISMO E LIBERALISMO

Procurando responder a questão formulada é que este tópico foi criado. Resumidamente, o republicanismo tenta dissipar qualquer distinção mais aprofundada entre o âmbito público e o privado, tendo em vista o interesse em cidadãos ativos, compromisso com a “saúde” do Estado, provendo para tais fins, qualidades nestes sujeitos. O Liberalismo, por sua vez, surge como se comportando de maneira oposta, isto é, distinguindo da forma mais precisa possível a esfera do público e do privado, do político e do pessoal, tendo em vista que os sujeitos existem antes de qualquer organização social e são mais importantes do que os grupos que pertencem.

De posse dessa independência, não se pode impor-lhe nada em nome dos demais sujeitos e também que o Estado não interfira na moral privada, isto é, que o ser fique blindado das preferências circunstanciais de um dado governo (por exemplo, que exige cidadãos ativos ou religião X), sendo configurado como exercício de neutralidade, que faz com os teóricos associem a separação individualista a esta corrente. O Republicanismo, a seu turno, aspira a uma visão orgânica da sociedade, na qual esta seria um todo cujas partes devem conviver harmoniosamente e de forma integradas entre si.

Há também uma diferença de tratamento dessas correntes no que tange a relação entre os direitos individuais e as políticas destinadas a maximizar o bem estar geral. Para os liberais, *essas políticas devem encontrar limite intransponível nos direitos individuais*. Em R. Dworkin, por exemplo, os direitos devem ser vistos como “trunfos” contra as demandas majoritárias, a fim de defender o sujeito desse perigo, qual seja, a tirania da maioria⁴⁰. Para alguns republicanistas, a seu turno, a relação é inversa: os direitos devem encontrar seu limite nas políticas de bem-estar geral.

Para os liberais, o conjunto de direitos invioláveis faz conceber a liberdade como “liberdade contra a vontade democrática”, isto é, como limite à política democrática⁴¹. O republicanismo, ao contrário, busca mais apoiar-se na vontade majoritária, pela qual pode surgir a ameaça de minorias opressoras. Para o Republicanismo, então, *a liberdade é consequência do autogoverno da comunidade e não liberdade contra as maiorias*.

⁴⁰ Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴¹ Gargarella, As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 201.

Para M. Sandel, conhecido autor, através de Gargarella, tem-se que “Sou livre na medida em que sou membro de uma comunidade que controla o seu próprio destino, e participante das decisões que governam os seus assuntos”⁴².

Para Quentin Skinner, em sentido semelhante, “uma república autogovernada é o único tipo de regime sob o qual uma comunidade pode esperar obter grandeza, garantindo, ao mesmo tempo, a liberdade individual dos seus cidadãos”⁴³.

O ideal de autogoverno ou governo compartilhado, ideia central do Republicanismo e fundamental para oferecer a legitimidade que os países atualmente necessitam, como o Brasil⁴⁴, é rejeitado, ao que parece, pelo Liberalismo: pois ele tende a permitir a temida tirania das maiorias.

Tanto os liberais quanto os Republicanistas apresentam preocupações diversas no que concerne às relações entre os sujeitos e a comunidade. Em primeiro lugar, destaca-se a importância, para alguns republicanistas, de o sujeito colocar os seus deveres acima dos seus direitos, como o de participar ativamente da política, aliado ao uso do aparato coercitivo estatal para “forçar o povo a ser livre”, expurgando as condutas egoístas e “incentivando-lhes” a cumprirem seus deveres cívicos. Isso significa, então, que o Estado Liberal abandona a sua pretensão de neutralidade quanto às concepções do bem que seus membros escolhem⁴⁵.

Diante de todas essas considerações, é preciso reconhecer uma das principais reivindicações do republicanismo em toda a sua trajetória, qual seja, *submeter a organização político-econômica da sociedade à obtenção de bons cidadãos*, que normalmente tendeu a ser repugnada pelo liberalismo.

5 ALGUMAS RESPOSTAS DOS LIBERAIS

Interessante é que Taylor reconhece a capacidade do liberalismo igualitário responder algumas críticas republicanas, no que argumenta Gargarella, pois Taylor admite que os liberais não excluem o uso de certas noções de bem comum. Mesmo que o Estado seja neutro, é preciso que haja possibilidade de acordos sobre o bem, por exemplo, acerca de uma regra de direito, uma normal qualquer⁴⁶. Realmente é interesse essa observação perspicaz de

⁴² Gargarella, As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 202.

⁴³ Skinner, Q. The paradoxes of Political Liberty, em Sterling M. McMurrin (org.), The Tanner Lectures on Human Values, v. VII, Cambridge, Cambridge University Press, 1896. Disponível em: <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/skinner86.pdf> Acesso em: 20 de novembro de 2016.

⁴⁴ O número de abstenções cresce no país. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/10/abstencoes-votos-brancos-e-nulos-somam-326-do-eleitorado-do-pais.html> Acesso em: 10 de novembro de 2016.

⁴⁵ Os republicanistas parecem temer o perigo de más comunidades formarem sujeitos ruins, como pode ser vista na obra citada de Roberto Gargarella, especificamente na página 220 – isto é, a preocupação em formar moralmente o cidadão. Todavia, aponta-se que esta é exatamente a queixa liberal sobre a política republicana. Ver, por exemplo, Sandel, Michael. Democracy's discontent: America in search of public philosophy - The Belknap Press of Harvard University Press, 2001. Title I.

⁴⁶ Gargarella, Roberto. As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 202.

Taylor quanto ao Liberalismo, tendo em vista que, para que a norma seja eficaz, produza seus efeitos, com os sujeitos seguindo-a, é preciso que eles estejam de acordo com isso.

Mais um exemplo diz respeito ao Direito Penal. É de comum acordo, pelo menos de grande parte da população, que tal prática seja crime, com pena prevista de X anos, podendo progredir em Y tempo, a ser julgado pela jurisdição Z. Isso pode ser claramente considerado uma concepção de bem comum, partilhada pelos sujeitos e que de certa forma poderia ser vista como uma opressão as minorias, quais sejam, aqueles que praticam o ato que é tido como crime. Logo, em certa medida, os regulamentos normativos de um estado liberal podem acabar fazendo o que eles têm tanto medo, que é justamente, a imposição da visão da maioria. Se seguirmos a risca tal argumento, só se poderia legislar, considerando como crime, somente o que todas as pessoas, de total acordo, o considerassem como tal, passível de punição pelo Estado.

Ainda em Taylor, observa-se que o patriotismo continua a cumprir a sua função importantíssima de mantenedora da liberdade, por exemplo, quando leva os cidadãos a reagirem escandalizados contra abusos de autoridade⁴⁷. Talvez se possa colocar, com alguma dose de patriotismo, pois é nítida a preocupação não somente financeira, que motivou os manifestantes a irem para as ruas em Junho de 2013, contra não somente o aumento do valor da passagem dos ônibus, mas também contra a PEC do MP, a corrupção etc. Isso claramente demonstra um interesse pelo país, a importância que ele tem para os sujeitos-membros, no sentido de querer melhorá-lo⁴⁸.

O autor ainda admite que o patriotismo é também responsável por muitos males, por exemplo, o virulento nacionalismo. No entanto, continua a defender os efeitos benignos para a manutenção de uma democracia liberal.

Exemplo infeliz que se pode oferecer aqui no Brasil, que também serve para mostrar a falta de sentimento de pertencimento com relação ao Brasil como um todo, são os Movimentos Separatistas do Sul, que ganharam força após a crise político-econômica do país, a partir do ano de 2014 e que culminou com o processo de impeachment da presidente Dilma Rouseff⁴⁹.

6 MOVIMENTOS SEPARATISTAS DO SUL

Basicamente esses Movimentos Separatistas, que englobam os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul desejam formar um novo país, desvinculando-se do Estado Brasileiro e pode ser visto *como exemplo desse “patriotismo” ou “regionalismo” no caso virulento e ameaçador*, não sendo um exemplo a ser seguido⁵⁰, a partir de uma perspectiva

⁴⁷ Taylor, Charles. Argumentos Filosóficos. 1ª Edição. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 195. Para melhor entendimento, ler todo o capítulo O Debate Liberal-Comunitário.

⁴⁸ Cava, Bruno. A multidão foi ao deserto: as manifestações no Brasil em 2013. 1ª ed. São Paulo: Annablume, 2013. p. 15. Disponível também em: <http://fluxos.org/pdfs/mioloCAVA1.pdf>. Neste livro o leitor pode encontrar um resumo e informes sobre as várias pautas das Jornadas de Junho.

⁴⁹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819913-em-plebiscito-informal-95-votam-pela-separacao-da-regiao-sul.shtml>> Acessado em 20 de novembro de 2016.

⁵⁰ Outros exemplos poderiam ser dados, uma vez que ele vem apenas para ilustrar esse regionalismo virulento, a partir de uma visão do Estado Nação Brasileiro, não representando necessariamente a perspectiva do autor do artigo, sendo certo que há uma série de fatores que mobilizam, influenciam este movimento, tal como outros

centralizadora do Estado Brasileiro, forjado há muito, por exemplo, a partir do respeitado Visconde de Uruguai⁵¹, pois há, ao que parece, a presença forte de elementos descaracterizadores da união, ou melhor, da falta de sentimento de integração ou de pertencimento com o resto do país, em que se não observa quando se busca um Princípio de Respeito ou Pacto de Não Agressão, que permite o convívio pacífico das diferenças, sem exigir que se tornem iguais.

Talvez se possam condensar esses movimentos no Movimento O Sul É o Meu País, que surgiu oficialmente no 2º Congresso Separatista, ocorrido em 18 e 19 de julho de 1922 no município de Laguna e fundado por Adílzio Cadorin, que foi vereador e prefeito da cidade de Laguna. Salienta-se que o grupo não forma um partido político, em que pese o envolvimento com tal ramo, funcionando mais como uma organização legalmente constituída para estudar a viabilidade desse projeto separatista e exclusivista, tendo Curitiba como a sede atual.

Basicamente eles alegam que a região Sul do país possuiria certas características muito peculiares, distintas dos demais estados e regiões do Brasil, reclamando o direito à separação do país, lastreados na possibilidade de autossuficiência da região sul para que haja um melhor direcionamento e alocação de recursos do estado conforme as necessidades ditas peculiares deles.

Todavia, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 apresenta a República Federativa do Brasil como sendo “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”⁵², tornando inconstitucional qualquer movimento que apresente como escopo, direto ou ainda indireto, a separação de estados brasileiros do restante do país, em que pese haver o direito à liberdade de expressão ideológica de cada cidadão, que não pode ultrapassar certos limites, como a unidade nacional, formando a integridade do Brasil.

Pode-se citar como antecedentes deste movimento, sem pretensão de esgotar o tema, a Revolução Farroupilha, eclodida em 1836, a República Juliana em Santa Catarina (hoje é um estado extinto do Brasil), bem como a Revolução Federalista no final do século XIX (logo após a proclamação da República), na qual os autonomistas sulistas lutaram ao lado dos Maragatos. Já no século XX os autonomistas sulistas apoiaram Assis Brasil na chamada Revolução de 1923, movimento armado ocorrido no estado do Rio Grande do Sul; e, por fim,

que já existiram no país. A partir de outros olhares, por exemplo, de um Estado que queira rever a forma federativa, movimentos como estes terão outras possibilidades de diálogos junto às instâncias administrativas, junto ao País, mas bem possível não chegar ao ponto de permitir a formação de outro país. A nota é apenas explicativa do exemplo e não para pensar o futuro, portanto, prescinde de mais palavras.

⁵¹ Para conhecer melhor esta perspectiva centralizadora ver Sousa, Paulino José Soares de. *Ensaio de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora 34, 2002. Na obra, consultar, por exemplo, Preâmbulo, Capítulo XXVII, Capítulo XXX.

Na página 344, 345, o Marquês escreve assim: “E por isso um dos maiores adversários da centralização na França, Bechad, De l’administration interieure de la France, confessa que a centralização é o mais poderoso instrumento da centralização.”

Na página 351: “A centralização é essencial, não pode deixar de existir quando se trata de interesses comuns, e gerais a uma sociedade. É então o laço que a une. Dai a um Município a faculdade de entender em negócios que afetam toda a Província, ou diversos Municípios, à Província o direito de tomar resoluções que entendem com negócios e interesses de outras ou de todo o Império, e tereis a anarquia e a dissolução da sociedade”. Portanto, é compreensível a perspectiva centralizadora adotada pelo Brasil, já que ela vem desde o Império e ao longo do tempo foi sendo reproduzida, em maior ou menor escala, seja na esfera política ou na governamental.

⁵² Constituição Federal de 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: [...]*

a Guerra do Contestado, na qual se chegou a proclamar uma monarquia sulista pelos combatentes de então.

A questão pode estar se tornando séria, pois que houve até um plebiscito, por óbvio não oficial, mas conduzidos pelos líderes desses movimentos, instalando urnas por diversas cidades desses três estados, convidando a população a votarem⁵³. O número de votantes foi inexpressivo, em face da população total, mas não deixa de ser preocupante a questão.

Não se pode deixar de mencionar, todavia, a forte influência europeia, predominante, nesses três estados, apresentando desde as respectivas criações, diferenças grandes para o restante do país, o que deve influenciar sobremaneira essa falta de pertencimento.

Será preciso elucidar melhor esta questão, considerando vários pontos de vista, aprofundando o debate, o que não será feito neste espaço, servindo o caso tão somente de exemplo.

Por fim, não se pode deixar de pontuar que este é um exemplo de patriotismo exclusivista, separatista, bem aos moldes do “problema do patriotismo” exposto linhas acima pelos liberais, e pelo qual eles desaprovam os republicanistas, que, a seu turno, apoiam um patriotismo.

Entretanto, não esta espécie de patriotismo virulento, que deveria ser chamado de exclusivismo, faltando claramente o sentimento de pertencimento, de integração, não se observando ainda o Princípio do Respeito, que possibilita uma convivência pacífica e razoavelmente harmônica com as diferenças (aceitação do outro com as suas diferenças, não sendo exigidas pessoas iguais).

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, fazendo uma espécie de balanço, podem-se perceber os três aspectos basilares do Republicanismo, com leves variações a depender do autor, mas que seriam: a reivindicação da liberdade, a ausência de domínio e o estado livre, que precisam estar conjugados para a construção da vida em uma sociedade republicanista, com o controle pelos cidadãos de todas as “instituições básicas da sociedade”, o que requer, por óbvio, que haja uma intensa participação política dos sujeitos envolvidos, para construir coletivamente este empreendimento político do autogoverno.

Percebeu-se que muitas teorias republicanistas, mesmo as atuais, tem uma preocupação em formar bons cidadãos, isto é, que se dediquem incessantemente ao desenvolvimento das virtudes elencadas, como a coragem, e coloquem em alguma medida os deveres acima dos direitos, justamente pela existência (ou permanente exercício para que se alcance) de um sentimento de pertencimento, que se expressa na comunidade.

Não se pode perder de vista ainda a indistinção entre o que seria público e o que seria de âmbito privado nestas sociedades (distinção veemente defendida pelos liberais em maior

⁵³ ISTOÉ. Grupo realiza consulta popular no sábado para separar região Sul do resto do País. Disponível em: <<http://istoe.com.br/grupo-realiza-consulta-popular-no-sabado-para-separar-regiao-sul-do-resto-do-pais/>>. Consultado em 20 de novembro de 2016.

ou menor medida, também chamada de não intervenção no privado), que advogam uma concepção orgânica da sociedade, com altas responsabilidades entre os sujeitos (de uns para com os outros), afirmando a supremacia do bem estar geral em face dos direitos individuais (o trunfo dos liberais).

De tudo isso se depreende que a liberdade é efeito do autogoverno da comunidade e não a concepção de liberdade como sendo aquela contra as maiorias, sendo por isso, e rigorosamente sob isso, que esta república terá um governo com legitimidade, podendo ser uma alternativa à crise atual deste gênero que se vive no Brasil.

Viu-se ainda que os liberais não eliminam o uso de certas noções de bem, ou ainda de bem comum, e enfrentou-se sucintamente o que seria uma crítica dos liberais ao republicanistas, o “problema do patriotismo”, que pode se tornar virulento, exclusivista, ensimesmado, a partir da análise do caso do Movimento Separatista do Sul do Brasil, como sendo um exemplo deste patriotismo problemático e que nada tem a ver com o patriotismo dos republicanistas.

Porque neste referido Movimento falta o sentimento de integração, de pertencimento ao todo, isto é, do Brasil, com uma falta de observância ao princípio do respeito à diferença, que permite ou possibilita a convivência pacífica e algo harmoniosa com o diferente, o distinto, excluindo ou não oferecendo compôs férteis para ideias de superioridade ou de fechamento para o outro.

Portanto, fica claro que o dito “problema do patriotismo” é algo real, que precisa ser enfrentado e que é possível de ser, a partir dos elementos apresentados, como o princípio do respeito e o senso de sociabilidade orgânica para a formação da comunidade integrada.

REFERÊNCIAS

ADAMI, A. L. Balanço historiográfico nos estudos sobre o Humanismo italiano: de Eugenio Garin aos nossos dias. In: Sérgio Ricardo da Mata, Helena Miranda Mollo e Flávia Florentino Varella (orgs.). *Anais do 3º. Seminário Nacional de História da Historiografia: aprender com a história?* Ouro Preto: Edufop, 2009.

BARRAQUI, D. O Humanismo Cívico em Baron e em Skinner. *Blog Histo É História*, 12 dezembro de 2012. Disponível: <<http://doughahistoria.blogspot.com.br/2012/12/o-humanismo-civico-em-baron-e-em-skinner.html>>. Acesso em 22 de julho de 2017.

BIGNOTTO, N. *Origens do Republicanismo Moderno*. 1ª edição. Belo horizonte: Editora UFMG, 2001.

CARAM, B.; RAMALHO, R. Abstenções, votos brancos e nulos somam 32,5% do eleitorado do país. *Portal G1*, 30 outubro 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/10/abstencoes-votos-brancos-e-nulos-somam-326-do-eleitorado-do-pais.html>> . Acesso em: 10 de novembro de 2016.

CAVA, B. *A multidão foi ao deserto: as manifestações no Brasil em 2013*. 1ª ed. São Paulo: Annablume, 2013. p. 156. Disponível também em: <http://fluxos.org/pdfs/mioloCAVA1.pdf>. Acessado em 01 de agosto de 2017.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

ESTADÃO CONTEÚDO. Grupo realiza consulta popular no sábado para separar região Sul do resto do País. *Revista Isto é*, 29 setembro 2016. Disponível em: <<http://istoe.com.br/grupo-realiza-consulta-popular-no-sabado-para-separar-regiao-sul-do-resto-do-pais/>>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

GARGARELLA, R. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls – Um Breve Manual de Filosofia Política*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. 280 p.

GARIN, E. *Ciência e vida civil no Renascimento italiano*. São Paulo: Unesp, 1996.

GUIMARAENS, F.; ROCHA, M. Direitos sociais, a guarda da constituição e da liberdade e as raízes do republicanismo democrático.. XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB: Teoria do Estado e da Constituição. 1ed.João Pessoa: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 41-68.

MAQUIAVEL, N. Discursos sobre a primeira década de Tito-Lívio. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVIERI, A. C. Índios: O Brasil antes do descobrimento. *Portal UOL*, 29 abril de 2014. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/indios-o-brasil-antes-do-descobrimento.htm>>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

PETTIT, P. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

_____. The Tree of Liberty: Republicanism, American, French and Irish, *Field Day Review*, Vol. 1, pp. 29-41.

REDAÇÃO. Recall para revogação de mandatos de políticos será votado pela CCJ na quarta-feira. *Senado Notícias*, 05 junho de 2017. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/05/recall-para-revogacao-de-mandatos-de-politicos-sera-votado-pela-ccj-na-quarta-feira>>. Acessado em 30 de junho de 2017.

SANDEL, M. *Democracy's discontent: America in search of public philosophy* - The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

SKINNER, Q. *About Justice, the Common Good and the Priority of Liberty*, em Chantal Mouffe (org.), *Dimensions of Radical Democracy*. Londres, Verso, 1992.

_____. *The paradoxes of Political Liberty*, em Sterling M. McMurrin (org.), *The Tanner Lectures on Human Values*, v. VII, Cambridge, Cambridge University Press, 1996. Disponível em: <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/skinner86.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

_____. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOUSA, P. J. S. *Ensaio de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora 34, 2002.

SPERB, P. Em plebiscito informal, 95% votam pela separação da região Sul. *Jornal Folha de São Paulo*, 04 outubro. 2016. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819913-em-plebiscito-informal-95-votam-pela-separacao-da-regiao-sul.shtml>>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

SUNSTEIN, C. *Beyond the Republican Revival*, The Yale Law Journal, 1988, v. 97, n. 8, pp. 1539/1591.

_____. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TAYLOR, C. *Argumentos Filosóficos*. 1ª Edição. São Paulo: Edições Loyola, 2000.



VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O CONTEXTO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL E A CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA

PROHIBITION TO SOCIAL RETURN: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE CONTEXT OF CRISIS JURISPRUDENCE IN PORTUGAL AND THE BRAZILIAN ECONOMIC CRISIS

DANIEL VAQUEIRO MENEZES MARTINS* | CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY**

RESUMO

Apesar das conquistas alcançadas em sede de direitos fundamentais nas últimas décadas, em especial no que se refere aos direitos sociais fundamentais, se faz perceptível a situação de que, quando em situações de crise, em especial a crise econômica, as demandas que visam a proteção daqueles direitos ainda se encontram pendentes. Diante deste cenário, e levando em consideração os recentes movimentos que militam no sentido de permitir relativização do princípio da Vedação ao Retrocesso Social, a presente pesquisa objetiva discorrer acerca das tendências de aplicação e interpretação do princípio da Vedação ao Retrocesso, bem como identificar o momento de surgimento da chamada “Jurisprudência de Crise” no direito português para, por fim, verificar se há um cenário de utilização desta última no contexto brasileiro. Para tanto, serão utilizados os dados obtidos com as pesquisas realizadas no projeto de iniciação científica “Princípio da Vedação ao Retrocesso Social: análise crítica de decisões do STF (2015-2016) em tempos de crise”, bem como dos estudos realizados no Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”. Ademais, serão utilizadas as técnicas típicas da metodologia de pesquisa indutiva e dedutiva com instrumentos Ex-Post-Facto.

Palavras-chave: Constituição; Direito Comparado; Vedação ao retrocesso social; Jurisprudência de crise.

ABSTRACT

Despite the achievements in fundamental rights in recent decades, in particular as regards the fundamental social rights, is visible to the situation that, when in crisis situations, in particular the economic crisis, the demands that are aimed at the protection of those are still pending. In this scenario, and taking into consideration the recent movements that are fighting to allow relativization of the constitutional principle of seal to social regression, this research aims to talk about trends in application and interpretation of the principle of seal to retreat, as well as identify the time of onset of so-called "law of Crisis" in Portuguese law to, finally, check if there is a usage scenario for this latest in the Brazilian context. To this end, we will use the data obtained with the research carried out in the project of scientific initiation "Principle of seal to Social Regression: critical analysis of decisions of the Supreme Court (2015-2016) in times of crisis", as well as the studies carried out in the Research Group "Fundamental Rights, new rights and Social Evolution", as well as the techniques typical of research methodology inductively with panel Ex-Post-facto.

Keywords: Constitution; Comparative Law; Fence to social retreat; jurisprudence of crisis.

* Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT).

Graduando em Administração Pública pela Universidade Federal de Sergipe (UFSE)

danielmenezes@outlook.com.br

** Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito (UFBA).

Professora da UNIT. Advogada

claracardosomachado@gmail.com

Recebido em 12-9-2017 | Aprovado em 6-10-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E DIREITO COMPARADO; 2 TENDÊNCIAS DE INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO; 3 CRISE ECONÔMICA E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: O FENÔMENO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL; 4 CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA E REORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A estagnação dos fatores econômicos no ano de 2014 e o superveniente retrocesso registrado nos anos de 2015 e 2016 trouxeram à tona a percepção de que são novos (porém antigos) tempos na República do Brasil, tempos estes simbolizados por um termo que há muito marcou a sociedade brasileira, qual seja: Crise.

Em verdade, durante o período de relativa prosperidade econômica vivenciada pelo Estado brasileiro, percebido entre os anos de 2007 a 2013¹, foi possível se observar, diante dos marcadores sociais divulgados à época, uma evolução no que apregoa o dirigismo constitucional brasileiro. Contudo, diante do atual cenário político e econômico, a temática do “avanço social” perdeu o status de pauta governamental, tendo sido sobreposta e substituída, principalmente, pela pauta dos escândalos políticos protagonizados na praça dos três poderes.

Voltando-se, especificamente, as atenções para a crise em um contexto econômico, percebe-se que ganha forma um movimento que tem em seu bojo a relativização, ou mesmo afastamento, da aplicabilidade de instrumentos que sustentam a defesa de direitos reconhecidos como fundamentais sociais. Contudo, tendo em vista a compreensão pela não reversibilidade dos direitos sociais em razão da consagração do princípio do Estado Democrático e Social, da máxima efetividade de direitos fundamentais, da proteção da confiança e do mínimo existencial no ordenamento jurídico pátrio, faz-se mister questionar a possibilidade dessa restrição ou relativização em tempos de crise. Não é demais lembrar que o Brasil aderiu também ao Pacto de San José da Costa Rica (dec. nº 678), que no art. 26 preconiza o dever do Estado de investir em progressão social.

Dessa maneira, torna-se necessária a realização de pesquisas que visem correlacionar às características da crise nacional, outras vivenciadas em contextos internacionais, para, dessa maneira, visualizar as tendências propagadas e, assim, verificar possíveis desdobramentos e saídas para os problemas latentes.

Nesse sentido, tendo como base os resultados parciais obtidos com o desenvolvimento do projeto de pesquisa e iniciação científica intitulado “Princípio da Vedação ao Retrocesso Social: análise crítica de decisões do STF (2015-2016) em tempos de crise”,

¹ Disponível em: http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema.aspx?op=1&no=1. Acesso em 28 ago 17

desenvolvido por meio do Programa Institucional de Iniciação Científica da Universidade Tiradentes (PROBIC/UNIT), bem como os resultados provenientes das pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”, o presente trabalho objetiva discorrer acerca das tendências de aplicação e interpretação do princípio da Vedação ao Retrocesso, bem como identificar o momento de surgimento da chamada “Jurisprudência de Crise” no direito português para, por fim, verificar se há um cenário de utilização desta última no contexto brasileiro.

Para tanto, destaca-se que, como metodologia aplicada à pesquisa, utilizou-se, inicialmente, do método de pesquisa denominado de indutivo, uma vez que entre as perspectivas de trabalho foram utilizadas: a observação do processo de construção conceitual do princípio da vedação ao retrocesso, bem como a investigação da utilização da cláusula de proibição em ordenamentos jurídicos estrangeiros e as diferentes intensidades de interpretação desse instrumento em diferentes linhas de pensamento. Posteriormente, após o encontro da premissa geral, possibilitada pelo método anteriormente descrito, se utilizou o método dedutivo, uma vez que o raciocínio parte de uma premissa geral e volta-se para uma situação particular.

Quanto aos procedimentos, pode-se dizer que na pesquisa em questão foram utilizadas as técnicas provenientes dos tipos de pesquisas bibliográfica, documental e Ex-Post-Facto, visto que foram utilizadas as técnicas de revisão e fichamento bibliográfico/documental, bem como se foi realizada a averiguação da influência do fenômeno da crise econômica na utilização do princípio da vedação ao retrocesso social, típica da pesquisa Ex-Post-Facto.

1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E DIREITO COMPARADO

De início, para o fluir do presente estudo, faz-se mister o alcance da delimitação conceitual² do que vem a ser o princípio da vedação ao retrocesso social, para, dessa maneira, e desde já, compreender como o referido instrumento encontra amparo na Constituição nacional e no ordenamento jurídico pátrio.

A partir da perspectiva adotada por Ingo Wolfgang Sarlet³, tem-se que, em sentido amplo, a cláusula da Proibição do Retrocesso Social compreende toda forma de garantia contra possíveis medidas arbitrárias do Poder Público que tenham por objetivo suprimir ou diminuir a proteção a direitos fundamentais, e, no sentido estrito, relacionando a cláusula tão somente aos direitos sociais.

² Tal necessidade se dá na medida em que se acolhe o entendimento de Edvaldo Brito quanto a sua importância. Segundo aquele, “o ‘conceito’ é uma unidade formal que reúne a multiplicidade dos fenômenos segundo os vínculos que guardam entre si e a importância de concebê-lo está em que o saber científico é por sua natureza sistemática e um sistema somente é possível mediante ‘conceitos’”. BRITO, Edvaldo. O conceito atual de tributo. *Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA*. DIAS, Sérgio Novais, BAHIA, Saulo José Casali e CORDEIRO, Paulo Machado (org.). n. 1, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1991, p. 29-20.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11. Ed, rev. Atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Ademais, a partir de uma interpretação mais estrita do princípio do *non cliquet* (denominação francesa), tem-se, no que consta da percepção inicial de José Joaquim Gomes Canotilho:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade factiva), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex. segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana.⁴

Ou seja, entende-se que o princípio do *non cliquet* (denominação francesa) é, a grosso modo, a tradução da necessidade de segurança jurídica e social, inerentes ao Estado de Direito Democrático, vez que atua como um limitador das ações do Estado, no sentido de propiciar efetividade e longevidade às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais sociais, bem como um reflexo do princípio da protecção da confiança, que impõe ao poder público uma exigência de boa-fé nas relações entre os particulares, de maneira a conferir estabilidade e continuidade da ordem jurídica.

Nesse pensar, sintetiza Felipe Derbli:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do carácter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de protecção dessa concretização à medida que nela se evolui.⁵

Contudo, voltando-se à presença da clausula de vedação no ordenamento jurídico pátrio, tem-se que a Constituição da República de 1988 não trouxe previsão específica (expressa) para a cláusula da proibição ao retrocesso social. Todavia, quando em um momento de interpretação extensiva das normas constitucionais, percebe-se que o constituinte assegurou a irretroatividade da lei (artigo 5º, XL), o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), o princípio da garantia do desenvolvimento nacional (preâmbulo e artigo 3º, II), o princípio do Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput*), o princípio da máxima eficácia

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

⁵ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 324.

das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, §1º) e o princípio da proteção da confiança (artigo 5º, XXXVI).

Ademais, os direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, caracterizados pela busca estatal de uma igualdade material, e não meramente formal, encontram-se presentes na Carta Federal, especialmente, nos seus arts. 6º ao 11 e, como aduz José Afonso da Silva⁶, revelam-se como prestações positivas, caracterizando, portando, um direito subjetivo da sociedade a sua exigência.

Inclusive, na perspectiva Ingo Wolfgang Sarlet, todos os direitos sociais são direitos fundamentais, porque são providos de fundamentalidade:

[...] embora existam possíveis distinções de tratamento, este fato não afasta a elevação dos direitos sociais à categoria de fundamentais, pois se sujeitam à lógica do art. 5º, § 1º, da CF, no significado de que, por serem imediatamente aplicáveis todas as normas de direitos fundamentais, deverá ser buscada a máxima eficácia e efetividade possível, inclusive no tocante aos direitos sociais, com a ressalva de que é evidente que a eficácia e efetividade irão variar conforme o direito em questão, pois as circunstâncias do caso concreto são fatores determinantes. Na medida em que certos valores são tidos como universais, como a vida e a dignidade da pessoa humana, mesmo que fiquem sujeitos à realidade fática, para que se verifique sua concretização, não pode ser afastada sua característica de fundamentalidade. Neste contexto, a ligação entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que se traduzem em necessidades existenciais de qualquer indivíduo, [...]⁷

Ou seja, diante da linha de raciocínio acima exposta, conforme também pode se retirar dos ensinamentos de Bernardo Gonçalves⁸, os direitos sociais, por caracterizarem direitos subjetivos da população previstos constitucionalmente, são direitos passíveis de exigência por via judicial como, por exemplo, em sede de controle concentrado (ADI por omissão), ação de mandado de injunção (regulamentado pela lei 13.300/2016) ou em ação de mandado de segurança (regulada pela lei 12.016/2009).

Ora, na medida em que se entende que todos os direitos fundamentais possuem um mínimo de aplicabilidade, tem-se, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a presença do princípio da proibição ao retrocesso na Constituição demonstra-se de forma latente. Isso pois, mesmo quando não regulamentados por leis infraconstitucionais, os direitos sociais (fundamentais) constituem um limite para a atuação do legislador infraconstitucional, de modo a impedir que a atuação legiferante venha a contrariar direitos sociais já garantidos constitucionalmente.

Vê-se, portanto, que a cláusula da vedação ao retrocesso social se mostra presente, ainda que de forma implícita, no diploma constitucional brasileiro.

Já no que se retira do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional no qual o Brasil faz parte e adota como instrumento normativo de caráter supralegal, tem-se a

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 106.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Editora Juspoivum, 2017.

presença do princípio da proibição ao retrocesso (revelado pelo princípio da progressão social) no art. 26, que, importa frisar, o Estado brasileiro não fez reservas.

Artigo 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.⁹

Pois bem, no que se refere à constatação da existência da cláusula de proibição do retrocesso social pela Suprema Corte brasileira, tem-se que não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal em algumas decisões, a exemplo do MS 24.875/DF e ADI 3.104/DF. Entretanto, em outros julgados houve reconhecimento, ainda que implícito, do status constitucional do princípio da proibição de retrocesso, a exemplo da ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADIn 4.578/AC.

Contudo, convém indicar que, com a nova composição dos ministros do STF e diante da perceptível atuação política em que esta incorre, aliada à crise econômica, será necessária uma verificação no sentido de observar se tais mudanças e influências ensejará a alteração de entendimento da corte.

Diante do temor retratado acima, cabe apontar a advertência de Lenio Streck, quando no momento de discussão sobre o Princípio da Vedação ao Retrocesso:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.¹⁰

Portanto, diante do apresentado, tendo por consideração o status de direitos fundamentais, a cláusula de proibição está presente no ordenamento jurídico nacional, seja de forma implícita e verificada por meio de uma interpretação extensiva dos textos normativos, seja de forma expressa nas normas referentes ao dever de progressão ou na aplicabilidade dos instrumentos de controle de constitucionalidade e ações constitucionais.

Já na perspectiva do direito português, se faz possível, com a simples leitura do artigo 81º, inciso “a”, da Constituição da República Portuguesa, a identificação da existência do princípio da Vedação ao Retrocesso Social no ordenamento jurídico daquela nação, uma vez que tal aduz:

⁹ AMERICANOS, Organização dos Estados. *PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA*. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Artigo 81.º - Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável [...]¹¹

Ademais, a presença do referido princípio já foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional Português, vez que este adotava, desde 1984, por meio do acórdão nº 39/84, a tese da existência e aplicação do princípio do não-retrocesso, com o seguinte fundamento:

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste, deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.¹²

Utiliza-se o termo “adotava” pois, conforme poderá se observar nas linhas que seguem, devido aos entranhes e desdobramentos percebidos em decorrência da crise econômica enfrentada em 2008, houve uma mudança de posicionamento do referido tribunal.

2 TENDÊNCIAS DE INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Perpassada a análise da delimitação conceitual do princípio da vedação ao retrocesso social, bem como feita a constatação da sua presença no ordenamento jurídico pátrio, passa-se à verificação das tendências interpretativas deste princípio, para, assim, com maior propriedade, discorrer acerca da “Jurisprudência de Crise”.

Ademais, cabe o destaque no sentido de que, na contemporaneidade, a normatização dos princípios assume lugar de destaque, dado o fato da mudança de perspectiva, não só no plano da ciência jurídica como em todos os âmbitos do Estado Democrático.

De início, cumpre relembrar o entendimento destacado por Machado, quando no momento de pensar em princípios e normas:

¹¹PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

¹² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 39. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa. 1984. *Diário da República*. Lisboa, 11 abr. 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

[...] parte-se da ideia de que a qualidade de princípio ou regra é resultado da interpretação do enunciado normativo. Isso porque, não há sinonímia entre texto normativo e norma. Enquanto esta decorre dos sentidos construídos pela interpretação de um ou vários textos normativos, aquele corresponde ao conjunto de signos lingüísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional.¹³

Voltando-se para o princípio da vedação ao retrocesso social tem-se que, por possuir estrutura normativa, há uma gama de interpretações do seu conteúdo¹⁴. Porém, cabe destacar que, o déficit referente à diversidade de interpretações não pode figurar como um obstáculo a aplicação e implementação da previsão normativa trazida por um princípio, em especial quando este trata da possibilidade ou não de permanência de outras normas no ordenamento jurídico no qual este está inserido.

A partir de uma visão sob as discussões do princípio do *non cliquet*, identificam-se nas doutrinas, em especial a de Taveira Bernardes e Olavo Ferreira¹⁵, quatro tendências de interpretação e aplicação, a saber: a Radical; a Peremptória; a Intermediária, que se subdivide em forte e fraca; e, por fim, Mitigada.

Sob a vertente jusnaturalista, há a tendência de aplicabilidade da tese “radical”, que adota a linha de interpretação no sentido de que a vedação ao retrocesso é posta como um obstáculo suprapositivo ao constituinte originário. Ou seja, esta linha milita no sentido de que a atuação deste não poderia ficar aquém de determinados progressos reconhecidos em ordens constitucionais anteriores de modo que a atuação do Poder Constituinte está vinculada e limitada à atuação constituinte anterior.

Nesse pensar, destaca-se o entendimento proferido por Jorge Miranda¹⁶, quando obtempera que em discussão a respeito de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, os direitos garantidos e instituídos por um poder constituinte anterior servem como “limites transcendentais” ao poder constituinte originário, limitando, inclusive, a forma de interpretação da Constituição posterior.

Ademais, nessa linha é possível apontar a interpretação adotada pelo Tribunal Constitucional português, no tempo da publicação do acórdão 39¹⁷.

¹³ MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento*. 2010. 234 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

¹⁴ Sobre o tema conferir LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Edição da Fundação Caloust Gulbenkian, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁵ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional: TOMO I - Teoria da Constituição*. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, P.652.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2, p.107.

¹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 39. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa. 1984. *Diário da República*. Lisboa, 11 abr. 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

Já no que se depreende da linha de interpretação tida com a denominação de “peremptória”, conforme anota Tavares e Ferreira¹⁸, tem-se que nesta o princípio da proibição ao retrocesso social, embora não vincule as atividades e a liberdade do o constituinte originário, delimita a atuação do constituinte tido como derivado, ou seja, do poder constituinte que se faz na forma de emendas, bem como do legislador infraconstitucional, de modo que esta tendência determina que direitos fundamentais não podem ser retirados do ordenamento sem que sejam substituídos de maneira equivalente, ou seja, nesta tendência busca-se impedir que, de um forma ou de outra, sejam retirados direitos já concedidos pelo ordenamento jurídico.

Neste ponto, cabe apontar a determinação contida na norma do artigo 26 do Pacto San José da Costa Rica, especificamente no que conta na parte final do supracitado dispositivo, que adota a tendência peremptória ao instituir que os Estados buscarão o avanço social “na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Na tendência intermediária, predominante na doutrina, a exemplo do que se extrai dos textos de Canotilho, Derbli e Sarlet¹⁹, tem-se que o princípio vedação ao retrocesso social atua como uma regra não peremptória, mas sim um princípio geral constitucional, que deve ser interpretado em face de outros princípios, servindo como limite para que uma eventual involução preserve ao menos o “núcleo essencial” do direito fundamental considerado.

Cumprir destacar que referida tendência subdivide-se em: forte, que é defendida e adotada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet²⁰ e que determina que as involuções devem passar “pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade”, sem prejuízo das cláusulas pétreas, postas a proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais; e fraca, que entende que, em “épocas de escassez e austeridade” na economia de um Estado, o princípio da proibição não pode ser invocado com a intenção de “neutralizar a liberdade conformação do legislador”, uma vez que a aplicação do princípio deve ser realizada de forma racional e proporcional à realidade enfrentada.

Ademais, conforme poderá se observar nas linhas e tópicos que prosseguem o estudo, a última subclassificação da tendência intermediária é a que prevalece, atualmente, no direito português, bem como é a atual posição defendida por Gomes Canotilho²¹.

Por fim, tem-se a tendência intitulada pela doutrina como “mitigada”, que entende que a proibição do retrocesso não constitui um princípio geral constitucional, assim, nessa

¹⁸ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional: TOMO I - Teoria da Constituição*. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, P.652.

¹⁹ Nesse sentido, conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008; DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*. Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*. Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008

linha de interpretação, entende-se que o referido princípio subsiste apenas como uma espécie de regra excepcional de combate ao arbítrio do Estado.

Nesse pensar, Vieira de Andrade²² entende, por exemplo, que a "liberdade constitutiva" e a "auto-revisibilidade" da atividade legislativa só poderão ser restringidas quando a disciplina anterior, se mais favorável, estiver enraizada na "consciência jurídica geral", ou seja, fora da excepcionalidade, eventuais obstáculos ao retrocesso social não decorreriam de uma garantia específica, mas apenas da garantia do mínimo social ou como medida impeditiva do arbítrio e da não razoabilidade manifesta.

3 CRISE ECONOMICA E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: O FENÔMENO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL.

Para que o presente trabalho não se limite à discussão referente à dicotomia entre o princípio da vedação ao retrocesso social, entendido no contexto deste trabalho a partir da linha intermediária forte, e o princípio da reserva do possível - vez que este não é o objetivo do mesmo - passa-se à demonstração, sob o viés de um direito comparado, das consequências da crise econômica na aplicação e utilização do princípio do *non cliquet*. Dessa maneira, por meio da análise de um caso concreto, se possibilitará um vislumbre quanto às semelhanças entre o contexto estrangeiro e nacional, para, assim, ser possível a visualização e entendimento dos possíveis rumos para a situação brasileira.

Numa atividade de busca de parâmetros em um cenário internacional, tem-se o recente histórico envolvendo a TROIKA (equipe econômica composta pelo Fundo Monetário Internacional, Banco Central Econômico e Comissão Europeia) e Portugal, que vivencia, desde o ano de 2008, as consequências de uma crise global econômica e imobiliária que resultou em falência de bancos e aumento nos índices de desemprego daquela nação.

Nesse contexto, tem-se que o Tribunal Constitucional de Portugal atua, desde 2011, como um protagonista no plano interno e externo daquela nação²³. Tal resultado se deve ao fato das decisões daquela corte terem (em especial a jurisprudência constitucional em matéria orçamental referente aos anos de 2011, 2012 e 2013²⁴, então denominada "jurisprudência de crise") efeitos econômicos, alterações fiscais e influência direta na relação Sociedade X Estado.

Sustentada pelas ideias, metas e objetivos presentes no acordo firmado em 2011 entre Portugal e a TROIKA, denominado de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF),

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

²³ Sobre tema, conferir: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014; PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 29 mar 17

²⁴ De acordo com o Memorando de Entendimento firmado entre Portugal e a TROIKA, para o período marcado entre 2011 e 2013 foi estabelecida um calendário por etapas anuais de cortes e mudanças econômicas, de modo que para a satisfação do objetivo de redução do déficit deveriam ser cumpridas todas as etapas até o ano de 2013. Assim, respectivamente àquele período, foram publicados os Acórdãos 396/2011, 353/2012 e 187/2013, que discutiram, naquele momento, a constitucionalidade das ações de cortes previstas na legislação orçamentária.

“Jurisprudência de Crise” baseia-se em uma série de medidas de austeridade voltadas à redução do déficit orçamental português, medidas essas que levaram o Tribunal Constitucional a modificar um posicionamento que datava de 1984 (conforma destacado no tópico relativo à delimitação conceitual). Entre as modificações mais agudas, pode ser citada a decisão contida no Acórdão nº 396/2011 do referido tribunal, que entendeu ser compatível com o texto constitucional, sobretudo com o princípio da prevalência do interesse público, as medidas voltadas a reduções remuneratórias no quantitativo de 3,5% a 10% dos salários dos servidores públicos.

Ou seja, ao utilizar a chamada “Jurisprudência de Crise”, o Tribunal Constitucional português se utilizou de uma técnica que nada mais é do que, senão, decisões de cunho antissociais, voltadas à um pensamento estatal essencialmente protecionista.

Ademais, percebe-se que em razão da crise econômica de Portugal, como já mencionado anteriormente, houve, além de uma mudança jurisprudencial, uma modificação no entendimento adotado pela doutrina. Entre a doutrina selecionada, destaca-se que mesmo o pensamento de J.J. Gomes Canotilho passou por modificações, sendo essas tais que o levaram a entender o princípio do *non cliquet* da seguinte maneira:

Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.²⁵

Com vistas às tendências de interpretação elencadas no tópico anterior, percebe-se que o pensamento português quanto ao princípio da vedação ao retrocesso social, por conta da crise econômica, passou, de forma abrupta, da adoção da tendência peremptória, para a adoção da tendência intermediária fraca. Ou seja, tem-se, com isso, a constatação de que as crises econômicas constituem fortes argumentos para a relativização de um princípio que visa a proteção social.

4 CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA E REORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

No Brasil, diferentemente do contexto português, a crise econômica deflagrou-se em consonância com a crise política local, senão por conta dela, mas, sobretudo impulsionada por tal. Mesmo nas consequências em curto prazo, percebe-se uma diferenciação no sentido de que não houve a realização de um acordo econômico de recuperação da economia entre o Brasil e qualquer outro órgão internacional ou mesmo com outro Estado, de modo que não necessária a submissão Estatal a qualquer exigência ou ingerência externa.

A fim de verificar a crise econômica e social brasileira, basta notar que, de acordo com dados divulgados na série histórica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008, p. 110.

(IBGE)²⁶, a taxa média de crescimento do PIB entre os anos de 2007 a 2013 era de 3,8%, e a taxa média de desemprego, por sua vez, reduziu de 9,3% em 2007 para 5,4%, enquanto que, de acordo com o mesmo índice, a taxa média anual do PIB brasileiro reduziu, entre os anos de 2015 e 2016, respectivamente, 3,8% e 3,6% e a taxa de desemprego subiu do índice de 6,9% em 2015 para a taxa anual 11,5% em 2016.

Contudo, em meio ao aumento nos índices de desemprego, permanecem inertes as manchetes de escândalos políticos e a queda no crescimento nacional, principalmente quando observado o retrocesso consecutivo do PIB nos anos de 2015 e 2016, situação que, semelhante ao contexto português, fez reacender o destaque do Supremo Tribunal Federal, na medida em que o referido tribunal destaca-se no contexto das práticas políticas com efeitos macroeconômicos.

Nesse contexto, observa-se que, embora distante das circunstâncias que gritavam, em tempo, ao Tribunal Constitucional de Portugal, o Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo um recente histórico (2014-2015) de decisões em que era aplicado o princípio da proibição do retrocesso²⁷, a exemplo da obrigatoriedade do custeio de serviços hospitalares privados para pacientes do SUS (ARE 727864 AgR/PR²⁸) passa a proferir recentes decisões nas quais, em tese, se observa uma implícita relativização do princípio da vedação ao retrocesso, a exemplo do RE 760931/DF²⁹, na qual foi discutida a questão de que a União responde tão somente em *ultima ratio* às dívidas trabalhistas e alimentares devidas aos seus funcionários terceirizados. Não bastasse isso, percebe-se também uma violação à obrigação de uma atuação negativa do Estado, tanto em produtos, quanto em projetos legislativos que refletem um ideal de contrário ao que se apresenta na ideia de vedação ao retrocesso, tais como: EC 95/2016, que limita o teto dos gastos públicos e a Lei 13.429/2017, também conhecida como “lei da terceirização”.

Ou seja, em certa medida, vê-se que há influências da atual crise econômica na atuação do Supremo Tribunal, que, mesmo sem uma expressa citação do princípio da proibição ao retrocesso, relativiza este último com teses jurídicas involutivas, de modo que propicia, devido à insegurança jurídica, uma indeterminação jurisprudencial quanto ao princípio em discussão.

■ CONCLUSÕES

²⁶ Disponível em: http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema.aspx?op=1&no=1. Acesso em 01 abr 17

²⁷ Nesse sentido, conferir: ARE 727864 AgR/PR, julgado em 04 de novembro de 2014; RE 658312/SC, julgado em 27 de novembro de 2014; e a ADPF 347, julgada em 09 de setembro de 2015.

²⁸ No Agravo Regimental 727864/PR, de relatoria do Cin. Celso de Mello, foi decidido pelo Pretório Excelso que deve haver o custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública, uma vez que há o dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida, resultante de norma constitucional, de modo que a não prestação do referido custeio acarretaria em uma omissão inconstitucional.

²⁹ No Recurso Extraordinário 760931/DF, com repercussão geral reconhecida, foi decidido pelo pleno do STF que existe apenas a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada à serviço da mesma, de modo que, com o voto do ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Diante do que fora apresentado percebe-se que, mesmo em sede inicial de pesquisa, diante de cenários marcados por crises econômicas, a exemplo de Portugal, há uma tendência crescente no sentido de relativizar a aplicação de instrumentos que visam a proteção de direitos sociais, principalmente do instrumento entendido como princípio da vedação ao retrocesso social.

Contudo, deve-se ter em mente que os objetivos fundamentais determinados pela Constituição Federal são inadiáveis ao direito, de modo que se deve entender que a atuação governamental não pode ser outra, senão aquela pautada em práticas para atingir seu alcance.

Para tanto, revela-se crucial a interpretação no sentido de considerar que o princípio do não retrocesso está presente no ordenamento pátrio, não só para garantir uma atuação negativa do estado, mas, de igual forma, ser possível uma exigência de uma prestação positiva estatal, a fim de concretizar os direitos subjetivos assegurados à população, especialmente quando tais direitos são ameaçados pela presença de uma teoria jurisprudencial essencialmente protetora do Estado.

Dessa maneira, permite-se afirmar que, com base na tendência de interpretação intermediária forte, deve ser uma análise completa e ampliativa da situação, para, assim, favorecer uma posição e situação que venha a impedir que sejam realizadas medidas que restem por reprimir, sem possibilidade de garantia, direitos subjetivos da população.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional: TOMO I - Teoria da Constituição*. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

BRITO, Edvaldo. O conceito atual de tributo. *Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA*. DIAS, Sérgio Novais, BAHIA, Saulo José Casali e CORDEIRO, Paulo Machado (org.). n. 1, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Series Históricas e Estatísticas*. 2017. Disponível em: <<https://serieestatisticas.ibge.gov.br/default.aspx>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. José Lamago. Edição da Fundação Caloust Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento*. 2010. 234 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, adotada em 22 de novembro de 1969.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 29 mar 17.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*, Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS JUÍZES: ATIVISMO, SUBSTANCIALISMO OU “BOA INTENÇÃO” NÃO CONDENÁVEL?

PUBLIC POLICIES CREATION BY JUDGES: ACTIVISM, SUBSTANTIALISM OR NON CONDEMNABLE “GOOD INTENTION”?

RAFAEL N. LIMA DE FREITAS * | DJEFFERSON AMADEUS**

RESUMO

A judicialização da política, no Brasil, é um fenômeno inexorável e contingencial. Trata-se, pois, de um fato decorrente do modelo compromissório, dirigente e analítico que a Carta de Outubro adotou. A dimensão desse fenômeno, portanto, não pode depender da vontade solipsista do órgão judicante. Pelo contrário. O Poder Judiciário, neste caso – quando provocado – decide porque a Constituição obrigou-o a decidir. Desse modo, em um país de modernidade tardia, como é o caso do Brasil – onde as promessas da modernidade foram (in)cumpridas – é indene de dúvidas que o Judiciário passa a assumir um papel destaque no cenário brasileiro. Dito de outro modo: a desobediência dos demais poderes para com os objetivos que lhe foram impostos pela CRFB, implica que o Judiciário, como guardião da Constituição, cumpra àquilo que era, em tese, da competência dos outros poderes. Nesse quadro caó(s)tico, ganha sobremodo importância a – distinção – entre substancialismo(s) e ativismo judicial, porque – a pretexto de cumprir uma política pública, sob o manto do substancialismo –, os juízes de terrae brasilis -não raro- têm sido ativistas. Numa palavra: é pela falta de um controle hermenêutico -e, por conseguinte, de uma teoria da decisão- que a judicialização da política tem sido transformada na vulgata do ativismo.

Palavras-chave: Constituição Federal; hermenêutica; substancialismo; ativismo; políticas públicas.

ABSTRACT

The political judicialization, in Brazil, is an inaccurate and inexorable phenomenon. It is about, then, a fact resulting from the engaged, leading and analytical model that the Letter of October has adopted. The dimension of this phenomenon, therefore, can not depend on the solipsistic will of the judicial power. It is quite the opposite actually. The Judiciary, in this case – if instigated – decides why the Constitution imposed it to decide it. This way, in an untimely modernity country, like Brazil – where the promises of modernity have been (un)done – there are no doubts that the Judiciary has taken a highlighted role in the Brazilian scenery. In other words: the other powers' desobedience concerning to the objectives which were imposed on them by the CRFB, implies that the Judiciary, as a guardian of the Constitution, carries out what was, in general, the competence of other powers. In this chaotic case, the distinction between substancialism and judicial activism has become important because – on the pretext to carry out a public politics under the substancialism -, judges from terrae brasilis -not rare- have been activists. In short: it is by the lack of a hermeneutical control -and consequently, a lack of a theory of decision- that the political judicialization has been changed in the vulgate of the activism.

Keywords: Federal Constitution; hermeneutic; substancialism; activism; public policies.

* Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Direito/SP) sob orientação de Dimitri Dimoulis. Teacher Assistant de “Introdução ao Estudo do Direito” no IBMEC-Rio. Graduando em Direito pelo IBMEC-Rio. rafaelf@id.uff.br

** Mestre em Jurisdição Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Especialista em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. djeffersonadv@yahoo.com.br

Recebido em 26-3-2017 | Aprovado em 10-4-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DA IMPORTÂNCIA DE UM ACORDO SEMÂNTICO (OU DE COMO NÃO PODEMOS DIZER QUALQUER COISA SOBRE QUALQUER COISA); 2 SUBSTANCIALISMO(S); 3 “BOA INTENÇÃO” E CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO OU SUBSTANCIALISMO APLICADO?; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Quando se afirma que a judicialização da política, no Brasil, é um “fenômeno contingente”¹, diz-se no sentido de que decorre da “deficiência dos demais poderes”². Deste modo, no Brasil, o tema das políticas públicas tem saído da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrado para o Poder Judiciário³. Como resultado -e não raro, ressalte-se- o Judiciário tem decidido sobre políticas públicas em litígios individuais⁴.

Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, há uma distinção qualitativa entre ativismo judicial e judicialização da política. Enquanto o ativismo está ligado a um ato de vontade do órgão judicante, sendo este contingencial, a judicialização não depende desse ato volitivo, mas decorre da expansão da sociedade e que encontra seu ponto na capilarização no Poder Judiciário, e nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional, dessa forma, sendo o ativismo um problema interpretativo e a judicialização um fenômeno político, e os remédios para controlá-los diferentes. O autor admite o fenômeno do dirigismo constitucional e da inflação legislativa (inexorável), além do aumento da litigiosidade, dos quais contribuem para aumentar o espaço de interferência do judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto constitucional e do manancial legislativo. O autor também enseja que a Constituição dirigente conferiu caráter vinculante e a mesma estabelece

¹ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31

² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36-37. Registre-se, por relevante, que o fenômeno da judicialização da política não é um fato exclusivo do (e no) cenário brasileiro. Neste diapasão, com apoio nas lições de Ran Hirschl, Vanice do Valle vai dizer –e isso não pode passar despercebido–, que “é importante ter em conta que a judicialização da política não se constitui privilégio do cenário brasileiro, alcançando mais recentemente às grandes decisões de cunho político, como já adverte Hirschl. Não menos relevante é o registro do mesmo autor canadense de que esse fenômeno é de ser compreendido dentro de uma dinâmica de jogos do poder, que conta com uma certa leniência dos demais braços funcionais; quadro que todavia está sempre sujeito à reversão, como sói acontecer no cenário político. HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 4 abr. 2009).

³ TÊMIS, Limberger; SOARES, Hector Cury. *As políticas públicas, a Democracia e a Burocracia: Caminhos e (des)caminhos do poder judiciário em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2395.pdf, acesso em 10 de maio de 2014.

⁴ VALLE, Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 57 e 145.

a efetivação de seus elementos através do controle de constitucionalidade via Poder Judiciário, diminuindo assim, a autoridade do poder legislativo⁵.

Posteriormente, Rafael Tomaz de Oliveira admite a distinção feita por Chistopher Wolfe: a distinção entre o ativismo estadunidense, a experiência alemã e o ativismo judicial à brasileira. Na seara do ativismo estadunidense, o autor conclui que o controle de constitucionalidade ocorreu de forma gradativa e não linear. O autor traça a divisão tripartite de “Eras”, em que ilustra as eras de não admissibilidade do controle de constitucionalidade até os dias atuais, iniciando pela necessidade de efetivação da vontade da lei, passando pela modificação das normas pelos juízes à luz de circunstâncias e experiências e chegando à Corte de Warren e Burger. Na experiência alemã o autor se baseia na Jurisprudência dos Valores, do qual, oferece uma alternativa ao positivismo e ainda, querendo a Alemanha mostrar para o mundo que iria aceitar a Lei Fundamental e não mais representar um risco, a decisão se justifica intersubjetivamente. Entretanto, o autor acredita que isso possibilitaria decisões ativistas eivadas de subjetivismo inconsciente. Enquanto no Brasil, o ativismo aparece no momento que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos na Constituição, agindo de forma discricionária. Ou seja, nos Estados Unidos e Alemanha o ativismo está ligado à manutenção e efetivação de direitos fundamentais, onde se busca adequação constitucional, enquanto no Brasil, o ativismo coíbe os direitos fundamentais ao proceder o STF em esferas que não lhe foi atribuída competência, infringindo tais competências por motivo de relevância social⁶.

Nesse contexto, fazem necessárias algumas indagações fulcrais: o Poder Judiciário pode formular uma política pública? E quando esta formulação ocorre, o Poder Judiciário foi substancialista ou ativista? Há diferença entre ambas as posturas? E se a criação da política pública decorre de uma “boa intenção” do juiz, isto a torna legítima? Não obstante “o reconhecimento das políticas públicas como objeto de estudo, no contexto da reflexão sobre o governo e seus parâmetros de agir, apresente-se, na maioria das áreas de conhecimento, ainda como fenômeno relativamente novo”⁷.

Assim, no que diz respeito aos posicionamentos jurídicos acerca desta temática, três posições destacam-se: de um lado, aqueles que negam a possibilidade do Poder Judiciário criar políticas públicas⁸. De outro lado, os que assumem, digamos, uma postura mais radical e, em razão disso, entendem que o Poder Judiciário não pode -sequer- efetuar “controle”⁹ de

⁵ No processo de inflação legislativa o autor ilustra com a problemática do direito penal e processual penal, processual civil e suas micro reformas, medida provisória, cláusulas gerais. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdiçãoRafael.pdf/>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

⁶ Op. cit.

⁷ VALLE, Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 33.

⁸ Para uma análise profunda do tema, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 64 e ss. VALLE, Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 149-156; COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado Moderno: in: *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 157-158; KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁹ Nesse sentido, a (contundente) posição de José Antônio Avelãs Nunes: “É-me, por isso, muito difícil aceitar a tese da jurisprudência brasileira, segundo a qual o Poder Judiciário tem toda a legitimidade para intervir nesta

uma política pública. Por fim, há quem aceite a possibilidade do Poder Judiciário “fomular”¹⁰ políticas públicas.

Vê-se, pois, que a temática é controversa. Para responder tais incertezas, alguns esclarecimentos serão fulcrais. O primeiro –e mais importante– é que a solução passa por uma “Teoria da Decisão”¹¹. O presente trabalho, entretanto, não propõe uma teoria da decisão, e sim meios para que esta possa ser atingida. De fato, se vivemos uma crise decorrente dos déficits da modernidade –cuja estruturas historicamente voltadas para a sua superação encontram-se desacreditadas¹² – faz-se mister, num primeiro momento, “des-vendar” os meandros paradigmáticos que obnubilam o pensamento dos juristas¹³.

Desse modo, é imperioso enfrentar a imprecisão terminológica atinente aos conceitos¹⁴ de substancialismo e ativismo e a construção de um “acordo semântico”¹⁵, que permita levar a bom termo a resposta à hipótese que dá origem à investigação.

matéria, sempre que o Executivo não dê cumprimento às normas constitucionais a este respeito. Na minha opinião, não cabe ao Poder Judiciário controlar o cumprimento dos programas de governos apresentados pelo executivo: esta é uma competência do Parlamento. AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39-40.

¹⁰ Neste sentido, o Ministro do STF – Celso de Mello – em decisão havida no bojo da ADPF nº 45, cuja relatoria lhe competia: “Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. ARE 639337 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2ENUMER%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxllapr>, acesso em 10/05/2014.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² ARAUJO, Walber Carneiro. Estado, políticas públicas e agentes sociais: em busca do diálogo perdido, in: *Amicus Curiae*, Vol. 5, No 5, 2008, disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/view/518>, acesso em 25/05/2014.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidido conforme a minha consciência?* Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2010, p. 10.

¹⁴ A ideia de conceito é fortemente rechaçada nesse trabalho, porque tem um nítido caráter metafísico, isto é, quem conceitua procura estabelecer categorias fixas para servirem de premissas dedutivistas. Entretanto – e isso precisa ficar bem esclarecido – quando aludimos ao termo “conceito”, tal deveu-se a dois motivos: primeiro, para manter a citação original e, em segundo lugar, para mostrar a importância de – neste tema – estabelecermos um “acordo semântico” (uma espécie de “mínimo é” acerca do que seja ativismo e substancialismo).

¹⁵ A ideia (e importância) de se estabelecer um “acordo semântico” teve como inspiração um trecho da tese de doutorado de Vanice Lírio do Valle, na qual a autora, quando abordara as questões imanentes à governabilidade e governança pública, apontou que, antes de adentrar na temática, era “imperioso enfrentar a imprecisão terminológica atinente aos conceitos de governabilidade e governança e a construção de um acordo semântico que permita levar a bom termo a resposta à hipótese que dá origem à investigação.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 48, p. 87-110, 2008.



Afinal, – sob o argumento do(s) substancialismo(s) – os juízes de *terrae brasilis* vêm propondo “soluções”¹⁶ ativistas. Daí a relevância de –num momento posterior– debruçar-se de modo mais profundo nestes dois pontos. Após isso, chegar-se-á naquilo que, neste trabalho, será o ovo da serpente: os juízes decidem –determinando a criação de políticas públicas– porque -julgando-se substancialistas?- querem fazer “boa justiça”¹⁷.

Ora, diz Gadamer: o ‘justo’ “é totalmente relativo à situação ética em que se encontra. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas ‘em si’, independentes da situação que as reclame”¹⁸.

Na denúncia, portanto, restará latente as críticas ao “senso comum teórico”¹⁹ e a decorrente pauta estratégica em que se resumem as decisões judiciais para, a partir de então, desconstruir as bases ideológicas dessa “razão instrumental”²⁰ que impede o acontecer das políticas públicas.

Numa palavra final, concluir-se-á com Jacinto Coutinho que:

¹⁶ As aspas são propositais porque cremos que -nunca- o ativismo judicial poderá ser considerado uma solução. Em sentido oposto ao que se afirma aqui, isto é, entendendo como “saudável” o ativismo judicial, Peter Haberle: “Como observador participante, estou contente que os tribunais constitucionais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais Poderes a atuar.” (...) “A Argentina conta com uma Corte Suprema com um grande mestre como o juiz Zaffaroni, que graças ao ativismo judicial pode superar algumas deficiências do sistema.” . Entrevista concedida Raúl Gustavo Ferreyra. A discussão acadêmica aconteceu em 21 de abril de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/entrevista-haberle-portugues.pdf>, acesso em 27/05/2014. Tal afirmação deve ser lida com parcimônia. Por isso, tem razão Lenio Streck, que, ao analisar a palavras do autor alemão, concluiu o seguinte: “a discussão de Haberle sempre precisará ser contextualizada pelo simples fato de que seu contexto vivencial concreto é outro – jurisprudência dos valores e todas suas consequências já aqui delineadas – que é bem diferente daquele que se apresenta em *terrae brasilis*. Portanto, não me parece conveniente que juristas brasileiros “recebam” a entrevista como uma ode ou louvação ao ativismo”. STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decidido conforme a minha consciência?* Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2010, p. 22.

¹⁷ Aqui vale a reflexão: se o ativismo é bom, dependeremos, então, da “bondade dos Juízes”. Mas o problema é que, como diz Jacinto Coutinho: “O enunciado da ‘bondade da escolha’ provoca arrepios em qualquer operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a ‘bondade’ do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o critério, ou seja, o que é ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘quem nos salva da bondade dos bons’?, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002). Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

¹⁹ Expressão criada por Luis Alberto Warat. Nas palavras do mestre: “chamar-se-á “senso comum teórico” a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como um arsenal de ideologias práticas. Em outras palavras, essa montagem corresponde a normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas”. WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 19.

²⁰ A razão Instrumental, como mecanismo de castração e dominação do homem, se reproduz e fortalece, sufocando todas as oportunidades na história em que o homem buscou uma sociedade mais fraterna. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 54.

Não pode – e não deve – o poder judiciário (porque abusivo, dado extrapolar suas atribuições) em reconhecendo como correta a adequação possível, impor outra, de sua lavra, quiçá por a entender mais justa, ou por bondade, ou por capricho ou outro fundamento. Isto seria *decisionismo* (Ferrajoli) e interessa pouco à democracia porque se não pode definir, senão pela cabeça do autor, aquilo que seria justo, o bondoso, o capricho ou qualquer outro atributo utilizado²¹.

1 DA IMPORTÂNCIA DE UM “LIMITE SEMÂNTICO” (OU DE COMO NÃO PODEMOS DIZER QUALQUER COISA SOBRE QUALQUER COISA)

Segundo Walber Araújo Carneiro, “todos os estudos da contemporaneidade nos levam à conclusão de que se vive uma crise no Direito”²². Mas, afinal, o que é isto – uma crise? Ora, é impossível discutir o que é uma crise sem –antes– sabermos como se dão nossos entendimentos ou divergências a respeito de sua definição e sua aplicação. Então, diz Streck: “precisamos compartilhar um “conceito”²³, de modo que nossas divergências sobre seu conteúdo sejam autênticas”²⁴. Caso contrário: “estaremos falando qualquer coisa sobre qualquer coisa”²⁵. Isso assim se passa porque, ademais – como bem observou o retrocitado autor: “Não adianta discutirmos sobre as exigências da “democracia” se eu e você temos em mente noções diferentes desse conceito. Nesse caso, a discussão não seria sobre democracia, mas sobre o uso correto da palavra democracia”²⁶.

Com essas observações iniciais, pretendemos enfatizar a importância de se distinguir o ativismo do substancialismo. Ora, de nada adianta criticar o ativismo, se os juízes de *terrae brasilis* continuarem achando que –ao criarem políticas públicas de acordo com a sua consciência– estarão sendo substancialistas²⁷. Ledo engano. O fato é que não adianta mudarmos o nome das coisas se as coisas não forem mudadas. Serão as mesmas coisas, com nomes diferentes, mas continuarão sendo as mesmas coisas²⁸.

Dito de outro modo: não adianta mudarmos o nome do ativismo se o ele não for controlado hermeneuticamente. Será a mesma coisa, com nome diferente (“ativismo judicial

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 232.

²² Op. cit.

²³ Remete-se o leitor à nota de rodapé nº 16, na qual está esclarecida o que entendemos por “conceito”.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 292.

²⁵ Op. cit.

²⁶ Op. cit.

²⁷ Ao criarem-se políticas públicas volitivamente, os juízes tranquilizam-se do sentimento de culpa, conforme atestado por Luis Alberto Warat: “Não podemos esquecer que quando se banaliza o terror e as mortes também se está tranquilizando o sentimento de culpa, o horror que pode invadir a alma dos genocidas (algo, do mais próprio deve morrer quando se assassina ou se tortura). Salvando as distâncias, no mundo jurídico as sanções são formas de banalização do horror que escondem e ao mesmo tempo tranquilizam a alma dos juízes quando dispõem sanções, limites (em termos de terror)”. WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁸ Op. cit.

despreparado”²⁹, como quer, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva), mas –vejam– continuará sendo a mesma coisa. É dizer: (preparado ou não...) será sempre ativismo.

A partir de Lenio Luiz Streck, pode-se distinguir as teses procedimentalistas e substancialistas, no sentido que como contraponto às teses procedimentalistas tem-se Cappelletti sustentando que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo aos que necessitam, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial e Ronald Dworkin (mesmo sendo defensor de uma posição liberal-contratualista) se aproxima dessa posição, de certo modo em alguns pontos. Ademais, a partir de Laurence Tribe, pode-se advogar que o procedimento deve completar-se com a teoria e valores substantivo³⁰. Assim, teorias procedimentalistas parecem apreciar que o processo é algo em si valioso, logo dizer que o processo é em si mesmo valioso, significa afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva. Laurence Tribe ainda enseja que as pessoas excluídas da participação política possuem também um fundamento substantivo: a legislação que discrimina deve ser rechaçada com base em uma ideia sobre o que significa pessoa, e a própria ideia de segregação de negros e mulheres somente pode ser rechaçada encontrando uma base constitucional de que em nossa sociedade tais ideias estão substantivamente fora do lugar. Ou seja, para Laurence Tribe circunscrever a interpretação constitucional à ideia de abertura política supõe um círculo fechado. Por isso, as teorias defensoras da Constituição como

²⁹ “Diversos exemplos das conseqüências do que eu chamaria de “ativismo judicial despreparado” podem ser encontrados na atividade de diversos tribunais brasileiros. Por exemplo, ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e., sem considerar as políticas governamentais na área), os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam ‘resolver’ alguns casos isolados. Isso porque, em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais”. O autor afirma que, diante da inexistência de recursos para todas as carências sociais, as decisões do juiz concedendo medicamentos em demandas individuais implicam no deslocamento de recursos de outras áreas. Assim, muito embora haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são histórias de sucesso coletivo. Nessa esteira, conclui que “esses direitos não podem ser tratados, exceto em casos excepcionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor. (...) Se, pelas razões expostas, o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for” (SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 595-596). Uma pequena observação faz-se necessária: tem razão o prestigiado autor, em seu exemplo, quando dispõe que tal conduta consubstancia-se em ativismo. Equivoca-se, no entanto, ao nosso ver, quando dá-lhe ao ativismo o epíteto de despreparado. Isto posto, exsurge a indagação: se este ativismo é o (des)preparado, como seria, afinal, o ativismo preparado? E se houver este ativismo “preparado”, ele é bom? Mas... bom para quem, indagamos? Como se vê, voltamos à questão inicial: ativismo – seja ele “despreparado” ou “preparado” – é ruim. E ponto. “Isto seria decisionismo (Ferrajoli) e interessa pouca à democracia porque se não pode definir, senão pela cabeça do autor, aquilo que seria justo, o bondoso, o capricho ou qualquer outro atributo utilizado.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont’AlverneBarreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 232.

³⁰ Valendo-se como exemplo do caráter substantivo: a primeira emenda, a décima terceira ou a cláusula do devido processo legal, e ainda o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação

processo supõe um empobrecimento do papel da teoria constitucional, em que esta parece estar dirigida apenas aos juízes. Ou seja, a corrente substancialista busca equilibrar e harmonizar os demais poderes em que o judiciário deve assumir um papel de intérprete que põe em evidência contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo.^{31 32}

³¹ Lenio Luiz Streck admite o posicionamento de José Joaquim Gomes Canotilho quando este demonstra a perda da centralidade jurídico-política da Constituição, da qual padece de uma má utopia do sujeito projetante, a partir da demonstração da fragilidade epistêmica das constituições programático-dirigentes: seu autismo nacionalista e patriótico, isto é, da insuficiência do constitucionalismo frente à complexidade do mundo e das consequências das integrações das nações, além do que diz respeito à noção de direitos diretamente aplicáveis. Em face de suas considerações, assevera José Joaquim Gomes Canotilho que as fontes do direito, inclusive a Constituição, revelam-se funcionalmente desadequadas para servirem de impulso e construir bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada, sendo que a ideia dirigente compatibiliza com a lógica material dos valores e também com a razão lógica dos discursos analíticos. Assim, acentua que a teoria constitucional deve levar em conta que as sociedades modernas pluralistas estruturam-se em termos de complexidade que, longe de assentar na intencionalidade construtivista da política, radica antes na auto-organização. Esta mesma complexidade gera sistemas e códigos diferenciados e funcionais, sendo irrealista tentar através de um código unitarizante dos vários sistemas sociais, dirigir constitucionalmente a sociedade. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

Tais questões assumem grande relevância na discussão do papel da Constituição em países de modernidade tardia como o Brasil e no dirigismo constitucional. Embora Canotilho reconheça que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e por isso possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulamentações, por outro lado considera que esse texto básico não mais pode servir de fonte jurídica única e nem tampouco pode ser o alfa e o ômega da constituição de um Estado. Desse ponto, Lenio Luiz Streck acredita não ser possível falar hoje em uma teoria geral da Constituição, da forma que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, já que deve se entender as especificidades histórico-factuais de cada Estado. O autor aponta que a Constituição brasileira não contém, ao contrário do que continha na sua origem portuguesa, uma função normativo-revolucionária, no qual, este ponto é fundamental para a compreensão e contextualização da tese exposta por Canotilho de Constituição dirigente.

Diante de tal situação, Lenio Luiz Streck afirma que o preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, como conteúdo mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática visando ainda, a construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Entretanto como o direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas, a possibilidade de para a garantia do cumprimento dos direitos sociais fundamentais previstos no texto constitucional é possível afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição Dirigente, adequada a cada país. Isto é, Lenio Luiz Streck propugna que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição, mas sem alçar a Constituição à condição de texto sagrado. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

³² Entretanto, o autor não percebe no plano do agir cotidiano do Brasil, nenhuma das duas teses, isto é, em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo judiciário na apreciação de institutos como: mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, além da falta de filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Constituição. Por outro lado as submissões do Congresso Nacional à reiterada utilização de medidas provisórias por parte do executivo deixam claro que estamos longe do proposto por Habermas, em relação à criação democrática de direitos e da garantia da preservação de procedimentos legislativos aptos a

Destarte, pode-se compreender então o novo papel desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática, já que a crise que se encontra no Direito está obnubilada por um imaginário dogmático que continua refém de um sentido comum teórico. Encontra-se nesse sentido também, uma baixa constitucionalidade, composta por um discurso alienado da condição histórico da sociedade brasileira, em consequência disto vê-se o direito repetindo através de pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico, há uma corrupção da atividade interpretativa, cujo resultado é uma cultura standartizada, reprodutiva e manualizada³³.

2 SUBSTANCIALISMO(S)

Afinal, o que é isto – o substancialismo? É possível vislumbrar –e, neste contexto, isso se afigura fundamental– que a discussão sobre o que é o substancialismo passa antes– por duas questões fulcrais: a expressão –no singular– é correta? E mais: é possível (ou viável) falar de substancialismo, passando à margem do procedimentalismo³⁴? Como se vê, as duas indagações postas podem ser objeto de uma tese e, em razão disso, não serão abordadas a contento³⁵, uma vez que tal análise seria incompatível com a proposta de um artigo científico.

estabelecer a autonomia dos cidadãos. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

³³ Lenio Luiz Streck concorda com Luigi Ferrajoli na medida em que este afirma que houve uma alteração no Estado Democrático de Direito, na relação entre a política e direito. Com efeito, o direito já não está subordinado à política como se dela fosse apenas um instrumento, mas sim é a política que se converte em instrumento de atuação do direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: os negativos (como os gerados pelos direitos à liberdade, que não devem ser violados) e os positivos (como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos). Entretanto segundo o autor, não se pode ignorar ainda as várias tentativas que têm sido feitas na busca de superar a crise que atravessa o Direito, no avanço da filosofia e a invasão da filosofia pela linguagem que propiciaram avanços sensíveis no decorrer do século XX, a superação dos movimentos terminais da metafísica. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

³⁴ No procedimentalismo habermasiano, por exemplo, o Tribunal Constitucional fica limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é: ao contrário do que propõem os substancialistas (que defendem, em linhas gerais, um Tribunal Constitucional guardião das promessas constitucionais) no procedimentalismo de Habermas, como dito, o Tribunal Constitucional deve limitar-se à proteção (e asseguramento!) do processo de criação democrática do direito. Isto, a toda evidência, explica o porquê da ética do discurso habermasiano “não dá nenhuma orientação contudística, mas sim, um procedimento rico em pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente”. HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 148-149.

³⁵ No Brasil, há um elenco considerável de juristas que – contrapondo-se à linha substancialista adotada neste trabalho – defendem a corrente procedimentalista. Destacamos, e, desde já (ressaltamos que há muitos outros autores importantes, além dos que serão citados a seguir) os trabalhos de SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008, especialmente p. 93 e 146 e segs., GESTA LEAL, Rogério. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no*

Mas, de todo modo, para fins deste trabalho, a primeira pergunta merece uma resposta e, para tanto, valemo-nos de uma simples comparação: tal como sói ocorrer com o liberalismo -que, no singular, é incorreto, porque não existe o liberalismo senão os liberalismo(s)³⁶ o mesmo sucede com o substancialismo, isto é: não existe o substancialismo senão o(s) substancialismo(s).

Registre-se, por oportuno –e isso se afigura sobremodo relevante– que, conquanto não haja “um substancialismo”, há, nas teses ditas substancialistas, pontos compartilhados, a saber: “acoplam à noção de Estado o conteúdo material das Constituições que apontam para a mudança do *status quo* da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais”³⁷.

Assim –e o socorro vem de José Adércio Leite Sampaio– os substancialistas:

Advogam a existência implícita ou declarada de valores substanciais nas Constituições que impõem ao legislador ordinário e ao juiz deveres e tarefas de realização. Significativamente, não veem a Constituição como mero fórum de discussão que leve a decisões cujos conteúdos se validam pelo devido processo deliberativo por ela regrado, mas como núcleo de sentido que, além de disciplinar os meios e formas de tomadas de decisões, servem de parâmetro substancial para avaliar a correção da decisão tomada. As teses fortes e fracas de Constituição dirigente estão bem catalogadas entre eles³⁸.

Entramos, pois, naquilo que –neste artigo– pode ser considerado o ponto fulcral. Não podemos confundir ativismo com substancialismo, porque nessa confusão, “a pretexto de controle das políticas públicas, os juízes se tornaram seus definidores, papel que deveria caber aos agentes públicos que passavam pela renovação eleitoral periodicamente.”³⁹

Daí, conseqüentemente, é (sobremodo) relevante a seguinte advertência de Lenio Luiz Streck:

Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta *como* concretização na

Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Fora do Brasil, HABERMAS, Juergen. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. v.l. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, especialmente PP. 297 e segs.

³⁶ “Definir liberalismo é tarefa das mais complexas. O devir histórico da doutrina liberal apresenta constantes transformações pela incorporação de novas situações, o que nos conduz a falar em liberalismos, no plural, posto que sob a mesma roupagem estão conteúdos variados.” Streck, Lenio Luis; Bolzan de Moraes, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2012, p. 56.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91.

³⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 178.

³⁹ Op. cit.

medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais⁴⁰.

Assim a partir de Lenio Luiz Streck e Luis Alberto Warat, pode-se afirmar que as condições de possibilidade para a reconstrução fenomenológica da tradição inautêntica de protagonismos *ad hoc*, perpassa pela reconstrução das formas de territorialidade sedimentadas, isto é, em uma palavra: pela desterritorializar para se voltar a territorializar – autenticamente, digo- a partir da própria reinvenção do modo de viver⁴¹.

3 “BOA INTENÇÃO” E CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ATIVISMO OU SUBSTANCIALISMO APLICADO?

Há quem entenda, e –registre-se– trata-se de um membro da mais alta Corte de nosso país: Ministro Luis Roberto Barroso, que o “ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado”⁴². Aliás, ele parece não estar só: Nesta ordem de idéias, vejamos o que afirmara o Ministro Celso de Mello: “Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se [sic] se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”⁴³

Ora, se revolvermos o chão lingüístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno (ativismo) chegaremos, como bem aponta Vanice Lírio do Valle, “na revista americana Fortune, não voltada para juristas, mas para o público leigo”⁴⁴. Tratava-se, pois, de uma análise feita por Arthur Schlesinger Jr. que classificou, de um lado—os juízes “campeões do auto-comedimento, de outro os juízes de centro e, por fim os ativistas judiciais⁴⁵.

⁴⁰, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 64

⁴¹ “Algo que tem que ser construído com as ferramentas do século XXI, novas condições de trabalho, novos papéis da política transformadora, revolucionária. Desterritorializar para territorializar. E a reinvenção da produção de vida [...]. A produção eco-política de minha própria vida”. WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio*. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 290.

⁴³ MELLO, Celso de. *Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>. Acesso em 28/06/2014.

⁴⁴ KMIEK, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *California Law Review*, oct. 2004. Apud: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Ed. Juruá. 2012, p. 20

⁴⁵ VALLE, Vanice Lírio do Vale. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/321715>>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

No Brasil, no entanto, o ativismo tem sido tratado (e isso foi bem enfatizado linhas acima) como um “antibiótico poderoso” ou como “necessidades institucionais”. As conseqüências desse sincretismo metodológico foram bem observadas por Clarissa Tassinari:

O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*), mas, evidentemente, com conseqüências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático⁴⁶.

Para alumbrar o que ora se afirma, citaremos um exemplo cujo escopo é demonstrar como isso –que passaremos a chamar de “ideologia da boa intenção”- cria um problema: pois, imbuídos de “boa intenção”⁴⁷, muitos juízes de *terrae brasilis* têm confundindo ativismo com substancialismo (como amiúde se disse) e, conseqüentemente, criando políticas públicas, o que, pensamos, num Estado Democrático de Direito, seria inviável.

E o exemplo vem de uma Vara de Infância e Juventude de Maceió, na qual o juiz decidiu que:

(...) enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, alimentação, transporte adequado, atividades culturais e esportivas, infantes e jovens afastados da prostituição e do trabalho degradante, enfim, condições dignas de vida para crianças e adolescentes, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, viadutos, monumentos artísticos, embelezar avenidas, etc., pois a vida, a saúde e o bem estar desses seres em desenvolvimento, são mais importantes que as obras de concreto, que ficam apenas para demonstrar o poder do governante, enquanto a maioria da população sobrevive na mais absoluta miséria, fazendo-nos lembrar à época dos Faraós, suas construções (pirâmides, etc...) e escravidão⁴⁸.

A primeira pergunta que deve ser feita é a seguinte: trata-se de uma decisão ou programa político pessoal do juiz? E mais: se este juiz pode, de acordo com sua consciência, determinar quais programas devem ser executados, indagamos: como fica o próximo caso, se submetido à um juiz que pense de forma diversa? E Constituição? Não mais “constitui-uma-ação”?

⁴⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

⁴⁷ Tal “boa intenção” é observada por Luis Alberto Warat, ao alertar que: “Os lugares comuns nos apresentam um boato de normativismo jurídico que se tornou imprestável, se excedeu em simplificações, em defesas maníacas, em vulgaridades, construiu um mundo de faz de conta. Algo que bloqueia a entrada de qualquer ideia iluminadora. [...] Esse fato se deve ao conjunto de crenças normativistas, os lugares comuns do senso comum teórico dos juristas. Um senso comum que apresenta graves ingenuidades epistêmicas escondidas, que não se fazem visíveis porque estão recobertas por um sofisticado jogo de idealizações, abstrações ou universalizações que garantem a fuga dos juristas até o paraíso conceitual”. WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁸ AVELÃS, José Antônio; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30.

Ora, de acordo com essa decisão, a Democracia passa a depender do pensamento do “juiz da causa”. Se este é o critério, então teremos que “depender da bondade dos bons”... mas não esqueçamos do lembrete de Jacinto Coutinho: “O problema é saber, simplesmente, qual é o critério, ou seja, o que é ‘bondade’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se”⁴⁹.

Esta decisão retrata bem o “senso comum teórico dos juristas” que (ainda imerso no paradigma da filosofia da consciência) aposta no sujeito solipsista como o protagonista a quem fora incumbida a tarefa de “criação de sentidos”.

Tal fenômeno de baixa constitucionalidade pode gerar aquilo que Marcelo Neves chama de constitucionalização simbólica. Enquanto problema típico da modernidade periférica, dada a dificuldade de convivência de supercomplexidade social, tal fenômeno ocasiona falta de autonomia operacional do sistema jurídico, decorrente de hipertrofia da função simbólico-política do texto da Constituição em face de sua eficácia jurídico-normativa, tendencialmente crescente, observado o fenômeno de periferização do centro (problema de modernidade periférica), ocasionado pelo desenvolvimento da sociedade mundial em sua globalização econômica, podendo-se provocar a implosão das Constituições “estatais”. Em sentido negativo, Marcelo Neves define a constitucionalização simbólica como “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada, dada a falta de integração entre programa normativo (dados linguísticos) e domínio normativo (dados reais), ocorrendo o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida” residindo o problema, primariamente, na juridicidade da Constituição, com função seletivo-destrutiva do próprio sistema jurídico. Em seu sentido positivo, a constitucionalização simbólica pode ser identificada com uma função ideológica, enquanto neutralização artificial de outras possibilidades (valoração de valores e perda de transparência)⁵⁰. Tal Constitucionalismo Aparente, forma uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas.

De forma a delimitar o objeto de estudo, Marcelo Neves situa a constitucionalização simbólica somente “aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álibi para os legisladores e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal”. Ainda, com Marcelo Neves, pode-se afirmar que a Constitucionalização Simbólica “configura-se somente nas situações em que os procedimentos eleitorais, legislativos, judiciais e administrativos, como também o comportamento dos grupos e indivíduos em geral, descumprem as disposições constitucionais ou delas desviam-se, de tal maneira que o discurso constitucionalista torna-se, antes de tudo, um álibi”. Tal fenômeno revela a plena desjuridificação/politização da realidade constitucional.⁵¹

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002). Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Martins Fontes, 2016.

⁵¹ Op. cit.

Assim, a partir da definição dos sistemas autopoieticos enquanto autorreferenciais (para dentro) e heterorreferenciais (ao seu ambiente, para fora), Marcelo Neves afirma haver ruptura com tal característica pelo fenômeno da constitucionalização simbólica, prejudicando assim, o próprio fechamento autorreferencial do sistema jurídico – e sua própria abertura, enquanto entendida a autopoiese como combinação de “codificação” e “programação” – o que pode gerar confusão entre sistema e ambiente. Com Marcelo Neves, pode-se afirmar ainda o risco de ocorrência de corrupção sistêmica, enquanto “tendência à generalização nas condições típicas da reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional/inclusão e resultando na alopoiese do direito [...] O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito”, o que gera o comprometimento/bloqueio do entrelaçamento hipercíclico dos componentes sistêmicos, gerando-se o paradoxo da realidade constitucional inconstitucional ou de um controle inconstitucional de constitucionalidade⁵².

Assim, sob pena de constitucionalização simbólica, decididamente, política pública é um problema de ação do Poder Executivo. Mas –e isso é sobremodo relevante– o Poder Judiciário, quando chamado, não pode se abster de fazer a análise da legalidade constitucional. Neste diapasão, diz Lenio Streck:

(...) o Judiciário pode determinar a continuidade de uma política pública que esteja adequada e funcionando, mas que o Executivo – por motivos políticos-fisiológicos – decidiu interromper ou substituir por outra (caso, por exemplo, da política de segurança implantada pelo Governo Garotinho e ao tempo em que o Luis Eduardo Soares era secretário de segurança e que o governo, um ano depois, por conta de acordos políticos – que viabilizassem a candidatura do governador á presidência da república –, decidiu interromper por conta de novos acordos políticos⁵³.

Segundo Vanice Lírio do Valle, os excessos do Poder Judiciário valem-se de uma máxima efetividade com discurso de direitos fundamentais, mas tais direitos acabam voltando-se contra eles mesmos. Isto é, o esforço de uma liberdade emancipadora pode, ao revés, determinar uma demissão da capacidade individual de intervir e aperfeiçoar o processo de conquista e preservação de sua própria liberdade ou ainda, quanto à abdicação da responsabilidade pessoal envolvendo o descolamento entre a situação de vulnerabilidade expressa pelo litigante, que postula proteção a direito fundamental, e o seu próprio comportamento⁵⁴.

Vanice Lírio do Valle acredita que houve um deslocamento dos debates dentro do judiciário para uma esfera de reivindicações individuais, uma soma de individualidades. E ainda ignorando a centralidade da pessoa e levando à desagregação da justiça -denunciada por Garapon, isto é preferência ao conflito individual que cria um critério de seletividade- e ao Poder Judiciário “corrigir” as escolhas administrativas que se apontem como imperfeitas via decisões judiciais imparciais e sem transparência. Segundo a autora é necessária uma conquista coletiva sem uma seletividade opaca que privilegia, superando assim, a

⁵² Op. cit.

⁵³ Op. cit.

⁵⁴ Op. cit.

desigualdade social e que não seja o Texto Fundamental, o principal pilar da isonomia, o pretexto para a consagração, em seu nome, da prática judicial da desigualdade⁵⁵.

O Poder Judiciário, portanto, atua como um regulador (ou controlador) dessa legalidade constitucional (e não como criador). Isto, a toda evidência, demonstra a (urgência) de uma teoria da decisão, porque há espaços onde o Poder Judiciário não pode se imiscuir. E por vários motivos: porque os juízes não têm legitimidade; ou porque trata-se de “escolhas trágicas”; ou, simplesmente, porque a Constituição assim determinou.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante as conclusões tenham sido colocadas já ao longo do texto, cremos seja necessário indicar alguns pontos (fulcrais), acerca dos quais a temática tornar-se-á mais compreensível. De início –e isso precisa ficar bem esclarecido–, a elaboração de um texto constitucional – por melhor que ele seja – não é suficiente para que as promessas contidas no seu texto sejam efetivadas. E isso se agrava, no Brasil, porque o senso comum teórico está imerso no paradigma da filosofia da consciência.

Assim, a linguagem –que deveria ser condição de possibilidade– é (para o senso comum teórico) mero instrumento. Por isso, não surpreende que os juízes de *terrae brasilis* apostem no sujeito solipsista como “comandante do mundo”. Itere-se: essa concepção, que tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental kantiano, até chegar a seu extremo em Schopenhauer com a ideia de *mundo como vontade e representação*, contribui –sobremodo– para o aparecimento desses “juízes bondosos”.

Isto posto, há de se indagar: por que, em vez de (interpretar/aplicar) as promessas da modernidade contidas na Constituição, continuamos apostando na discricionariedade dos juízes para criarem “boas” políticas públicas? Reperguntando: se política pública é, consoante Komparato, “programa de ação governamental financiado com recursos públicas”⁵⁶, faz sentido permitir que, ao final, um juiz crie a “sua” política pública? Evidente que não.

Por isso, note-se bem: o deslocamento de tensão para o Poder Judiciário não o incumbiu de criar as soluções (mágicas) para os problemas sociais⁵⁷. Claro: afinal de contas, o juiz não pode determinar “a” política pública correta, porque ele não possui um aparelho estatal apto a conformar todas as variáveis⁵⁸. Aliás, a bem considerar, pode-se dizer que o

⁵⁵ Op. cit.

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (org). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255-256

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 45.

⁵⁸ ARAUJO, Walber Carneiro. Estado, políticas públicas e agentes sociais: em busca do diálogo perdido, in: *Amicus Curiae*, Vol. 5, No 5, 2008, disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/view/518>, acesso em 25/05/2014.

Judiciário (jamais) poderá executar uma política pública pelo simples fato de que ele não tem a “chave do cofre”, etc⁵⁹.

Numa palavra final: a decisão embalada no “pacote da bondade” sob o manto da “justiça” tem inúmeros problemas. Primeiramente, com Gadamer, pode-se dizer que o ‘justo’ “é totalmente relativo à situação ética em que se encontra. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato, quais ações são justas e quais não são: não existem ações justas ‘em si’, independentes da situação que as reclame”⁶⁰.

Daí, por conseguinte, é preciso que o juiz mergulhe na pergunta (afinal, todo saber passa pela pergunta). Então, por exemplo, se têm pessoas que não estão recebendo remédio, o juiz deve perguntar por que isto acontece, e não simplesmente apostar no solipsismo⁶¹ judicial.

E a pergunta adequada passa por outra questão fulcral: o juiz sempre deverá revolver o chão lingüístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno. Logo, ao se deparar com questões que envolvam políticas públicas, deverá nunca esquecer que ninguém vai ao Judiciário para saber o que ele tem a dizer sobre o caso; e sim o que o direito tem a dizer sobre o caso dele. Daí o planejamento previamente estabelecido assume um papel fulcral nas questões que envolvem as políticas públicas. Afinal de contas, é isto que possibilitará ao judiciário que exerça o controle jurisdicional de modo adequado à Constituição! Isto a toda evidência implica dizer que o Poder Judiciário tem o papel —e o dever— de exercer o controle jurisdicional sobre as políticas públicas; mas não de criá-las.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Walber Carneiro. Estado, políticas públicas e agentes sociais: em busca do diálogo perdido, in: *Amicus Curiae*, Vol. 5, No 5, 2008, disponível em <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/view/518>, acesso em 25/05/2014.

AVELÃS NUNES, António José; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39-40.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 290.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

⁵⁹ Op. Cit.

⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 52.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado Moderno: In: *Para viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 157-158.

_____. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (org). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem à José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255-256.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont’AlverneBarreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 232.

_____. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo. Martins Fontes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GESTA LEAL, Rogério. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 148-149.

_____. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 4 abr. 2009.

KMIEK, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *California Law Review*, oct. 2004. Apud: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

MELLO, Celso de. *Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>. Acesso em 28/06/2014.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Martins Fontes, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf/>>. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

_____. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TÊMIS, Limberger; SOARES, Hector Cury. *As políticas públicas, a Democracia e a Burocracia: Caminhos e (des)caminhos do poder judiciário em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde*. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/Anais/sao_paulo/2395.pdf, acesso em 10 de maio de 2014.

STRECK, Lenio Luis; Bolzan de Moraes, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo. Editora: Revistas dos Tribunais, 2013.

_____. *O que é isto – decidido conforme a minha consciência?* Porto Alegre. Editora: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil*. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280/>>. Acesso em: 18 de agosto de 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Ed. Juruá. 2012.

_____. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 48, p. 87-110, 2008.

_____. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. Belo Horizonte: *Editora Fórum*, 2009, p. 149-156.

_____. *Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/321715>>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979, p. 19.

_____. *A rua grita Dionísio. Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DE PUNIBILIDADE

COMPENSATION FOR DAMAGE AS THIRD WAY OF PUNISHMENT

WALLTON PEREIRA DE SOUZA PAIVA* | CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO**

RESUMO

O presente trabalho se inicia com um breve histórico sobre o instituto da reparação do dano até o nascimento da Vitimologia, momento em que a vítima passou a ocupar o centro da atenção científica. Em decorrência da evolução das concepções vitimológicas, a reparação do dano exerceu forte influência em diversos aspectos da análise do fato delitivo. Assim, o estudo examinará – com base nas compreensões de Roxin – a influência da reparação do dano nas normas de Direito penal material, em especial sobre as finalidades da pena, o que permite classificar a reparação como uma pena, ou uma terceira via de punibilidade.

Palavras-chave: Reparação do dano; Direito penal material; Terceira via de punibilidade.

ABSTRACT

The present work begins with a brief history of the institute compensation for damage until the birth of Victimology, moment when the victim came to occupy the center of scientific attention. Due to the evolving conceptions vitimological, compensation for the damage exerted a strong influence on many aspects of the analysis the delitive fact. Thus, the study will examine - based on understandings of Roxin - the influence of compensation for damage in the standards of Substantive criminal law, in particular about the purposes of punishment, which allows to classify the repair as a penalty, or a third way of punishment.

Keywords: Repair the damage; Substantive criminal law; Third way of punishment.

* Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.
Advogado. Professor efetivo da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).
wallton_paiva@yahoo.com.br

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor adjunto dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC.
clarindo.neto@ufsc.br

Recebido em 29-3-2017 | Aprovado em 31-5-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 REFLEXÕES SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO DAS NORMAS DE DIREITO PENAL MATERIAL; 2 NOÇÕES SOBRE AS FINALIDADES DA PENA; 3 REPARAÇÃO DO DANO COMO PENA; 4 REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DE PUNIBILIDADE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A proteção da vítima e o seu posicionamento no sistema penal tem sido um tema de política criminal bastante discutido em todo o mundo. A Vitimologia trouxe consigo influências para os ordenamentos jurídicos como um todo, uma vez que põe a vítima como centro de atenção científica, principalmente na solução do dano social ocasionado pelo fato crime. A reparação do dano é um tema antigo, vislumbrado desde o Código de Hamurabi (século XII a.C.), das leis judaicas e da Lei das XII tábuas, de modo que antecedeu às penas aflitivas, bem como à pena privativa de liberdade. Como lecionam Antonio Scarance Fernandes e Oswaldo Henrique Duek Marques¹, a reparação chegou a substituir a vingança privada, e posteriormente evoluiu para a chamada *Vehrgeld*, que consistia no pagamento à vítima ou seus parentes pelo culpado de um delito. Esta começou a decair com o advento da Igreja Católica e a aproximação do crime com o pecado, de forma que a pena passaria a satisfazer a divindade e não mais a vítima.

Nos últimos anos, há uma tendência para que o Direito penal volte sua atenção para os interesses das vítimas, no sentido de oferecer ao delinquente a possibilidade de evitar uma pena privativa de liberdade. O chamado redescobrimto da vítima acarretou um novo tema, que nos dizeres de Hans Joachim Hirsch², se converteu no tema da moda dos estudos de política criminal, outrora voltada à ressocialização do autor, agora convergia para a necessidade de melhorias dos interesses de proteção à vítima de delito: a reparação do dano ocasionado à vítima.

Essa tendência deu origem a algumas correntes de estudo político-criminal, as quais são aparentemente antagônicas. A primeira, com forte embasamento sociopolítico, reclama uma melhoria nas possibilidades de o ofendido obrigar a realização do processo penal, dando a ela a possibilidade de participação ativa dentro dele, haja vista ele ser voltado à reparação do dano. A segunda corrente deriva do desenvolvimento da penalística moderna, em que há um constante deslocamento da vítima do Direito penal, cujas sanções voltam-se quase que exclusivamente ao conflito entre a sociedade e o autor do fato típico, relegando a reparação do dano à esfera cível. Uma terceira corrente teria na compensação entre o autor e a vítima visando à reparação do dano como tema central, posto que os conceitos unilaterais fundados no tratamento do delinquente fracassam na sociedade de hoje.

¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek ; FERNANDES, Antonio Scarance . *O Estado na Reparação do Dano à Vítima de Crime*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 678, 1994

² HIRSCH, Hans von. In ESER, Albin...[et al.]. *Dos delitos y de las víctimas*. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

Dessa forma, a reparação do dano foi ganhando relevo nos estudos de política criminal, e seja qual for a corrente, haverá uma ampla defesa pela sua realização. Uma vez que boas partes das tendências políticas criminais procuram uma maneira de considerar a reparação do dano frente à vítima no Direito penal material, em especial no sistema das consequências jurídicas dela decorrentes. Neste norte, também serão discutidas, ao longo desse estudo, ideias defensoras da indenização estatal a vítimas de delitos, com base em fundos públicos estabelecidos com esse objetivo, ou outras possibilidades de subvenção estatal.

Daí surge um questionamento, feito por Roxin³ o qual será investigado ao longo desse estudo. É compatível com as funções do Direito penal que um procedimento estatal renuncie total ou parcialmente a pena merecida quando o autor repara os danos causados e procura conseguir uma reconciliação com a vítima?

Esse questionamento feito anteriormente é apenas um dos que se deve tentar responder ao longo deste trabalho, pois a reparação do dano como pena será estudada junto com a terceira via exposta por Roxin⁴, ou seja, a reparação como pena independente tal qual a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança. Não obstante, será observada a reparação do dano dentro de um panorama conciliatório, e a mediação como forma de obtenção da reparação pelo dano causado pelo fato típico penal, e finalmente, será observada a criação de fundos públicos com esse intuito.

Posteriormente a essas abordagens, em que serão estudados aspectos de cada um dos modelos de reparação do dano acima elencado, será observado o modelo de reparação do dano no Brasil, partindo desde os aspectos penais, até as concepções processuais que visam à reparação, além de a intervenção do Estado nesse processo. É importante frisar que vários ordenamentos jurídicos não se utilizam de um modelo em exclusividade, pois há uma tendência a adoção de modelos distintos para situações específicas. Por isso, far-se-á o estudo de cada um dos modelos acima elencados para posteriormente se analisar o modelo brasileiro.

1 REFLEXÕES SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO DAS NORMAS DE DIREITO PENAL MATERIAL

Para se iniciar o estudo do tema, deve-se partir da perspectiva de dois modelos de reparação do dano: o da reparação do dano como pena; e, posteriormente, a tese de Roxin⁵ por ele chamada de terceira via, cuja reparação seria uma pena independente tais quais as medidas de segurança – o que torna imperioso colocar a reparação do dano em um panorama de finalidades da pena. Para que se possa compreender não só se esta concepção é ou não defensável dentro dos fins propostos pelo Direito penal às penas que ele comina, deve-se também avaliar se no instituto mencionado encontra-se uma possível pena, ou uma sanção penal independente.

³ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*. 1ª. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

⁴ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵ROXIN, Claus. *Op cit*. 2008.

O desenvolvimento da penalística moderna acarretou um constante deslocamento da vítima do Direito penal, fundamentando as sanções no conflito da sociedade com o autor do fato delitivo, relegando a reparação do dano para o Direito Civil, via de consequência. A proteção às vítimas encontra-se em um Direito penal que expurga as demandas particulares, daí surge o seguinte questionamento: a incorporação de uma reparação é verdadeiramente uma tarefa do Direito penal? Essa dúvida circunda o tema da reparação do dano, no sentido de se tentar estabelecer um significado de modo a constituir uma correlação entre a reparação e o sistema penal dos fins da pena. Dessa relação pode-se extrair consequências práticas consideráveis, bem como repercute na significação teórico-penal da reparação. Dessa forma, ganham relevo as palavras de Roxin, que leciona: “quizá solo la legitimación teórico-penal de la reparación en el Derecho penal puede abrir camino, *de lege lata* y *de lege ferenda*, para su entrada efectiva en acción”⁶.

2 NOÇÕES SOBRE AS FINALIDADES DA PENA⁷

Para se poder afirmar se a reparação é ou não uma finalidade da pena, ou até mesmo uma espécie de pena, é importante ter em mente uma noção do que vem a ser pena, e quais as suas funções dentro do ordenamento jurídico. A pena é, nos dizeres de Muñoz Conde e García Arán⁸ “el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables de mismo”⁹, Jakobs¹⁰, por sua vez, entende que a pena “é a demonstração da eficácia da norma às expensas de um responsável”, ao cumprir essa função, resulta-se um mal, embora o que se deseje seja apenas a estabilização da norma violada. Bitencourt¹¹ lembra que a pena é uma grave e imprescindível necessidade social, e Marques¹² leciona que do ponto de vista prático, a pena “traz consigo conotações arcaicas da realidade mítico cultural da vingança e do castigo, que, longe de legitimarem o sistema penal, impedem que a pena possa atingir as pretendidas finalidades preventivas e socializadoras”. Mas, para que se possa compreender a amplitude da pena, é necessário distinguir seus três aspectos principais: a justificativa, o sentido e o fim da pena.

A justificativa da pena decorre da necessidade de represálias a atos contrários as condições de vida fundamentais para a convivência das pessoas em comunidade, como

⁶ ROXIN, in Eser, et al, *op. cit.*, p. 135.

Talvez apenas a legitimação teórico penal da reparação no Direito penal pode abrir caminho, *de lege lata* e *de lege ferenda* para sua efetiva entrada em ação. (Tradução do autor)

⁷ Falar-se-á apenas das principais teorias de finalidades da pena, e por isso não se adentrará no estudo das teorias unificadoras. Entende-se que essa teoria surgiu com o intuito de solucionar a luta entre os posicionamentos das teorias da pena que serão estudadas, de modo que criou uma mistura de teorias que finda por não satisfazer a nenhuma delas, muito menos as finalidades próprias da pena.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte General*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 46.

⁹ O mal que impõe o legislador pela comissão de um delito ao culpado ou culpados do mesmo. (Tradução do autor)

¹⁰ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coord. Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva 2004.

¹² MARQUES. Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*, 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 1.

lecionam Muñoz Conde e García Arán¹³. Pois sem a pena, a convivência humana na sociedade atual seria impossível, justificando-se não em uma questão religiosa nem filosófica, mas sim em uma necessidade. No que diz respeito ao sentido e à finalidade da pena há uma discussão sobre teorias que ocupou por muitos anos os estudos na Ciência do Direito penal, cujos temas serão abordados sucintamente ao longo deste tópico. São elas: as teorias absolutas; as teorias relativas; as teorias de união; e, a teoria da prevenção geral positiva. Cada teoria traz consigo efeitos que a pena deve surtir para que cumpra com a função do Direito penal, consequentemente dão sentido e finalidade diferentes à pena, de acordo com a noção de cada uma.

a) As Teorias Absolutas da Pena (Retribuição e Expição)

As teorias absolutas de pena atendem só ao sentido da pena, não trazendo consigo nenhuma espécie de finalidade. Outrossim, a pena não possui nenhum sentido socialmente útil, por isso é absoluta, uma vez que, na lição de Jakobs¹⁴, todos os elementos cujo conteúdo resulta apenas da circunstância de ter sido uma norma violada, independentemente da contribuição da pena para manutenção da ordem social. Sob essa ótica, a pena será um mal imposto ao infrator, cujo intuito será retribuir, equilibrar e expiar a culpabilidade do fato crime cometido. Sobre a concepção de pena para as teorias absolutas, Roxin¹⁵ acresce que essa ideia compensatória é conhecida desde a antiguidade e vem-se perpetuando na consciência dos indivíduos com uma certa naturalidade.

É justamente nessa capacidade de enraizamento no psicológico da sociedade que radica o grande mérito das teorias absolutas, pois a pena deverá corresponder à magnitude da culpabilidade, o que proíbe uma penalização drástica em casos de culpabilidade leve. Dessa forma, como explicam Muñoz Conde e García Arán¹⁶, a pena é uma medida justa e necessária que deve retribuir de maneira proporcional a culpabilidade, juntamente com o mal ocasionado pelo autor do delito, que por sua vez, assimila moralmente à pena como justa compensação pelo mal que fizera, expiando sua culpabilidade o perpetrador se purifica e recobra sua integridade humana e social. Cabe observar que as teorias absolutas estabelecem um limite para punir, que segundo Jakobs¹⁷, limita a vingança à medida da perda de bens que o ato ocasionou.

É importante frisar a observação feita por Bitencourt¹⁸ no sentido de que se tem uma melhor ideia da pena em sentido absoluto quando se estuda o tema em conjunto com o tipo de Estado que lhe deu vida. Essa consideração torna-se relevante, pois uma avaliação científica das teorias absolutas, em especial a da retribuição, já não poderia se sustentar nos dias de hoje. Posto que, como fora estudado anteriormente, a finalidade do Direito penal consiste na proteção subsidiária dos bens jurídicos, e, com isso, a manutenção da ordem

¹³ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. *Op cit*, 2007.

¹⁴ JAKOBS, Gunther. *Op cit*, 2009.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Tomo I. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2006.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. *Op cit*. 2007.

¹⁷ Jakobs, Gunther. *Op cit*, 2009.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar. *Op cit*. 2004.

social. Para que possa cumprir com esta função, ele não pode valer-se de uma pena que ignore expressamente todos os fins sociais. Discorrendo sobre o assunto, Roxin¹⁹ acrescenta que:

La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección.²⁰

Em outros termos, uma abordagem de natureza retributiva foge aos parâmetros da proporcionalidade, gerando um excesso de pena característico de um simbolismo penal. Portanto, a ideia de que se pode compensar ou suprimir um mal ocasionado pelo delito, por meio de outro mal decorrente da pena infligida ao autor do crime não prospera em um Estado cujo poder emanaria do povo, e não de Deus. A culpabilidade, por sua vez, está ligada ao livre arbítrio do indivíduo, não podendo servir de fundamentador, por si só da pena. Fora isso, há também consequências de cunho político-social, posto que ao se executar uma pena cujo fundamento está em impor um mal ao perpetrador não ocasiona a reparação do dano, nem a socialização do autor que ocasionara o fato delitivo, não sendo, por isso, um meio adequado na luta contra a delinquência.

b) As Teorias Relativas da Pena (Teorias Preventivas)

As teorias preventivas da pena preocupam-se com a finalidade desta. Elas partem do raciocínio da necessidade de esse estudar empiricamente os efeitos da pena, de modo que as teorias absolutas careceriam de interesse, uma vez que se preocupa mais com a gravidade do delito e à culpabilidade do agente para a imposição da pena cabível. Nesta senda, como explanam Muñoz Conde e Hassemmer²¹, surgiu a preocupação com os efeitos preventivos das sanções penais, sejam eles gerais ou especiais, nessa linha, a preocupação com a resposta justa ao delito cometido, saiu um pouco do foco discursivo.

Dessa forma, a pena, para as teorias preventivas, é entendida não como retribuição de um fato delitivo cometido, mas sim como uma forma de prevenir a sua prática. O que dar relevo para a lição de Bitencourt²² é a ideia de que “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinquir”. Do ponto de vista preventivo, a pena não se baseia

¹⁹ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006, p. 84

²⁰ A ideia de retribuição exige também uma pena lá, onde a base da proteção dos bens jurídicos não seria necessária, mas a pena não serve às funções do Direito penal e perde a sua legitimação social. Dito de outra forma: o Estado, como uma instituição humana, não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça e não está legitimado para isso. A vontade dos cidadãos obriga a assegurar a coexistência do homem em paz e em liberdade, está limitado a esta tarefa de proteção. (Tradução do autor)

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2008.

²² BITENCOURT, Cezar. *Op cit*, p. 81.

na ideia de realização da justiça, mas na inibição de novos fatos delitivos como finalidade desta. Como o objetivo da pena é, para os defensores das teorias relativistas, prevenir a prática de delitos, essa função se divide em duas direções bem definidas: prevenção especial e prevenção geral.

b.1) A Teoria da Prevenção Especial

A teoria da prevenção especial de delitos considera que é função da pena a manutenção de um indivíduo autor de um fato delitivo afastado da prática de novos delitos. Ou seja, ela se volta para indivíduos autores de fatos delitivos, de modo que a pena deverá atuar sobre eles com o intuito de inibir que ele volte a delinquir. Para alcançar esse fim, a pena fará uso de meios correcionais, intimidatórios, ou ainda apartar o indivíduo da vida social em liberdade. Discorrendo sobre o assunto, Jakobs²³ acresce:

O efeito sobre o agente deve dar-se de forma que ele seja mantido afastado de outros crimes mediante força física ou, então, que seja levado, por sua própria vontade, a não praticar mais nenhum crime. Este último se dá pela via da reabilitação do agente, seja essa via a da educação, ou a do adestramento, ou a da intervenção física (v.g., castração), ou, então, a via da intimidação por meio de uma pena admonitória.

O principal representante dessa teoria foi Franz von Liszt (1851-1919), cujo entendimento concebeu três formas de atuação da prevenção especial sobre a pena: o primeiro seria a reabilitação do criminoso que fosse suscetível ou necessitado dela; o segundo consiste na intimidação do criminoso que necessita da reabilitação; e, o terceiro consiste na neutralização do criminoso que não fosse passível de reabilitação. Arguindo sobre o entendimento mencionado, Roxin²⁴ aduz que esse raciocínio expunha um tratamento diferenciado para cada tipo de autor. Seja pela incapacitação do delinquente habitual que não se consegue que desista ou melhore; seja pela intimidação do mero delinquente ocasional ou, ainda, correção do autor de fato criminoso corrigível. Essa correção é a chamada ressocialização ou reabilitação do delinquente.

Essa ideia está vinculada à execução das penas privativas de liberdade, essa é a conclusão de Muñoz Conde e Hassemmer²⁵, pois se mostraria incompatível com a pena de morte ou penas corporais, derivadas de uma concepção retributiva da pena. Dessa forma, a prevenção especial não busca a retribuição do fato praticado, muito menos a intimidação da sociedade, seu objetivo é fazer com que o indivíduo que já delinuiu não volte a fazê-lo o que se busca é a correção do indivíduo para a sociedade, e não eliminá-lo dela. Discorrendo sobre a ressocialização do indivíduo, afirma Roxin²⁶:

²³ JAKOBS, Gunther. *Op cit*, p.46.

²⁴ ROXIN, Claus. *Op cit*. 2006.

²⁵ MUÑOZ CONDE e HASSAMER, Winfried. *Op cit*. 2008.

²⁶ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006, p. 86.

En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien en cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado Social.²⁷

Embora a teoria da prevenção especial tenha trazido consigo diversos avanços a nível político-criminal, é uma tese que não se encontra imune a críticas, pois em momento algum ela explica o que se deve fazer com autores de feitos delitivos que não necessitam de ressocialização. Por exemplo, um cidadão “A” pratica o tipo delitivo descrito no artigo 337-C do Código Penal (tráfico de influência em transação comercial internacional), mas o autor é um cidadão que mora em um apartamento no bairro Leblon²⁸, frequentador dos restaurantes mais requintados da cidade, participante ativo de discussões de natureza política e praticante de obras sociais. Esse cidadão não necessita de ressocialização, pois tem plena consciência de seu papel na sociedade, mas mesmo assim insiste na prática de um fato que sabe ser descrito como crime no Código Penal Brasileiro. Diante desse tipo de delinquente os fins da prevenção especial seriam anulados, o que facilitaria a impunidade.

b.2) Teoria da Prevenção Geral

No capítulo anterior, falou-se um pouco do modelo da prevenção geral positiva, momento em que se disse que a função da pena consistia no reconhecimento da norma jurídica. No entanto, a prevenção geral entende, segundo a lição Muñoz Conde e García Arán²⁹, que a finalidade da pena consiste na intimidação da generalidade dos cidadãos, para que estes se afastem da comissão de delitos. Dessa forma deduz-se que essa teoria enxerga que a pena não deve retribuir um mal, nem atuar sobre o psicológico do indivíduo autor do fato delitivo, a pena deve influenciar a coletividade, que tomaria conhecimento das proibições penais e abster-se-ia do cometimento de fatos delitivos. Para dialogar com Bitencourt³⁰, pode-se notar que o autor corrobora com esse raciocínio, pois a teoria de prevenção geral sustenta que, através do Direito penal se pode solucionar o problema da criminalidade:

Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações mais injustas contra as quais reagirá; e, por outro lado, com a aplicação de pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

²⁷ Em tanto a teoria preventivo especial segue o princípio da reabilitação, que entre seus adeptos está hoje em primeiro plano, os seus méritos teóricos e práticos são evidentes. Cumpre sua função extremamente bem no Direito penal, já que exige exclusivamente a proteção do indivíduo e da sociedade, mas também quer ajudar o autor, ou seja, não expulsar ou marcar, mas integrar, cumprindo assim melhor do que qualquer outra doutrina as exigências do princípio de estado social. (Tradução do autor)

²⁸ Considerado bairro nobre da cidade do Rio de Janeiro-RJ

²⁹ MUÑOZ CONDE, e GARCÍA ARÁN. *Op cit.*

³⁰ BITENCOURT, Cezar. *Op cit.*, p. 82.

Nesta senda, a pena atuaria sobre o fator psicológico do indivíduo na coletividade, no sentido de orientá-lo a não comissão delitiva, posto que essa não seria vantajosa para ele. Com a demonstração da seriedade da ameaça punitiva, segundo a ótica de Jakobs³¹, a punição deverá atuar tendo em vista finalidades. Ou seja, a pena deveria prevenir violações normativas, por meio de uma coação psicológica da ameaça de pena; evitar penas desnecessárias, no sentido de que a pena é necessária para respaldar a ameaça punitiva, se for utilizada em excesso banalizar-se-ia a utilidade dela; reforçar a vinculação legal da pena, cujo intuito é reforçar a legalidade cominando a pena descrita para o fato típico delitivo anteriormente descrito como tal. Tudo isso sem olvidar que o indivíduo é parte da comunidade e não um objeto simbólico para o Direito penal.

A teoria preventiva geral, como argumenta Roxin³², traz algumas vantagens fundamentais frente à teoria preventiva especial. Primeiro, porque demonstra que a pena é necessária, mesmo que não haja risco de reincidência, pois os delitos que não trazem consequências para o autor incitam a imitação. Segundo, porque a prevenção geral não tenta substituir descrições claras do feito delitivo por prognósticos de periculosidade e risco para o Estado de Direito. Assim, exige disposições penais clara e exatas de modo a facilitar o entendimento do cidadão e afastá-lo de determinada conduta.

Ainda sobre o assunto, Bitencourt³³ lembra que a prevenção geral fundamenta-se em duas ideias básicas. A primeira seria a intimidação pelo medo da punição; já a segunda seria a ponderação racional do indivíduo no sentido de não ver vantagens na prática delitiva. Assim, para a teoria da prevenção geral, “a ameaça de pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos”³⁴. Entretanto, esse fundamento acaba por dar substrato a algumas críticas. Uma é no sentido de que não inclui medida alguma de delimitação da durabilidade da pena; outra seria não levar em consideração aspectos psicológicos individuais, como por exemplo o indivíduo confiar que não será descoberto fora o fato de não conseguir demonstrar quais os comportamentos que o Estado tem legitimidade para intimidar.

3 A REPARAÇÃO DO DANO COMO PENA

A reparação do dano como pena é um instituto próprio dos países da *common law*, como os Estados Unidos e a Grã Bretanha, países em que esse instituto assume características próprias, pois substitui total ou parcialmente as multas e as penas privativas de liberdade. Em outras palavras, essa sistemática compreende a reparação do dano como uma sanção autônoma, conseqüentemente, como leciona Hirsch³⁵ é vista como uma classe de pena que amplia o catálogo convencional. Muito embora Eser³⁶ entenda que essa sistemática dentro do Direito penal, bem como seu relacionamento com os fins da pena sejam pouco claros, o autor defende que a reparação do dano nesses países não é algo essencialmente diferente da

³¹ JAKOBS, Gunther. *Op cit.*

³² ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006.

³³ BITENCOURT, Cezar. *Op cit.*

³⁴ BITENCOURT, Cezar. *Op cit*, p. 83.

³⁵ HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

³⁶ ESER, Albin. *Op cit.*

condenação do autor a indenizar os danos e prejuízos frente à ação civil do ofendido, como ocorre em alguns países latinos.

Para os defensores dessa sistemática, a reparação do dano é, sem sombra de dúvidas, algo maior que a simples indenização. No sentido de que se o autor não se encontra em condições de indenizar financeiramente, que encontre outros meios para que possa realizar o ressarcimento. Como leciona Hirsch³⁷, a demarcação do que a vítima pode reclamar do autor em caráter de reparação é marcada pelo dano moral, cuja essência concede à vítima a indenização proporcional ao dano sofrido pelo fato típico delitivo, de modo que tudo o que exceda a isso se caracterizaria como ganância proveniente do delito em benefício do ofendido.

É salutar lembrar que pena e reparação do dano se diferenciam em diversos aspectos. Um em relação a quem é efetuada a prestação, no sentido de que a reparação é feita a favor de quem sofrera o dano, enquanto a pena é prestada ao Estado, que cumpre um dever público em infligir uma pena a quem cometera um fato típico delitivo. Ou seja, a reparação vai para a vítima com o ideário de ressarcir o dano sofrido, já a pena é um dever público do Estado para com a sociedade que o compõe. Outro ponto de cisão entre reparação e pena é a diferenciação entre pena e ressarcimento. Pois a destinação dada ao ressarcimento pode neutralizar o sofrimento causado à vítima, o que aos olhos de Biding apud Roxin³⁸:

Núcleo de la diferencia entre pena y resarcimiento: la esencia del resarcimiento del daño consiste en su destino hacia la reparación, hacia la supresión de una situación imposible de fundar jurídicamente, por intermedio de la adecuada según el ordenamiento jurídico; aquél, empero, que sufre la pena, no debe y no puede neutralizar por su sufrimiento una situación antijurídica; la pena es, por definición, algo distinto a la reparación.³⁹

A concepção da reparação do dano como pena gera um pouco de incerteza e insegurança nos estudiosos do Direito penal, pois a ideia de que a reparação é uma pena ou que a possa substituir total ou parcialmente quebra um pouco a separação estrita existente entre o Direito penal e o Direito Civil. Dessa forma, mesmo a reparação sendo prevista e efetivada no Direito penal, ainda se mostra dotada de natureza civil, posto que é compreendida como um ressarcimento. Outrossim, há um verdadeiro choque entre o instituto da reparação e o Direito penal. Isso ocorre, como bem ressaltam Muñoz Conde e García Arán⁴⁰, já que:

El Derecho penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas. Ello no impide, desde luego, que las penas deban ser proporcionadas a la gravedad de los hechos ni que para valorarla se atiende al grado de afección de la víctima, [...]. En otras

³⁷ HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

³⁸ BIDDING, apud Roxin, 2008, in ESER, et al. *Op cit.*, p. 136.

³⁹ Núcleo da diferença entre pena e ressarcimento: a essência do ressarcimento do dano consiste em seu destino até a reparação, até a supressão de uma situação impossível de fundamentar juridicamente, por intermédio da adequação segundo o ordenamento jurídico; aquele, entretanto, que sofre a pena, não deve e não pode neutralizar pelo seu sofrimento uma situação antijurídica; a pena é, por definição, algo distinto da reparação. (Tradução do autor)

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. *Op cit.* p. 605.

palabras, la pena no se aplica para reparar al daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del Derecho penal como protector de bienes jurídicos y, en definitiva, para constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr la realización de los fines preventivos⁴¹.

Além das críticas relativas ao caráter civil da reparação do dano, esta sendo vista como pena mostra-se detentora de uma natureza de caráter preventivo geral indiscutível, uma vez que o autor condenado a ressarcir a enxerga como um mal. Explanando sobre o assunto, Hirsch⁴² aduz que essa característica não se mostra suficiente para fundamentar a tese de que a reparação deve ser classificada como pena, dado que um efeito preventivo geral ocorre em todas as consequências jurídicas prejudiciais que afetam o indivíduo. Partindo desse ponto de vista, como leciona Roxin⁴³, ao seguir uma linha preventiva, seus efeitos sobre a reparação do dano é igual a zero, pois sabendo o autor que fracassando com seu objetivo delitivo basta para ele a restituição do status anterior ao fato crime, cessar-se-ia para ele o risco de uma pena privativa de liberdade, por exemplo. Portanto, o delinquente só teria a ganhar com a comissão delitiva, de tal forma que limitaria a reparação aniquilando, além dos efeitos preventivos gerais, os efeitos preventivos especiais desta. Relegando à reparação do dano um efeito totalmente contrário, que nas palavras do autor⁴⁴: “Significaría antes bien una invitación a intenta alguna vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito.”⁴⁵

O autor ainda desenvolve seu raciocínio no sentido de que, o ressarcimento do dano como pena dificilmente pode se mostrar plausível. Haja vista ter que se considerar pena esforços reparatórios sérios, enquanto que o ressarcimento do dano no Direito Civil não o é. De modo que, tentar conceber a reparação do dano como pena, acarretaria em uma reformulação completa em todo ordenamento jurídico. Nesse sentido, valorosa é a crítica de Hirsch⁴⁶, pois lembra que a classificação de instituto jurídico remonta a sua manifestação ontológica, no sentido de que a significação do ressarcimento para o Direito Civil não se converterá em pena porque se pratica no Direito penal, haja vista os efeitos do instituto tanto para o autor como para a vítima ser o mesmo. Partilhando-se do mesmo raciocínio, reforça-se a natureza pública do Direito penal, no sentido de que se ele se voltar para uma solução privada para os delitos, o injusto penal perderá a natureza de injusto, retirando-o da esfera da ilicitude penal e encaminhando-o para o ilícito civil.

⁴¹ O Direito penal é presidido por fins preventivos e de regulação social e não por uma finalidade de compensação dos males infligidos às vítimas. Ele não impede, desde logo, que as sanções devam ser proporcionais à gravidade dos fatos nem que para ser atendido a valoração do grau de envolvimento da vítima, [...]. Em outras palavras, a pena não se aplica para reparar o dano causado à vítima, mas aos cidadãos para confirmar a validade do Direito penal como protetor dos bens jurídicos e, em última análise, para verificar a presença do Estado no gerenciamento da convivência como a única maneira de obter a realização de fins preventivos. (Tradução do autor)

⁴² HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

⁴³ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008, p.138.

⁴⁵ Significa antes sim um convite para tentar alguma vez roubar ou fraudar , pois no pior caso de ameaça consistiria na devolução do que foi conseguido, cuja eventualidade não iria desencorajar alguém de um plano no meio criminal que promete sucesso. (Tradução do autor)

⁴⁶ HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

4 REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DE PUNIBILIDADE

Um segundo modelo doutrinal que merece destaque é o exposto por Roxin⁴⁷ que defende a reparação do dano não como uma pena, mas sim como uma sanção penal independente, uma terceira via de punibilidade juntamente com a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança. Em outro momento, o autor de “Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal”, entende que há motivos convincentes para a inclusão da reparação do dano no Direito penal, pois assim se serviria mais aos interesses das vítimas que com uma pena privativa de liberdade ou de multa, que impediriam o ressarcimento antes de favorecê-lo, pois⁴⁸:

Un autor, al que se priva de la libertad, no puede preocuparse del resarcimiento de la víctima y, en igual medida, sus oportunidades de poder reparar el daño con posterioridad se limitan drásticamente, debido a que la mayoría de las veces estará desempleado y tendrá que esforzarse mucho por su propia manutención. Quien es obligado a cancelar una multa muchas veces piensa que de esta forma expía sus culpas suficientemente y observa como inexistente cualquier otro motivo que lo obligue a pagar más al perjudicado; en todo caso, se dificulta la reparación de la víctima por la preferencia de una pecuniaria exigible. Pero si el Derecho Penal se manifiesta muchas veces como un instrumento de frustración de los intereses de las víctimas, entonces existe un inconveniente de orden político-social, ya que el Derecho Penal cumple su tarea de regulación de los conflictos sociales de manera insuficiente.⁴⁹

Ainda introduzindo esse modelo de reparação, Roxin⁵⁰ argumenta que o ressarcimento do dano contribui para a consecução dos fins da pena, haja vista possuir um caráter ressocializador, uma vez que obriga o autor a enfrentar as consequências de seus atos criminosos, bem como a aprender e a reconhecer os interesses legítimos da vítima. Entende ainda, que a reparação do dano deveria ocorrer de forma voluntária, podendo conduzir a uma reconciliação entre o autor e a vítima o que facilitaria bastante a ressocialização do culpado. Ele ainda argumenta que a fundamentação para esse modelo, que chama de terceira via, se dá pela subsidiariedade do Direito penal. Tal qual as medidas de segurança que substituem a pena privativa de liberdade, como uma segunda via de punibilidade, a reparação poderia substituir, como terceira via, a pena privativa de liberdade, ou a atenuaria de maneira complementar, fazendo com que satisfaça os fins da pena e as necessidades da vítima de

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2009, p.72.

⁴⁹ Um autor, a quem se priva a liberdade, não pode se preocupar com o ressarcimento da vítima e, em igual medida, suas oportunidades de poder reparar o dano depois se limitaram drasticamente devido maioria das vezes estar desempregado e terá que esforçar-se muito para o seu próprio sustento. Quem é obrigado a pagar uma multa, muitas vezes pensa que desta forma expia as suas transgressões suficientemente e entende que inexistem quaisquer outros motivos que o obrigue a pagar mais para a pessoa lesada, em qualquer caso se dificulta a reparação da vítima em detrimento de uma pecúnia devida. Mas o Direito penal é freqüentemente associada como um instrumento de frustração interesses das vítimas, então há um problema de política e social, já que o Direito penal cumpre a sua tarefa de regulação dos conflitos sociais insuficientemente. (Tradução do autor)

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006.

modo igual ou melhor que uma pena não atenuada. Em outras palavras, enquanto as medidas de segurança se fundamentam na culpabilidade, a reparação o faria na subsidiariedade. De acordo com a argumentação do autor⁵¹:

De acuerdo con mi concepción, el punto de partida reside en el juicio según el cual la legislación penal está sujeta al principio de subsidiaridad. Ya que la sanción penal es entre todas las intromisiones estatales la más severa, el principio de proporcionalidad del empleo de los medios de coacción estatal del Estado de Derecho exige que una pena pueda tener efecto sólo allí, y en la medida en que sea necesario, para el restablecimiento de la paz social y para la prevención de otros delitos. Tan pronto como puedan ser alcanzados estos objetivos a través de una reparación, se puede dar marcha atrás con la sanción penal⁵².

Seguindo esse raciocínio, a reparação pode agir como um substitutivo da pena de prisão, ou uma atenuadora dela, uma vez que se torna reconhecidamente um fator com efeitos preventivos de delitos, o que a incluiria nos fins tradicionais da pena. Segundo Roxin⁵³, considerar a reparação no sistema de sanções significa reconhecê-lo como uma prestação autônoma que pode servir para alcançar os fins tradicionais da pena, e, na medida em que o consiga, nos casos concretos, deveria substituir a pena ou ser computada para atenuá-la. Dessa forma, o autor faz uma proposição no sentido de que a reparação deva ser considerada como uma sanção autônoma, na qual se mesclam elementos jurídicos, civis e penais, mas que não significaria um retrocesso, no sentido de privatizar a Justiça Penal. Seria a junção de ramos diferentes do Direito, correspondendo a uma função comum, que seria a de solucionar os conflitos sociais de maneira cuidadosa e pacífica.

Falando sobre o modelo em análise, Hirsch⁵⁴ argumenta que a Prevenção Geral Positiva seria o grande ponto de enlace da tese de Roxin⁵⁵. Dela se derivaria a prevenção integrativa cuja orientação estaria voltada ao oferecimento de uma contribuição considerável à restauração da paz jurídica, uma vez que a sociedade e a vítima só considerarão eliminada a perturbação social com a reparação do dano originado pelo delito. O próprio Roxin⁵⁶ entendeu como adequada uma limitação no conceito de prevenção integrativa, no sentido de que a prevenção geral positiva é um conceito superior, de maior amplitude, que juntamente com a satisfação, busca alcançar metas de aprendizagem e de confiança no ordenamento. Portanto, para que se possa expressar exatamente o que seria a prevenção geral voltada à integração e a satisfação do sentimento jurídico coletivo, e, com isso, recompor a paz jurídica, o autor diferenciou três consequências na reparação sob a égide da prevenção geral positiva: o efeito motivador pedagógico-social da aprendizagem, que provoca o exercício da fidelidade

⁵¹ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2009, p. 76.

⁵² De acordo com minha concepção, o ponto de partida reside no juízo segundo o qual a legislação penal está sujeita ao princípio da subsidiariedade. Já que a sanção penal é entre todas as interferências estatais a mais severa, o princípio da proporcionalidade do uso dos meios de coerção estatal do Estado de Direito exige que uma pena só possa ter efeito ali, e na medida em que seja necessária, para restabelecer a paz social e para prevenir outros crimes. Assim esses objetivos podem ser alcançados através de uma reparação que pode reverter à sanção penal. (tradução do autor)

⁵³ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

⁵⁴ HIRSCH, Hans von. *Op cit*.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

⁵⁶ *Ibidem*.

ao Direito; o efeito de confiança, que ocorre quando o cidadão vê que o Direito se realiza; e a satisfação que aparece quando o delinquente agiu tanto que a consciência jurídica coletiva se apazigua.

Observando-se isso, compreende-se que o modelo da reparação do dano como terceira via da punibilidade se aninha de maneira precisa à prevenção integrativa, atuando como fim de satisfação da consciência jurídica geral, ante a quebra do ordenamento jurídico ocasionada pelo delito. Entendeu que a tese é bem construída, o que dificulta as críticas destinadas a ela e, ainda, que a reparação deve ser vista como uma meta para o Direito penal, desde que coopere com os fins propostos pela pena estatal, e provoque uma nova expropriação dos direitos da vítima para solucionar o conflito social.

Embora a concepção sustentada por Roxin⁵⁷ de que a reparação do dano deve atuar como uma sanção penal independente seja muito bem construída ao ver desta pesquisa, ela perde força ante as críticas de Hirsch⁵⁸, que enxergou um equívoco resultante do ponto de vista da prevenção integrativa. Segundo o autor, ao se remeter a prevenção integrativa, Roxin deixa de lado que em um ordenamento jurídico desenvolvido, a classificação penal de um caso só constitui uma parcela da solução jurídica. Ora, a regulação jurídica completa de um conflito pode envolver diversos campos do Direito, cada um deste com funções diferenciadas, ocupando-se das próprias consequências da quebra do ordenamento jurídico. A posição derivada da competência do Direito penal para a solução dos conflitos teria como consequência que todos os efeitos jurídicos do delito seriam de natureza penal, o que danificaria também o processo penal e os fins para ele propostos.

Ademais, Hirsch⁵⁹ critica a ideia de incluir a indenização como uma das tarefas genuínas do Direito penal, pois se reativaria a visão unilateral voltada exclusivamente à teoria da retribuição, atuando por baixo da prevenção geral positiva. Em sua linha argumentativa:

Bajo el velo de la prevención general positiva parece que, en realidad, se intercediera a favor de una estructuración más reforzada de las consecuencias jurídicas del hecho cometido, que excedería aun las funciones que la teoría de la retribución le ha asignado al Derecho penal⁶⁰.

Outra crítica de Hirsch⁶¹ que merece destaque, consiste na necessidade de avaliação prévia no sentido de se aferir se o caso merece uma solução por parte do Direito penal ou por parte do Direito Civil indenizatório, pois essa diferenciação repercutirá na solução do caso concreto. Pois se para um grupo de casos se considera a reparação do dano como única consequência jurídica possível, eles devem ser retirados da competência penal, posto que o conflito só poderia ser solucionado pela via do Direito Civil.

Por fim, o autor questiona a possibilidade da reparação do dano substituir a pena privativa de liberdade. Pois ao se fazer uma análise do ponto de vista econômico e notar-se

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ HIRSCH, Hans von. *Op cit*.

⁵⁹ HIRSCH, Hans von. *Op cit*, p. 65

⁶⁰ Sob o véu da prevenção geral positiva, parece que, na verdade, interceder em favor de uma estruturação mais reforçada das consequências jurídicas do ato cometido, que excederia até mesmo as funções que a teoria da retribuição tenha atribuído ao Direito penal.

⁶¹ HIRSCH, Hans von. *Op cit*.

que o ofendido não possui condições de arcar com a reparação, sendo essa entendida como sanção penal independente tal qual na visão de Roxin, em caso de inadimplência, traria uma pena privativa de liberdade de natureza supletiva. Ou seja, o indivíduo não seria preso pelo fato típico delitivo, mas pelo inadimplemento em uma prestação, acarretando um regresso à prisão por dívidas. Procura-se evitar essa consequência fazendo uso, para o caso de inadimplemento, da execução civil, o que demonstra que a matéria se trata exclusivamente de uma consequência jurídica civil e, que não resulta benefício algum ao ofendido. Por isso, Hirsch⁶² afirma:

Si no se quiere regresar a la “cárcel por deudas”, entonces la concepción representada por Roxin termina por resultar solamente beneficiosa para el autor. A éste le corresponde como consecuencia jurídica por el delito cometido, ya no más la condena a la pena de multa o, también, a pena privativa de la libertad, sino sólo la condena a una reparación exigible civilmente. Se habla, por tanto, de protección a la víctima en un primer plano, pero, en realidad, se persigue una mayor restricción de la reacción penal frente al autor. La víctima constituye, para esta corriente, un punto de referencia que posibilita la construcción, pero ontológicamente se trata sólo de un abolicionismo parcial encubierto.⁶³

Embora a discussão ocorra predominantemente em um plano de argumentação teórica, a grandeza do raciocínio e profundidade da tese merece uma abordagem, posto que é a matriz ideológica fundamentadora do Projeto Alternativo de Reparação do Dano de 1992 na Alemanha. No projeto havia uma proposta de lei elaborada com o intuito de integrar a reparação do dano no sistema de sanções penais, o que daria operacionalidade a tese em exame.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora seja embrionário falar, talvez a terceira via de punibilidade proposta por Roxin possa se mostrar viável, em nível de Brasil, ao se falar na condenação de pessoas jurídicas pelo cometimento de crimes contra o meio ambiente, conforme os termos da Lei 9605/1998, atendendo ao mandado de criminalização do artigo 225, §3º da Constituição Federal de 1988.

Observou-se que ela atende aos fundamentos e finalidades da pena, bem como mostra-se uma viável alternativa ao cárcere. No entanto, as críticas apresentadas por Hirsch demonstra um forte tendência abolicionista nessa proposição, o que encaminha ao questionamento sobre a necessidade da intervenção do Direito penal para a realização da tutela ao bem jurídico que viabilizasse a sua aplicação.

⁶² HIRSCH, Hans von. *Op cit*, p. 67.

⁶³ Se não se quer regressar à “prisão por dívidas”, então o conceito representado por Roxin termina por ser benéfico apenas para o autor. A este lhe corresponde como consequência jurídica para o delito cometido, já não mais a condenação à pena de multa ou, também, a pena privativa de liberdade, senão só a condenação a uma reparação exigível civilmente. Se fala, portanto, de proteção à vítima em um primeiro plano, mas, na realidade, se persegue uma maior restrição da reação penal frente ao autor. A vítima constitui, para esta corrente, um ponto de referência que possibilita a construção, mas ontologicamente se trata apenas de um abolicionismo parcial encoberto. (Tradução do autor)

Não obstante, ao se analisar as discussões sobre a reparação como terceira via de punibilidade são mais um programa (um planejamento) do que realidade, e como leciona o próprio Roxin⁶⁴: “sólo se podrá hablar de un Derecho penal de três vías (en vez del actual de dos vías) cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual”⁶⁵.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva 2004.
- _____. *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- ESER, Albin...[et al.]. *Dos delitos y de las víctimas*. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coor. Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell editores, 2003.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; FERNANDES, Antonio Scarance. *O Estado na Reparação do Dano à Víctima de Crime*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 678, 1994.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A perspectiva da vitimologia. In Diniz. Maria Helena. *Atualidade Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Fundamentos da pena*, 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte General*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2008.
- ROXIN, Claus. Sentido e Limites da Pena Estatal, tradução Ana Paula Natscheradetz, *in problemas fundamentais de Direito Penal*, 3ª Ed. Lisboa: Veiga, 1988.
- _____. *Derecho Penal – parte general*. Tomo I. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2006.
- _____. *Estudos de Direito Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*. 1ª. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006, p. 110.

⁶⁵ Somente se poderá falar de um Direito penal de três vias (em vez do atual de duas vias), quando o legislador tiver em conta a reparação do dano no sistema de sanções de uma maneira totalmente distinta da atual. (Tradução do autor)



PROJETO DE LEI DE RESPONSABILIDADE POLÍTICO-CRIMINAL: UM ESTUDO A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

DRAFT POLITICAL-CRIMINAL RESPONSABILITY LAW: A STUDY OF CRITICAL CRIMINOLOGY

JULIANE RODRIGUES* | GABRIELLE CRISTIANE M. BEZERRA** | GILMARA JOANE MACEDO MEDEIROS***

RESUMO

O presente estudo pretende realizar algumas considerações sobre a situação carcerária no Brasil, apresentando enfoque no debate da proposta oriunda do Projeto de Lei (PL) Nº 4.373/2016, que cria a Lei de Responsabilidade Político-Criminal. Tem o objetivo de apontar alguns dos possíveis efeitos que a aprovação desse PL pode provocar no sistema penal brasileiro, em especial na limitação ao crescimento desenfreado de leis que geram novos tipos penais, bem como alterações mais severas na legislação já existente, uma vez que impõe a necessidade de avaliação dos referidos projetos de lei por um conselho, que deverá observar os impactos sociais e orçamentários provocados pelos mesmos. Para tanto, apresentaremos como a política penal adotada pelo Brasil, a partir de sua legislação, tem gerado um encarceramento excessivo, baseado em um modelo penal que ultrapassa os limites de sua esfera de atuação. Ademais, apresentaremos algumas reflexões promovidas pela criminologia crítica com vistas a demonstrar como o PL nº 4.373/2016 se coaduna com alguns pressupostos desta corrente do pensamento jurídico-criminal. Para tanto, discutiremos o panorama geral do sistema prisional brasileiro e sua crise, a partir dos episódios violentos ocorridos em presídios em todo o país no início do ano de 2017. Por fim, à luz da criminologia crítica, abordaremos alguns dos possíveis benefícios e inovações que o PL 4.373/2016 pode trazer para a ordem jurídica nacional, no sentido de impedir o aumento do superencarceramento e das conseqüentes violações aos direitos humanos provocadas por este.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro; superencarceramento e crise prisional; criminologia crítica; Projeto de Lei nº 4.373/2016; impactos sociais.

ABSTRACT

The present study makes some considerations about a prison situation in Brazil, presenting a debate on the proposed Law (PL) No. 4,373 / 2016, which creates a Law on Political-Criminal Responsibility. It aims to point out some of the effects that can result from PL can provoke any Brazilian criminal system, especially in limiting the unbridled growth of laws that generate new criminal types, The need for evaluation of bills by a council, which must observe The social impacts and budgets caused by them. To this end, information about the criminal policy adopted by Brazil, based on its legislation, has generated an excess of imprisonment, based on a criminal model that exceeds the limits of its sphere of action. In addition, we will present some reflections on critical crime with a view to demonstrating how PL No. 4,373 / 2016 is consistent with some assumptions for the current legal-criminal thinking. To do so, the general panorama of the Brazilian prison system and its crisis, from the violent episodes that occurred in prisons throughout the country at the beginning of 2017. Finally, in the light of critical criminology, to address some of the possible benefits and innovations that The PL 4.373 / 2016 can bring to a national legal order, there is no sense to prevent the increase of superintendence and the consequences human rights violations caused by this.

Keywords: Brazilian prison system; super-incarceration and prison crisis; critical criminology; Draft Law n. 4.373/2016; social impacts.

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido.
ju.rodrigues10@hotmail.com

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido.
gabriellecristiane4@gmail.com

*** Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB.
gilmara.medeiros@ufersa.edu.br

Recebido em 31-3-2017 | Aprovado em 17-4-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 AS MISÉRIAS DA PRISÃO: NOTAS SOBRE A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL; 2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SUAS PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES PARA A ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL; 2.1 A sociologia jurídico-penal e a sociologia criminal; 3 A PROPOSTA DO PROJETO DE LEI 4373/2016: ALGUNS APONTAMENTOS À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe realizar uma análise, de forma crítica, da atual realidade do sistema prisional brasileiro, a partir do estudo do Projeto de Lei (PL) nº 4.373/2016, apresentando-o como um possível ponto de partida no que se refere à reformulação do referido sistema penal, a fim de evitar que os problemas por ele enfrentados sejam intensificados.

O PL nº 4.373/2016 visa estabelecer a Lei de Responsabilidade Político-Criminal, cujo objetivo é o de reduzir o número de iniciativas legislativas que, sem qualquer estudo dos impactos sociais e orçamentários, criem novas tipificações penais ou majorem medidas já estabelecidas pela legislação brasileira. O projeto visa, portanto, reduzir os impactos da política criminal que vem sendo adotada no Brasil, tendo em vista o grande número de leis criminalizantes, cujo principal efeito social é a realidade de superencarceramento, as consequentes violações aos direitos humanos intensificadas por ele e o aumento do gasto estatal com a manutenção desse sistema.

A presente pesquisa tem como marco teórico para desenvolvimento da análise pretendida, os estudos realizados no âmbito da corrente criminológica conhecida como criminologia crítica, em especial, do teórico Alessandro Baratta¹. Neste sentido, desenvolvemos um estudo dos principais pressupostos desse pensamento e, em seguida, após a apresentação esmiuçada do PL 3.743/2016, realizamos sua análise com base nos mesmos.

Tendo em vista a crise do sistema prisional brasileiro, em especial, a partir dos eventos e rebeliões ocorridos no início do ano de 2017, acreditamos que o PL 3.743/2016 precisa ser debatido de forma mais ampla pela academia e pela sociedade, dada a relevância atual de repensar os pressupostos em que está assentada a política criminal adotada no país.

Vê-se assim, a necessidade urgente em se discutir formas de reestruturação do sistema penal, com a ampliação dos estudos para além da área de segurança pública. Pesquisas como esta propõem a visibilização de alternativas, que se bem trabalhadas, podem ajudar na recuperação do sistema prisional e abrir espaço para discussões quanto à sua reformulação. Para tanto, faremos uso de levantamento bibliográfico e documental sobre a matéria, bem como exploraremos algumas contribuições dos estudos criminológicos críticos. Ao final, traçaremos algumas das possíveis contribuições do projeto de lei em discussão.

¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. [Tradução Juarez Cirino dos Santos]. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

1 AS MISÉRIAS DA PRISÃO: NOTAS SOBRE A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

O sistema prisional brasileiro é marcado por uma séria situação de violações aos direitos humanos dos apenados, podendo ser considerado falho, cruel e desumano, posto que não atende a finalidade de ressocialização e não oferece condições para um digno cumprimento da pena. Em livro² sobre a situação do sistema prisional brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público³, a partir da realização de um monitoramento nacional, concluiu que os presídios sofrem de superlotação, condições físicas precárias e de descumprimento sistemático da legislação nacional e internacional.

Nesse mesmo sentido, segundo informações do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN⁴, até o mês de junho de 2014, a população carcerária brasileira correspondia a 607.731 pessoas. O número de vagas disponíveis era de apenas 376.669, o que gerava um déficit de 231.061 vagas, com taxa de ocupação de 161%. Isto traduz a realidade precária e superlotada do sistema carcerário nacional.

Ainda de acordo com o referido relatório, dentre a população carcerária brasileira, 41% dela é composta por presos provisórios, isto é, pessoas que ainda aguardam condenação, situação alarmante que coloca o Brasil na quarta posição mundial de população encarcerada. Além de uma política penal de encarceramento em massa, um outro motivo apontado, é o déficit de defensores públicos e, portanto, de defesa qualificada para essas pessoas. Aquelas que são presas em flagrante delito, chegam a passar uma média de 136 dias encarceradas até a realização da primeira audiência. O Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP)⁵ em pesquisa⁶ realizada, concluiu que 39% dos presos em flagrante não são condenados ao final do processo.

Ainda nesse sentido, o INFOPEN⁷ demonstra que, até o ano de 2017, a maior parte dos crimes estava relacionada ao tráfico ilícito de entorpecentes, representando 27% do total de crimes tentados ou consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, seguido por roubo, com 21%, e furto, com 11%⁸. Quanto à raça, cor ou etnia dos reclusos, 67% são negros, enquanto 31% são brancos, 1% amarelos e 1% indígenas⁹. O NEV-USP afirma que

² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2016. 344 p. il. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em: 10 de fev. 2017.

³ O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) atua executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público no Brasil e de seus membros, respeitando a autonomia da instituição. O órgão foi criado em 30 de dezembro de 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, e tem sede em Brasília-DF.

⁴ DEPEN. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

⁵ O Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV-USP) é um dos Núcleos de Apoio à Pesquisa (NAP) da Pró-Reitoria de Pesquisa Universidade de São Paulo (PRP-USP). Desde de 1987, o NEV-USP desenvolve pesquisas e forma pesquisadores por meio de uma abordagem interdisciplinar na discussão de temas relacionados à violência, democracia e direitos humanos.

⁶ JESUS, Maria Gorete Marques de et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência, 2011. 158 p. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017.

⁷ INFOPEN, *op. cit.*, 2014.

⁸ INFOPEN, *op. cit.*, 2014. P. 69.

⁹ INFOPEN, *op. cit.*, 2014. P. 50.

no Estado de São Paulo, por exemplo, em 74% das prisões por tráfico de drogas, apenas os policiais que a autuaram são as testemunhas de acusação do crime.

Em 2015, o país recebeu a visita do relator do Alto Comissariado das Nações Unidas para Prevenção à tortura. Em relatório publicado pela ONU no ano de 2016, o relator concluiu que o Brasil vive uma situação preocupante e endêmica de tortura e tratamentos desumanos, cruéis e degradantes no sistema prisional. Identificou que o Estado brasileiro não havia cumprido qualquer das recomendações realizadas pelo comissariado no ano de 2011, mantendo o mesmo padrão de superlotação e precariedade nos presídios¹⁰.

Dessa maneira, o sistema prisional brasileiro oferece estruturas comparadas as “masmorras medievais”, a partir da combinação explosiva de altas taxas de encarceramento com a ausência de recursos orçamentários para suprir suas necessidades básicas, o que, em certa medida, contribui para os constantes motins e rebeliões.

No início desse ano de 2017, foi possível perceber o quão frágil e debilitado está o sistema prisional brasileiro. As rebeliões dentro de unidades prisionais, só confirmaram o caos que abala fortemente a estrutura carcerária do país. A primeira rebelião do ano ocorreu no dia primeiro de janeiro no Complexo Prisional Anísio Jobim em Manaus, que resultou na morte de 60 presos.¹¹ A rebelião foi considerada a segunda maior já vivida pelo país, desde o massacre de Carandiru.¹²

Após quatro dias da rebelião em Manaus, 33 presos foram mortos na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo no Estado de Roraima. Seguido a esse episódio, na Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa localizada na mesma cidade, outros quatro presos também foram mortos em motim.

A mais recente rebelião ocorreu no Presídio Estadual de Alcaçuz no Rio Grande do Norte, deixando o total de 26 presos mortos. O presídio de Alcaçuz possui capacidade para abrigar 620 detentos, no entanto estava com 1.083 presos, quase o dobro da capacidade, funcionando com superlotação carcerária.

O caso do Estado do Rio Grande do Norte é bastante ilustrativo para a compreensão de que as rebeliões nos presídios brasileiros são fruto também da má administração, negligência e omissão estatal. No relatório¹³ sobre a visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, é asseverado por Fonseca¹⁴ que a ausência de investimentos financeiros no sistema prisional do referido Estado gerou uma ação integrada do Ministério

¹⁰ ONU. Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 october: observations and recommendations addressed to State Party. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/relatorio-subcomite-de-prevencao-da-tortura-1>>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

¹¹ BBC BRASIL. *Situação em presídio era crítica, diz secretário de Segurança Pública*. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38626405>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹² JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. *Saiba quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil*. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹³ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*, op. cit, 2016.

¹⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. AUSÊNCIA DE INVESTIMENTOS NO SISTEMA PRISIONAL: UMA HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. In: PÚBLICO, Conselho Nacional do Ministério et al. *A visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional - 2016*. Brasília: Movimento, 2016. p. 28-32. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2017.

Público Federal com o Ministério Público Estadual de responsabilização da ex-governadora do Estado por improbidade administrativa.

A partir de investigações promovidas pelas instituições, constatou-se que a gestora havia devolvido para o Governo Federal verbas públicas destinadas a criação de vagas e melhorias do sistema carcerário potiguar. A devolução não se justificava perante a realidade prisional, que de acordo com conclusões dos órgãos, estava em situação de calamidade, com centros de detenção que precisavam ser desativados por ausência de estrutura física, superlotação (com índices de até 300%), presos provisórios dividindo cela com presos definitivos, alimentação imprópria para o consumo humano, dentre outras violações¹⁵.

Não surpreende, portanto, ter sido o Estado do Rio Grande do Norte um dos principais palcos dos motins ocorridos no início do ano, situação que evidencia a necessidade de discutirmos as questões estruturais da política criminal de encarceramento massivo, a desigualdade social, a ausência de preservação de direitos e a necessidade de reformas que atinjam as causas dessa crise.

Diante de uma série de demonstrações das falhas estruturais e funcionais do sistema prisional com as rebeliões que ocorreram dentro dos presídios, o sentimento de insegurança passou a ser cada vez mais presente, visto que, o sistema que deveria ser o responsável pela manutenção da paz social e símbolo de segurança, tornou-se o principal demonstrativo de preocupação, caos e medo. Nesse diapasão, a presente pesquisa torna-se relevante porque discute uma proposta que visa incidir nessa situação, modificando-a, isto é, buscando combater uma das causas da crise no sistema penitenciário brasileiro.

Nesse sentido, reforça-se a necessidade de conhecer e incidir sobre as causas que geram a crise do sistema prisional, não apenas sobre seus efeitos, o que revela a importância de conhecermos alguns dos pressupostos e contribuições da criminologia crítica, o que faremos a seguir.

2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E SUAS PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES PARA A ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL

O trabalho de Michel Foucault¹⁶ pode ser considerado um dos principais marcos teóricos dos estudos críticos do sistema penal. A partir da leitura de sua obra *Vigiar e Punir*, podemos perceber algumas permanências de características marcantes da política criminal adotada na sociedade capitalista contemporânea, qual seja, o encarceramento excessivo. Isso porque, como apontado pelo autor, o projeto de “uma técnica corretiva era acompanhado do princípio de uma detenção punitiva”¹⁷, fatores estes determinantes as críticas à prisão e seus métodos.

¹⁵ Vide capítulo “Ausência de investimentos no Sistema Prisional: uma hipótese de improbidade administrativa” do relatório “A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro”, produzido pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

¹⁷ FOUCAULT, *op. cit.*, 1987, p. 279.

Foucault¹⁸ aponta já na instituição do sistema penal moderno a grande atuação do direito penal, como instrumento repressivo, punitivo e acima de tudo controlador. Pensado, até os dias atuais, como a chave para eximir a sociedade da criminalidade e da violência que afronta a ordem social, isto é, uma forma de controle social. Quando, na verdade, apresenta-se, como uma verdadeira máquina de “fabricar delinquentes”¹⁹.

Como apontado por Foucault²⁰, a prisão moderna não diminui necessariamente as taxas de criminalidade, podendo contribuir, inclusive, para seu aumento, multiplicação ou transformação. A quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta. O autor apresenta em sua obra dados relacionados ao encarceramento na França durante o século XIX, justificando sua alegação:

[...] A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance de que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos; 38% dos que saem das casas centrais são condenados novamente e 33% são forçados; de 1828 a 1834, de cerca de 35.000 condenados por crime, perto de 7.400 eram reincidentes (ou seja, um em cada seis); no total, um reincidente para 5,8 condenados; em 1831, em 2.174 condenados por reincidência, 350 haviam saído dos trabalhos forçados, 1.682 das casas centrais, 142 das 4 casas de correção submetidas ao mesmo regime que as centrais.²¹

O nascimento da prisão moderna, cujo objetivo central era o do estabelecimento do controle social e da disciplina, adveio do pensamento iluminista que combateu a prática dos tratamentos cruéis e degradantes (castigos físicos), com vistas a ressocialização do apenado. A prisão, cuja natureza disciplinar Foucault analisa, não foi implementada de forma concreta no Brasil, já que a ilegalidade e os castigos físicos permanecem sendo uma realidade. A situação caótica do nosso sistema prisional, conforme apresentamos na introdução, refletiu-se também na falha do cumprimento dos objetivos desse mesmo sistema. Nesse sentido, Foucault expõe:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.²²

Baratta²³, um dos marcos teóricos mais importantes da criminologia crítica, aponta em seus estudos que o encarceramento excessivo não é resposta eficaz para os fenômenos sociais da criminalidade e da violência, afirmando que a persistência na manutenção de um sistema penal cuja a única resposta seja o encarceramento, apenas contribui para a ampliação do problema, chegando, inclusive, a questionar a eficácia da prisão no sentido de promover a

¹⁸ FOUCAULT, *op. cit.* 1987.

¹⁹ FOUCAULT, *op. cit.* 1987, p. 280.

²⁰ FOUCAULT, *op. cit.* 1987.

²¹ FOUCAULT, *op. cit.* 1987, p. 280.

²² FOUCAULT, *op. cit.* 1987, p. 281.

²³ BARATTA, *op. cit.*, 1999.

ressocialização, já que o cárcere poderia produzir efeitos negativos sobre a personalidade e psicológico dos reclusos. Nas suas palavras:

[...] Exames clínicos realizados mediante os clássicos testes de personalidade têm demonstrado os efeitos negativos do encarceramento sobre o psicológico dos condenados e a relação desses efeitos com a duração deste. Os estudiosos deste gênero, concluem que “a possibilidade de transformar um delinquente violento antissocial em um indivíduo adaptado através de uma larga pena carcerária não parece existir”, e que “o instituto penal não pode realizar seu objetivo como instituição educativa”. O regime de “privação” tem efeitos negativos sobre a personalidade e contrário ao fim de tratamento educativo, especialmente aquelas privações relativas as reações heterossexuais, não só indireta, mas também indiretamente através do modo em que os medos de satisfação das necessidade se distribuem na comunidade carcerária conforme as reações informais de poder e de violência que a caracterizam.²⁴

Nesse contexto torna-se relevante ressaltar a importância e contribuição da criminologia crítica para a análise do Projeto de Lei 4373/2016. Nosso principal marco teórico, para tanto, é o jurista Alessandro Baratta. Trataremos alguns dos pressupostos do seu pensamento, a fim de realizarmos uma análise sobre o papel da política criminal na nossa sociedade.

A criminologia crítica surge como uma teoria oposta à criminologia tradicional, em especial, a de tradição positivista. Esta última baseia o desenvolvimento de seus estudos na criminalidade e na sua repreensão através do sistema de justiça penal, aplicando as definições de crime e as penas conforme a letra da lei, além de focar suas análises no indivíduo delinquente.

A criminologia crítica, por sua vez, propõe-se ao estudo do crime e do criminoso de maneira integrada com o estudo das desigualdades sociais sistêmicas e o papel que a política criminal desempenha nessa realidade. Batista²⁵ afirma que para Baratta “a tarefa fundamental da criminologia é realizar a teoria crítica da realidade social do direito, na perspectiva de um modelo integrado de ciência penal”²⁶. Essa corrente surgiu em uma época marcada pela severidade penal, principalmente pela grande criminalização de condutas tidas como desviantes e atentatórias a ordem social, daí o seu enfoque ser dado não à conduta individual, mas às instituições, estruturas sociais e política criminal.

A criminologia crítica para Baratta²⁷ provoca dois importantes movimentos, o primeiro deles é o deslocamento do pesquisador para a análise de questões objetivas e estruturais; o segundo é a explicação causal da criminalidade ser produto dos mecanismos de produção da realidade social. Tal perspectiva questiona os preconceitos que estão atrelados a construção social do crime e do criminoso, apontando como esta reforça os processos de exclusão social, geralmente dirigindo a política criminal às pessoas menos favorecidas econômica, social e culturalmente, que não possuem vínculo empregatício formal, e que, na maioria das vezes, senão sempre, são negras.

²⁴ BARATTA, *op. cit.*, 1999, p. 194.

²⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²⁶ BATISTA, *op. cit.*, 2011, p. 16.

²⁷ BARATTA, *op. cit.*, 1999.

Ao apontar tais questões, tal corrente indica a forte relação entre o sistema penal, a política criminal e o sistema capitalista, que combinados funcionam como uma forma eficaz de controle social e de criminalização dos excluídos. O sistema capitalista modificou a forma como a sociedade passou a perceber a criminalidade e os criminosos. Nesse sentido, Waccquant aduz:

Não foi tanto a criminalidade que mudou, mas o olhar que a sociedade passou a ter sobre algumas ilegalidades de visibilidade pública, ou seja, no final das contas, sobre as populações deserdadas e desamparadas (por seu status de origem) que começaram a recair a suspeita de crimes, desde o local que essas pessoas ocupam nas cidades, até os usos e tradições delas passaram a ser exploradas nos âmbitos político e midiático.²⁸

A criminologia crítica se apresenta como um campo de estudo que vai além da definição do que seja a criminalidade, busca entender a criminalização como um processo que surgiu e se solidificou justamente a partir dessas (in)diferenças que suplantam a legislação e que criam barreiras sociais, responsáveis pela construção da opinião pública, que passa a compreendê-la como um fenômeno próprio da pobreza e como um resultado da violência.²⁹

Alessandro Baratta afirma que:

Com a perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade não é uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, sendo que se revela mais bem como um status designado a determinados indivíduos por meio de uma dupla seleção; em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos a estes bens considerados pelas figuras legais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que cometem infrações a normas penais sancionadas. A criminalidade é segundo uma interessante perspectiva já indicada em páginas precedentes – 1 um “bem negativo” 2 distribuído desigualmente segundo a hierarquia de interesses fundada no sistema socioeconômico, e segundo a desigualdade social entre os indivíduos³⁰.

Para isso, a criminologia crítica propõe que o objeto de estudo não seja mais o indivíduo (que atuou com conduta desviante), mas o sistema de justiça criminal que lhe é empregado no momento em que este comete um crime. Pode-se inferir que o crime nada mais é do que uma construção social. Sua definição é dada a partir da política criminal, ou seja, será crime aquilo que a lei diz que é, e a pena que lhe será aplicada será aquela estampada no tipo penal que definirá a natureza da conduta e o grau de reprovabilidade perante esta. No entanto, a definição do crime e da pena passam pelo controle dos meios políticos e da elite dominante, atendendo, em certa medida, a esses interesses. O embate que

²⁸WACCQUANT, Loïc. Insegurança Social e Surgimento da Preocupação com a Segurança. *Panóptica*, São Paulo, v. 5, n. 19, p.2, jul. 2010. Semestral.

²⁹SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia crítica e a reforma da legislação penal. In: conferência nacional dos advogados. *Anais*. Florianópolis: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2005. p. 2. Disponível em: <Instituto de Criminologia e Política Criminal>. Acesso em: 10 mar. 2017.

³⁰ BARATTA, *op. cit.*, p. 167.

se apresenta diz respeito aos parâmetros utilizados para a construção desses tipos penais e quais os requisitos que são levados em consideração na definição e emprego da pena.

É uma questão que vai muito além da criminalidade em si, pois é, acima de tudo, de viés social, variando de lugar para lugar. Não é porque em determinado país há o emprego de uma pena mais rigorosa ou menos rigorosa, que o Brasil deverá adotar esse tipo de pena. Os tipos penais e as penas cominadas devem estar de acordo com a nossa realidade social.

Assim, partindo das contribuições da criminologia crítica, a política criminal a ser estabelecida precisa ser estudada e adequada a realidade na qual visa se inserir, estudando os seus benefícios e, principalmente as suas consequências. Não se admite a criação e reformulação de leis penais, sem uma análise prévia de seus impactos orçamentários e sociais, a fim de evitar realidades como a que o Brasil vive atualmente.

2.1 A sociologia jurídico-penal e a sociologia criminal

O sistema prisional se apresenta em meio a uma cultura encarceradora, quando deveria constituir o mecanismo que tem o objetivo de repreender condutas desviantes, punindo-as, a fim de promover a reabilitação de todos aqueles que passem pelo sistema. Para tanto, faz-se necessário compreender que o sistema penal, enquanto instituição jurisdicional que atua como reação aos comportamentos desviantes, coibindo-os, visa precipuamente à manutenção da ordem social, tida como um dos princípios elencados por Alessandro Baratta³¹, para explicar o campo de estudo da criminologia crítica. Assim, torna-se necessário a compreensão dos tipos de comportamentos desviantes que violam o ordenamento jurídico e implantam o mal-estar social, para definir toda a estrutura do sistema penal, mas também, devem-se considerar os parâmetros que são utilizados na construção ou reformulação dos tipos penais no ordenamento jurídico.

Dois campos de estudo podem ser aludidos sobre esse tema: a sociologia jurídico-penal e a sociologia criminal. O primeiro se propõe ao estudo dos comportamentos normativos, ou seja, a formação das normas penais e sua aplicação dentro do sistema penal. Tem como enfoque a análise dos efeitos do sistema penal.

O segundo campo de estudo, a sociologia criminal volta-se a análise do comportamento desviante, a partir da definição penal, origem e função dentro do âmbito social. Coloca-se, pois, para entender as reações institucionais dos organismos oficiais de controle social ante o comportamento desviante, contudo, também analisa as reações não institucionais, a própria reação social quanto ao comportamento reprovável. Dessa forma, afirma Baratta:

A sociologia jurídico-penal estudará, pois em primeiro lugar, os comportamentos normativos que consistem na formação e na aplicação de um sistema penal ditado, em segundo lugar, estudará os efeitos do sistema entendido como aspecto “institucional” da reação ao comportamento desviando e do controle social correspondente. A terceira categoria de comportamento abarcado pela sociologia jurídico-penal concernirá, em troca a] as reações não institucionais ao

³¹ BARATTA, *op. cit.*, 1999.

comportamento desviado, entendidas como um aspecto integrante do controle social do desviado, em convergência com as reações institucionais estudadas nos primeiros aspectos, e b) em um nível de abstração mais alto, as conexões entre um sistema penal ditado e a correspondente estrutura econômico-social³².

Tais definições tornam-se relevantes, pois para se definir novos tipos penais ou instituir novas penalidades, deve-se avaliar o comportamento humano e os efeitos a este e a estrutura orçamentária (sociologia jurídico-penal). Assim como, deve-se considerar as reações institucionais, ou seja, a ação do próprio sistema penal, e as reações não-institucionais, proposta pela sociologia criminal. Ambas são áreas do conhecimento penal que se completam, e que quando sistematizadas podem nortear no entendimento do sistema penal brasileiro, a partir do estudo da conduta desviante e do remédio jurídico a ser empregado.

3 A PROPOSTA DO PROJETO DE LEI 4373/2016: ALGUNS APONTAMENTOS À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Em face do cenário caótico do sistema prisional brasileiro, o Projeto de Lei nº 4.373/2016 que “estabelece a necessidade de análise prévia do impacto social e orçamentário das propostas legislativas que tratam de criação de novos tipos penais, aumento de pena ou que tornem mais rigorosa a execução da pena”³³, apresenta-se como uma interessante alternativa para limitar a realização de reformas legislativas no âmbito penal. Proposto pelos Deputados Federais Wadih Damous (PT-RJ) e Chico de Alencar (PSOL-RJ), o projeto atualmente se encontra na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados Federais.

O PL 4.373/2016, composto por oito artigos, propõe em seu artigo 1º que toda e qualquer proposta legislativa que tenha como objetivo a criação de novos tipos penais, ou o aumento da pena, ou ainda tornar sua execução mais rigorosa, terá que passar obrigatoriamente por análise prévia, a fim de que sejam avaliados os impactos sociais e orçamentários que tais modificações podem provocar.

Essa é, sem dúvidas, a maior inovação que esse projeto de lei traz para o sistema penal brasileiro. Atualmente leis penais são criadas e modificadas sem que haja nenhuma inspeção prévia acerca das consequências que tais aprovações podem trazer ao sistema penal, principalmente os impactos gerados ao sistema carcerário, que é o que mais sofre com as modificações penais que asseveram o cumprimento da pena na execução, sem qualquer conhecimento prévio de tais consequências. Muitas vezes, as propostas legislativas são movidas pelo populismo ante a reação e comoção social pela prática de determinados crimes.

O artigo 5º do PL 3.743/2016 prevê como instância responsável para a realização do referido estudo o Conselho de análise de impacto social e orçamentário de propostas penais. Tal Conselho terá um papel essencial, na análise de propostas de condão modificador dos tipos penais, para isso utilizar-se-á de dados estatísticos e projeções de custos sociais e

³² BARATTA, *op. cit.*, p. 14.

³³ PROJETO DE LEI 4373/2016, *op. cit.*, p.1.

orçamentários, que irão fundamentar os argumentos favoráveis e desfavoráveis que serão apontados em um parecer acerca da proposta legislativa em análise. O artigo 6º estabelece que Conselho de Análise de Impacto Social e Orçamentário de Propostas Penais deverá ser constituído no âmbito da Câmara dos Deputados e composto por servidores do quadro efetivo, com a participação dos representantes do Poder Judiciário, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e da coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.

Não é à toa que esse projeto de lei é referenciado como uma forma de evitar e amenizar o encarceramento excessivo do sistema prisional brasileiro, isso porque o impacto social deverá ter como referência dados quantitativos, referentes ao número estimado de novos processos de conhecimento e de execução no Poder Judiciário, assim como o número de vagas necessárias no sistema prisional e as implicações que a criminalização e os números de pena provocarão à sociedade, conforme disposição do seu artigo 3º.

Quanto ao impacto orçamentário, o artigo 4º estabelece que o Conselho deverá ter como referência os custos estimados para a criação e manutenção de novas vagas no sistema prisional, que conseqüentemente também ensejará na demanda de novos processos para o poder Judiciário.

O artigo 7º estabelece ainda que o parecer dado pelo Conselho deverá conter a fonte dos recursos a ser usada para suprir os custos decorrentes da alteração legislativa em análise. Contudo, se a proposta de modificação legislativa trazer em sua justificativa a indicação das fontes de recursos, poderá ser suprida a necessidade de analisar os impactos que tal modificação provocará, o que eximirá tal proposta de passar pela avaliação do Conselho. O parecer que for formulado pelo Conselho deverá ser anexado a proposição legislativa e deverá ser lido antes dos debates e deliberações.

A partir da análise do PL 4373/2016, podemos apontar algumas de suas possíveis contribuições para o cenário criminal no Brasil. Em primeiro lugar, o PL tem o objetivo de evitar a criação legislativa desenfreada que estabelecem novos crimes ou alteram o Código Penal no sentido de majoração das penas já previstas, bem como o Código de Processo Penal. Esta medida é de grande importância, visto que pretende ao menos minimizar o agigantamento penal que o Brasil vem vivendo nos últimos anos. Nesse sentido, destacamos trecho da justificativa do próprio projeto que indica:

Um estudo elaborado pela Associação Latino – Americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC), sobre as tendências legislativas do Direito Penal e Processo Penal Brasileiro do ano de 1985 a 2015, aponta que à despeito da exigência já consolidada e inquestionável do direito penal somente ser utilizado ultima ratio, a criminalização primária brasileira está em franca expansão. Segundo esse estudo, há no Brasil, atualmente, 1.688 hipóteses de criminalização primária distribuídas pelo Código Penal e dezenas de outras leis especiais. Sendo que desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até o mês de agosto de 2015, foram editadas 77 leis ordinárias e complementares criando novos tipos penais, seja em leis extravagantes ou em artigos do Código Penal. No mesmo período, outros 21 diplomas legais previram o aumento nas penas cominadas a tipos penais já

existentes ou determinações de aumento das penas aplicadas, por meio da inclusão de majorantes ou qualificadoras.³⁴

Segundo argumentos apresentados na justificativa do PL, quando comparados dados sobre a criação de leis penalizadoras no período militar e após a instituição da democracia no Brasil, observa-se que no regime democrático, o número de leis dessa natureza praticamente duplicou, o que indica que a política criminal tem sido a prioridade como forma de combater as situações da violência social.

Em segundo lugar, o PL também se destaca no sentido de que pretende com a criação do Conselho avaliar os impactos sociais e econômicos da adoção de alterações penais. Isto porque a política de ampliação da criminalização, também resulta no aumento da população carcerária e, portanto, impacta orçamentariamente o patrimônio público. Visto que, quanto maior o número de presos, maior a quantidade de verbas destinadas para a administração carcerária. Além disto, o projeto visa adequar as propostas legislativas ao planejamento estatal, posto que a criação descontrolada da majoração de penas e de crimes sem previsão anterior de orçamento do Estado, acaba por amplificar a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro, provocando os fenômenos da superlotação, violações de direitos e da precariedade dos estabelecimentos.

Compreendemos que o PL 4373/2016 pode ser interpretado à luz da criminologia crítica, na medida em que não aposta na criação de novas penas e possibilidades de encarceramento como alternativas interessantes para a diminuição da criminalidade e dos problemas sociais. Conforme discutimos acima, a criminologia crítica desloca o olhar do pesquisador dos efeitos para as causas da criminalidade, que possuem raízes mais profundas do que a mera previsão legislativa com cominação de penas. Raízes estas que estão atreladas às desigualdades sociais profundas vividas por nossa sociedade.

Desta forma, o PL também se aproxima da criminologia crítica quando busca evitar o surgimento de novas modalidades encarceradoras, evitando, assim, o agigantamento do Estado Penal, cujas consequências são nefastas, especialmente para a população pobre e negra do nosso país, coincidentemente, a mesma população que atualmente compõem de forma majoritária o sistema prisional. Nesse sentido, Waccquant aduz:

De fato, o endurecimento generalizado das políticas policiais, judiciárias e penitenciárias que se observa na maior parte dos países do Primeiro Mundo há uns vinte anos decorre de uma tripla transformação do Estado, que contribui simultaneamente para acelerar e ocultar, aliando a amputação de seu braço econômico, a retração de sua proteção social e o aumento considerável de sua atuação penal. Essa transformação é a resposta burocrática dada pelas elites políticas para as mutações do emprego (terceirização e polarização dos postos de trabalho, flexibilização e intensificação do trabalho, individualização dos contratos de emprego, descontinuidade e dispersão dos trajetos profissionais) e a seus efeitos destruidores nos níveis inferiores da estrutura social e espacial. Essas mutações são o produto da mudança na relação de forças entre as classes e grupos que lutam a todo momento pelo controle do mundo do emprego. E, nessa luta, são os grandes empregadores transnacionais e as frações “modernizadoras” da burguesia cultura e da alta nobreza do Estado, aliados sob a bandeira do neoliberalismo, que tomaram

³⁴ PROJETO DE LEI 4373/2016, *op. cit.*, p.3.

a ponta e realizaram uma vasta campanha de reconstrução do poder público de acordo com seus interesses materiais e simbólicos³⁵.

Desta forma, enxergamos o PL como uma interessante alternativa de controle do crescimento do Estado Penal e de suas consequências devastadoras que temos vivenciado nos últimos anos no Brasil, amplamente exposta em números e dados de organizações nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos. Contudo, observamos que esta iniciativa ainda é incipiente e que outras políticas de combate às desigualdades sociais precisam ser adotadas no País.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apontado inicialmente, nos propomos ao longo desse estudo realizar uma análise de forma crítica, da atual realidade do sistema prisional brasileiro, a partir do estudo do Projeto de Lei nº 4.373/16, tendo como pilar a criminologia crítica.

Primeiramente com a análise de dados, retirados de instituições nacionais e internacionais, concluímos que o Brasil possui atualmente uma das maiores populações carcerárias do mundo, com elevadas taxas de aprisionamento de pessoas, sobretudo àquelas que se encontram à margem social.

Em contraponto a isso, nos deparamos diuturnamente com segmentos políticos e sociais que defendem a intensificação das penas como justificativa para garantir a segurança social. Tal realidade reflete a necessidade do debate acerca dos meios alternativos para a minimização do problema prisional vivenciado pelo Brasil.

Percebemos que pressupostos da criminologia crítica contribuem fortemente para a análise do Projeto de Lei 4.373/2016, na medida em que ambos sugerem a compreensão dos processos históricos da construção do crime, suas permanências e rupturas e, especialmente, relacionando-os com as necessidades do capitalismo, sendo a política penal irrefletida também um instrumento de exclusão social.

O referido Projeto de Lei, ao defender a necessidade de análise prévia do impacto social e orçamentário das propostas legislativas que tratam de criação de novos tipos penais, aumento da pena ou que tornem mais rigorosa a execução da pena, coaduna-se com a criminologia crítica, na medida em que procura minimizar a criação de leis incriminadoras, ao mesmo tempo em que apresenta uma alternativa interessante para evitar o agigantamento do sistema penal brasileiro.

Por fim, ao expor a necessidade e amplitude do tema ora debatido, defendemos, por meio de uma perspectiva crítica do sistema penal, e através do Projeto de Lei 4.373/2016, uma política criminal que recuse o encarceramento desmedido que atinge singularmente a população mais vulnerável da sociedade, em conformidade com o que foi discutido ao longo do desenvolvimento deste estudo.

Essa proposta promove uma forma de combater situações de violência social, a fim de que se busque um Estado Penal mínimo, conforme dispõe as diretrizes da nossa democrática

³⁵ WACCQUANT, *op. cit.*, p. 3.

Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Projeto de Lei, aliado às políticas públicas de inclusão e assistência social, pode representar uma medida efetiva à redução de leis incriminadoras e, portanto, do número de aprisionamentos, oferecendo suporte para que se repense o modelo penal punitivista que vem sendo adotado e defendido por nossos gestores governamentais.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. [Tradução Juarez Cirino dos Santos]. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. Defesa dos direitos humanos e política criminal. In. *Discursos Sediciosos*, ano 2, n. 3. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 57 – 69

_____. In, Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, n. 2, abr./ maio/ jun., 1993.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BBC BRASIL. *Situação em presídio era crítica, diz secretário de Segurança Pública*. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38626405>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2016. 344 p. il. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em: 10 de fev. 2017.

DEPEN. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. AUSÊNCIA DE INVESTIMENTOS NO SISTEMA PRISIONAL: UMA HIPÓTESE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. In: PÚBLICO, Conselho Nacional do Ministério et al. *A visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional - 2016*. Brasília: Movimento, 2016. p. 28-32. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

JESUS, Maria Gorete Marques de et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência, 2011. 158 p. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. Saiba quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil. 2017. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ONU. *Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 october: observations and recommendations addressed to State Party*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/relatorio-subcomite-de-prevencao-da-tortura-1>>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. In: *conferência nacional dos advogados*. Florianópolis: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2005. p. 1 - 11. Disponível em: <Instituto de Criminologia e Política Criminal>. Acesso em: 10 mar. 2017.

WACQUANT, Loïc. Insegurança Social E Surgimento Da Preocupação Com A Segurança. *Panóptica*. São Paulo, v. 5, n. 19, p.198-213, jul. 2010. Semestral. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_5.2_2010_198-213/298>. Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un márgen*. Bogotá: Temis, 1988.



O CONTRATO DE TRANSAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA

THE CONTRACT OF TRANSACTION AS A PROCEDURAL AGREEMENT – A PORTUGUESE-BRAZILIAN ANALYSIS

ARTHUR LEVY BRANDÃO KULLOK* | MARIA ALICE AZEVEDO S. BRANDÃO KULLOK**

RESUMO

Existe alguma hesitação ao se tratar do contrato de transação, especialmente ao se deparar com os possíveis significados que este contrato pode acarretar. Isto se deve à dupla vertente que o contrato de transação possui: tanto um significado e uma faceta dedicada à possibilidade do seu emprego como um negócio jurídico processual como um significado e uma face voltada ao sentido técnico que, na verdade, advém do direito material. Esta dualidade implica que embora a transação seja um meio de resolução de litígios, o contrato de transação não perde a sua eminente característica contratual. Neste sentido, observa-se que tanto o Código Civil brasileiro como o Código Civil português consagram o contrato de transação apenas na parte dedicada aos contratos. Possui uma alargada importância nos diversos conflitos que emergem nos problemas do dia-a-dia, visto que pode abreviar a “luta pelo direito” e alcançar – por livre vontade das partes – a resolução do conflito. Toda esta complexa teia jurídica está delineada nos seus mais importantes aspectos neste artigo, orientado para uma análise de direito comparado e obediente à sua origem romanística.

Palavras-chave: Contrato de transação; meios de resolução de litígios; negócio jurídico processual; justiça privada.

ABSTRACT

There is some hesitation when it is time to deal with the contract of transaction, especially when faced with the possible meanings that this contract can cause. This occurs due to the double side of the contract of transaction: both a meaning and a facet dedicated to the possibility of its employment as a procedural agreement as a meaning and a face turned to the technical sense which, in fact, derives from material law. This duality implies that although the transaction is a mean of resolving disputes, the contract of transaction does not lose its eminent contractual characteristic. In this sense, it is observed that both the Brazilian Civil Code and the Portuguese Civil Code establish the contract of transaction only in the part dedicated to the contracts. It has a great importance in the various conflicts that emerge from day to day problems, since it can shorten the "fight for the right" and reach - by free will of the parts - the resolution of the conflict. All this complex juridical web is outlined in its most important aspects in this article, oriented towards an analysis of comparative law and obedient to its romanistic origin.

Keywords: Contract of transaction; mean of resolving disputes; procedural agreement; private justice.

* Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).
arthur.kullok@hotmail.com

** Graduada em Direito (FDUC). Mestranda em Ciências Jurídico-Processuais (FDUC).
malice.azevedo@gmail.com

Recebido em 1-9-2017 | Aprovado em 15-9-2017



SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA; 1 ORIGEM; 2 BREVE EXPLANAÇÃO DO CONTRATO DE TRANSAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO SUBSTANTIVO; 3 A TRANSAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL; 3.1 Pressuposto e elementos essenciais; 3.2 Liberdade negocial no âmbito do processo; 3.3 Momento e forma; 3.4 A posição do juiz perante uma transação; 3.5 Capacidade; 3.6 Objeto e limites; 3.7 Efeitos; 3.8 Nulidades e anulabilidades; 3.9 Recurso e impugnação do contrato de transação; 4 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ NOTA INTRODUTÓRIA

O termo transação é utilizado frequentemente com um *sentido diverso do verdadeiro significado técnico*. Mesmo entre juristas, o termo transação acaba por ser empregado como vocábulo para outros negócios, v. g., nos negócios comerciais¹. Contudo, a utilização deste vocábulo de forma vulgar e generalizada nada tem a ver com o sentido do termo técnico do contrato de transação, pois, de forma muito sucinta, a transação consiste em um acordo celebrado entre as partes para a realização de um contrato que implicará em mútuas concessões para ambas as partes e com a finalidade de pôr termo ou de prevenir um conflito de interesses. E é justamente este o conteúdo estabelecido nos artigos 1248 do Código Civil português e 840 do Código Civil brasileiro.

O presente artigo destina-se ao tratamento do contrato de transação sob uma *perspectiva processual*, versando especialmente sobre as recentes alterações desta matéria no “novo” Código de Processo Civil português de 2013 e no “novo” Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

A transação pode ser um importante mecanismo de autocomposição da lide. Na sua vertente processual é caracterizada como um *negócio jurídico processual típico*, pois limita-se ao objeto do processo. Quando é empregada como um meio de resolução de litígios constitui-se como um *autêntico ato processual* que extingue a lide, assim como a *desistência do pedido* e a *confissão*. Pode ainda ser realizada *extrajudicialmente*. Mesmo quando a transação é efetivada pela via extrajudicial não perde o seu principal efeito: a garantia de título executivo. Tudo isso sem descurar o seu significado original, oriundo do *direito material*.

1 ORIGEM

A transação tem a sua origem no *direito romano*, mais precisamente nos acordos internacionais de paz que Roma concluía com outros povos nas situações em que as

¹ Diretiva n.º 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011 que estabelece medidas contra os atrasos no pagamento das transações comerciais. Sobre as implicações desta Diretiva da União Europeia, ver, PIÇARRA, Nuno. O contributo da União Europeia para a disciplina jurídica dos prazos de pagamento nas transações comerciais. A Directiva 2000/35/CE e a sua revisão. *O Direito*, n.º 4, p. 659-679, 2010.

inimizades e os conflitos podiam ser resolvidos por um acordo transacional². Já naquele tempo a transação ocupava lugar de destaque no comércio jurídico³. Quando Justiniano mandou compilar o seu Código, foram selecionadas as doutrinas mais relevantes e 42 rescritos imperiais os quais continham a disciplina jurídica sobre a transação⁴.

Desde esta época, a transação é vista como um contrato «pelo qual as partes convertiam em certo um direito incerto, prometendo, dando ou retendo reciprocamente qualquer coisa»⁵. Em seu desenvolvimento histórico, na época clássica do direito romano, a transação (*transactio*) era vista como um *pactum* no qual se podia juntar uma *stipulatio*, fazendo surgir uma *obligatio*, tutelada pela *actio ex stipulatu*. Durante a época pós-clássica, a transação foi convertida para *contractus* inominado tutelado pela *actio praescriptis verbis*⁶.

Em um primeiro momento, a transação era vista como um meio de extinguir e modificar as obrigações e por este mesmo motivo a transação no Código Civil brasileiro de 1916 era inserida na *parte geral das obrigações*. A transação não era vista como um negócio jurídico de natureza contratual, mas sim como um meio de extinção das relações obrigacionais⁷. Ao longo do tempo, passou a ser vista como um negócio jurídico de natureza contratual, tendo em conta que exige uma *dupla manifestação de vontade*⁸ dirigida à produção de certos efeitos jurídicos⁹. Porém, sempre permaneceu fiel a sua origem e a seu fio condutor.

No Código Civil brasileiro de 2002 a transação foi deslocada para a seção que regula os *contratos em espécie*. Por seu turno, no Código Civil português a transação está localizada na seção dos *contratos em especial*.

Desde a sua origem o contrato de transação tem o objetivo de prevenir um conflito de interesses ou pôr termo a um litígio processual mediante recíprocas concessões¹⁰, possuindo como limite apenas os direitos indisponíveis, as coisas fora do comércio jurídico e não sendo admitida depois de já se ter declarado uma sentença¹¹.

Este contrato sempre alcançou grande relevância, pois desde há muito tempo a sabedoria dos povos afirma que as demandas judiciais arruinam os litigantes e, muitas vezes, subtraem a paz. Sendo que na maioria das vezes os esforços empregados pelo litigante

² MONTERREAL, Ana Alemán. Sobre la eficacia novatoria de la transacción. In: VILLAR, Murillo Afonso (Coord.). *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito M^a Reimundo Yanes*. Tomo I. Burgos: Universidad de Burgos, 2000, p. 6.

³ CARAMUJO, Manuel Soares. *Transacção*. Coimbra. Dactilografado, 1946, p. 1.

⁴ *Idem*, p. 2.

⁵ *Ibidem*.

⁶ SANTOS JUSTO, António dos. *Direito Privado Romano*. Vol. II (Direito das Obrigações). 4^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 105.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III (Contratos). 12^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 507; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 2 - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 5^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 31.

⁸ PEREIRA, *ob. cit.*, p. 507.

⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 99. Conforme Mota Pinto, a produção de efeitos jurídicos sejam, constitutivos, extintivos ou modificativos resulta principalmente de atos de vontade que são manifestações de intenção em coincidência com o teor da declaração dessa intenção e se designam negócios jurídicos.

¹⁰ SANTOS JUSTO, *ob. cit.*, p. 105.

¹¹ *Ibidem*.

vitoriosos não são compensados pelos resultados obtidos. Por esta razão, antes um acordo modesto do que uma suntuosa sentença¹².

2 BREVE EXPLANAÇÃO DO CONTRATO DE TRANSAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO SUBSTANTIVO

Tradicionalmente aponta-se ao contrato de transação uma dupla face: a de *negócio jurídico privado* e a de *negócio jurídico processual*¹³. A transação está diretamente ligada ao *direito de disponibilidade* na esfera do direito privado, por isto, liga-se mais ao plano substantivo do que ao plano processual¹⁴. Diante desta constatação, será importante realizar uma breve exposição deste contrato no âmbito do direito material.

O conceito de contrato coincide com a noção de *negócio jurídico bilateral*, onde duas ou mais pessoas através das suas declarações de vontade, com conteúdos opostos, mas em sentido convergente, acordam na formação de um resultado jurídico unitário e na produção de certos efeitos jurídicos¹⁵. Para caracterizar o contrato existente como contrato de transação é necessário a existência de um *conflito de interesses* ou uma *lide*¹⁶ em que as partes decidem pôr termo mediante recíprocas concessões, conforme estabelece o art. 1248 do Código Civil português e o art. 840 do Código Civil brasileiro.

Com efeito, a transação pode ser classificada como um negócio jurídico de natureza contratual de cunho obrigacional ou real consoante as concessões efetuadas pelas partes, podendo modificar, extinguir ou constituir direitos de créditos como também direitos reais.

As concessões efetuadas entre as partes são limitadas aos *direitos indisponíveis*, dentre os quais as coisas que estejam fora do comércio, os negócios em contrariedade com a lei, as matérias de ordem pública, bem como o respeito aos bons costumes¹⁷.

O contrato de transação é um *negócio jurídico formal*, assim a forma deve estar em conformidade com a natureza da obrigação. Para as obrigações que a lei exige *escritura pública* ou *documento particular autenticado* a transação deve obedecer esta exigência. Por seu turno, nos contratos em que não seja exigido nenhum requisito formal, a transação adquirirá validade apenas mediante um *escrito particular*¹⁸. Por outro lado, para que o contrato de transação extrajudicial adquira um dos seus efeitos mais importantes (a garantia

¹² Parafraseando CARAMUJO, *ob. cit.*, p. 4.

¹³ LOBO XAVIER, Rita. Transacção Judicial e Processo Civil. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. III. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 818.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1 – (Teoria do Processo Civil). 2ª ed. e-book. São Paulo: RT, 2016, p. 571.

¹⁵ Por todos, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 220.

¹⁶ VENOSA, *ob. cit.*, p. 313. A lide pressupõe já a existência de um processo judicial em curso, enquanto o conflito de interesse pressupõe a possibilidade de vir a existir uma lide devido um conflito de interesse já existente.

¹⁷ CC português art. 1249 e CC brasileiro art. 841. Neste sentido tem se manifestado a generalidade da doutrina. Por todos, MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 524; NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 19ª ed. Lisboa: Ediforum, 2016, p. 1148. Na doutrina brasileira, PEREIRA, *ob. cit.*, p. 508; VENOSA, *ob. cit.*, p. 317.

¹⁸ CC/pt, art. 1250 e CC/br, art. 842. Para maiores esclarecimentos, v. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 525; PEREIRA, *ob. cit.*, p. 509; VENOSA, *ob. cit.*, p. 315-316.

de título executivo¹⁹ extrajudicial), será necessária a devida autenticação com força pública. A seguir uma transação, as partes ficam desobrigadas da obrigação antiga, constituindo a transação em uma garantia de título executivo, caso um dos contraentes venha a descumprir a obrigação contratualizada.

A possuir como elemento essencial a existência de *recíprocas concessões*, não será lícito que o contrato de transação seja interpretado para além das vontades liberatórias as quais devem constar de forma precisa e clara no contrato (art 843 CC/br)²⁰, visto que transigir envolve a renúncia de direitos²¹. Nesta medida é um contrato oneroso, pois envolve sacrifícios patrimoniais de ambas as partes²²; sinalagmático²³, pois as concessões entre as partes surgem conectadas por um nexo de correspectividade durante a sua constituição, permanecendo durante a execução do contrato²⁴ e indivisível, pois caso uma das cláusulas contratuais seja declarada nula, tornar-se-á nulo todo o contrato de transação (art. 848 CC/br).

Vale ressaltar, que assim como os contratos em geral, a transação tem eficácia apenas entre as partes, não prejudicando, nem beneficiando aqueles que nela não intervém, mesmo quando a transação verse sobre coisa indivisível não irá extravasar seus efeitos para a esfera jurídica de terceiros, ainda que estes estejam ligados aos direitos do transator que foi objeto da transação.²⁵

3 A TRANSAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Depois de realizada uma necessária e breve parte expositiva sobre o contrato de transação no âmbito do direito civil, passa-se agora para a análise da *segunda faceta* deste contrato, pois ainda que possua uma origem de natureza material também poderá ser utilizado no âmbito do direito adjetivo, sem, contudo, perder a sua natureza autenticamente contratual²⁶.

Como foi dito *supra*, a própria noção do contrato de transação, pressupõe uma lide ou um conflito de interesses. Ao lado da confissão do pedido e da desistência do pedido, a transação constitui um verdadeiro negócio jurídico de direito privado, onde as partes se fazem

¹⁹ Títulos executivos são os documentos (escritos) constitutivos ou certificativos de obrigações que, mercê da força probatória especial de que são munidos, tornam dispensável o processo declaratório (ou um novo processo declaratório) para certificar a existência do direito do portador. Provando a constituição ou a existência da obrigação e do direito subjetivo correspondente, o título prova ainda, em princípio, até prova em contrário, a violação da obrigação, visto ser ao devedor que incumbe alegar e provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos. ANTUNES VARELA, João de Matos; MIGUEL BEZERRA, José; SAMPAIO E NORA, José. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 77-78.

²⁰ No mesmo sentido do Código, PEREIRA, *ob. cit.*, p. 510; VENOSA, *ob. cit.*, p. 322.

²¹ PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código civil: anotado*. Vol. 2. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 931.

²² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol III. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 524.

²³ PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 930.

²⁴ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 524.

²⁵ PEREIRA, *ob. cit.*, p. 510.

²⁶ Pedro Romano Martinez *apud* LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 817.

valer de um *ato processual* com a finalidade de pôr termo à instância²⁷. Por esta razão Menezes Leitão classifica o contrato de transação como um *contrato de justiça privada*²⁸, pois se trata de um ato processual onde ambas as partes, bilateralmente, podem, através de um acordo que envolve necessariamente concessões recíprocas, pôr termo à lide²⁹.

Tanto o Código de Processo Civil português, quanto o Código de Processo Civil brasileiro se referem a este contrato como um *negócio jurídico processual* que tem por finalidade (principal) pôr termo a um litígio. O contrato de transação é uma das soluções de autocomposição dos litígios, elencadas por ambos os ordenamentos. Ao seu lado estão os institutos da confissão e da desistência do pedido (renúncia) pela parte autora da ação³⁰. Nestes casos os litigantes dispõem da situação jurídica de direito material alegada em juízo determinando o conteúdo dos seus direitos e deveres, os quais a sentença homologatória virá a tutelar posteriormente, extinguindo a lide, conferindo-lhe *força de caso julgado*³¹.

3.1 Pressuposto e elementos essenciais

Contudo para se caracterizar um contrato de transação no âmbito do direito adjetivo, deve-se, em primeiro lugar, ter em conta a verificação de um pressuposto básico e a existência de dois elementos essenciais:

a) o *conflito de interesses ou de uma lide já constituída*, seja no âmbito de um processo judicial em curso ou apenas perante uma mera possibilidade de constituição de um processo, constitui o pressuposto básico do contrato. Por esta razão Menezes Leitão classifica este contrato como um *contrato de justiça privada*³²;

b) existência de *concessões recíprocas* empreendidas por ambas as partes, o que não significa que necessariamente sejam equivalentes, pois cada uma das partes fazem o seu próprio juízo de valor relativamente as concessões por elas realizadas. Constitui o montante que cada parte esta disposta a pagar pela vantagem que terá com a realização da transação³³. Com a existência das recíprocas concessões encontramos o primeiro elemento essencial do referido contrato;

c) *incerteza* da garantia do cumprimento da obrigação ou do direito³⁴ que possivelmente geraria a lide ou ainda nos casos de incerteza de uma decisão favorável do tribunal, tendo em conta as dificuldades com a prova ou ainda por dúvidas relativas a própria exegese das normas do direito substantivo³⁵, e assim as partes decidem tornar certo o direito incerto³⁶. A incerteza compõe aqui o segundo elemento essencial;

²⁷ LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil: Anotado*. Vol 1: artigo 1º a 361º. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 560.

²⁸ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 523

²⁹ LEBRE DE FREITAS; ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 560.

³⁰ DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2016, p. 144.

³¹ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2013, p. 45.

³² MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 523.

³³ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 830

³⁴ PRATO, Enrico Del. *La Transazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 22-23.

³⁵ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 829.

³⁶ CARAMUJO, *ob. cit.*, p. 8.

Classificamos o conflito de interesses como pressuposto básico do contrato de transação e a incerteza e as concessões recíprocas como elementos essenciais do contrato de transação. E a falta quer pressuposto quer dos elementos essenciais descaracteriza o contrato de transação.

Uma minoria da doutrina brasileira trata o contrato de transação no espectro processual de uma *forma ampla*³⁷, afirmando que também se poderá designar como transação a submissão (confissão) do réu quanto ao pedido do autor, bem como as situações em que o autor desiste do pedido e os casos de compromisso arbitral, casos estes que ao invés de terminar o litígio apenas limita a forma em que este resolverá. Nós discordamos desta opinião³⁸.

Por vezes, as partes procedem ao contrato de transação *não* por “vontade”, mas sim por “necessidade”³⁹, em muitos casos um dos contraentes não fica contente com a solução obtida através da transação, mas em razão da incerteza relativamente ao conteúdo da decisão tomada pelo juiz (se a decisão será favorável à sua pretensão ou não), da morosidade dos tribunais e das necessidades de se alcançar uma rápida solução, a “livre vontade” se transtorna em uma “necessidade”. Contudo, isto não quer dizer que esta necessidade retire a própria caracterização do contrato de transação, antes pelo contrário, o caracteriza.

Em função disto, encontramos aqui uma clara nota de *disponibilidade do processo* atribuída às partes⁴⁰.

3.2 Liberdade negocial no âmbito do processo

O novo Código de Processo Civil brasileiro (art. 190 e 200) traz um novo modelo dogmático, que permite uma ampla negociação no âmbito do processo⁴¹, permitindo assim um grande rol de negócios jurídicos processuais *típicos* e *atípicos*. Prevê, por exemplo, os acordos e contratos que têm por objeto a faculdade, o ônus, os deveres e os poderes processuais são estes os negócios jurídicos-processuais atípicos os quais têm como finalidade alterar a marcha processual⁴². Este novo modelo de contratualização processual advém, de uma influência, do direito francês⁴³ e marca a moderna conceção adotada pelo novo CPC brasileiro.

O contrato de transação como negócio jurídico processual pode ser classificado como um *negócio jurídico processual típico*, pois seu objeto é verdadeiramente o objeto do litígio,

³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1 – Teoria Geral do Processo. 5ª ed. e-book. São Paulo: RT, 2016, p. 53; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento comum. 56.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense, 2016, p. 1035.

³⁸ Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 523; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: editora JUSPODIVM, 2016, p. 167.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2016, p. 80.

⁴⁰ PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 14.

⁴¹ DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 387.

⁴² DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 385.

⁴³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *ob. cit.*, p. 570.

muito embora seja permitido que os contratos de transação extravasem o objeto do litígio, porém sempre terá a finalidade da obtenção de autocomposição do litígio de forma pacífica.

Estes novos caminhos que marcam esta moderna concepção do processo civil os quais permitem uma ampla liberdade negocial que os atuais Códigos de Processos Civis vêm consagrando tem como raiz o Estado de direito democrático, o qual possui como um dos seus princípios estruturantes o direito de acesso aos tribunais⁴⁴, na sua vertente publicista e na sua vertente privatística as pessoas são também livres para se fazer valer de soluções de autocomposição da lide através dos negócios jurídicos processuais típicos, tais como a transação, a confissão ou a desistência do pedido⁴⁵.

3.3 Momento e forma

A transação pode ser extrajudicial ou judicial, a primeira tem lugar antes do processo judicial iniciar perante a existência de um conflito de interesses que possa resultar em uma futura lide. E quando a transação se der durante qualquer fase do processo⁴⁶, dar-se-á o nome de *transação judicial*. Neste caso, poder-se-á dizer que a transação será *espontânea* quando for realizada pelas partes sem a intervenção de um terceiro ou *estimulada*⁴⁷ quando for realizada através de conciliação ou da mediação.

A tentativa de conciliação⁴⁸ por parte do juiz no sentido de obter um contrato de transação pode ter lugar *em qualquer altura do processo* desde que o magistrado ache oportuno ou ainda a requerimento das partes. Quando a transação resulte de uma conciliação alcançada pelo juiz, será lavrada uma ata a qual o juiz limita-se a homologar a transação por sentença ditada na ata, conforme os termos do contrato realizado através da conciliação (art. 594/1 e 4 CPC/pt e 139, II e IV, 334 CPC/br)⁴⁹.

Durante a pendência de uma ação a transação tem a veste de *negócio jurídico processual*. Poderá ser reduzida a termo no próprio tribunal, na secretaria a simples pedido verbal pelos interessados. Depois de lavrado o termo ou ainda depois de juntar o documento na secretaria do tribunal estes seguem para ser examinados quanto à disponibilidade do direito envolvido, à forma e para averiguar a legitimidade dos que intervieram. Se tudo estiver conforme a lei substantiva e processual seguir-se-á para a homologação da transação por via de sentença, a qual respeitará os precisos termos do contrato. Aqui o *juiz agirá apenas como*

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada*. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 408.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 100; LEBRE DE FREITAS; ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 559-560.

⁴⁶ Cf. art 283 do CPC/pt, no seu n.º 2 afirma que é lícito as partes transigirem em qualquer altura da instância do processo e isto tem por base o princípio da economia processual, o qual nos diz que a finalidade do processo tem de ser atingida com maior economia de meios e que esta economia de meios exige por um lado a resolução de um maior número possível de litígios e por outro que comporte apenas atos e formalidades indispensáveis. LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 203.

⁴⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *ob. cit.*, p. 194.

⁴⁸ Pela negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, enquanto na conciliação há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse, NEVES, *ob. cit.*, p. 82, 83.

⁴⁹ No mesmo sentido, por todos, THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 850, 1035.

um porta-voz dos contraentes, conferindo força de caso julgado à decisão tomada pelas partes que deu fim à relação material controvertida.

As partes têm largas oportunidades para realizar um contrato de transação no decurso de um processo. Podem transigir desde a fase inicial – logo depois da contestação independente da forma (defesa por impugnação ou por exceção, ou, reconvenção) – ou ainda depois da prolação da sentença, desde que esta não esteja transitada e julgada e que a transação realizada não tenha o mesmo conteúdo da sentença⁵⁰.

Embora o juiz não conheça o mérito da causa na sentença homologatória⁵¹, esta terá o mesmo valor de uma sentença de mérito tal como se houvesse sido proferido um juízo de mérito⁵². Nestes casos o processo não realizará o seu curso normal, pois não há decisão pela causa principal⁵³ conforme o direito substantivo aos fatos provados em juízo tal como estava no pedido da petição inicial⁵⁴. Nos casos de transação realizada pelas partes a solução dada por elas para a autocomposição do litígio pode nem sequer *estar em conformidade com a resolução da causa específica* ou nem estar em *correspondência com o pedido*, pois este é um ato de natureza contratual o qual respeita o princípio da liberdade contratual o que se traduz na liberdade das partes em fixa o conteúdo do contrato conforme sua liberdade e autonomia privada⁵⁵, por isto nada impede que um contrato de transação verse sobre aspetos que estejam fora dos limites do objeto do litígio⁵⁶, desde que respeite sempre as regras e as formas da lei substantiva relativamente ao núcleo da obrigação em que o contrato de transação verse.

Por esta razão dir-se-á que apesar de a sentença homologatória não conter um conteúdo decisório e jurisdicional do objeto do litígio – pois não chega ao mérito do negócio jurídico realizado entre as partes⁵⁷ – será o instrumento que irá conceder a força e a autoridade com carácter público de que a transação irá precisar, dado que a transação realizada durante a pendência de uma ação, faz caso julgado do pedido, constitui título executivo e extingue ou modifica a demanda⁵⁸.

A transação extrajudicial não necessita de ser homologada por sentença para que constitua título executivo bastará apenas a feitura de um documento particular autenticado. Esta exigência constitui precisamente uma recente alteração nos Códigos de Processo Civil português e brasileiro (703/1/b) do CPC/pt e 784/IV do CPC/br). Porém, sem a proibição de uma eventual homologação judicial da transação, caso as partes requeiram, com a finalidade

⁵⁰ NETO, Abílio. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. Lisboa: Ediforum, 2015, p. 347. (AC.RL, de 24/06.2004 – Enquanto a sentença não transitar e julgar esta tem valor provisório, sendo legítima a homologação de sentença de transação ou de desistência).

⁵¹ Também nestes casos se segue uma sentença de mérito, mas com natureza meramente homologatória, pois o tribunal limita-se a verificar se as partes no negócio jurídico eram capazes e tinham legitimidade para se ocupar do objeto negocial, bem como se este era disponível. Havendo homologação, a sentença é proferida em conformidade com a vontade das partes e não mediante aplicação do direito objetivo aos factos provados, isto é, tutelando o direito subjetivo ou o interesse juridicamente protegido que, em decorrência desses factos, se verifique existir (LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 43).

⁵² LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 822; DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 698; THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 1035.

⁵³ ANTUNES VARELA; MIGUEL BEZERRA; SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 663

⁵⁴ LEBRE DE FREITAS; ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 571.

⁵⁵ ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 229; MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 102.

⁵⁶ DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 744.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 1067.

⁵⁸ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 823; THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 1067.

de encerrar os conflitos por uma solução amigável e célere contribuindo para uma maior efetividade da tutela jurisdicional⁵⁹.

3.4 A posição do juiz perante uma transação

O novo CPC brasileiro possui como um dos seus princípios estruturantes a solução consensual dos conflitos. Reza o art. 3, § 3 que estas soluções têm que ser estimuladas pelos juízes, advogados e pelos membros do Ministério Público. Tais acordos podem existir mesmo no âmbito do processo de execução⁶⁰. Tal fomento para as soluções consensuais da lide também não ficou de fora da recente alteração do CPC português em 2013. O artigo 594 diz que por iniciativa das partes ou quando que o juiz considere oportuno, este tem que presidir a tentativa de conciliação de forma ativa e na tentativa da obtenção de uma solução equitativa e adequada, este imperativo da nossa lei processual significa que o juiz deve incentivar a autocomposição do litígio de forma pacífica.

Em termos substanciais, a sentença homologatória do contrato de transação em nada acrescenta ao contrato, pois o conteúdo da sentença homologatória decorrerá nos precisos termos decididos pelas partes por acordo a intervenção estatal tem o objetivo de confirmar e garantir que a decisão tomada entre as partes seja cumprida⁶¹. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, «o valor da sentença que homologa uma transação é semelhante ao valor de uma sentença declaratória»⁶². Ao juiz incube a tarefa de verificar a *validade da transação* enquanto negócio jurídico⁶³.

Por fim, função de tutela judiciária é a de outorgar autoridade de caso julgado ao acordo celebrado pelas partes e por isso mesmo não fica aqui subtraído totalmente o princípio do monopólio estadual da função jurisdicional. Em primeiro lugar, este mecanismo trata-se de uma «administração da Justiça alternativa», tendo em conta que os tribunais poderiam resolver o litígio e em segundo lugar não estão totalmente desligados do sistema estadual da administração da justiça, pois poderá em algum momento estabelecer ligações com os órgãos judiciais⁶⁴, v. g., por via do recurso de revisão de sentença.

⁵⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 47ª ed. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense, 2016, p. 109.

⁶⁰ DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 167.

⁶¹ DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 167; BUENO, Cassio Scarpinnella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 358, 428.

⁶² THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 37), p. 1067.

⁶³ LEBRE DE FREITAS, José. *Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 61; PIMENTA, *ob. cit.*, p. 15.

⁶⁴ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 833.

3.5 Capacidade

Para ser parte de um processo exige que as partes possuam *personalidade judiciária*⁶⁵ (art. 11 CPC/pt), porém não basta apenas que as partes tenham personalidade judiciária, será necessário que ambas possuam *capacidade judiciária*⁶⁶, a qual consiste na possibilidade de estar, por si, em juízo e assim poder exercer a sua capacidade de exercício de direitos (art. 15 CPC/pt). No caso de falta da capacidade judiciária, as partes devem estar devidamente representadas ou então autorizadas pelos seus representantes legais (art. 16 CPC/pt)⁶⁷.

O CPC/pt no art. 12, alarga a *extensão da personalidade judiciária*. Deste modo, em muitas situações não se encontrará a correspondência entre a capacidade de exercício de direito e a personalidade judiciária. Isto significa que o legislador português achou por bem, e por razões práticas, atribuir personalidade judiciária a entidades que não tenham personalidade jurídica. Desta forma, mesmo as entidades que não sejam «pessoas (humanas ou coletivas), podem ser condenadas ou absolvidas de pedidos»⁶⁸. Para tanto, é necessário que as partes sejam legítimas para que o juiz conheça o mérito da causa. Para identificar se as partes possuem *legitimidade processual*⁶⁹, em um determinado processo, tem-se que averiguar se o autor tem interesse direto em demandar e se o réu tem interesse direto em contradizer⁷⁰. Isto significa: ter efetiva titularidade da *res litigiosa*⁷¹.

Concluimos assim que autor e o réu podem transigir desde que sejam os titulares dos direitos em causa⁷² e aptos para os alienar⁷³. Além da capacidade genérica para os atos da vida civil, para se tornar um dos contraentes em um contrato de transação, as partes devem possuir *especial capacidade para alienar os seus direitos*⁷⁴, visto que não existe contrato de transação sem este elemento.

⁶⁵ «Personalidade judiciária consiste, assim na possibilidade de requerer ou de contra si ser requerida, em próprio nome, qualquer das providências de tutela jurisdicional reconhecidas em lei». ANTUNES VARELA; MIGUEL BEZERRA; SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 108.

⁶⁶ «Capacidade Judiciária, corresponde na relação processual à capacidade de exercício de direitos no âmbito do direito civil, consiste na possibilidade de estar, por si mesmo, em juízo. Assim ocorre com os cidadãos maiores, homens ou mulheres, nacionais ou estrangeiros, que não só podem ser partes na ação, mas que podem estar diretamente em juízo, por si mesmo ou por meio de representantes por eles escolhidos. São pessoas que gozam da assim chamada *legitimatío ad processum*». ANTUNES VARELA; MIGUEL BEZERRA; SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 117, 118.

⁶⁷ No mesmo sentido do artigo, ANTUNES VARELA; MIGUEL BEZERRA; SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 117.

⁶⁸ REMÉDIO MARQUES, J.P. *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora/ Wolters Kluwer, 2010, p. 354.

⁶⁹ «Legitimidade processual exprime a posição concreta por quem é parte numa causa perante um conflito de interesses que aí se discute e se pretende resolver». REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, p. 372.

⁷⁰ Ter interesse direito em demandar significar ter utilidade na procedência da ação e ter interesse em contradizer significa ter prejuízo direto na procedência da ação. Por todos, REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil: anotado*. Vol. 1. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948, p. 71.

⁷¹ JOSÉ CAPELO, Maria. *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 152.

⁷² PRATO, *ob. cit.*, p. 61, 69.

⁷³ PEREIRA, *ob. cit.*, p. 508

⁷⁴ PEREIRA, *ob. cit.*, p. 509; THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 37), p. 1035.

A própria letra da lei, tanto em Portugal⁷⁵ como no Brasil⁷⁶, impõe uma limitação expressa aos representantes dos incapazes, dos ausentes, dos interditados, das pessoas coletivas e das sociedades. Quanto à possibilidade de os *representantes legais* transigirem em nome dos seus representados, o legislador achou por bem limitar a transação apenas nos precisos termos das suas atribuições ou ainda mediante uma autorização judicial⁷⁷. Esta limitação surge no sentido de conferir proteção ao patrimônio e aos interesses das pessoas jurídicas representadas em função de uma possível dilapidação do patrimônio por má administração⁷⁸. Já os *mandatários judiciais* carecem de uma autorização expressa no mandato para transigir, a procuração forense tem que conter uma menção expressa sobre os poderes para transigir sob pena de extravasar os poderes nela conferidos (art. 291 CPC/pt)⁷⁹.

3.6 Objeto e limites

O contrato de transação tem como objeto a prevenção ou o intuito de pôr termo em um conflito de interesses através de mútuas concessões de direitos patrimoniais de caráter privado, seja de natureza real ou obrigacional. Possui como limite os direitos indisponíveis⁸⁰, tais como os relativos à *capacidade* e aos *estados das pessoas*, aos considerados *direitos de família puros*, como, p. ex., o estabelecimento da paternidade e a validade de casamento, os *direitos personalíssimos*, p. ex., o direito à honra e o direito à vida, bem como as *matérias de ordem pública*, os *bons costumes* e as *coisas que estão fora do comércio*⁸¹.

As concessões realizadas pelas partes têm por base a disponibilidade da própria relação material controvertida. Nos casos em que esta disponibilidade conheça restrições no âmbito do direito substantivo, a esfera processual, por conseguinte, também conhecerá destas mesmas restrições⁸². A este propósito cabe aqui fazer uma ressalva: existem matérias que são indisponíveis *em absoluto* e outras, tão somente, *relativamente indisponíveis*. No âmbito do direito da família é vedada a possibilidade de transação devido à sua grande importância e interesse. Quando muito, será a própria lei que imporá limites às concessões realizadas. Aos direitos de família puros não se admite a transação, justamente por causa da indisponibilidade destes direitos, como, p. ex., a validade do casamento e a perfilhação. Para o Código Civil português, será relativa a indisponibilidade nos casos de *direito de prestação de alimentos* (art. 2006 e 2012) e partilha de herança, dado que é permitido um acordo entre os interessados. No direito brasileiro também será permitida a transação para as hipóteses de direito de prestação de alimentos. Contudo, embora seja permitida a transação para a determinação do valor da prestação de alimentos (o *quantum* da prestação não faz coisa

⁷⁵ Cf. art. 287 do CPC português e artigo 94, n.º 3 e 4 do CC português.

⁷⁶ Art. 1748 e 1774 do CC brasileiro, os quais são aplicáveis à transação também no âmbito processual. Ver também o art. 163 §6º, III da Lei n.º 11.101/2005 que Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

⁷⁷ REIS, *ob. cit.*, p. 402.

⁷⁸ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 525; VENOSA, *ob. cit.*, p. 318.

⁷⁹ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 525; VENOSA, *ob. cit.*, p. 318.

⁸⁰ LEBRE DE FREITAS; ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 568.

⁸¹ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 524; PEREIRA, *ob. cit.*, p. 510; THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 37), p. 1035. Cf. art. 202, 1249 CC/pt, 289 CPC/pt e 841 CC/br

⁸² PIMENTA, *ob. cit.*, p. 14.

julgada, mas o dever de pagar sim⁸³), não será permitida uma renúncia ao direito de prestação de alimentos, pois se trata de um direito indisponível que visa garantir o sustento de uma das partes.

Como já foi dito, nem toda relação material controvertida comporta soluções de autocomposição dos litígios por livre e espontânea vontade das partes. No âmbito do *Direito Penal* as normas versam sobre o direito à liberdade. Em Portugal está vedada a possibilidade de uma autocomposição do litígio por via da transação. Já no Brasil é permitida a transação no âmbito do Direito Penal, porém apenas é admitida os crimes de pequena e média criminalidade⁸⁴, conforme dispõe a lei n.º 9.099/1995. Aqui a transação penal se baseia em três fatores fundamentais. O primeiro é ligado a conceitos criminológicos relacionados com as soluções amigáveis entre a vítima e o autor do crime. O segundo está intimamente ligado com a necessidade de penas que não sejam portadoras de estigmas. Por fim, o terceiro e último fator está ligado ao processo penal e tem a finalidade de estimular uma ativa participação do Ministério Público na concretização da política criminal⁸⁵. Uma análise mais detida não poderá ser empreendida neste trabalho por estender os limites inicialmente propostos. Certo é que os fundamentos primeiros e os sentidos últimos desta modalidade de transação obedece a mesma teleologia e consideração político-jurídica que o contrato de transação civil.

Finalmente, resta uma breve menção ao contrato de transação no âmbito do *direito administrativo e fiscal*. Os representantes do poder público não têm autorização para transigir sobre os direitos de interesses público, salvo autorização prévia e expressa por lei ou por regulamento⁸⁶. No direito brasileiro, a *lei tributária* permite expressamente a possibilidade de as partes procederem ao contrato transação⁸⁷. Esta eventualidade se mostra interessante, pois aqui se encontra uma possibilidade de consenso em uma *obrigação imposta pelo Estado*. Para proceder a um contrato de transação, o agente administrativo deverá atender à melhor solução para os interesses estaduais segundo condições previamente traçadas e delimitadas, tendo em vista a incerteza da decisão e a imprecisão em que se encontra o litígio⁸⁸.

Em suma, a transação é um contrato que se destina a dirimir um conflito de interesses através da criação de uma situação jurídica diversa da que foi objeto do conflito *ab initio*. É possível afirmar que a transação tem um conteúdo complexo, com *duas finalidades*: tendo como *primeiro efeito* a autocomposição do litígio e como *segundo efeito* a criação de uma nova figura jurídica mediante concessões recíprocas efetuadas pelas partes⁸⁹.

⁸³ VENOSA, *ob. cit.*, p. 317; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 524

⁸⁴ DONIZETTI, *ob. cit.*, p. 146.

⁸⁵ PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. Coimbra: Almedina, 2015, p.195, 196

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3 – (Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados). 2ª ed. e-book. São Paulo: RT, 2016, p. 48; PEREIRA, *ob. cit.*, p. 317.

⁸⁷ Lei n.º 5.172/1966, art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso

⁸⁸ REIS, *ob. cit.*, p. 402; ARAUJO, Nadja. *Transação Tributária: Possibilidade de consenso na obrigação imposta*. Porto Alegre: Nuria Fabris editora, 2009, p. 99.

⁸⁹ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 821.

3.7 Efeitos

Para a autocomposição da lide prevalece o princípio da autonomia privada⁹⁰ e a liberdade negocial. Nesta medida não é necessário que o conteúdo do contrato seja limitado ao objeto do processo que originou a lide. Este contrato pode envolver um sujeito estranho ao processo, bem como versar sobre uma relação jurídica estranha à lide. O contrato de transação tem como *efeito principal* a resolução do litígio e como *efeitos acessórios* a constituição, a modificação e a extinção dos direitos que lhe são instrumentais⁹¹.

A sentença homologatória da transação *não é condição de validade necessária* do ato jurídico celebrado entre as partes, apenas visa garantir força de caso julgado⁹² atribuindo um novo estatuto, dando-lhe a veste de *ato processual* e revestindo o ato com *força de executoriedade*⁹³.

A garantia do título executivo é um dos principais efeitos erigidos provenientes do contrato de transação. Constitui uma garantia do cumprimento das pretensões dos contraentes, da mesma forma que lhe seriam asseguradas por uma decisão de mérito de um tribunal.

Outros efeitos importantes gerados pelo contrato de transação no âmbito do processo são: a *extinção do processo*, pois a transação que verse sobre todo o pedido da causa faz cessar a causa nos precisos termos em que for efetuada e a *modificação do pedido* ou – no direito brasileiro – a redução da demanda⁹⁴, para os casos em que a transação trate apenas parcialmente do pedido. Nestes casos o processo continua em relação à parte restante e, por conseguinte, a homologação da transação não irá atingir o mérito da causa, mantendo ainda a relação material controvertida, dado que houve apenas uma modificação do pedido inicial.

Após a homologação da sentença, caso esta verse sobre todo o pedido, dar-se-á a extinção do processo (487, III, b) CPC/br)⁹⁵. Por outro lado, quando a transação envolva apenas parte do pedido, a homologação judicial não implicará a extinção do processo, apenas uma mudança do pedido (redução da demanda)⁹⁶. Por essas razões Teixeira de Sousa faz uma diferença entre “*transação quantitativa*” – nos casos em que as concessões recíprocas versam apenas sobre o *quantum* do objeto, traduzindo numa modificação do pedido – e “*transação novatória*” – quando as concessões recíprocas se traduzem em uma modificação, constituição ou extinção de direitos diversos do objeto do litígio⁹⁷.

O que se pretende dizer ao afirmar que a instância se extingue com a sentença homologatória de transação é que com a homologação da sentença a transação faz com que o objeto da lide adquira força de caso e julgado, o que significa um impedimento a ambas as partes de voltar ao tribunal com o *mesmo pedido* e a mesma *causa de pedir* que originou a

⁹⁰ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 99.

⁹¹ MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 525.

⁹² DONIZETTI, *ob. cit.*, p. 628; VENOSA, *ob. cit.*, p. 316

⁹³ THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 59), p. 108.

⁹⁴ Art 284 do CPC português e no mesmo sentido a doutrina e o CPC brasileiro, por todos, DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 587; THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 37), p. 832.

⁹⁵ E no mesmo sentido do Código caminha a doutrina brasileira. Por todos, DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 743; THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 37), p. 1030.

⁹⁶ DIDIER Jr., *ob. cit.*, p. 744.

⁹⁷ Teixeira de Sousa *apud* LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 820.

instância, ou seja o objetivo aqui é tornar incontestável a decisão tomada entre as partes e ratificadas pelo juiz⁹⁸.

3.8 Nulidades e anulabilidades

As nulidades e anulabilidades do contrato de transação são as mesmas possíveis e previstas para os negócios jurídicos (art. 285 CC/pt) e para os contratos em geral⁹⁹. A validade do contrato de transação no âmbito jurídico-processual depende da sua correspondência com o direito substantivo, relativamente à forma do negócio jurídico celebrado e a respetiva legalidade para a alienação do direito *ad causam*. A transação é um *negócio jurídico de justiça privada* e independentemente do momento em que se constitua, não perde a sua *natureza jurídica contratual*.

Porém, apesar da sua natureza contratual, é vedada a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento das obrigações mediante vontade de apenas uma das partes. Este entendimento decorre do próprio sentido do instituto da transação: prevenir ou pôr termo à lide. Desta forma, não se deve admitir a possibilidade de repristinação da obrigação anterior em razão do incumprimento do “novo” contrato¹⁰⁰. Neste sentido, tanto a transação judicial, como a transação extrajudicial – desde que possua fé pública (autenticada por notário ou por autoridades competentes) – constitui título executivo e garantia de execução do contrato.

Segundo o regime do Código Civil português (art. 1248), não se afigura legítimo aceitar a resolução do contrato através da vontade de apenas um dos contraentes tendo em conta que a transação é um negócio jurídico que implica recíprocas concessões e que uma tal aceitação ofenderia as legítimas expectativas das partes. Por seu turno, o Código Civil brasileiro (art. 849), muito acertadamente, afirma expressamente que a transação só pode ser anulada por dolo, coação ou erro essencial que verse sobre pessoa ou objeto.

Entendemos que a resolução do contrato *por parte de apenas um dos contraentes não é válida*, mesmo nos casos em que a sentença da transação ainda não foi homologada. Assim, defendemos, que apenas uma nova ação ou mediante ao pedido de revisão de sentença é que será possível o pedido de nulidade ou anulabilidade da transação. Tomando em conta que estas hipóteses só poderão ser invocadas com fundamento em um vício de consentimento, erro de fato ou por falta de legitimidade para proceder ao ato¹⁰¹.

Porém, se ambos os transatores decidirem revogar a transação, voltando a existir a obrigação antiga, poder-se-á admitir a revogação do contrato, pois ambos os contraentes decidiram em conjunto e por livre vontade restabelecer a obrigação anterior.

A autoridade de caso julgado e a força executiva que está por trás do contrato de transação seja ele judicial ou extrajudicial, torna o seu conteúdo imutável e indiscutível. Porém, não impede que o negócio jurídico entre as partes seja anulado ou declarado nulo em

⁹⁸ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 825

⁹⁹ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 817.

¹⁰⁰ Em sentido oposto, Brandão Proença *apud* LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 817.

¹⁰¹ Neste mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 37), p. 1036; DONIZETTI, *ob. cit.*, p. 628.

ação própria como ocorre com os negócios jurídicos em geral (art. 291 CPC/pt e art. 966§ 4 do CPC/br)¹⁰².

Caso seja invocada nulidade da transação com o fundamento apenas em falta de legitimidade para proceder a transação por parte do mandatário judicial, por não ter procuração com poderes especiais para transigir, o mandante será notificado e se nada disser contra a transação realizada pelo mandatário a nulidade será suprida (291/3 CPC/pt), no Código de Processo Civil português anterior era necessário que a parte recorresse a uma impugnação por recurso, com o fundamento de falta de legitimidade do mandatário, hoje o nosso novo Código simplificou, basta que o mandante declare por requerimento que não ratifica o ato do mandatário¹⁰³.

3.9 Recurso e impugnação do contrato de transação

O contrato de transação é impugnável nos mesmos termos daqueles previstos aos negócios jurídicos em geral, assim como a outros atos da mesma natureza¹⁰⁴. A sentença homologatória pode ser objeto de revisão¹⁰⁵ quando se verifique nulidade ou anulabilidade oriunda do contrato de transação em que a sentença homologatória se fundou¹⁰⁶.

A ação de impugnação de um contrato de transação pode servir de fundamento para um pedido de revisão de sentença, porém o recurso de revisão de sentença pode ser requerido sem a declaração de nulidade ou anulabilidade do contrato de transação por sentença¹⁰⁷ de maneira independente. Pois o objeto do pedido do recurso de revisão será a decisão transitada em julgada, o qual se destina a impugnação da sentença e não a uma reapreciação do pedido por um tribunal superior¹⁰⁸. Por esta razão, podemos dizer que o recurso de revisão de sentença comporta-se verdadeiramente como uma nova ação tendo uma nova causa de pedir¹⁰⁹.

Este recurso de revisão de sentença deve ser apresentado com o intuito de alegar a existência de um vício ou de um erro no contrato de transação o qual conduziu a decisão tomada pelo tribunal. O recurso de revisão, ou a denominada ação rescisória no Brasil, é o instituto adequado para impugnar uma sentença homologatória de transação, sem a necessidade de uma prévia ação de impugnação do contrato. Esta desnecessidade, de uma dupla impugnação, tem o seu fundamento no princípio da economia processual¹¹⁰, o qual impõe que o resultado processual deve ser atingido através de uma maior economia dos atos

¹⁰² No mesmo sentido do Código, THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.* (n.º 59), p. 98.

¹⁰³ LEBRE DE FREITAS; ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 575.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 572. Cf. art 291/1 do CPC/pt; art 285 e ss do CC/pt e art 849 do CC/br.

¹⁰⁵ No Brasil a revisão de sentença é chamada de ação rescisória pois este é o meio cabível para combater a coisa julgada. Cf. art 966 e ss do CPC/br. Pela doutrina, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3 – Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13ª ed. Salvador: editora JUSPODIVM, 2016, p. 485.

¹⁰⁶ Como é previsto expressamente no art. 696/1 d) CPC/pt e art. 966 CPC/br.

¹⁰⁷ Antes de 2003 era necessário uma declaração prévia de nulidade ou anulabilidade do contrato de transação por sentença transitada e julgada como fundamento do pedido de revisão de sentença homologatória do contrato de transação. LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 827.

¹⁰⁸ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 827.

¹⁰⁹ DIDIER Jr.; CUNHA, *ob. cit.*, p. 445, 472. Neste mesmo sentido o artigo 696, d) do CPC/pt e 966 do CPC/br.

¹¹⁰ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 828.

processuais¹¹¹. De fato, a exigência deste pressuposto para a revisão de sentença é um excesso desnecessário de atos processuais, pois a procedência da “ação” de revisão de sentença, daria o mesmo resultado da ação de declaração de nulidade ou de anulabilidade, dado que o resultado obtido e querido pelo recorrente, muito embora, ser a revogação da sentença homologatória é a volta do *status quo ante*.

Concluimos assim que ainda hoje existem dois mecanismos de impugnação para o contrato de transação. Ou um *novo processo* com fundamento de uma declaração nulidade ou anulabilidade, mediante um processo declarativo comum, ou por meio do *recurso de revisão de sentença*¹¹². O tribunal competente para conhecer o recurso extraordinário de revisão é o próprio tribunal que proferiu a homologação da transação, pois o que se quer aqui não é uma reapreciação do pedido por um tribunal superior, mas a revogação da sentença homologatória.

O prazo para a propositura do pedido é de 60 dias contados a partir do conhecimento do fato, desde que não tenha passado mais de 5 anos da sentença transitada em julgada (art. 697/1 CPC/pt). O trâmite do recurso extraordinário de revisão de sentença é o mesmo do processo declarativo comum. Após a admissão do recurso, o recorrido tem 20 dias para exercer o contraditório.

Caso se verifique a procedência de algum dos pedidos, a sentença homologatória será revogada e o objeto do litígio que originou a transação será novamente instruído e julgado, sendo resguardando, em todo o modo, a parte do processo que não foi prejudicada pelo vício (art. 697 a 701 CPC/pt), como já vimos no caso da sentença homologatória de transação não houve um verdadeiro juízo de mérito por isso em bom rigor não haverá um “novo” julgamento, pois embora de mérito a decisão não conheceu o mérito da ação¹¹³.

No Brasil existe o instituto de agravo de instrumento que é o recurso cabível contra decisão interlocutória¹¹⁴, assim quando a transação verse apenas sobre parte do pedido será cabível o agravo de instrumento, tendo provimento o agravo será resposta a parte em que tinha sido objeto da transação parcial¹¹⁵.

Tem legitimidade para propor um recurso de revisão os contraentes, o ministério público e terceiros interessados, como é o caso dos credores prejudicados¹¹⁶. Os credores prejudicados podem recorrer também ao instituto da impugnação pauliana e sendo a impugnação procedente não será necessário recorrer ao recurso extraordinário de revisão, pois a própria impugnação pauliana provocará a ineficácia do contrato¹¹⁷.

¹¹¹ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.* (n.º 31), p. 203.

¹¹² DIDIER Jr.; CUNHA, *ob. cit.*, p. 430; LEBRE DE FREITAS; ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 574.

¹¹³ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 828.

¹¹⁴ No CPC-1973, a decisão interlocutória era o pronunciamento do juiz que resolvia uma questão incidente. No CPC-2015, a definição de decisão interlocutória passou a ser residual: o que não for sentença é decisão interlocutória. Se o pronunciamento judicial tem conteúdo decisório e não se encaixa na definição do § 1º do art. 203, é, então, uma decisão interlocutória. DIDIER Jr.; CUNHA, *ob. cit.*, p. 206.

¹¹⁵ *Idem*, p. 213.

¹¹⁶ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 829; DIDIER Jr.; CUNHA, *ob. cit.*, p. 485.

¹¹⁷ LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 829.

4 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO

O contrato de transação possui grande importância para as relações comerciais. Contudo, a comum utilização da expressão transação no âmbito das relações comerciais não condiz com a sua precisa significação *stricto sensu*, ou no seu sentido técnico. Fernando de Gravato Morais, se manifestou no mesmo sentido, embora venha a admitir um significado mais alargado. «O epíteto “transacção” não tem o sentido dado nos arts. 1248º e segs. do Código Civil (ou nos arts. 293 e segs. do CPC), ou seja, o “o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões”. Fora deste casos, o vocábulo é pouco utilizado na lei. Veja-se, por exemplo, o art. 3º, n.º 1, alínea d), do já revogado DL n.º 272/87, de 3/7, relativo às vendas ao domicílio, por correspondência, em cadeia e forçadas. De todo o modo, assinala-se que a transacção tem, para nós, o significado amplo de acto, sem se restringir ao seu uso corrente, não técnico (isto é, à compra e venda)»¹¹⁸.

O que pretendemos assinalar aqui é que a natureza jurídica do contrato de transação não é a de um contrato comercial, ou seja, não retira a sua natureza jurídica do direito substantivo comercial. Conforme o art. 2º do Código Comercial português, os atos do comércio¹¹⁹ podem ser atos objetivos ou subjetivos¹²⁰. Os primeiros são atos e negócios jurídicos previstos na lei comercial enquanto os segundos são todos os atos praticados por comerciantes¹²¹, desde que não sejam de natureza exclusivamente civil e que exista algum nexo de ligação com a sua atividade comercial¹²².

Dado o exposto, entendemos que o contrato de transação possui uma *natureza exclusivamente civilística*, em virtude do seu pressuposto básico (o conflito de interesses ou o litígio) e que dos seus elementos essenciais (a incerteza do direito e as concessões recíprocas), entendemos que o contrato de transação mesmo quando realizado entre comerciantes não possui o seu nexo de ligação com a atividade comercial, mas, antes pelo contrário, quando as partes realizam o contrato de transação, procedem a este contrato com a finalidade de pôr termo à algum conflito de interesse ou à uma lide já constituída.

Deste modo, ainda que o contrato de transação seja praticado por comerciantes a transação, de cunho civilística, não será caracterizada como um negócio de natureza jurídica comercial. Neste caso, diremos que o contrato de transação operará apenas uma *função prático-instrumental*¹²³, atuando como um negócio jurídico-processual típico, não podendo, portanto, ser qualificado como um contrato de natureza comercial.

¹¹⁸ MORAIS, Fernando de Gravato. A tutela do credor perante o atraso no pagamento de transacções comerciais. *Scientia Iuridica*, T. 54, n.º 302, 2005, p. 275.

¹¹⁹ «atos do comércio são, grosso modo, operações de trocas realizadas, com escopo lucrativo, por empresas (singulares ou coletivas), previstas enquanto tal na lei comercial». DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Direito Comercial da Empresas: apontamentos teórico-práticos*. 2ª ed. Lisboa: Editora Juruá, 2015, p. 37.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ «Comerciante é um empresário comercial, quando exerce uma atividade comercial, rectius, a partir do momento que se propõe exercer uma atividade comercial prevista na lei comercial, nomeadamente no art. 230º». *Idem*, p. 46.

¹²² DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p.38

¹²³ «o direito processual civil regula apenas os meios necessários para, a partir do direito privado, se alcançar a solução concreta do conflito levantado entre as partes ou para se dar a realização efetiva ao direito violado» (PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 8).

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios de autocomposição de litígios têm alcançado cada vez mais um maior destaque no momento de realização da justiça. A exigência de uma solução rápida e eficaz para um conflito tem reclamado respostas mais ágeis da ordem jurídica. Muitas vezes os meios tradicionais de resolução de litígios não conseguem acompanhar as demandas impostas pela velocidade do atual sistema social. Neste contexto, o contrato de transação assume um papel privilegiado, adquirindo uma grande importância social, votado à finalidade de resolução de conflitos. Este contrato possibilita a paz social entre o autor e o réu. Nele, especialmente, não existem vencedores nem perdedores, pois são as próprias partes que mutuamente acordam os termos da (re)solução. A solução alcançada pela transação promove a economia processual, assim como uma maior economia para a máquina estadual.

Como já sublinhado, dentre a previsão e evolução dos contratos, a transação possui uma característica peculiar: *a não erosão diante do tempo*. A transação foi e é empregada para os mesmos efeitos desde o direito romano. Prova disto são as recentes reformas dos “novos” Códigos de Processo Civil português e brasileiro. Neles não encontramos grandes modificações no contrato de transação. As normas respeitantes à transação, em ambos os ordenamentos, permanecem inalteradas, constatando-se apenas uma pequena alteração em sua localização sistemática, porém – como já há muito se tem mantido – sem qualquer interferência no sentido, na definição, no pressuposto, na capacidade, nos elementos essenciais e no próprio contexto deste autêntico contrato.

Perante o caminho percorrido, nomeadamente à luz do direito comparado luso-brasileiro, mas também perante diversos ordenamentos jurídicos tais como Itália, França, Alemanha e Espanha, foi interessante constatar e com isso será possível concluir que a estrutura do contrato da transação é praticamente a mesma em todos os ordenamentos jurídicos em todo os países de *civil law*.

Para finalizar, vale a pena citar as palavras de Manuel Soares Caramujo que expressam todo o sentido exposto no texto, bem como a verdadeira essência da transação, «[p]or isso opinam unanimemente tanto os legisladores como os filósofos, e os litigantes também, ser preferível um acordo modesto a uma sentença opulenta»¹²⁴.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANTUNES VARELA, João de Matos; MIGUEL BEZERRA, José; SAMPAIO E NORA, José. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2004.
- ARAUJO, Nadja. *Transação Tributária. Possibilidade de consenso na obrigação imposta*. Porto Alegre: Nuria Fabris editora, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

¹²⁴ CARAMUJO, *ob. cit.*, p. 4.

CARAMUJO, Manuel Soares. *Transacção*. Coimbra: dactilografado, 1946.

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. *Direito Comercial da Empresas: apontamentos teórico-práticos*. 2ª ed. Lisboa: Editora Juruá, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. v. 3. 13. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19.ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Atlas, 2016.

JOSÉ CAPELO, Maria. *Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

SANTOS JUSTO, António dos. *Direito Privado Romano*. Vol. II (Direito das Obrigações). 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LEBRE DE FREITAS, José. *Ação Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 6.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

_____. *Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2013.

LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil: Anotado*. v. 1: artigo 1º a 361º. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

LOBO XAVIER, Rita. *Transacção Judicial e Processo Civil*. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. III. Coimbra: Coimbra editora, p. 817-835, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol.1 (Teoria do Processo Civil). 2.ª ed. e-book baseada na 2.ª ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3 (Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados). 2.ª ed. e-book baseada na 2.ª ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2016.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*. Vol III. 11.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MONTERREAL, Ana Alemán. *Sobre la eficacia novatória de lá transacción*. In: VILLAR, Murillo Afonso (Coord.). *Estudios de Derecho Romano en Memória de Benito Mª Reimundo Yanes*. Tomo I. Burgos: Universidad de Burgos, p. 3-13, 2000.

MORAIS, Fernando de Gravato. *A tutela do credor perante o atraso no pagamento de transacções comerciais*. *Scientia Iuridica*, T. 54, n.º 302, p. 271-296, 2005.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8.ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

- NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 19.^a ed. Lisboa: Ediforum, 2016.
- _____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3.^a ed. Lisboa: Ediforum, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III (Contratos). 12.^a ed., revista e atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código civil: anotado*. Vol. 2. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. Coimbra: Almedina, 2016.
- PIÇARRA, Nuno. O contributo da União Europeia para a disciplina jurídica dos prazos de pagamento nas transacções comerciais. A Directiva 2000/35/CE e a sua revisão. *O Direito*, Lisboa, n.º 4, p. 659-679, 2010.
- PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. Coimbra: Almedina, 2015.
- PRATO, Enrico Del. *La Transazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1992.
- REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil: anotado*. Vol. 1. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948.
- REMÉDIO MARQUES, J.P. *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra editora/ Grupo Wolters Kluwer, 2010.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento comum. 56.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense, 2016.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 47.^a ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 2 – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 5.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1 – Teoria Geral do Processo. 5.^aed. e-book baseada na 16.^a ed. impressa. São Paulo: RT, 2016.
- _____. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2 – Cognição Jurisdicional (Processo Comum e Tutela Provisória). 5.^a ed. e-book baseada na 16.^a ed. impressa. São Paulo: RT, 2016.