



LA SEGURIDAD DE LOS ORGANISMOS MODIFICADOS  
GENÉTICAMENTE EN EL ÁMBITO ALIMENTARIO:  
PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Lorena Gallardo

LAS FUENTES DE INDETERMINACIÓN DEL DERECHO:  
UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA

Marisa Iglesias Vila

FORMAS JURÍDICAS DO ENCONTRO COLONIAL:  
VIOLÊNCIA E HIERARQUIAS ENTRE POVOS NO DIREITO  
INTERNACIONAL DO SÉCULO XIX E INÍCIO DO SÉCULO XX

Hugo Luís Pena Ferreira

JULGAR O PASSADO? VERDADE HISTÓRICA E VERDADE JUDICIAL  
NA ADPF 153

Raphael Peixoto de Paula Marques

IMPARCIALIDADE JUDICIAL À BRASILEIRA?

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho

PRÁTICA JURÍDICA NA UNIVERSIDADE PÚBLICA E LOCUS  
FUNCIONAL DOS SEUS PROFESSORES: UM DILEMA AINDA SEM  
ADEQUADA SOLUÇÃO LEGISLATIVA OU ADMINISTRATIVA?

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO LIMITES À REFORMA  
CONSTITUCIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 95/2016

João Paulino de Oliveira Neto

Cid Augusto da Escóssia Rosado

FUNDAMENTOS PELA ABERTURA JURÍDICA AO POLIAMOR:  
LIBERDADE, DEMOCRACIA E PLURALISMO

Ricardo Oliveira Rotondono

O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE BRASILEIRA:  
UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

Dorival Fagundes Cotrim Júnior

INTEGRAÇÃO REGIONAL COMO AMPLIAÇÃO SIMBÓLICA DO  
TERRITÓRIO BRASILEIRO PARA ALÉM DE SUAS FRONTEIRAS

Albert Vinicius Icasatti

Washington Cesar Shoiti Nozu

REVISTA JURÍDICA



## REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

### Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral (UFERSA)

### Editor-Adjunto

Me. Marcelo Lauar 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. 2, n. 3, (jan./jun. 2018) – Mossoró, 2018 –

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

- Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho (UNESP)  
Me. Adriano Barreto Espíndola Santos (USAL, Espanha)  
Me. Arthur Levy Brandão Kullok (FDUC, Portugal)  
Me. Bruna Franceschini (FDUC, Portugal)  
Me. Cristiano Aparecido Quinaia (ITE/SP)  
Dra. Edilene Lôbo (UIT/MG)  
Me. Fernanda Heloísa Macedo Soares (FACEG/GO)  
Me. Francisco Rogerio Madeira Pinto (UnB)  
Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero (UFRJ)  
Dra. Lilian Caporlingua Giesta Cabral (UFERSA)  
Me. Lucas Santos de Almeida (UNISAL/SP)  
Me. Martha Maria Guaraná Martins de Siqueira (UNICAP/PE)  
Dra. Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte Mariz-Nóbrega (UEPB)  
Me. Paulo Esdras Ramos (UMSA, Argentina)  
Me. Rafael Reis Ferreira (FDUC, Portugal)  
Dra. Renata Angeli (UEZO/RJ)  
Me. Rodrigo Antônio Nóbrega Guimarães (Panthéon-Sorbonne, França)  
Me. Tatiana Manna Bellasalma e Silva (UNIFAMMA/PR)  
Me. Victor Hugo Alcalde do Nascimento (UEL)  
Me. Victor Saldanha Priebe (UNISC)  
Dr. Walter Guandalini Junior (UFPR)



## NOTA EDITORIAL

Após a publicação de dois números no ano de 2017, a Revista Jurídica da UFRSA já inicia o ano de 2018 com a divulgação de sua terceira edição. Neste número, dez novos artigos passam a ser apresentados dentro daquele desafio que moveram as ações editoriais da REJUR desde sua fundação: a de promover um intercâmbio científico entre pesquisadores nacionais e internacionais.

A REJUR procura atender na íntegra todos os requisitos formais exigidos pelo Comitê de Área do Direito no âmbito da CAPES, mantendo exogenia superior a 75%, verificada tanto em relação à afiliação de autores quanto aos de seus pareceristas *ad hoc*, bem como pelas contribuições inéditas de doutores, vinculados a programas de pós-graduação *stricto sensu*. Ao lado dessas observações, os editores buscam aprimorar o processo de fluxo contínuo da revista, com rigoroso acompanhamento das avaliações e constante renovação e ampliação de seu quadro de pareceristas, dentro dos critérios de qualidade exigidos por seu corpo editorial. Ainda no ano de 2017, a REJUR foi indexada em quatro plataformas de periódicos científicos: Google Scholar, Latindex, LivRe (CNEM) e Sumário de Revistas Brasileiras.

No ano em que a Constituição Federal de 1988 completa 30 anos de sua promulgação, os artigos que compõem essa edição podem ser compreendidos dentro de um panorama inovador, que refletem nossa experiência constitucional, ao mesmo tempo em que destacam temas como justiça, ensino jurídico e direitos humanos.

Para ampliar a internacionalização da Revista, dois artigos iniciais desta edição são frutos de convite editorial, com as contribuições diretas de pesquisadoras da Argentina e Espanha. No primeiro, a professora Dra. LORENA GALLARDO, vinculada à Universidad Nacional del Nordeste, na Argentina, apresenta o texto *La seguridad de los organismos modificados genéticamente en el ámbito alimentario. Principios fundamentales* e promove uma importante discussão sobre os princípios jurídicos que sustentam o processo de evolução da segurança dos alimentos geneticamente modificados, ao mesmo tempo em que destaca as deficiências e riscos no processo de execução e controle dessas inovações. Em conclusão, a autora defende a necessidade de uma nova construção e regulação dos riscos, que reúnam teorias científicas e técnicas para sua gestão, incorporando valores e interesses da sociedade e segurança alimentícia.

A professora Dra. MARISA IGLESIAS VILA, coordenadora do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito, da Universitat

Pompeu Fabra, de Barcelona, Espanha, discute no texto *Las fuentes de indeterminación del derecho: una aproximación filosófica* se a aparente indeterminação do Direito pode ser justificada para admitirmos o papel incerto do Direito para os mais variados tipos de organização social. A autora registra, a partir de uma reflexão filosófica, que grande parte das ausências de respostas jurídicas, o direito não deixa de exercer outras funções fundamentais para sociedade e, para tanto, promove uma reflexão sobre os principais fatores que se associam ao problema de indeterminação jurídica para examinar, até que ponto esses fatores constituem, de fato, fontes genuínas de indeterminação.

Na sequência, agora com pesquisas nacionais, o Dr. HUGO LUÍZ PENA FERREIRA, da Universidade Federal de Goiás – UFG-Jataí, apresenta o texto *Formas jurídicas do encontro colonial: violência e hierarquias entre povos no direito internacional do século XIX e início do século XX*. No artigo, o autor promove uma inflexão na historiografia do direito internacional público ao questionar o relato tradicional de que sua formação histórica era fruto de ideais de paz entre as nações e igualdade soberana dos Estados. Segundo o autor, os elementos históricos sugerem que no período de consolidação da área como campo autônomo, o direito internacional público abrigou formas jurídicas baseadas em hierarquias culturais e raciais entre os povos, ao mesmo tempo em que foi conivente com o uso da violência contra povos tidos inferiores no contexto de expansão do comércio. Em conclusão, defende que a formação do direito internacional público pode ser melhor compreendida a partir da centralidade do “encontro colonial”, instrumentalizado dentro da categoria de “civilização” e suas formas jurídicas.

No artigo *Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153*, o Dr. RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES traz à tona a inquietante reflexão sobre o ofício do historiador e a relação com a função do juiz. Ao revisitar os argumentos utilizados pelos ministros do STF na ADPF n. 153, que julgou pela constitucionalidade da lei de anistia de 1979 com a Constituição de 1988, o autor aponta que a corte superior, ao judicializar o passado, desconsiderou o verdadeiro sentido das lutas sociais em prol da anistia, e acabou por impor efeitos nefastos sobre a democracia constitucional brasileira no presente, principalmente por não reconhecer o caráter de ruptura que representa a Constituição de 1988 em face do regime de exceção instaurado em 1964 até 1985.

Em seguida, o Dr. ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN DE CARVALHO, no texto *Imparcialidade judicial à brasileira?*, joga luz sobre os pilares da formação da autoimagem da magistratura em torno do grau de autonomia do judiciário, articulada como reação à interferência dos demais poderes. O autor destaca que a independência de juízes e

tribunais pouco tem representado para a afirmação do sentido de liberdade, principalmente quando o déficit de transparência, interferências governamentais e a organização corporativa da magistratura tendem a potencializar o risco da conversão do judiciário em instrumento aristocrático da proteção de redes organizadas por elites políticas e econômicas que se interessam na ampliação e manutenção de seus privilégios. Na prática, os conflitos no âmbito do judiciário caracterizam aquilo que o autor descreve, de forma caricatural, como uma *imparcialidade à brasileira*. Trata-se de uma bela contribuição que dialoga diretamente com a crise institucional que tem marcado a recente história constitucional brasileira.

Com o texto *Prática Jurídica na Universidade Pública e o locus funcional dos seus professores: um dilema ainda sem adequada solução legislativa ou administrativa*, o doutorando RAIMUNDO MÁRCIO RIBEIRO LIMA aborda um aspecto atual do complexo ensino jurídico brasileiro, quando se observa a atuação de professores nos cursos de Direito, em regime de dedicação exclusiva, com lotações nos Núcleos de Práticas Jurídicas – NPJ das instituições de ensino superior públicas. Para o autor, o modelo de atuação desses profissionais pode causar prejuízos quando o profissional não possui experiência profissional na advocacia e, nesse sentido, sugere uma solução intermediária, por meio de projetos de extensão, capaz de harmonizar a atividade do docente profissional com a atuação do profissional docente.

JOÃO PAULINO DE OLIVEIRA NETO e o doutorando CID AUGUSTO DA ESCÓSSIA ROSADO apresentam o artigo *Direitos fundamentais sociais como limites à reforma constitucional: a inconstitucionalidade da EC n. 95/2016*. No texto, os autores discutem se a tese do dirigismo constitucional ainda pode ser válida no sistema jurídico brasileiro no caso de reformas constitucionais que violem direitos sociais fundamentais consagrados pelo próprio texto constitucional. Ao reconhecerem a aplicabilidade da tese, registram que o legislador não possui liberdade para utilizar de sua função para confrontar e desfazer o núcleo fundamental da Constituição, mesmo que por emendas à Constituição. Defendem, ainda, a inconstitucionalidade do art. 110 da EC n. 95, pois ao estabelecer um teto de gastos, promove uma verdadeira desvinculação das receitas constitucionalmente destinadas para a concretização de direitos sociais (saúde e educação), esvaziando-os, ao mesmo tempo em que retira força normativa dos próprios dispositivos norteadores da ação estatal.

A seguir, no artigo *Fundamentos pela abertura jurídica ao poliamor: liberdade, democracia e pluralismo*, o Me. RICARDO OLIVEIRA ROTONDO discute os desafios que as novas formas de família tendem a causar no sistema jurídico nacional. O autor buscou abordar três fundamentos jurídico-políticos para ajustar a interpretação

constitucional pelo reconhecimento do poliamor, ancorando-se no direito à liberdade, aos valores democráticos do Estado e no pluralismo axiológico-cultural.

No artigo *O patriotismo constitucional e a sociedade brasileira: uma visão contemporânea*, o mestrando DORIVAL FAGUNDES COTRIM JÚNIOR apresenta uma discussão conceitual sobre os limites do patriotismo constitucional e sua possível aplicação nos países latino-americanos, ao mesmo tempo em que revisa seus postulados para uma avaliação mais crítica sobre a importação de teorias europeias sem uma adequada contextualização com as realidades nacionais.

Encerrando esta edição, o artigo de ALBERT VINÍCIUS ICASATTI e do Dr. WASHINGTON CESAR SHOITI NOZU, intitulado *Integração regional como ampliação simbólica do território brasileiro para além de suas fronteiras*, destaca de maneira sistemática e analítica os efeitos que as políticas públicas de integração regional entre os países promovem na comunidade, principalmente em relação ao sentimento simbólico de extensão do território nacional para além das fronteiras. A abordagem dos autores é de extrema relevância, principalmente quando observamos os grandes fluxos imigratórios em decorrência de catástrofes naturais ou de causas políticas, que atentam a relação amistosa entre os países e o desenvolvimento econômico-social destas regiões.

Por fim, a REJUR apresenta uma variedade temática que reflete nossas linhas de pesquisa e área de concentração. O diálogo intergeracional entre os pesquisadores e o caráter transdisciplinar dos temas abordados faz da REJUR um excelente local para debates e uma aposta de sucesso para a veiculação de pesquisas que impactam a sociedade em geral.

Desejo uma boa leitura a todos e, mais uma vez, reitero nossos agradecimentos à equipe editorial, Prof. MARCELO LAUAR LEITE e o discente CARLOS LUAN LIMA MACIEL, aos membros permanentes do corpo editorial, e aos inúmeros pareceristas *ad hoc* que atuaram nesta edição.

**PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**  
EDITOR-CHEFE | FEVEREIRO 2018



## SUMÁRIO

LA SEGURIDAD DE LOS ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE EN EL  
ÁMBITO ALIMENTARIO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES | **1-21**

**DRA. LORENA GALLARDO**

LAS FUENTES DE INDETERMINACIÓN DEL DERECHO:  
UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA | **22-47**

**DRA. MARISA IGLESIAS VILA**

FORMAS JURÍDICAS DO ENCONTRO COLONIAL:  
VIOLÊNCIA E HIERARQUIAS ENTRE POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL DO  
SÉCULO XIX E INÍCIO DO SÉCULO XX | **48-69**

**DR. HUGO LUÍS PENA FERREIRA**

JULGAR O PASSADO?  
VERDADE HISTÓRICA E VERDADE JUDICIAL NA ADPF 153 | **70-86**

**DR. RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES**

IMPARCIALIDADE JUDICIAL À BRASILEIRA? | **87-98**

**DR. ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN DE CARVALHO**

PRÁTICA JURÍDICA NA UNIVERSIDADE PÚBLICA E *LOCUS* FUNCIONAL DOS SEUS  
PROFESSORES: UM DILEMA AINDA SEM ADEQUADA SOLUÇÃO LEGISLATIVA OU  
ADMINISTRATIVA? | **99-116**

**ME. RAIMUNDO MÁRCIO RIBEIRO LIMA**

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO LIMITES À REFORMA  
CONSTITUCIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 95/2016 | **117-139**

**JOÃO PAULINO DE OLIVEIRA NETO**

**ME. CID AUGUSTO DA ESCÓSSIA ROSADO**

FUNDAMENTOS PELA ABERTURA JURÍDICA AO POLIAMOR:  
LIBERDADE, DEMOCRACIA E PLURALISMO | **140-157**

**ME. RICARDO OLIVEIRA ROTONDONO**

O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE BRASILEIRA:  
UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA | **158-176**

**DORIVAL FAGUNDES COTRIM JÚNIOR**

INTEGRAÇÃO REGIONAL COMO AMPLIAÇÃO SIMBÓLICA DO TERRITÓRIO  
BRASILEIRO PARA ALÉM DE SUAS FRONTEIRAS | **177-190**

**ALBERT VINICIUS ICASATTI**

**DR. WASHINGTON CESAR SHOITI NOZU**



# LA SEGURIDAD DE LOS ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE EN EL ÁMBITO ALIMENTARIO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

SAFETY OF GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS IN THE FOOD SECTOR: FUNDAMENTAL PRINCIPLES

LORENA GALLARDO\*

## RESUMO

El presente trabajo procura brindar una relación sucinta de los principios jurídicos más elementales vinculados al proceso de evaluación de la seguridad de los organismos modificados genéticamente en el ámbito alimentario, exponiendo sus características más salientes y, asimismo, evidenciando las deficiencias que algunos de ellos traen aparejadas en su ejecución.

**Palavras-chave:** OMG; riesgos; biotecnología.

## ABSTRACT

This paper aims to provide a concise exposition of some of the most basic legal principles linked to the process of evaluation of genetically modified food safety, revealing their most salient features and also highlighting the deficiencies that some of them bring along in their application to the products under study.

**Keywords:** GMO; risks; biotechnology.

\* Doutora e Mestre em Direito Privado Patrimonial pela Universidad de Salamanca (Espanha).  
Professora Adjunta da Universidad Nacional del Nordeste (Argentina). Advogada.  
[lorenamazz@yahoo.com.ar](mailto:lorenamazz@yahoo.com.ar)

Recebido em 26-10-2017 | Aprovado em 26-10-2017<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. Publicação original: *Ars Iuris Salmanticensis*, Salamanca, jun./2017, 5 (1), p. 163-187.



## SUMÁRIO

**GENERALIDADES; 1 LOS PRINCIPIOS DE EVALUACIÓN DE RIESGOS Y CASO POR CASO; 2 EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA SUSTANCIAL; 3 EL PRINCIPIO DE SEGUIMIENTO O TRAZABILIDAD; 3.1 En relación con el etiquetado; 4 EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN; 4.1 Materialización del Principio de Precaución; 4.2 El Principio de Precaución en la UE; 4.3 El Principio de Precaución en España; 5 EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN; CONSIDERACIONES FINALES.**

### ■ GENERALIDADES

El vertiginoso desarrollo de la ciencia y la tecnología hizo necesaria una nueva construcción del riesgo. Los denominados *nuevos riesgos* se caracterizan por constituir amenazas imperceptibles hasta el momento de su materialización, generalmente efectivizadas luego de períodos de latencia indeterminados. Así, resulta inadecuado pretender observar y analizar estas nuevas situaciones bajo la lupa tradicional del riesgo cuantificable, aplicable a un riesgo objetivo, previsible y calculable<sup>2</sup>. Esta nueva construcción del riesgo se asienta, por el contrario, sobre la idea de indeterminación del conocimiento científico, y presenta como rasgo característico la noción de precaución. En este contexto, hemos identificado a la producción y comercialización de organismos modificados genéticamente<sup>3</sup> (productos que se caracterizan por la inexistencia de limitaciones en cuanto a los cruzamientos realizados entre individuos de diversa especie, lo que implicaría un salto de las barreras naturalmente establecidas entre las distintas especies que componen el ecosistema) como una actividad propicia para la generación de estos nuevos riesgos.

A efectos de brindar una adecuada protección a los consumidores, la Directiva 2001/95/CE relativa a la seguridad general de los productos, establece que resulta necesario edificar una “legislación comunitaria horizontal que introduzca una obligación general de seguridad de los productos, así como disposiciones sobre las obligaciones generales de productores y distribuidores, sobre el control de la aplicación de los requisitos comunitarios relativos a la seguridad de los productos y sobre el intercambio rápido de información y la actuación a escala comunitaria en determinados casos” (Considerando 4).

En cuanto a la evaluación del riesgo, la comercialización de alimentos o piensos<sup>4</sup> modificados genéticamente requiere una autorización que se obtiene a posteriori de la realización de un proceso de evaluación que en la UE lleva a cabo la AESA<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> CARR, S. e IBARRA, A. Las construcciones del riesgo. En LUJÁN, J. L. y ECHEVERRÍA, J., (Eds.): *Gobernar los riesgos. Ciencia y valores en la sociedad del riesgo*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 61, 2009.

<sup>3</sup> En adelante OMG.

<sup>4</sup> Art. 13 - Reglamento (CE) Nº 178/2002 – “Se entiende por *pienso* cualquier sustancia o producto, incluidos los aditivos, destinado a la alimentación por vía oral de los animales, tanto si ha sido transformado entera o parcialmente como si no.”

<sup>5</sup> El Parlamento Europeo y el Consejo crearon la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA) en 2002, tras una serie de situaciones de riesgo alimentario que dejaron patente la necesidad de someter el sistema europeo a una revisión profunda, con vistas al desarrollo de una legislación en materia alimentaria. EFSA. 2008:

La autorización, cuando es concedida, significa que el producto cumple con los estándares de seguridad exigidos: no tener efectos negativos sobre la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente; no diferenciarse de los alimentos que está destinado a sustituir, de modo que su consumo habitual resulte desventajoso desde el punto de vista nutricional para los consumidores; y no inducir al consumidor a error.

A nuestro juicio, no obstante, las evaluaciones y estudios actualmente exigidos para la concesión de autorizaciones para la producción y comercialización de OMG resultan, quizás, insuficientes para acreditar la inocuidad de los mismos, ya que no permiten descartar la presencia de riesgos derivados de la manipulación de genes entre organismos de distinta especie que otros estudios realizados de manera independiente confirman.

A pesar de las prescripciones normativas existentes, la complejidad del mundo actual demuestra que se requiere algo más que leyes, que ninguna ley ni código, por minucioso y casuístico que sea, puede prever ni dar solución a los innumerables casos que la práctica ofrece; la vida se renueva sin cesar y se presentan diferentes necesidades que no caben dentro de la fórmula rígida e inflexible de la ley<sup>6</sup>, por lo cual se hace imprescindible a los tribunales recurrir a criterios directivos o pautas orientadoras, a fin de hallar la solución más justa posible.

Por este motivo resulta siempre preciso que, junto a la legislación específica, se enfoque el análisis de las problemáticas bajo tratamiento (en este caso el proceso de evaluación de la seguridad de los OMG alimentarios) también desde los principios involucrados los que, indudablemente, determinarán el rumbo de los procedimientos implicados.

## 1 LOS PRINCIPIOS DE EVALUACIÓN DE RIESGOS Y CASO POR CASO

Uno de los pilares esenciales de la normativa sobre utilización confinada, liberación intencional y comercialización de OMG, así como de la disciplina sobre seguridad alimentaria, es la evaluación de los riesgos que tales organismos puedan provocar en la salud humana o animal y en el medio ambiente<sup>7</sup>.

En la práctica, este principio se traduce en la exigencia de evaluación previa de los riesgos eventuales de todo OMG que pretenda obtener la autorización para su comercialización en el mercado.

Legislativamente, se encuentra receptado por el Reglamento 178/2002/CE<sup>8</sup>, que en su Considerando 16 estableció que “las medidas que adopten los Estados miembros o la Comunidad con respecto a los alimentos y los piensos deben estar basadas, en general, en un

---

*Plan Estratégico de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria para 2009-2013*, Parma, <http://www.efsa.europa.eu/en/corporate/doc/stratplan09es.pdf> [6 de febrero de 2014].

<sup>6</sup> DIAZ COUSELO, J. M. *Los Principios Generales del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 11-17, 1971.

<sup>7</sup> AMAT LLOMBART, P. *Derecho de la Biotecnología y los Transgénicos (Especial referencia al sector agrario y alimentario)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 98, 2008.

<sup>8</sup> REGLAMENTO (CE) No 178/2002 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

análisis de riesgo [...]”<sup>9</sup> y, asimismo, el Art. 6 del mismo cuerpo legal, relativo al análisis del riesgo, dispuso que la legislación alimentaria se basará en el análisis del riesgo, con el fin último de lograr un nivel elevado de protección de la salud y la vida de las personas<sup>10</sup>.

A su vez, en España, la Ley 9/2003<sup>11</sup>, en su Art 6.1 estableció que las actividades se clasificarán en función de la evaluación previa de los riesgos para la salud humana y el medio ambiente, en actividades de riesgo nulo o insignificante, de bajo riesgo, de riesgo moderado y de alto riesgo.

Por su parte, la Ley 17/2011 de 5 de julio sobre seguridad alimentaria y nutrición, establece en su Art. 5 que la legislación alimentaria se basará en el análisis del riesgo, el que se centrará en las pruebas científicas disponibles y se efectuará de manera objetiva y transparente.

El proceso de evaluación del riesgo se compone de cuatro fases, a saber:

1. *La identificación del peligro*: consistente en la determinación de agentes biológicos o químicos capaces de producir efectos perjudiciales para la salud humana o para el medio ambiente.

2. *La caracterización del peligro*: que implica la evaluación cualitativa o cuantitativa del efecto dañoso real o supuesto sobre la salud o el medioambiente.

3. *La evaluación de la exposición*: mediante el examen cualitativo o cuantitativo de eventual ingestión de alimentos dañosos.

4. *La caracterización del riesgo*: estimación cualitativa y cuantitativa, tomando en cuenta la incertidumbre inherente a las etapas anteriores, la probabilidad de frecuencia y la gravedad de los efectos negativos y de los daños conocidos y potenciales<sup>12</sup>.

Este principio se encuentra estrechamente ligado al *principio caso por caso* en su ejecución, ya que las evaluaciones son realizadas de manera individualizada para cada

<sup>9</sup> Considerando 16 - Reglamento (CE) No 178/2002: “Las medidas que adopten los Estados miembros o la Comunidad con respecto a los alimentos y los piensos deben estar basadas, en general, en un análisis de riesgo, salvo que no se considere adecuado por las circunstancias o la naturaleza de la medida. El recurso a este instrumento antes de adoptar ninguna medida debe evitar que se creen barreras injustificadas a la libre circulación de productos alimenticios.”

<sup>10</sup> Art. N° 6 - Reglamento (CE) No 178/2002: “1. Con el fin de lograr el objetivo general de un nivel elevado de protección de la salud y la vida de las personas, la legislación alimentaria se basará en el análisis del riesgo, salvo que esto no convenga a las circunstancias o la naturaleza de la medida legislativa. 2. La determinación del riesgo se basará en las pruebas científicas disponibles y se efectuará de una manera independiente, objetiva y transparente.”

<sup>11</sup> La Ley 9/2003 de 25 de abril por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, regula los procesos de autorización de OMG únicamente para el cultivo, la liberación intencional en el medio ambiente o la comercialización en un ámbito distinto al alimentario. Si el operador industrial pretende una autorización alimentaria debe iniciar el trámite conforme al Reglamento 1829/2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente. DE ROMÁN PÉREZ, R. Organismos modificados genéticamente en el marco del desarrollo rural sostenible. En VATTIER FUENZALIDA, C. (Dir.) y DE ROMÁN PÉREZ, R. (Coord.), *El Desarrollo Sostenible en el Ámbito Rural*. Navarra: Thomson Reuters, 340-341, 2009.

<sup>12</sup> DRNAS DE CLEMENT Z. *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Córdoba: Lerner Editora, 63- 64, 2008.

operación, es decir, se procura determinar para *cada* producto u organismo analizado *singularmente* cuál es su eventual incidencia nociva.

El *principio caso por caso* es necesario debido a la gran variedad de supuestos, la limitada experiencia actual en la materia y la dificultad que implica el intento de evaluar correctamente riesgos potenciales.

Así lo estableció ya la Directiva 90/219/CEE<sup>13</sup>, considerando que la naturaleza precisa y los riesgos asociados a los microorganismos modificados genéticamente no se conocían aún de modo completo y que el riesgo que suponen debía estudiarse *caso por caso*<sup>14</sup>.

También fue adoptado por la Directiva 2001/18/CE<sup>15</sup>, en la cual se manifestó la necesidad de establecer procedimientos y criterios armonizados para la evaluación *caso por caso* de los riesgos potenciales derivados de la liberación intencional de OMG en el medio ambiente<sup>16</sup>.

En España, la Exposición de Motivos de la Ley 9/2003 lo incluye como uno de los principios inspiradores de la misma, definiéndolo como “la evaluación de los riesgos asociados a los organismos modificados genéticamente para cada uno de ellos”.

Por ello se concluye que, actualmente, los OMG no están ni prohibidos ni permitidos con carácter general, sino que la decisión la tomarán las autoridades competentes *caso a caso*, en función del riesgo que cada uno de ellos (y en cada una de las finalidades a que puedan ser destinados) represente para los dos grandes bienes jurídicos protegidos, la salud de las personas y el medio ambiente. Esta decisión no será arbitraria, sino que deberá basarse en la previa *evaluación del riesgo* que el organismo en cuestión suponga para ambos bienes jurídicos, evaluación que habrá de ser realizada por los particulares interesados con arreglo a criterios estrictamente científicos<sup>17</sup>.

## 2 EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA SUSTANCIAL

Como ya hemos apuntado, para que un OMG alimentario pueda ser liberado en un mercado determinado, debe ser sometido a rigurosas evaluaciones ante las autoridades de cada país, para lo cual se reúne vasta información relativa al producto obtenida a través de diversos mecanismos. En este sentido, la técnica más generalizada para determinar el grado

<sup>13</sup> Directiva 90/219/CEE del Consejo de 23 de abril de 1990 relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente.

<sup>14</sup> Considerando 7 - Directiva 90/219/CEE del Consejo de 23 de abril de 1990 relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente: “Considerando que la naturaleza precisa y la escala de los riesgos asociados a los microorganismos modificados genéticamente no se conocen aún de modo completo y que el riesgo que suponen debe estudiarse caso por caso [...]”.

<sup>15</sup> Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo.

<sup>16</sup> Considerando 18 - Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente: “Es necesario establecer procedimientos y criterios armonizados para la evaluación caso por caso de los riesgos potenciales derivados de la liberación intencional de OMG en el medio ambiente.”

<sup>17</sup> AMAT LLOMBART, P. *Op. cit.*, 104.

de seguridad de esta clase de alimentos se realiza a través de la comparación con sus homólogos convencionales, dado que se parte de la idea de que los productos naturales ofrecen un estándar de seguridad y riesgo mínimo adoptados como aceptables por la sociedad. Esta evaluación de seguridad es lo que la OCDE<sup>18</sup> ha dado en llamar Principio de Equivalencia Sustancial.

El concepto de *Equivalencia Sustancial*<sup>19</sup>, según la OCDE, la FAO y la OMS, supone que si un alimento o componente alimenticio nuevo es sustancialmente equivalente a un alimento o componente alimenticio ya existente, puede ser tratado de la misma manera con respecto a la seguridad. Es decir, el resultado de la operatividad de este principio, cuando es positivo, equipara productos de origen agropecuario tradicional a los modificados genéticamente, al confirmar que estos últimos no comportan ningún riesgo adverso adicional.

Este procedimiento no debería constituir por sí mismo una evaluación de inocuidad del alimento, sino sólo su punto de partida<sup>20</sup>. Se recurre a él, concretamente, para determinar similitudes y diferencias entre el alimento nuevo y su homólogo convencional, y así detectar problemas nutricionales, por ejemplo. No se debería pretender, por lo tanto, determinar mediante él la seguridad del nuevo producto de forma absoluta.

Ahora bien, este proceso de evaluación de riesgos, que tiene por objeto estimar el impacto que los efectos intencionales y no intencionales del cambio genético pudieran tener sobre la salud de la población y también sobre el medio ambiente, no se limita a una mera comparación de aspectos superficiales entre ambos organismos, sino que el mismo indaga en factores tales como rasgos fenotípicos y agronómicos de la composición del nuevo producto, proceso de transformación, nuevos rasgos introducidos, posibles efectos secundarios, etc.

Los sectores partidarios de la producción y comercialización de estos organismos cuestionan la exigencia del etiquetado especial de los mismos, con basamento, justamente, en este Principio de Equivalencia Sustancial. Sostienen que este requisito legal debería limitarse sólo a aquellos productos modificados genéticamente que no presentasen dicha equivalencia.

Sin embargo, los colectivos opositores, con sustento en el mal de la Encefalopatía Espongiforme Bovina (conocida como Enfermedad de las Vacas Locas), alegan la ineffectividad del Principio de Equivalencia Sustancial para determinar de manera suficiente y acabada el

<sup>18</sup> La OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

<sup>19</sup> “El concepto de equivalencia sustancial fue desarrollado antes de que cualquiera de los alimentos modificados genéticamente fuera lanzado al mercado. Fue inicialmente descrito en 1993 en un documento titulado “Evaluación sobre la seguridad de los alimentos derivados de la biotecnología moderna: Conceptos y Principios”, elaborado por 60 expertos de 19 países pertenecientes a la OCDE que discutieron por más de dos años cómo evaluar los organismos genéticamente mejorados. La mayoría de estos expertos, todos nominados por sus gobiernos, fueron científicos reguladores de agencias de gobierno y ministerios responsables de la seguridad de los consumidores. La evaluación de *equivalencia sustancial* debe demostrar que las variedades genéticamente mejoradas son tan seguras como sus contrapartes tradicionales, a través de una consideración de los efectos deseados e indeseados de ambas especies.” ARGENBIO – CONSEJO ARGENTINO PARA LA INFORMACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA BIOTECNOLOGÍA. (s.f.): “Alimentos transgénicos, ¿deberían etiquetarse?”. *Cuaderno N° 14*. Disponible en: <http://www.porquebiotecnologia.com.ar/index.php?action=cuaderno&opt=5&tipo=1&note=14>. Acceso en: 25 may. 2010.

<sup>20</sup> FAO. Evaluación de la inocuidad de los alimentos genéticamente modificados. Instrumentos para capacitadores, Roma, 11., 2009. Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i0110s.pdf>. Acceso en: 19 de mar. 2015.

carácter de inofensivos de los OMG, explicando que, en el caso citado, las proteínas infecciosas habrían sido idénticas en su secuencia de aminoácidos a las no patológicas, variando sólo en su disposición espacial. Según el Principio de Equivalencia Sustancial, en este caso, un organismo infectado sería idéntico a un organismo sano.

En esta misma línea, la UE ha manifestado que “no es plausible alegar que los productos modificados genéticamente son equivalentes a los productos no modificados genéticamente o que deben ser tratados como estos últimos”<sup>21</sup>.

La UE lo aceptó inicialmente en la Directiva 90/220/CEE<sup>22</sup>, al establecer que “los alimentos cuyo valor nutricional, composición y uso, fueran reconocidos como sustancialmente equivalentes a los ya existentes, no necesitaban consentimiento sino *sólo notificación* a las autoridades públicas”<sup>23</sup>.

En torno a los OMG, la cuestión se clarificó a partir del Reglamento sobre alimentos nuevos 258/97, el cual estableció un procedimiento simplificado para la aprobación en los supuestos en que los alimentos fueran sustancialmente equivalentes al alimento ya existente. Sin embargo, las organizaciones de consumidores lo criticaron como base inadecuada para la determinación de la seguridad alimentaria. Las protestas llevaron a la UE a reconsiderar sus propios procedimientos, llegando las controversias acerca de la cuestión a conocimiento del TJCE, el cual “sugirió la necesidad de una evidencia científica mayor para demostrar la equivalencia en la composición de los alimentos MG o para probar los efectos toxicológicos aparentemente equivalentes”<sup>24</sup>.

Finalmente, el Reglamento 1829/2003<sup>25</sup> terminó por rechazar el Principio de Equivalencia Sustancial como criterio apropiado para evaluar la seguridad de los alimentos modificados genéticamente.

Sin embargo, resulta preciso mencionar que el Principio de Equivalencia Sustancial continúa siendo el estándar de evaluación de seguridad de los alimentos modificados genéticamente en los Estados Unidos<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> OMC, COMUNIDADES EUROPEAS. Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. Informes del Grupo Especial. Reclamaciones WT/DS291/R WT/DS292/R WT/DS293/R, Primera Comunicación escrita de las Comunidades Europeas.

<sup>22</sup> Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ DÍEZ, M. C. y CORRIPIO GIL – DELGADO, M. R. Los conflictos en la política comercial de la Unión Europea: el caso de la aplicación del Principio de Precaución en la normativa comunitaria de Bioseguridad. En DE TOMÁS MORALES, S. y VAQUERO LAFUENTE, E., *El día de Europa: La Europa de los 25*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 73, 2005.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>25</sup> REGLAMENTO (CE) No 1829/2003 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de septiembre de 2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente.

<sup>26</sup> “La FDA no obliga a que el salmón AquAdvantage sea etiquetado como transgénico, ya que “es tan seguro y nutritivo como el salmón atlántico no modificado genéticamente” y “no es materialmente diferente”. EL PAÍS. *Aprobado el primer animal transgénico para consumo humano*. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2015/11/19/ciencia/1447945426\\_325310.html](http://elpais.com/elpais/2015/11/19/ciencia/1447945426_325310.html). Acceso en: 21 nov. 2015.

### 3 EL PRINCIPIO DE SEGUIMIENTO O TRAZABILIDAD

Queda claro que el Estado está obligado a tomar todas las precauciones adecuadas para minimizar el riesgo de que los bienes fundamentales de la sociedad sufran cualquier daño, por más improbable que éste pueda parecer. Pero también es razonable admitir que el riesgo cero, la seguridad absoluta, es inalcanzable.

A la circunstancia de que nadie está en condiciones de garantizar con total seguridad que un bien no vaya a sufrir menoscabo alguno, se añade la necesidad de tolerar un cierto nivel de riesgo con el objeto de satisfacer otros fines constitucionalmente relevantes, como la libertad<sup>27</sup>.

Es inherente a toda regulación jurídica su provisionalidad, ya que el Derecho es un sistema de normas en permanente evolución. En el caso de la protección contra riesgos vinculados a los OMG, esta característica se halla acentuada, ya que si bien la evaluación de los riesgos en este ámbito se rige por criterios rigurosos de análisis previo a su libre introducción en los mercados, no se puede desconocer que en estos casos y dada la naturaleza del producto en cuestión, la Administración actúa en una situación de gran incertidumbre, lo que genera desconfianza respecto al posterior desarrollo y materialización de los riesgos vinculados a determinados productos modificados genéticamente, en un mediano o largo plazo.

Es en este orden de ideas donde opera el *principio de trazabilidad*, ya que cuanto menor es la información disponible, y por ende, mayor la incertidumbre acerca de las consecuencias que determinados hechos pudiesen acarrear, más fácil es que con el devenir del tiempo surjan nuevos datos que aporten soluciones diversas y muchas veces determinen que la regulación establecida es inadecuada. Es por ello comprensible que la provisionalidad y la posibilidad de revisión sean connaturales a las decisiones de riesgo, tanto más cuanto mayor sea la inseguridad en la que los poderes públicos se vean abocados a decidir<sup>28</sup>.

La finalidad práctica del principio consiste en seguir de cerca el desarrollo y uso de los OMG, proceder al control de los posibles efectos acumulados a largo plazo y detectar e identificar cualquier efecto directo, indirecto, inmediato, diferido o imprevisto que los productos que contengan o consistan en OMG puedan producir a la salud humana después de su comercialización<sup>29</sup>.

A fin de cumplimentar las prescripciones de tal principio (contenido en la Directiva 2001/18/CE), que considera necesario establecer el control continuado de los OMG tras su liberación deliberada o su comercialización como productos o componentes de productos, se prevé la puesta en funcionamiento de un plan de seguimiento de los mismos por parte de los Estados miembros.

<sup>27</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G. *Derechos Fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 313-314, 2006.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>29</sup> Directiva 2001/18/CE.

El Reglamento 1830/2003<sup>30</sup> en su Considerando 3, fija los tres objetivos básicos de la trazabilidad de los OMG, a saber:

1. Facilitar la aplicación de las medidas de gestión del riesgo de acuerdo con el Principio de Precaución.
2. Permitir el seguimiento selectivo de los posibles efectos sobre el medio ambiente.
3. Facilitar la retirada de productos ante efectos adversos imprevistos sobre la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente.

En síntesis, la trazabilidad de los OMG es una obligación que surge de la norma con la finalidad de asegurar la inocuidad de los mismos y facilitar la detección de potenciales riesgos que puedan producirse a posteriori de su introducción en el mercado y su consecuente retirada.

Asimismo, el Reglamento CE 178/2002 en su Art. 18, establece que en todas las etapas de la producción, transformación y distribución deberá asegurarse la trazabilidad de alimentos, piensos, animales destinados a la producción de alimentos y cualquier otra sustancia destinada a ser incorporada en un alimento o un pienso.

La Ley 17/2011, por su parte, establece en su Art. 6 un requisito de similares características al contenido en el Art. 18 del Reglamento CE 178/2002, pero además, incorpora la obligación de que los alimentos y piensos estén adecuadamente etiquetados o identificados a efectos de facilitar su trazabilidad.

### 3.1 Em relación con el etiquetado

La Constitución Española en su Art. 51.1 garantiza la defensa y protección de la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos.

Establece firmemente además, en el apartado subsiguiente, la promoción de la información y educación de aquellos.

Estos verdaderos principios rectores fueron recogidos, en aras de la consagración de los derechos de los consumidores y usuarios, por el Art. 8 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>31</sup>, precepto que enumera los denominados derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Entre estos derechos se hallan la protección contra los riesgos que pueden afectar su salud o seguridad, y el acceso a información correcta sobre diferentes bienes o servicios.

Podemos admitir, entonces, que el sustento jurídico subyacente del deber de etiquetado de los productos en general, y en particular de los alimentos modificados genéticamente, como manifestación del deber-derecho de protección contra riesgos a la salud

<sup>30</sup> REGLAMENTO (CE) No 1830/2003 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de septiembre de 2003 relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE.

<sup>31</sup> En adelante TRLGDCU.

y de información, se halla, canalizándose a través del Art. 8 TRLGDCU, en la letra de la propia Constitución.

A diferencia del tratamiento de la cuestión en el sistema de responsabilidad por productos en los Estados Unidos, el legislador europeo ha prescindido de la tipología de los defectos, estableciendo un concepto unitario de defecto basado exclusivamente en el déficit en la seguridad que el público puede esperar legítimamente respecto de los productos.

Sin embargo, existe una serie de defectos que, de alguna manera, han sido autónomamente valorados por el concepto legal de producto defectuoso. Estos defectos son los de *información*, expresamente considerados por el Art. 137 del TRLGDCU al hacer referencia a la “presentación del producto” como factor especialmente a tener en cuenta para determinar el defecto del mismo<sup>32</sup>.

Fue la preocupación de los consumidores frente al consumo de productos alimenticios compuestos por OMG y su demanda de una rotulación apropiada que les permitiese distinguir y escoger entre productos de esta clase y convencionales<sup>33</sup>, la que motivó el dictado de los Reglamentos 1829/2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente; y el 1830/2003 relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE.

En materia específica de OMG, existen dos etapas temporalmente distintas donde la información adquiere relevancia sustancial.

La primera de ellas es la fase de trámites de autorización para la producción y comercialización de OMG en un territorio determinado. El objetivo prioritario en esta etapa consiste en otorgar mayor transparencia en los procedimientos administrativos de autorización, a fin de reafirmar la confianza de los consumidores en las autoridades que controlan dicho proceso.

La segunda etapa se inicia luego de la autorización administrativa, al momento de la comercialización de los productos, y consiste en el ofrecimiento al consumidor final de datos precisos e inteligibles sobre la presencia de OMG en los mismos. En este caso, la finalidad perseguida es doble: por un lado permitir al consumidor el acceso al conocimiento sobre qué

---

<sup>32</sup> En relación a productos farmacéuticos se había pronunciado el Tribunal Supremo en un sentencia del año 2010 en el sentido de que “la responsabilidad del fabricante puede basarse en el lanzamiento al mercado, bien de productos defectuosos bien de productos que, sin serlo, no aparecen acompañados de las debidas instrucciones para el correcto uso” (SAP de León, (Sección 1ª), núm. 459/2010 de 29 noviembre - AC 2011/713). Disentimos con este criterio que considera al producto comercializado sin las instrucciones debidas como un producto no defectuoso, y entendemos que el mismo se encontraba ya por entonces legislativamente superado considerando que, a partir de las disposiciones del Art. 3 de la Ley 22/1994 (aplicada al caso que estudiamos) ya se hallaba establecido que aquel producto que adolecía de un déficit de información sería considerado un producto defectuoso, dado que entre las circunstancias que se debían tener en cuenta para su consideración, se encontraba expresamente prevista la *presentación* del mismo.

<sup>33</sup> “En las encuestas que hemos realizado, el 95% de los consumidores lo ha pedido (la indicación del carácter de transgénico en el envase del producto) porque quiere ejercer su derecho a elegir, explica Gema Trigueros, del departamento técnico de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU). El que el producto esté etiquetado garantiza este derecho [...]” EL MUNDO. 2004: *Nuevas exigencias de etiquetado de los alimentos transgénicos*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2004/04/19/dieta/1082357695.html>. Acceso em 3 abr. 2010.

productos en el mercado son genéticamente modificados y cuáles no y, por el otro, facilitar la libertad de elección entre productos genéticamente modificados o sus análogos convencionales, evitando a los consumidores incurrir en error<sup>34</sup>.

El Reglamento 1830/2003 establece la obligación de que todos los productos transgénicos, en todas las fases de su comercialización hasta llegar al consumidor final, indiquen claramente su carácter de transgénico, mediante documentos escritos entre operadores, y en el etiquetado del producto en relación a los consumidores. El objetivo que se persigue es poder seguir el rastro del transgénico a través de todas sus etapas de producción y distribución.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 4.6 de la mencionada norma, en el caso de los productos que contienen o están compuestos por OMG, los operadores garantizarán que:

1. Para los productos preenvasados que contienen o están compuestos por OMG, en la etiqueta constará la indicación “Este producto contiene organismos modificados genéticamente”, o bien “Este producto contiene (nombre del o de los organismos) modificado(s) genéticamente”;

2. Para los productos no preenvasados ofrecidos al consumidor final, la indicación “Este producto contiene organismos modificados genéticamente” o “Este producto contiene (nombre del o de los organismos), modificado(s) genéticamente” constará en la presentación del producto o en los elementos asociados a dicha presentación.

Por su parte, el Reglamento 1829/2003, establece que todo alimento que contenga o esté compuesto por OMG, o se haya producido a partir de OMG o contenga ingredientes producidos a partir de estos organismos, está sujetos a los siguientes requisitos de etiquetado:

1. Si el alimento está compuesto por más de un ingrediente, figurará entre paréntesis, inmediatamente después del ingrediente en cuestión, el texto “modificado genéticamente” o “producido a partir de (nombre del ingrediente) modificado genéticamente”.

2. Si el ingrediente viene designado por el nombre de una categoría, en la lista de ingredientes figurará el texto “contiene (nombre del organismo) modificado genéticamente” o “contiene (nombre del ingrediente) producido a partir de (nombre del organismo) modificado genéticamente”.

3. A falta de una lista de ingredientes, en el etiquetado figurará claramente el texto “modificado genéticamente” o “producido a partir de (nombre del organismo) modificado genéticamente”.

4. Si el alimento se ofrece para su venta al consumidor final como alimento no preenvasado o como alimento preenvasado en pequeños recipientes cuya mayor superficie consiste en un área de menos de 10 cm<sup>2</sup>, la información exigida en el presente apartado deberá exhibirse visible y permanentemente, bien en el expositor del alimento, bien inmediatamente al lado, o en el envase, en un tipo de letra lo suficientemente grande para su fácil identificación y lectura.

Además de los requisitos enumerados, si el alimento es diferente a su homólogo convencional en cuanto a su composición, valor o efectos nutricionales, uso para el que está

<sup>34</sup> AMAT LLOMBART, P. *Op. cit.*, 158-159.

destinado o repercusiones para la salud de determinados sectores de la población, la etiqueta deberá mencionar las características o propiedades especificadas en la autorización.

Igual requisito en el etiquetado es exigido cuando el alimento pueda generar inquietudes de orden ético o religioso.

Cualquier etiquetado tiene como objetivo ofrecer a los consumidores información sobre el producto que no sería posible identificar a simple vista, teniendo como consecuencia no sólo la detección de la presencia de OMG en el producto, sino también la posibilidad de que el consumidor pueda elegir con conocimiento de causa y libertad, como se ha expresado previamente.

Es así que en lo relativo a quiénes sean los destinatarios de la información con la que el productor debe presentar el producto, los tribunales exigen siempre una información dirigida al público consumidor en general, incluso respecto a productos que usualmente sólo serán administrados o prescritos por profesionales o expertos. Aún en estos supuestos, se impone al fabricante el deber de proporcionar una información destinada al público consumidor en general.

La etiqueta no debe ser concebida como un instrumento de advertencia sanitaria negativa o disuasoria al consumidor, sino que está pensada para permitirle llevar a cabo su opción de compra libremente.

En relación con la seguridad de los alimentos modificados genéticamente, cabe señalar que las evaluaciones sanitarias que deben superar (en la UE) son mucho más rigurosas que las que debe cumplir cualquier otro tipo de alimento, aunque las mismas no se encuentran exentas de críticas (explican FAGAN *et al.* que el proceso de evaluación europeo, aunque más fiable que el de los Estados Unidos, no consiste en un sistema riguroso para evaluar el potencial alergénico de los alimentos modificados genéticamente, aparte de no ser un proceso de evaluación objetivo al haber sido generado por instituciones vinculadas al sector productor agrobiotecnológico)<sup>35</sup>.

Por ello, la normativa sobre etiquetado obligatorio de este tipo de alimentos no constituye un instrumento de alarma, ni de castigo hacia ellos (como lo entienden determinados *lobbies* principalmente en los Estados Unidos) sino un vehículo de confianza para la sociedad y para el libre ejercicio de los derechos de los consumidores<sup>36</sup>.

Para la jurisprudencia, la relevancia de los defectos de información radica en la presunción de que, de haberse proporcionado la información adecuada, hubiera podido evitarse el daño sufrido, habiendo llegado los tribunales a considerar defectuosos productos

<sup>35</sup> Esto se debe a que no se han desarrollado pruebas científicas fiables para predecir la alergenicidad. El proceso que los reguladores de la UE utilizan para evaluarla se basa en un sistema propuesto en 2001 por la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO) de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual fue diseñado, en realidad, por dos grupos financiados por la industria biotecnológica, el Instituto Internacional de Ciencias de la Vida (ILSI) y el Consejo Internacional de Biotecnología Alimentaria (IFBC). FAO/WHO. 2001: *Evaluation of Allergenicity of Genetically Modified Foods. Report of a Joint FAO/WHO Expert Consultation on Allergenicity of Foods Derived from Biotechnology*, Roma, 5. <http://www.fao.org/3/a-y0820e.pdf> [19 de marzo de 2015].

<sup>36</sup> GUTIERREZ BARRENGO, A. y MONJE BALMADEA, O. El etiquetado de los alimentos modificados genéticamente en el ámbito de la Unión Europea. En *Aspectos legales de la agricultura transgénica*. Almería: Universidad de Almería- Servicio de Publicaciones, 72-73, 2004.

que sin ser intrínsecamente inseguros, causaron daños por haber sido comercializados sin informar adecuadamente al consumidor sobre su modo de uso y potenciales riesgos, lo que indudablemente generó una considerable discrepancia entre la seguridad esperada del producto y la realmente ofrecida por éste.

No obstante, es conveniente aclarar que no se exonera de responsabilidad al productor por el hecho de haber advertido convenientemente de los riesgos inherentes al producto, si le hubiera sido posible evitarlos incorporando a su diseño algún dispositivo adicional de seguridad. Permitir al productor suplir con información aquellas mejoras que omite aun siéndole técnicamente viables, sería tanto como hacer soportar al consumidor los riesgos derivados de esas deficiencias del producto, deliberadas, o cuando menos, evitables<sup>37</sup>.

#### 4 EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El *Principio de Precaución* es uno de los principios de mayor envergadura en la materia que venimos tratando y tiene receptividad en gran parte de los ordenamientos jurídicos internacionales, ya sea mediante su incorporación a tratados celebrados entre distintos Estados<sup>38</sup>, o mediante su inclusión expresa en normativas locales de seguridad alimentaria y de tutela del medio ambiente<sup>39</sup>.

No existe una definición universalmente aceptada de este principio. Cada una de las elaboradas hace hincapié en uno u otro elemento componente del mismo. Sin embargo, todas coinciden en que nos encontramos ante una acción *cautelar*, frente a una actividad que despierta la *sospecha científicamente sustentada*<sup>40</sup> de poder acarrear un daño grave tanto a la salud del ser humano como al medio ambiente.

<sup>37</sup> MARCO MOLINA, J. *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y Aplicación*. Barcelona: Atelier, 161, 2007.

<sup>38</sup> Su primer reconocimiento internacional se plasmó en la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982, y su consagración en materia de protección y preservación del medio ambiente y la biodiversidad (ámbito de aplicación que luego sería extendido también al área de la salud humana) se produjo a través de su inclusión en la “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” (1992) que en su principio 15 establece: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” Asimismo, fue incorporado a la Convención sobre la Diversidad Biológica y a la Convención de Cambio Climático, aprobadas también en la Conferencia de Río. Posteriormente, en el año 2000, el “Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología” incluyó el Principio de Precaución como uno de sus objetivos, a través del cual se admite que un país pueda negarse a la importación de OMG alegando solamente dudas sobre la seguridad de ese producto para la salud o el medio ambiente (Art. 1, firmado en enero de 2000 en Montreal, entrando en vigor para las partes, entre ellas la UE, el 13 de septiembre de 2003).

<sup>39</sup> En la mayoría de los instrumentos internacionales el principio de precaución se presenta como un principio poco vigoroso e impreciso, con escaso desarrollo como para permitir su aplicación uniforme en el plano global, pero en la práctica interna de los Estados hay una creciente tendencia a incorporarlo con rango constitucional y a dotarlo de herramientas suficientes para su aplicación en concreto.

<sup>40</sup> “En tal sentido, resulta ilustrativo señalar que el órgano de apelación del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC considera que el principio de cautela que rige en materia fitosanitaria, no es suficiente para relevar a

La Cláusula Delaney introdujo hace algunos años un sistema de interpretación jurídica ante la *incertidumbre* en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos que puede considerarse como un antecedente de este principio.

Esta fórmula fue incorporada en el año 1958 en la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos<sup>41</sup> del país norteamericano, disponiendo que un aditivo no se considerará seguro (y, por lo tanto, su empleo estará prohibido) si se prueba que puede provocar cáncer cuando es ingerido por el hombre o los animales. Dicha cláusula consagró, por lo tanto, el criterio de *tolerancia cero*<sup>42</sup> y, en principio, se aplicaba igualmente a los residuos de plaguicidas. La adopción de dicha cláusula fue promovida por un congresista llamado Delaney, que durante los años cincuenta presidió una comisión parlamentaria de investigación sobre el uso de productos químicos en los alimentos, y uno de cuyos resultados desató una campaña en los medios y opinión pública sobre la seguridad alimentaria. Desde sus orígenes se puso en entredicho la eficacia de esta cláusula tanto desde la perspectiva científica como jurídica.

En la actualidad, nadie apuesta seriamente por el mantenimiento de dicha cláusula, que ha ido siendo sustituida progresivamente por la noción de “certeza razonable de ausencia de daño”<sup>43</sup>.

Hoy en día se considera que para el progreso en el campo biotecnológico no existe la idea de riesgo cero, por lo cual surge el deber de proteger y regular las actuaciones de la biotecnología que puedan llegar a producir daños. Ello se materializa, por ejemplo, a través del recurso al principio de precaución.

La doctrina reconoce que las primeras manifestaciones del principio de precaución se encuentran en Alemania en los albores de los años setenta, bajo la denominación de *Vorsorgeprinzip*, como consecuencia de la toma de conciencia de que determinados químicos podrían tener consecuencias muy negativas y ante la incertidumbre acerca del efecto de tales sustancias, el *Vorsorgeprinzip* impulsaba a actuar a pesar de la incertidumbre o en virtud de ella<sup>44</sup>.

El sector de la biotecnología es el terreno de principal funcionamiento del *Principio de Precaución*, por cuanto éste es llamado a operar en situaciones de incertidumbre científica, legitimando una intervención defensiva incluso cuando la existencia misma del peligro es dudosa, momento precedente respecto a aquel al cual, normalmente, es subordinada una intervención de tipo *preventivo* (la certeza de la existencia del peligro)<sup>45</sup>.

Así lo manifestó la propia Comisión Europea en su Comunicación de 2 de febrero de 2000, en la que literalmente expresa que este principio “abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que existe evaluación científica objetiva preliminar que hace sospechar que existen motivos razonables

---

la parte que establece restricciones a la importación de la prueba científica de la argumentación”. COZZI, E. H. 2005: *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 62.

<sup>41</sup> *Federal Food, Drug and Cosmetic Act*.

<sup>42</sup> PÉREZ, M. I. *La manzana de Blancanieves. Salud, industria y alimentación*. Barcelona: Icaria Editorial, 24, 2006.

<sup>43</sup> Original en inglés: *reasonable certainty of no harm*.

<sup>44</sup> HERRERA DE LAS HERAS, R. *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*. Madrid: Reus, 43-44, 2007.

<sup>45</sup> CASONATO C. y BERTI M. *Il Diritto degli OGM tra Possibilità e Scelta. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 26 novembre 2004*. Trento: Ed. Litotipografia Alcione, 62, 2006.

para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal, pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido”.

Por otra parte, dentro del sistema del *Common Law*, se entiende que la aplicación del principio de precaución es de alta sensibilidad ya que, generalmente, choca con ciertas libertades individuales y el libre comercio; particularmente, con este último, principio ya consolidado en el sistema global. Los doctrinarios del *Common Law* sostienen que el principio es aplicable de modo limitado, proporcional a los riesgos temidos, aplicado de modo no discriminatorio, basado en la relación costo-beneficio, y siempre que no vulnere libertades individuales<sup>46</sup>.

En este marco, Estado Unidos, que ostenta un lugar de relevante poder político en el ámbito del comercio mundial, afronta las situaciones de incertidumbre científica de manera diversa a la UE<sup>47</sup>. “En una situación de duda sobre los posibles efectos derivados de una sustancia o de un producto, es decir, en presencia de un mero riesgo potencial, los Estados Unidos eligen no intervenir, no poner vetos, hasta que la ciencia no esté en grado de dar respuestas ciertas; sólo entonces, eventualmente, el poder público adoptará contramedidas”<sup>48</sup>.

En la actualidad, sin embargo, si bien las referencias explícitas a este principio en la legislación norteamericana son escasas, existe un conjunto de normas<sup>49</sup> y declaraciones que de alguna manera lo presuponen<sup>50</sup>, y se ha empezado a detectar una creciente tendencia hacia su implementación<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> DRNAS DE CLEMENT Z. *Op. cit.*, 22.

<sup>47</sup> Este país se opone a la adopción del Principio de Precaución al considerarlo un impedimento para el desarrollo y expansión del comercio internacional. No ha ratificado la Convención de Río sobre Bioseguridad y, junto a Canadá, desconocen su carácter de norma de derecho internacional. COZZI, E. H. *Op.cit.*, 67. Esta situación fue constatada en el año 2003, cuando Estados Unidos realizó una serie de consultas (junto a Argentina y Canadá) ante la OMC, en relación a medidas adoptadas por la UE vinculadas a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos que afectaban a la importación de productos agropecuarios y alimenticios procedentes de los tres países. En el informe surgido de esta controversia y presentado por la OMC el 29 de septiembre de 2006 Estados Unidos manifestó que “el principio de precaución o cautela no puede ser considerado un principio general ni una norma de derecho internacional porque no tiene una formulación única y convenida [...] Por consiguiente, los Estados Unidos consideran que la precaución o cautela es un *enfoque* y no un *principio* del derecho internacional”. DE ROMÁN PEREZ, R. *Op. cit.*, 364. Concluyó Estados Unidos su exposición manifestando su falta de acuerdo en que se recurra al Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología para interpretar el Acuerdo de la OMC en cuestión, ni siquiera en una diferencia entre dos miembros de la OMC suscriptores del Protocolo. OMC, COMUNIDADES EUROPEAS. *Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. Informes del Grupo Especial*. Reclamaciones WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R, Segunda Comunicación escrita de los Estados Unidos.

<sup>48</sup> CARRETERO GARCÍA, A. 2006: *Algunas consideraciones sobre el Principio de Precaución como instrumento de protección de la salud de los consumidores en el ámbito alimentario*. Disponible en: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/10/2006/10-2006-1.pdf>, p. 6, Acceso en: 5 jul. 2015.

<sup>49</sup> *The U.S. Toxic Substances Control Act, the Food Quality and Protection Act of 1996, The National Environmental Policy Act, the Endangered Species Act, the Clean Water Act*, entre otras.

<sup>50</sup> DE CÓZAR ESCALANTE, J. M. 2005: “Principio de Precaución y medio ambiente”, *Rev. Esp. Salud Pública*, V.79, Nº 2.

<sup>51</sup> “*The precautionary principle, virtually unknown here six years ago, is now a U.S. phenomenon. In December 2001 the New York Times Magazine listed the principle as one of the most influential ideas of the year*” (El Principio de Precaución, virtualmente desconocido en este país hace seis años, es actualmente un fenómeno en los Estados Unidos. En Diciembre del 2001 la revista New York Times lo enumeró como una de las ideas más

A nivel global, el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, aprobado el 5 de junio de 1992 en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y ratificado por España el 16 de noviembre de 1993, define a la biotecnología y establece en su Art. 19 (donde regula específicamente los aspectos vinculados a esta actividad) la necesidad de establecer un Protocolo de procedimientos adecuados en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de OMG. Esta reunión celebrada en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992, presenta como uno de sus triunfos más salientes la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. La misma tiene como logro principal dentro del ámbito que nos ocupa y dentro de su Principio 15<sup>52</sup>, la consagración expresa del Principio de Precaución.

A raíz de la inclusión del Principio de Precaución en el Protocolo de Cartagena en el año 2000, se dejaron expuestas las divergentes posiciones al respecto entre la Unión Europea y el Grupo de Miami (encabezado por Estados Unidos, Canadá y Argentina, y que aglutinaba a los mayores productores de cultivos transgénicos) generándose controversias con la OMC en relación a las normas sobre libre comercio mundial<sup>53</sup>.

Luego de lo expuesto, se divisa claro el real panorama de operatividad del Principio de Precaución en los distintos sistemas legales expuestos, panorama que SPROVIERI y DELL'OCA sintetizan de la siguiente manera: "Con todo, un fantasma aparece una y otra vez entre quienes defienden el principio de precaución. Sólo algunos lo ponen honestamente negro sobre blanco. Ese fantasma no es otro que los intereses económicos que mediante la hegemonía del crudo criterio costo-beneficio, que finalmente sólo satisface en forma inmediata el interés económico de las empresas, pone en riesgo con nuevas tecnologías la salud pública y el medio ambiente"<sup>54</sup>.

#### 4.1 Materialización del Principio de Precaución

Desde el punto de vista de su ejecución por parte de la Administración, las medidas derivadas del recurso al principio de precaución pueden adoptar la forma de una decisión de actuar o de no actuar. La respuesta escogida depende de una decisión política, en función del nivel de riesgo considerado "aceptable" por la sociedad que debe soportarlo<sup>55</sup>.

Es así que las autoridades cuentan con un amplio abanico de acciones entre las que elegir al momento de recurrir al principio de precaución, como son la financiación de programas de investigación, o proceder a informar a la opinión pública sobre los efectos

---

influyentes del año", SCIENCE & ENVIRONMENTAL HEALTH NETWORK. (s.f.): *Precautionary Principle*. Disponible en: <http://www.sehn.org/precaution.html>. Acceso en: 24 jul. 2015.

<sup>52</sup> Principio 15 - Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."

<sup>53</sup> OMC, COMUNIDADES EUROPEAS. *Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. Informes del Grupo Especial*. Reclamaciones WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R.

<sup>54</sup> SPROVIERI, L. E. y DELL'OCA, G. *Daños por Productos Elaborados*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 482, 2012.

<sup>55</sup> Comunicación de la Comisión, de 2 de febrero de 2000, sobre el recurso al principio de precaución [COM (2000) 1].

potencialmente peligrosos de un producto o de un método. El recurso a este principio no se traduce necesariamente en la aprobación de normas o reglamentos destinados a producir efectos jurídicos.

Estas medidas deberán mantenerse en vigencia mientras los datos científicos sigan siendo insuficientes, y mientras el riesgo se considere lo suficientemente alto como para no aceptar que la sociedad deba asumirlo. Pero ante la existencia de nuevos datos y avances científicos, las medidas deberán ser modificadas o suprimidas.

## 4.2 El Principio de Precaución en la UE

Según DOMÉNECH PASCUAL<sup>56</sup>, es en el Tratado de Maastricht de 1992, donde asoma por vez primera este principio como tal (disociado de la idea de prevención y mediante la voz “cautela”) en la legislación comunitaria<sup>57</sup>.

Posteriormente, la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al Principio de Precaución de 2 de febrero de 2000, demuestra inequívocamente la presencia de este principio en la normativa europea estableciendo que: “La Comisión considera que la Comunidad, al igual que otros miembros de la OMC, tiene derecho a establecer el nivel de protección que considere adecuado, en particular en lo que se refiere al medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal. La aplicación del principio de precaución constituye un principio esencial de su política [...]”<sup>58</sup>.

A su vez, la Directiva 2001/18/CE estableció que “los Estados miembros garantizarán, de conformidad con el principio de cautela, la adopción de todas las medidas adecuadas para evitar efectos negativos sobre la salud humana y en el medio ambiente que pudieran resultar de la liberación intencional o de la comercialización de OMG”<sup>59</sup> y que “se ha tenido en cuenta el principio de cautela a la hora de redactar la presente Directiva y debe tenerse en cuenta cuando ésta se aplique”<sup>60</sup>.

Pero uno de los documentos de mayor importancia en cuanto a la definición del principio de precaución es el Reglamento (CE) No 178/2002, especialmente en su Art. 7, el cual dispone en su apartado 2 que: “En circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva”.

<sup>56</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G. *Op. cit.*, 276.

<sup>57</sup> Tratado de la Unión Europea, art 130 R.2: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.”

<sup>58</sup> Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000, apartado 3 del Resumen.

<sup>59</sup> Directiva 2001/18/CE, Art. 4.1.

<sup>60</sup> Directiva 2001/18/CE, Considerando (8).

En el Asunto C-6/99 *Association Greenpeace France y otros / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche y otros*, el TJCE respaldó en forma expresa el Principio de Precaución disponiendo que aun ante a la existencia de una decisión favorable por parte de la Comisión como respuesta a una petición de comercialización de un organismo modificado genéticamente “si el Estado miembro afectado dispone mientras tanto de nuevos elementos de información que le llevan a considerar que el producto que ha sido objeto de la notificación puede presentar un riesgo para la salud humana y el medio ambiente, no estará obligado a dar su autorización, siempre y cuando lo comunique inmediatamente a la Comisión y a los demás Estados miembros”.

Similar conclusión adoptó el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en la sentencia “*Les Laboratoires Servier*”, en la que precisó que “si disponen de datos nuevos (con respecto a la última evaluación de los medicamentos considerados [...]) que, aun sin disipar la incertidumbre científica, permiten razonablemente dudar de la inocuidad y/o de la eficacia de tales medicamentos y conducen a una apreciación desfavorable de su balance riesgos/beneficios, las autoridades competentes están obligadas, en virtud del artículo 11 de la Directiva 65/65<sup>61</sup> interpretado en relación con el principio de cautela, que constituye un principio general del Derecho comunitario, a suspender o retirar la [autorización de comercialización] de dichos medicamentos”<sup>62</sup>.

### 4.3 El Principio de Precaución en España

La Ley 9/2003, se ve inspirada por el Principio de Precaución y Cautela, disponiendo expresamente en su Exposición de Motivos que el mismo implica adoptar las medidas adecuadas para evitar los potenciales efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente derivados de estas actividades.

Por su parte, la Ley 17/2011, en su Art. 7 prevé que “en circunstancias específicas, y en particular ante la aparición de riesgos emergentes, cuando tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar la protección de la salud, todo ello en espera de una información científica adicional, que permita una evaluación del riesgo más exhaustiva”.

Asimismo, determina esta última norma que dichas medidas deberán ser revisadas en un tiempo razonable, conforme el riesgo contemplado y la información científica adicional para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una evaluación del riesgo más exhaustiva.

<sup>61</sup> Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas, Art. 11: “Las autoridades competentes de los Estados miembros suspenderán o retirarán la autorización de comercialización cuando la especialidad farmacéutica resulte ser nociva en las condiciones normales de empleo, cuando carezca de efectos terapéuticos o finalmente cuando no posea la composición cualitativa y cuantitativa declarada”.

<sup>62</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *El Principio de Precaución en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿Un principio de buen gobierno?*, N. 16, 2004. Disponible en: [http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2004/EC68/EC68\\_01.pdf](http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2004/EC68/EC68_01.pdf). Acceso en: 24 jul. 2015.

## 5 EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

Este principio descansa sobre las bases de la actuación preventiva ante la *certeza* de un riesgo. Procede su aplicación cuando existe seguridad acerca de su existencia.

El *Principio de Prevención*, está asentado en la idea de “diligencia debida” (deber jurídico), es decir, en la *obligación* de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, los objetos, elementos o actividades riesgosas no causen perjuicios a terceros<sup>63</sup>.

La diferencia esencial con el *Principio de Precaución* está dada, fundamentalmente, por el carácter del riesgo que motiva su aplicación, ya que en este último el riesgo es dudoso, no se conoce con certeza, simplemente es posible.

El *Principio de Precaución*, en opinión de un importante sector de la doctrina, se basa en el “buen gobierno”, gestión que se adelanta a los hechos, la que ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, prefiere limitarla (aun equivocándose), privilegiando las seguridades. En el caso de sospecha de riesgo de daño grave, irreversible o catastrófico, la no adopción de medidas cautelares genera responsabilidad similar a la de la falta de prevención si el daño llega a producirse<sup>64</sup>.

El *Principio de Prevención*, por su parte, es el resultado de una política de confianza en la ciencia y reglamentación de mínimos para cumplir con los requisitos marcados por ésta, protegiendo bienes jurídicos concretos de daños concretos.

En suma, al riesgo verificado corresponde la prevención; al riesgo potencial, la precaución.

## ■ CONSIDERACIONES FINALES

Nos inclinamos por conceptualizar al riesgo como un peligro o amenaza connatural al sistema tecnointustrial global. En este contexto, somos conscientes, siguiendo a CARR e IBARRA, de que el riesgo cero no existe<sup>65</sup>, y menos aún en las actividades y productos propios de estos tiempos, como es la producción y consumo de OMG, de consecuencias, hasta el momento, indeterminadas.

Así, podemos identificar dos maneras de gestionar estos nuevos riesgos: una, mediante el cálculo de probabilidades y la consecuente asunción de la responsabilidad por el riesgo efectivamente producido; y la otra, constituida sobre la idea de cautela y de prevención anticipada.

Dada la gran trascendencia y desarrollo que, en este contexto, ha adquirido la producción de OMG a escala mundial en los últimos tiempos (la superficie agrobiotecnológica ha manifestado un crecimiento sin precedentes, lo cual puso de manifiesto que es la tecnología que ha gozado de la aceptación más rápida en la reciente historia de la agricultura),

<sup>63</sup> DRNAS DE CLEMENT, Z. *Op.cit.*, 60.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> CARR, S. e IBARRA, A. *Op. cit.*, 61.

y considerando el elevado grado de masividad y catástrofe que eventuales daños asociados a su consumo podrían generar, entendemos que esta nueva especie de riesgo, que parte de la indeterminación del conocimiento científico, requiere, necesariamente, la consagración de la idea de precaución, y es en este sentido que consideramos imprescindible la efectiva operatividad de los principios jurídicos que hemos desarrollado en este trabajo.

Y ello, porque hoy se evidencia la necesidad imperiosa de una nueva construcción y regulación del riesgo que reúna teorías científicas y técnicas para la comprensión y gestión del mismo, pero que, indefectiblemente, incorpore también los valores e intereses de la sociedad contemporánea, la que ha constituido el problema de la seguridad en materia de alimentos en una exigencia prioritaria.

## REFERÊNCIAS

AMAT LLOMBART, P. *Derecho de la Biotecnología y los Transgénicos (Especial referencia al sector agrario y alimentario)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ARGENBIO – CONSEJO ARGENTINO PARA LA INFORMACIÓN Y EL DESARROLLO DE LA BIOTECNOLOGÍA. (s.f.): Alimentos transgénicos, ¿deberían etiquetarse?. *Cuaderno N° 14*.

Disponible en:

<http://www.porquebiotecnologia.com.ar/index.php?action=cuaderno&opt=5&tipo=1&note=14>. Acceso en: 25 may. 2010.

CARR, S. e IBARRA, A. Las construcciones del riesgo. En LUJÁN, J. L. y ECHEVERRÍA, J., (Eds.): *Gobernar los riesgos. Ciencia y valores en la sociedad del riesgo*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 2009.

CARRETERO GARCÍA, A. 2006: *Algunas consideraciones sobre el Principio de Precaución como instrumento de protección de la salud de los consumidores en el ámbito alimentario*.

Disponible en: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/10/2006/10-2006-1.pdf>.

Acceso en: 5 jul. 2015.

CASONATO C. y BERTI M. *Il Diritto degli OGM tra Possibilità e Scelta. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 26 novembre 2004*. Trento: Ed. Litotipografia Alcione, 2006.

COZZI, E. H. *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

DE CÓZAR ESCALANTE, J. M. Principio de Precaución y medio ambiente, *Rev. Esp. Salud Pública*, V.79, N° 2, 2005.

DE ROMÁN PÉREZ, R. Organismos modificados genéticamente en el marco del desarrollo rural sostenible. En VATTIER FUENZALIDA, C. (Dir.) y DE ROMÁN PÉREZ, R. (Coord.), *El Desarrollo Sostenible en el Ámbito Rural*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

DIAZ COUSELO, J. M. *Los Principios Generales del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1971.

DOMÉNECH PASCUAL, G. *Derechos Fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

DRNAS DE CLEMENT Z. *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina*. Córdoba: Lerner Editora, 2008.

EL MUNDO. 2004: *Nuevas exigencias de etiquetado de los alimentos transgénicos*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2004/04/19/dieta/1082357695.html>. Acceso en: 3 abr. 2010.

EL PAÍS. *Aprobado el primer animal transgénico para consumo humano*. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2015/11/19/ciencia/1447945426\\_325310.html](http://elpais.com/elpais/2015/11/19/ciencia/1447945426_325310.html). Acceso en: 21 nov. 2015.

FAO/WHO. 2001: *Evaluation of Allergenicity of Genetically Modified Foods. Report of a Joint FAO/WHO Expert Consultation on Allergenicity of Foods Derived from Biotechnology*, Roma, 5. Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-y0820e.pdf>. Acceso en: 19 mar. 2015.

FAO. *Evaluación de la inocuidad de los alimentos genéticamente modificados. Instrumentos para capacitadores*, Roma, 11, 2009. Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i0110s.pdf>. Acceso en: 19 mar. 2015.

FERNÁNDEZ DÍEZ, M. C. y CORRIPIO GIL – DELGADO, M. R. Los conflictos en la política comercial de la Unión Europea: el caso de la aplicación del Principio de Precaución en la normativa comunitaria de Bioseguridad. En DE TOMÁS MORALES, S. y VAQUERO LAFUENTE, E., *El día de Europa: La Europa de los 25*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2005.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *El Principio de Precaución en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿Un principio de buen gobierno?*, n. 16, 2004. Disponible en: [http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2004/EC68/EC68\\_01.pdf](http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2004/EC68/EC68_01.pdf). Acceso en: 24 jul. 2015.

GUTIERREZ BARRENENGOA, A. y MONJE BALMASEDA, O. El etiquetado de los alimentos modificados genéticamente en el ámbito de la Unión Europea. En *Aspectos legales de la agricultura transgénica*. Almería: Universidad de Almería- Servicio de Publicaciones Internacional de Ciencias de la Vida (ILSI) y el Consejo Internacional de Biotecnología Alimentaria (IFBC), 2004.

HERRERA DE LAS HERAS, R. *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología*. Madrid: Reus, 2007.

MARCO MOLINA, J. *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y Aplicación*. Barcelona: Atelier, 2007.

MOORE, G. y TYMOWSKI, W. Guía Explicativa del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. *UICN Serie de Política y Derecho Ambiental*, n. 57, 2008.

PÉREZ, M. I. *La manzana de Blancanieves. Salud, industria y alimentación*. Barcelona: Icaria Editorial, 2006.

SCIENCE & ENVIRONMENTAL HEALTH NETWORK. (s.f.): *Precautionary Principle*. Disponible en: <http://www.sehn.org/precaution.html>. Acceso en: 24 jul. 2015.

SPROVIERI, L. E. y DELL'OCA, G. *Daños por Productos Elaborados*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.



# LAS FUENTES DE INDETERMINACIÓN DEL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA

## SOURCES OF INDETERMINATION OF LAW: A PHILOSOPHICAL APPROACH

MARISA IGLESIAS VILA \*

### RESUMO

Este artículo profundiza sobre el problema de la indeterminación legal considerando si este fenómeno debería ser una preocupación importante para los abogados. En primer lugar, Iglesias explora algunas de las fuentes típicamente asociadas con la indeterminación legal (como problemas semánticos, la inclusión de conceptos esencialmente controvertidos y el uso de principios legales en decisiones judiciales) para mostrar que no existe una conexión directa entre esos factores y la ausencia de respuestas legales correctas. En segundo lugar, el documento subraya que la mayoría de los sistemas jurídicos proporcionan herramientas para evitar un uso arbitrario del poder en situaciones de indeterminación legal. Finalmente, la autora argumenta que cierto grado de indeterminación trae beneficios a la ley incluso cuando afecta la expectativa de predictibilidad, porque ayuda a alcanzar otros valores legales y objetivos básicos. Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo explicar por qué, en escenarios de normalidad, el hecho de que la ley puede ser incierta en algunos casos no debería ser una preocupación importante para los abogados.

**Palavras-chave:** indeterminación; fuentes; Derecho.

### ABSTRACT

This article elaborates on the problem of legal indeterminacy considering whether this phenomenon should be a major concern for lawyers. Firstly, Iglesias explores some of the sources typically associated with legal indeterminacy (such as semantic problems, the inclusion of essentially contested concepts and the use of legal principles in judicial decisions) to show that there is no direct connection between those factors and the absence of right legal answers. Secondly, the paper underlines that most legal systems provide with tools to prevent an arbitrary use of power in situations of legal indeterminacy. Finally, the author argues that certain degree of indeterminacy brings benefits to the law even when it affects the expectation of predictability because it helps to attain other legal values and basic targets. Thus, this article aims at explaining why, in scenarios of normality, the fact that law may be uncertain in some cases should not be a major concern for lawyers.

**Keywords:** indeterminacy; sources; Law.

\* Doutora em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, Espanha).

Membro da Executive Committee of the International Association of Legal and Social Philosophy (IVR).

Professora Associada da Universitat Pompeu Fabra.

*marisa.iglesias@upf.edu*

Recebido em 26-1-2018 | Aprovado em 26-1-2018<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. Publicação original: *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, n. 28, mai./ago. 2006, p. 55-82.



## SUMÁRIO

**INTRODUCCIÓN; 1 LA INDETERMINACIÓN EN EL LENGUAJE; 1.1 VAGUEDAD Y AMBIGÜEDAD; 1.2 LA CONTROVERTIBILIDAD SEMÁNTICA Y LOS CONCEPTOS EVALUATIVOS; 2 LOS PRINCIPIOS Y LA INDETERMINACIÓN JURÍDICA; CONSIDERACIONES FINALES; REFERENCIAS**

### ■ INTRODUCCIÓN

La indeterminación del Derecho, que podríamos definir como la falta de calificación deóntica para una determinada conducta o la ausencia de respuesta jurídica correcta, es un fenómeno complejo que suele inquietar mucho a los juristas. Ello se debe a muchos factores diversos, entre los que valdría la pena destacar algunos. La indeterminación es objeto de inquietud, por una parte, porque se percibe como una muestra de la imperfección del Derecho en tanto instrumento para guiar la conducta. Es común pensar en el fenómeno jurídico como una herramienta para dirigir el comportamiento y, al mismo tiempo, asumir un modelo ideal de ordenamiento en el que la estructura normativa consigue efectivamente regular todo aquello que pretende regular. La indeterminación nos aleja de este ideal en la medida en que suponga haber fracasado en el intento de regular una conducta. Por otra parte, este fenómeno inquieta a los juristas por el valor preponderante que suele otorgarse a la seguridad jurídica como parámetro de legalidad. Si un intento de regulación normativa acaba siendo meramente aparente, generando situaciones de ausencia de respuesta jurídica correcta, los ciudadanos no podrán prever, de forma anticipada a sus acciones, qué es lo que exige el Derecho respecto a esa conducta. Por último, la indeterminación preocupa, especialmente cuando los jueces poseen el deber jurídico de fallar en cualquier caso, porque hace posible que los jueces se arroguen facultades de creación normativa que siempre han sido miradas con suspicacia desde una doctrina estricta de la separación de poderes.

Ahora bien, a pesar de los motivos que he destacado, podríamos preguntarnos si esta inquietud por la indeterminación jurídica está realmente justificada. En efecto, si el Derecho fuera completamente incierto no podría poseer ningún papel en la conformación de acciones y, por tanto, sería un instrumento inútil en la organización social<sup>2</sup>. Pero éste no parece ser el caso. Además de que la indeterminación es una cuestión de grados, sería razonable admitir, a no ser que fuéramos unos escépticos recalcitrantes, que el Derecho consigue en muchas ocasiones regular aquello que pretende regular. También sería razonable afirmar, a no ser que asumamos un optimismo exagerado, que el Derecho no estará siempre determinado y que, por tanto, enfrentaremos situaciones de ausencia de respuesta jurídica correcta.

Es en este punto intermedio donde adquiere relevancia preguntarse si la indeterminación jurídica es tan preocupante como los juristas suponen. Pero la respuesta a esta cuestión no puede desvincularse de las tesis que defendamos en torno a las funciones del Derecho, la relevancia de la seguridad jurídica y el carácter del rol judicial de adjudicación normativa. Esta inquietud por la indeterminación disminuiría, por ejemplo, si asumiéramos

<sup>2</sup> Cf. HART, H. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford University Press: Oxford, 1994.

una concepción jurídica con las siguientes tesis: a) la función del Derecho no es, simplemente, guiar la conducta, sino también justificar el uso del poder institucional; b) esta justificación depende de un complejo de valores diferentes, unos formales y otros sustantivos, que rigen el ámbito de lo jurídico; c) la seguridad jurídica es uno más entre los diversos valores que conforman este fundamento axiológico y su importancia relativa deberá ser sopesada en cada caso<sup>3</sup>; d) la función judicial de aplicación del Derecho consiste, al menos en parte, en implementar y balancear estos valores que justifican el uso del poder institucional.

Desde una perspectiva como la anterior, podríamos considerar que el instrumento jurídico puede estar cumpliendo satisfactoriamente con sus funciones a pesar de admitir un grado apreciable de indeterminación. Ello dependerá de cómo se conjuguen los valores que dan sentido a la práctica jurídica en general y del peso relativo que la seguridad jurídica deba poseer en cada rama del ordenamiento (atendiendo a sus finalidades y dinámica característica)<sup>4</sup>. En definitiva, la relevancia que otorguemos a la indeterminación jurídica dependerá de nuestra forma de aproximarnos al Derecho. Al mismo tiempo, esta relevancia puede ser diferente en cada una de las ramas del Derecho, lo que dificulta un acercamiento general a este problema.

Lo mismo sucede respecto a la pregunta acerca de cuáles son las fuentes de indeterminación jurídica. Cualquier respuesta a esta cuestión será dependiente de nuestra concepción del Derecho hasta el extremo de que veremos más o menos situaciones de indeterminación en función de la teoría que asumamos. Ahora bien, esto no impide poder afirmar, de un lado, que unas concepciones llegan a conclusiones más razonables que otras en torno a cuándo podemos justificar un juicio de indeterminación normativa y, de otro lado, que unas reflejan mejor que otras la lógica y el funcionamiento de la práctica social que tienen por objeto. En este texto me preocuparé, básicamente, de estas últimas cuestiones. En primer lugar, me detendré en los principales factores que habitualmente se asocian al problema de la indeterminación jurídica para pasar, en segundo lugar, a examinar hasta qué punto estos factores constituyen fuentes genuinas de indeterminación. Por último, concluiré preguntándome si la inquietud de los juristas ante este fenómeno está tan justificada como parece a primera vista.

## 1 LA INDETERMINACIÓN EN EL LENGUAJE

El Derecho es, entre otras cosas, un fenómeno lingüístico. Se expresa mediante el lenguaje y utilizamos el lenguaje para discutir cuándo un juicio acerca del derecho es correcto. De ahí que el factor lingüístico y los problemas semánticos se tomen como una de las fuentes principales de indeterminación jurídica. Para muchos, las cláusulas constitucionales constituyen el contexto paradigmático donde identificar este tipo de problemas. Por esta

---

<sup>3</sup> En este trabajo asumiré que la seguridad jurídica, tal como presuponen la mayoría de juristas, tiene algún valor moral. Ahora bien, esta posición es controvertible. Para una visión crítica del supuesto valor moral de la seguridad jurídica, cf. GARCÍA MANRIQUE, R. "Acerca del valor moral de la seguridad jurídica", *DOXA*, 23, p. 477-516, 2003.

<sup>4</sup> En el Derecho penal, por ejemplo, la indeterminación jurídica es mirada con mucho mayor recelo que en otras ramas del Derecho. Ello es así no sólo por el tipo de sanciones y el carácter básico de los bienes que protege sino, también, como observa Fuller (FULLER, L. *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, 71, p. 630-672, 1958), por ser una rama del Derecho orientada directamente al control de conductas, es decir, por tener la finalidad básica de impedir que se produzcan ciertas conductas socialmente indeseables.

razón, en este trabajo tomaré generalmente el texto constitucional como ejemplo. Es fácil encontrar conceptos vagos y palabras ambiguas en las cláusulas constitucionales. Al mismo tiempo, muchos de los conceptos de nuestra Carta Magna son abstractos y esencialmente controvertidos. Me detendré brevemente en cada uno de estos problemas.

## 1.1 VAGUEDAD Y AMBIGÜEDAD

Es usual considerar que la vaguedad y la ambigüedad son dos de las fuentes típicas de indeterminación jurídica y, por esta razón, se recomienda encarecidamente a la autoridad normativa que evite usar conceptos vagos y palabras o expresiones ambiguas. Ciertamente, es posible expresar la voluntad de forma más o menos precisa y tenemos razones de seguridad jurídica e imparcialidad para exigir, en general, un grado adecuado de precisión a la autoridad institucional<sup>5</sup>. Pero si lo que nos preocupa es que el Derecho pueda estar indeterminado, no es tan claro que estos dos fenómenos dirijan por sí mismos a situaciones de ausencia de respuesta jurídica correcta. Tampoco es obvio que la vaguedad y la ambigüedad puedan ser evitadas y, a veces, tampoco resultará claro que evitarlas sea jurídicamente deseable. Pero antes de abordar estas cuestiones sería importante ofrecer algunas notas sobre qué se entiende por vaguedad y ambigüedad.

Desde un punto de vista filosófico, la vaguedad se relaciona con las dudas irresolubles en torno a si un objeto está o no comprendido dentro de un concepto. Pero sería importante precisar un poco más y distinguir dos sentidos de esta palabra, habitualmente denominados “vaguedad actual” y “vaguedad potencial”<sup>6</sup>. Por lo general, nos referimos a la vaguedad teniendo en mente la noción de vaguedad actual, es decir, una situación en la que enfrentamos un supuesto que no está incluido dentro de un concepto ni excluido de su campo de aplicación. Diremos que un concepto es vago en este sentido cuando encontramos un caso de penumbra o caso límite de calificación conceptual. En estos supuestos, dudamos de si un objeto pertenece a la extensión de un término, pero nuestras dudas no son fruto de la ignorancia y, por tanto, no pueden resolverse adquiriendo una mayor información de la realidad o entendiendo mejor el concepto. Es la propia definición que manejamos la que nos conduce a concluir que estamos ante un caso de penumbra<sup>7</sup>.

Dado que la vaguedad actual depende del lenguaje con el que se opera, este problema aumentará o disminuirá en función de cómo empleemos los conceptos. A veces, los

---

<sup>5</sup> Véase, en este sentido, las razones que aporta Ferreres (FERRERES, V. *El principio de taxatividad en material penal y el valor normativo de la jurisprudência*. Civitas: Madrid, 2002) para justificar la exigencia de taxatividad en el ámbito penal. Estas razones, cuyo peso siempre será relativo, también son aplicables al resto del ordenamiento.

<sup>6</sup> Sobre esta distinción en el ámbito jurídico, véase, por todos, Hart, op. Cit., 1994.

<sup>7</sup> Es importante advertir que ésta no es la única concepción filosófica de la vaguedad. Otra sería, por ejemplo, la concepción epistémica de la vaguedad, según la cual este fenómeno es el producto de nuestra ignorancia de algo que está determinado. Así, habría una clara división entre lo que cae dentro o fuera de los conceptos con los que nos referimos al mundo y esta división viene establecida por la propia realidad. Lo que sucede, atendiendo a esta teoría, es que nosotros no conocemos la realidad de forma completa y ello hace surgir casos de penumbra respecto a la calificación conceptual. Un buen análisis de esta concepción puede encontrarse en Endicott (ENDICOTT, T. *Vagueness in Law*, Oxford University Press: Oxford, 2000) y Moreso (MORESO, J.J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 1997).

casos de penumbra son simplemente el resultado de asumir una definición muy imprecisa de un término. Otras veces, funcionamos con conceptos que contienen una lista de propiedades, pero usamos estas nociones sin haber asentado qué combinación de estas propiedades debe reunir un objeto para que la palabra le sea aplicable. Esta situación suele denominarse “vaguedad combinatoria”. Aquí, los casos de penumbra se producirán porque no sabremos qué rasgo le debe faltar (o le debe sobrar) a un objeto para dejar de formar parte del concepto. Pensemos en una noción como la de fiesta. Todos diríamos que se trata de una reunión lúdica de un grupo de personas con la finalidad de divertirse o celebrar algún acontecimiento. Una celebración de cumpleaños sería un caso paradigmático. Pero también seguimos usando la palabra “fiesta” para referirnos a una celebración de cumpleaños claramente aburrida o a una reunión colectiva de negocios que se celebra de manera informal en un bar. ¿Y un velatorio francamente divertido o una celebración lúdica en solitario, son también una fiesta? La imposibilidad de establecer qué combinación de propiedades debe reunir algo para constituir una fiesta nos conducirá a situaciones de vaguedad actual.

En otras ocasiones, estos casos de penumbra se producirán por usar conceptos relacionados con propiedades que se aplican a la realidad de forma gradual. Pensemos, por ejemplo, en las palabras “pobre” o “fría”. ¿A partir de qué nivel de ingresos una persona puede considerarse “pobre”? ¿a qué temperatura debe estar el agua para poder emplear el predicado “fría”? Estos conceptos establecen una frontera difusa entre aquellos supuestos a los que se aplica la propiedad “ser pobre” o “estar fría” y aquellos a los que no se aplica. De este modo, pueden surgir dudas cuando nos preguntamos, por ejemplo, si el agua que está a 18 grados es un supuesto de agua fría<sup>8</sup>. Esta vaguedad disminuirá si para referirnos a estos predicados, en vez de usar conceptos clasificatorios (basados en propiedades definitorias), usamos conceptos cuantitativos o métricos (basados en magnitudes de medida). Si, por ejemplo, definimos la palabra “inteligente”, no en base a ciertas propiedades que alguien debe reunir para recibir esta calificación, sino a partir de un determinado test de coeficiente intelectual, los casos de penumbra disminuirán de forma considerable (aunque, obviamente, ello será al coste de limitar las posibilidades de uso de esta palabra)<sup>9</sup>.

El segundo sentido de “vaguedad” es la idea de textura abierta del lenguaje o vaguedad potencial. Esta noción se refiere a una característica del lenguaje natural, su textura abierta, que impide eliminar la posibilidad de que surja un supuesto de vaguedad actual. La vaguedad potencial es inherente a cualquier noción que usemos para interactuar y referirnos al mundo dado, como afirmaba H. Hart, nuestra relativa ignorancia del futuro y la relativa indeterminación de propósitos que ello provoca. Admitir la textura abierta del lenguaje es asumir que nunca podremos establecer exhaustivamente las condiciones necesarias y suficientes de uso de un término, con lo que, por mucho que nos esforcemos, siempre podrá surgir un caso que no habíamos previsto y que no será ubicable ni dentro ni fuera del concepto<sup>10</sup>. Para poner un ejemplo, aunque tuviéramos una definición constitucional de

<sup>8</sup> Respecto a estos casos de vaguedad véase, entre otros, Carrió (CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965).

<sup>9</sup> Para mayor información en torno a las cuestiones filosóficas más relevantes relacionadas con el problema de la vaguedad y, especialmente, sobre la paradoja del razonamiento sorites, la vaguedad de segundo orden y las concepciones epistémicas de la vaguedad, véanse, Waldron (WALUCHOW, Waldron. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994), Moreso (op. Cit), Endicott (Ibidem, caps. 5 y 6).

<sup>10</sup> Evitar la textura abierta del lenguaje requeriría que cualquier caracterización tuviera en mente todas y cada una de sus posibilidades de aplicación pasadas, presentes y futuras, así como las reales y las hipotéticas. Véase

domicilio que incluyera una lista clara y precisa de qué propiedades son condición necesaria y suficiente para que un lugar constituya un domicilio, una futura circunstancia imprevista podría generar un caso de penumbra. Imaginemos un desastre natural que envenenara el aire y obligara a mucha gente a vivir en grandes burbujas de plástico transparentes, móviles y flotantes. ¿Constituirían estas burbujas un supuesto de domicilio? Así, en definitiva, mientras que un concepto sólo padecerá de vaguedad actual en algunas ocasiones, porque tendrá casos claros de aplicación, todos los conceptos son potencialmente vagos, porque nunca podrá eliminarse la posibilidad de que surja un supuesto de vaguedad actual, esto es, un caso de penumbra.

Centrándonos ahora en la ambigüedad de los términos jurídicos, es habitual considerarla otra fuente importante de indeterminación del derecho. De forma general, cabe indicar que la ambigüedad está relacionada con problemas como la homonimia y la polisemia de las palabras<sup>11</sup>. Un ejemplo común de homonimia sería el término "gato", que puede hacer referencia tanto a un animal doméstico como a una herramienta para elevar un peso. Un ejemplo de polisemia lo encontramos en la palabra "hoja", que asociamos tanto a la parte verde de un tallo como a una página de un libro. Ahora bien, aunque un mismo término pueda ser usado en diferentes sentidos ello no implica la existencia de ambigüedad. Ésta se produce cuando el contexto lingüístico no permite conocer cuál de los diversos significados de una palabra se ha pretendido expresar.

De igual modo, también relacionamos la ambigüedad con aquellos enunciados que son susceptibles de expresar significados diversos, ya sea por cuestiones sintácticas derivadas de la forma en que se conectan sus términos, por la posibilidad de definiciones alternativas de sus palabras individuales o por otras cuestiones semánticas. En este caso, si el contexto lingüístico o pragmático de la expresión no permite decantarse por una de las posibilidades, enfrentamos un problema de ambigüedad. Por esta razón, no sería absurdo afirmar que cada vez que una disposición puede ser razonablemente interpretada de modos diversos encontramos una situación de ambigüedad en la formulación normativa, siempre, claro está, que no dispongamos de un criterio hermenéutico que pueda justificar jurídicamente la opción por alguna de las posibilidades interpretativas<sup>12</sup>.

---

Hart (Ibidem, 128-129). Para un buen análisis del problema de la textura abierta, cf. NARVÁEZ, M. Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho, *Analisi e Diritto*, 2002-2003, p. 211-240, 2003.

<sup>11</sup>Un desarrollo muy clarificador del concepto de homonimia (significados distintos que sólo comparten una misma palabra) y polisemia (la misma palabra con significados distintos pero que comparten un mismo origen o están vinculados entre sí) puede encontrarse en Lyons (LYONS, J. *Lenguaje, significado y contexto*. Barcelona: Paidós, 1991). Sobre la ambigüedad en el contexto jurídico y la distinción entre ambigüedad sintáctica y semántica véase también Aarnio (AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Traducción de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991). Ross (ROSS, A. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963) y Carrió (Ibidem, 28-31).

<sup>12</sup> Es importante tener en cuenta que los problemas de vaguedad y ambigüedad no son tan fácilmente distinguibles cuando estamos en situaciones de polisemia y, por tanto, los diversos significados de una palabra están relacionados entre sí. Cuando estos significados están vinculados, su relación puede acabar siendo una cuestión de grados hasta el punto que, en ocasiones, no habrá forma de determinar si estamos ante dos sentidos de una palabra o ante una situación de duda irresoluble en torno al alcance de un significado de esta palabra. Por ejemplo, antes de la regularización del matrimonio entre personas del mismo sexo era habitual que la jurisprudencia favorable a la igualdad de tratamiento jurídico tuviera una aproximación ambivalente a las formulaciones normativas donde aparecía la palabra "cónyuge". Así, en ocasiones se asumía que estábamos ante

Una vez caracterizados estos dos fenómenos, deberíamos preguntarnos si constituyen realmente una fuente de indeterminación jurídica (y no sólo de indeterminación lingüística) y, en general, si su existencia debería preocuparnos como juristas. En primer lugar, resulta obvio que podemos disponer de mecanismos jurídicos para resolver problemas de vaguedad y ambigüedad, i.e., los métodos de interpretación previstos por el Derecho, las normas de clausura o los principios jurídicos. Dada esta contingencia, será más bien excepcional encontrar casos de indeterminación semántica que acaben constituyendo supuestos de indeterminación jurídica<sup>13</sup>. La multiplicidad de técnicas interpretativas que tenemos a nuestra disposición y, especialmente, el hecho de que una constitución incorpora como derecho vinculante un conjunto muy amplio de principios que regulan la mayoría de aspectos de la vida social, puede neutralizar jurídicamente casi cualquier situación de vaguedad o ambigüedad<sup>14</sup>. Muchas veces, si la indeterminación semántica no ha podido ser jurídicamente neutralizada es, simplemente, por falta de imaginación jurídica. Por esta razón, la preocupación por los problemas de vaguedad y ambigüedad suele provenir de aquellas concepciones que todavía conciben el Derecho como un sistema formado exclusivamente por reglas, resistiéndose a asumir, por tanto, que los principios también forman parte del Derecho<sup>15</sup>. Ahora bien, la cuestión es si estas concepciones son adecuadas para dar cuenta de la práctica jurídica de un sistema constitucional<sup>16</sup>.

---

un caso de penumbra respecto al concepto de cónyuge porque, por vaguedad combinatoria, no se podía determinar si propiedades como “estar casados” o “tener diferente sexo” eran necesarias para que los miembros de una pareja pudieran considerarse “cónyuges”. En otras ocasiones, en cambio, queriendo enfatizar en el mismo problema, se afirmaba que podíamos encontrar dos sentidos diversos de la palabra “cónyuge”, un concepto amplio que se refería a parejas sentimentales y un concepto estricto que se refería a parejas casadas. En mi opinión, aunque unos se centraban en una cuestión de vaguedad y otros en la ambigüedad del término, tenían la misma pretensión de favorecer la inclusión de las parejas estables del mismo sexo dentro de la palabra “cónyuge”.

<sup>13</sup> En el Derecho penal, por ejemplo, aun cuando la cultura de la seguridad jurídica permite impugnar la utilización de alguno de estos instrumentos, se incorpora, por contra, la regla de clausura “todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”. Esta regla elimina cualquier posible laguna en los tipos penales, incluyendo las que podrían originarse en problemas semánticos. Si tenemos una regla de clausura cerramos esta posibilidad de indeterminación jurídica.

<sup>14</sup> Ello no es óbice para reconocer, con Raz (Ibidem, 846), que también los principios con los que resolvamos la vaguedad y ambigüedad de las reglas pueden adolecer de indeterminación semántica. Pero, como veremos, el principal problema que enfrentan los principios es más bien el de su controvertibilidad y no el de su vaguedad.

<sup>15</sup> Ésta es una de las críticas principales que Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *El Dominio de la vida*. Trad. (trad. R. Caracciolo y V. Ferreres. Barcelona: Ariel, 1994) ha vertido sobre el positivismo hartiano, crítica que, en mi opinión, todavía no ha sido adecuadamente contestada por los defensores de esta teoría, ni siquiera por aquellos teóricos hartianos que abogan por el llamado “positivismo incluyente” (COLEMAN, J. “Incorporationism, Coventionality and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 4, p. 381-426, 1998; WALUCHOW, Waldron. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994).

Al mismo tiempo, esta posición es claramente defendida desde el “positivismo excluyente” (RAZ, J. Authority, Law, and Morality, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 194-221, 1994). Según esta concepción, la idea de autoridad que caracteriza al Derecho requiere considerar que los principios morales no forman parte del Derecho. Más radical es, en este sentido, la posición del denominado “positivismo normativo” (CAMPBELL, T. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 1996), que defiende por razones morales que el Derecho debe consistir sólo en un sistema de reglas.

<sup>16</sup> No ignoro que la relevancia concreta que los principios constitucionales posean en la eliminación de situaciones de vaguedad y ambigüedad dependerá de las previsiones de cada sistema jurídico tanto por lo que respecta a su alcance regulativo como a la responsabilidad asignada a los órganos de adjudicación en el uso de estos principios en la interpretación y aplicación de reglas. Al mismo tiempo, la concepción normativa que mantengamos en

En segundo lugar, la asociación entre indeterminación semántica y jurídica se incentiva no sólo cuando contemplamos el Derecho como un sistema de reglas sino, también, cuando nos acercamos al significado de las formulaciones normativas desde sus palabras individuales y no desde la disposición en conjunto. Ésta es una interesante crítica que ya L. Fuller dirigió a la posición semántica de Hart y a su visión de los casos de penumbra<sup>17</sup>. Hart cree que el significado de los diversos términos de una disposición normativa es independiente del propósito de esta disposición porque asume que cada palabra individual tendrá casos claros de aplicación que serán constantes en diferentes contextos y casos de penumbra en los que el significado estará indeterminado. En los casos claros, para Hart, el juez no requiere más que entender las palabras de la ley para asignar significado a la norma. En los casos de penumbra, en cambio, que es cuando el juez debe atender al propósito de la norma para valorar como calificarlos, el juez está realizando una actividad de creación normativa completando el significado de la palabra en cuestión.

Fuller observa acertadamente que esta forma de acercarse al significado de los textos jurídicos desde sus palabras individuales es algo extraño en el ámbito del Derecho. El ejemplo que ofrece es muy útil. Supongamos que estamos frente a una norma que prohíbe dormir en las estaciones de tren, con la consiguiente expulsión del recinto si se realiza esta acción, y supongamos también que la norma tiene la finalidad de evitar que vagabundos y borrachos pasen sus noches en las estaciones. Para Hart, el significado de esta norma dependería de qué signifiquen sus palabras individuales, los términos “dormir” y “estación de tren”. Pensemos en varias situaciones. En la primera, un vagabundo o un borracho está tumbado removiéndose en uno de los bancos de la estación a altas horas de la noche. En la segunda, un pasajero se ha dormido unos minutos sentado en un asiento esperando un tren que sale a las tres de la madrugada. En la tercera, un señor lleva una almohada y una manta y se dispone a pasar la noche en la estación pero es detenido antes de haberse puesto a dormir. Fuller se pregunta cuál de estos ejemplos es una instancia clara de aplicación de la palabra “dormir”. Ciertamente, diríamos que el segundo caso es la instancia más clara de uso del término. Pero éste es precisamente el supuesto en el que no procederíamos a expulsar al pasajero de la estación. En cambio, tanto el primer caso como el tercero, que parecen ser las situaciones en que las autoridades procederían más tranquilamente a la expulsión atendiendo a la norma, no forman parte del núcleo de significado de la palabra “dormir”.

Este ejemplo sirve para constatar que no tiene demasiado sentido interpretar cada palabra de una disposición jurídica con total independencia de su finalidad general y contexto regulativo. De ahí que la vaguedad actual de un concepto aislado, a diferencia de lo que pensaba Hart, no sea concluyente para justificar la afirmación de que estamos ante un supuesto de ausencia de respuesta jurídica correcta. Si, volviendo al ejemplo anterior, un “sin techo” está tumbado en la estación en un estado de somnolencia, pero sin haber perdido todavía la conciencia, seguramente estaremos ante una situación de vaguedad respecto al

---

torno a la función judicial y a la importancia que deba otorgarse a la voluntad legislativa en una democracia constitucional afectará a nuestra forma de aproximarnos al rol de los principios en el Derecho. Ahora bien, si asumimos que la vaguedad y ambigüedad son problemas de indeterminación lingüística, los principios no estarían sustituyendo aquí ninguna voluntad institucional.

<sup>17</sup> C.f. FULLER, L. Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart. Harvard Law Review, 71, p. 630-672, 1958.

concepto de dormir. Pero, ¿sería una buena respuesta jurídica afirmar que en este caso el derecho está indeterminado?<sup>18</sup>

El argumento de Fuller nos conduce a una reflexión más general sobre esta asociación habitual entre factores como la vaguedad y la indeterminación del derecho. Como ha observado Dworkin en crítica a la teoría semántica de Hart, muchos de los problemas de indeterminación que preocupan a autores positivistas como Hart son debidos a la teoría convencionalista que manejan en torno a las condiciones de verdad de las proposiciones acerca del Derecho. Aunque trataré este punto en el próximo apartado, cabe preguntarse si una concepción convencionalista del Derecho es lo suficientemente rica como para poder dar cuenta de la complejidad de la práctica jurídica. En efecto, si presuponemos que fenómeno jurídico es el producto de convenciones sociales y que el significado de los términos y expresiones que encontramos en las normas depende de criterios compartidos de uso, los problemas de indecisión lingüística afectarán directamente a estas condiciones de verdad. Ahora bien, ¿tenemos suficientes razones para asumir esta concepción jurídica, especialmente, en ámbitos como la práctica constitucional?<sup>19</sup>

Por último, aunque en algunas ocasiones tendremos que admitir que estos factores lingüísticos dirigen a la indeterminación del Derecho, todavía podemos preguntarnos por la relevancia jurídica de estas situaciones dado, además, que la vaguedad potencial es un rasgo ineliminable del lenguaje. Si la indeterminación nos preocupa por el valor que otorgamos a la seguridad jurídica, debemos tener en cuenta que éste no es nunca un valor absoluto (ni siquiera en el ámbito penal) y que, por tanto, otras razones podrán tener a veces más peso que la seguridad para justificar el uso de un lenguaje que no minimiza las posibilidades de indecisión lingüística. Como observa el propio Hart, podríamos afirmar que, en general, los sistemas jurídicos tratan de llegar a un compromiso entre dos necesidades sociales, por una parte, ser una guía efectiva respecto a un amplio rango de conductas y, por otra parte, dejar abiertas ciertas cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente tratadas y valoradas en los casos concretos<sup>20</sup>. Así, un lenguaje que no fuera vago reportaría una rigidez intolerable si consideramos que el Derecho no es sólo un instrumento para guiar la conducta sino, también, un instrumento para justificar el uso del poder<sup>21</sup>. En definitiva, un cierto grado de vaguedad y

<sup>18</sup> Aunque no profundizaré en este punto, cabría efectuar, siguiendo a R. Dworkin (Dworkin, Ronald. "Is There Really no Right Answer in Hard Cases?", en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, p. 120-145, 1985; op.cit. p. 70-71), dos consideraciones adicionales. Podríamos afirmar, por una parte, que un juicio de indeterminación jurídica debido a la vaguedad no puede obtenerse por defecto. Si, por ejemplo, no podemos justificar que un contrato celebrado en domingo sea un contrato sacrílego y, por tanto, inválido, ni podemos justificar que este contrato sea un contrato válido, de ahí no se sigue, sin argumentos adicionales, que podamos justificar que el contrato celebrado en domingo no es ni válido ni inválido. Al mismo tiempo, Dworkin advierte acertadamente que del hecho de que parte del lenguaje de la norma sobre la validez de contratos sea vago no se sigue que también sea vaga la cuestión de si, teniendo en cuenta este lenguaje, el contrato celebrado en domingo es válido.

<sup>19</sup> Curiosamente, en ámbitos jurídicos como el penal, donde tendríamos más razones para asumir el convencionalismo semántico, es también donde actúa la regla de clausura eliminando cualquier posibilidad de indeterminación jurídica debida al lenguaje.

<sup>20</sup> Hart (Ibidem, 130-136). Un claro ejemplo en el que esta segunda necesidad social hace aconsejable un reflejo en el lenguaje es en la regulación de las causas de justificación en el ámbito penal. Véase, en este sentido, Moreso (MORESO, J.J. *Principio de legalidad y causas de justificación*, DOXA 24, p. 525-545, 2001).

<sup>21</sup> Siguiendo a Schauer (SCHAUER, F. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 31-35), cabe tener en cuenta que regular conductas a través de reglas, entendidas como el resultado de un balance de razones, nos puede conducir a situaciones de infrainclusión y sobreinclusión respecto a las razones que justifican

ambigüedad como el que puede quedar después de interpretar los textos y ajustarlos a los principios jurídicos en juego puede ser incluso saludable para un ordenamiento jurídico.

Si, en cambio, la preocupación por la indeterminación jurídica que pueda generar la vaguedad y ambigüedad está vinculada con el poder que otorgamos a los jueces, su justificación estará condicionada a la relevancia de evitar que exista un ámbito para la discrecionalidad judicial. Aunque no podré entrar aquí en esta cuestión tan compleja, valdría la pena restar importancia a esta preocupación de los juristas relativizando la idea de que los jueces tienen plena discreción para adoptar decisiones en contextos de indeterminación jurídica<sup>22</sup>. En los ordenamientos modernos, el poder creativo de los jueces se controla tanto por normas que determinan el resultado de la decisión judicial como por normas que determinan qué criterios y pautas debe seguir un juez para adoptar decisiones en contextos de ausencia de respuesta jurídica correcta. Lo que podríamos denominar, siguiendo a Raz y Soper, “principios de discreción” son mecanismos a partir de los que el Derecho restringe las posibilidades de elección de los órganos de adjudicación más allá del propio Derecho<sup>23</sup>. Estas pautas, por una parte, restringen el marco de las opciones jurídicamente admisibles para el juez, estableciendo lo que Barak describe como una “zona de razonabilidad”<sup>24</sup>. Esta zona no se articula solamente a partir de parámetros de aceptabilidad moral (o meramente constitucional) sino que también puede incorporar, por ejemplo, directrices conservadoras, esto es, principios que emplazan al juez a adoptar decisiones que se alejen lo mínimo posible del Derecho existente (i.e., coherencia con el ordenamiento en conjunto o preferencia por métodos de integración como la analogía frente a otras posibilidades). Un nivel alto de exigencia respecto a qué opciones pueden conformar la zona de razonabilidad reduce mucho el ámbito de la actividad discrecional. Por otra parte, los principios de discreción también tienen la finalidad general de evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones discrecionales, uno de los problemas que justificaría la preocupación por otorgar poder a los jueces. Aquí entran en juego exigencias de motivación, de imparcialidad, de elección de las mejores razones, el compromiso de universalidad, la coherencia con decisiones anteriores y, en general, cualquier requisito básico de racionalidad práctica en el ámbito público.

Si nos tomamos en serio todo este conjunto de estándares jurídicos que gobiernan la actividad de los jueces más allá del Derecho, la preocupación por el posible poder que la

---

la existencia de la regla. Volviendo a la regla que impide dormir en las estaciones de tren, la formulación canónica con la que se ha resuelto el balance de razones en juego conduce a que haya casos en los que la regla abarca menos que su razón subyacente (el vagabundo que deambula toda la noche por la estación) y casos en los que la regla abarca más que su razón (el pasajero que se duerme unos minutos esperando un tren de madrugada). De este modo, a mayor precisión del lenguaje normativo mayor posibilidad de arbitrariedad en las reglas. Por ello es importante asegurar cierta flexibilidad tanto en la forma en que se redactan las leyes como en su interpretación y aplicación.

<sup>22</sup> Sobre este punto, véase, en general, Iglesias Vila (IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 53-60). Dejaré al margen otra interesante discusión en torno a si la existencia de lagunas, derivadas o no de problemas semánticos, conlleva la necesidad de actuaciones discrecionales por parte de los jueces. Sobre este tema, véase, especialmente, el debate en torno a las lagunas entre varios autores y, en particular, entre E. Bulygin y F. Atria, en A.A.V.V. (A.A.V.V. *Las lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005).

<sup>23</sup> Raz (Ibidem, 846-847), Soper SOPER, P. “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Littlefield, Totowa, 1984).

<sup>24</sup> Barak, 1989, p. 115-118.

indeterminación otorga a los órganos de adjudicación debería empezar a quedar muy lejos. Con un sistema exigente de principios de discreción, estaremos otorgando a los jueces un poder claramente limitado o, al menos, casi tan limitado como cuando aplican el Derecho. Al mismo tiempo, en aquellos casos excepcionales donde la vaguedad y ambigüedad no han podido ser jurídicamente neutralizadas, estos principios siguen controlando que este poder no se ejerza de forma arbitraria<sup>25</sup>.

## 1.2 LA CONTROVERTIBILIDAD SEMÁNTICA Y LOS CONCEPTOS EVALUATIVOS

Otro factor semántico que también preocupa mucho a los juristas y que se vincula a la indeterminación del Derecho es el uso en las normas de conceptos abstractos de carácter evaluativo. Un texto constitucional suele incorporar muchas de estas nociones; pensemos, por ejemplo, en términos como dignidad, libertad, igualdad, intimidad, trato degradante, dilaciones indebidas, honor o democracia. Es cierto que estas nociones son vagas y también se trata de términos que padecen ambigüedad. Pero la inquietud por estos conceptos no proviene de estos factores que comparten con otras nociones, sino de otro rasgo que los caracteriza: la controvertibilidad inherente a su uso. Es el desacuerdo permanente en el que están envueltos lo que preocupa a muchos filósofos del Derecho, y a algunos hasta el extremo de afirmar que nociones de este tipo no pueden ser utilizadas en la estructura normativa sin minar la propia idea de Derecho<sup>26</sup>.

Para comprender la peculiaridad de términos como los anteriores cabría acudir a la noción de concepto esencialmente controvertido acuñada por Gallie (en adelante CEC). Estos conceptos se caracterizan por su carácter evaluativo, complejo, argumentativo y dialéctico<sup>27</sup>. Me detendré brevemente en cada uno de estos rasgos.

Un CEC es un concepto evaluativo porque expresa un valor o se refiere a algo que valoramos positiva o negativamente. Nos hallamos ante una categoría de términos o expresiones con un significado evaluativo y que, por tanto, usamos primariamente para asignar un valor a ciertos actos o estados de cosas. Ahora bien, estos términos también pueden ser utilizados de modo informativo o transmitir información al ser usados. Ello se debe a que su significado posee un componente cognoscitivo en la medida en que se refieren a estándares pública o socialmente reconocibles<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Como observa Endicott (Ibidem, 5), lo que nos aleja del ideal del *Rule of Law* no es que los jueces tengan que tomar decisiones cuando encontramos situaciones de vaguedad jurídicamente irresolubles. Ésta es, precisamente, una responsabilidad judicial que viene exigida por el propio *Rule of Law*. Este ideal sólo se frustra si la vaguedad “enables authorities to exempt their actions from the reasons of the law, or when it makes it impossible to conceive of the Law as having any reason distinguishable from the will of the officials”.

<sup>26</sup> Esta posición la mantenía, por ejemplo, Kelsen (KELSEN, H. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” en J. Ruiz Manero (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, p. 109-155, 1988) cuando afirmaba que conceptos como justicia o libertad no debían incluirse en el texto constitucional para evitar que la Constitución no fuera más que la voluntad del Tribunal Constitucional. También es la que defiende el positivismo excluyente cuando afirma que incluir estos conceptos es incompatible con la idea de autoridad que caracteriza al Derecho. Véase, especialmente, Raz (Op. Cit.).

<sup>27</sup> En esta caracterización seguiré, básicamente, Iglesias Vila (Op. Cit.).

<sup>28</sup> En este sentido, por ejemplo, Gallie (1956, 197). También Hare (1952, 124-126).

Un CEC es también un concepto complejo porque se refiere a estándares y bienes sociales a los que atribuimos un carácter o una estructura compleja. A pesar de que consideramos y valoramos el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diversas formas<sup>29</sup>. Por esta razón, la caracterización de un CEC requiere elaborar teorías o juicios complejos, que involucran otros conceptos, para poder indicar cuál es la relación de prioridad entre los diferentes rasgos conceptuales. Esta complejidad abre la posibilidad de que se presenten caracterizaciones alternativas que, a pesar de referirse al mismo estándar o bien, ordenen de forma distinta sus diversos aspectos.

En tercer lugar, un CEC está envuelto en una permanente controversia que no se reduce a un mero conflicto de intereses y actitudes, sino que se concreta en un debate acerca de cuál es el uso correcto de los términos que se utilizan<sup>30</sup>. Estas nociones van unidas a debates semánticos que se caracterizan, de un lado, por el tipo de desacuerdo existente entre los interlocutores y, de otro lado, por la actitud de estos interlocutores ante el desacuerdo. En este sentido, un CEC es un concepto argumentativo. Respecto al tipo de desacuerdo, estamos ante controversias de carácter sustantivo. Usando las palabras de Dworkin, “debaten sobre la adecuación de una palabra o descripción porque están en desacuerdo sobre los tests correctos para usar esa palabra o expresión en cada ocasión”<sup>31</sup>. De este modo, no se trata de un supuesto de ambigüedad en el que se están manejando diferentes sentidos de un mismo término. Un CEC produce una discusión en torno a cuál es la mejor forma de caracterizar un determinado bien social y, por tanto, los interlocutores suponen que están refiriéndose a lo mismo. Respecto a la actitud ante el desacuerdo, estas controversias se distinguen por su carácter competitivo. A pesar de que la complejidad de estos conceptos hace comprensible la disparidad en los criterios, lo que los identifica frente a otros conceptos también complejos es que las diferentes alternativas compiten entre sí para ser la mejor aproximación. De tal suerte, la controversia en torno a su aplicación no se reduce a la mera expresión de desacuerdos. Cada opción semántica pretende haber identificado el uso correcto del término y trata de ofrecer argumentos para mostrar que las opciones rivales son incorrectas, esto es, que son una reconstrucción deficiente de aquello que nombramos con esta palabra. Esta competitividad inherente a un CEC suele trasladar el núcleo de la discusión semántica a los casos centrales de aplicación del término y no meramente a los casos marginales o situados en su zona de penumbra. En palabras de Waldron, “es una disputa que puede generar paradigmas rivales porque es un debate entre diferentes explicaciones de la esencia o significado central del concepto”<sup>32</sup>. Si tenemos en cuenta este elemento, la controvertibilidad de un concepto debe distinguirse de la vaguedad. La propia idea de controversia competitiva implica que los interlocutores poseen una posición definida en torno a cuál es la mejor caracterización del concepto y que la defienden para excluir o incluir el caso que esté en discusión. Por ello, no tenderán a basar su argumentación en que el objeto de debate es un caso de penumbra de calificación conceptual<sup>33</sup>. Ello les impediría mantener una posición

<sup>29</sup> Gallie, *op. cit.*, p. 171-172, 184); Hurley (1989, p. 43-46).

<sup>30</sup> Gallie, *op. cit.*, p. 169); Waldron (Op. Cit).

<sup>31</sup> Dworkin (1986, p. 41).

<sup>32</sup> Waldron (Op. Cit).

<sup>33</sup> Véase, en este sentido, el ejemplo de Dworkin (Ibidem, 41-43) sobre el debate en torno a si la fotografía es una forma de arte.

competitiva acerca de qué alternativa contribuye a una mejor descripción de los estándares a los que se refiere el concepto<sup>34</sup>.

Por último, un CEC desempeña una función dialéctica. La controversia que envuelve a estas nociones, además de ser habitualmente una controversia en torno a casos centrales de su aplicación, contribuye a la propia utilidad del concepto<sup>35</sup>. La existencia de estos conceptos garantiza que se producirán determinados debates porque su función no consiste en generar consenso. Lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es, precisamente, su dimensión dialéctica, la función que cumplen en lo que denominamos “prácticas deliberativas”, (prácticas que, siguiendo a Morawetz, incorporan un discurso con el propósito común de formar y defender argumentos)<sup>36</sup>. La participación en este tipo de prácticas se materializa en la elaboración de juicios complejos, discutiendo y defendiendo estrategias argumentativas acerca de la finalidad de la actividad colectiva. Al mismo tiempo, su dimensión dialéctica conlleva, por una parte, que cualquier juicio acerca del contenido de la práctica deba ser respaldado por razones públicamente reconocibles y, por otra, que la corrección de cada juicio se evalúe en función del mérito de las razones que se aportan.

Los rasgos que posee un CEC los podríamos ejemplificar en una noción como la de dignidad personal. Pensemos en la discusión constitucional en torno a si la ejecución judicial de bienes de un deudor afecta a la dignidad personal reconocida en el artículo 10 de la Constitución española. Preguntarse por el alcance de la dignidad personal en relación con este caso supone entrar a debatir una cuestión valorativa: cuándo deja de estar justificada la ejecución de bienes a tenor del respeto mínimo que debe recibir la persona del deudor. En otras palabras, valoramos qué grado de ejecución de bienes puede llegar a ser indignante para el deudor. A la vez, la complejidad de la noción de dignidad, con sus diversos aspectos, permite caracterizaciones alternativas en función de la relación de prioridad que establezcamos entre ellos. En el caso de la ejecución de bienes, por ejemplo, otorgar un peso u otro a la autonomía de la voluntad en la configuración de la idea de dignidad nos conducirá a respuestas diversas sobre este caso. En tercer lugar, aquí estamos discutiendo cuál es la caracterización correcta del valor de la dignidad para responder a situaciones en las que las propias decisiones nos conducen a la falta de bienes. Por tanto, nuestras discrepancias no presuponen ni que manejamos diversos sentidos de la expresión “dignidad personal” ni que estamos ante un caso de penumbra donde ya es baladí hablar de qué exige el valor de la dignidad. La cuestión deliberativa sobre la que discutimos en el caso de la ejecución de bienes es cuál es la mejor teoría de la dignidad personal: la que permite una ejecución ilimitada por deudas o la que no la permite. En definitiva, la respuesta correcta a este cuestión constitucional dependerá del mejor argumento acerca del alcance de la dignidad personal.

En este supuesto, como es bien sabido, el Tribunal Constitucional consideró que hay un mínimo vital que es inembargable en atención a la dignidad personal<sup>37</sup>. Esta conclusión supone una valoración de todo embargo que sobrepase el mínimo vital, valoración que se concreta en el uso del término “indignante” para calificar un embargo ilimitado. Pero es importante resaltar que el componente evaluativo del significado de “indignante” o “dignidad

<sup>34</sup> Es importante distinguir entre la situación en la que no estamos de acuerdo en torno a cuáles son los casos centrales de aplicación de un término y la situación en la que compartimos la idea de que un caso está ubicado en la zona de penumbra de un concepto. Sólo esta segunda es una situación de vaguedad actual.

<sup>35</sup> Gallie, *op. cit.*, p. 189-194), Waluchow (Op. Cit).

<sup>36</sup> Morawetz (1992, p. 8-11; 19-23).

<sup>37</sup> STC 113/1989.

personal” no tiene por qué constituir una puerta abierta a la expresión de meros juicios subjetivos de valor. A no ser que presupongamos *ab initio* que un CEC como el de dignidad es en realidad una palabra vacía de contenido, tendrá sentido afirmar que el Tribunal Constitucional acertó o se equivocó al asignar significado, esto es, tendrá sentido juzgar si la respuesta del tribunal es el producto de la mejor teoría acerca del valor de la dignidad personal protegido constitucionalmente.

Es cierto que las características de los conceptos esencialmente controvertidos inducen a muchos juristas y filósofos del Derecho a concluir que son nociones semánticamente intratables, entendiéndolos como conceptos radicalmente indeterminados o palabras vacías de contenido. Pero esta perspectiva sólo se obtiene cuando asumimos una teoría convencionalista del significado y, en consecuencia, cuando creemos que un término o expresión sólo puede tener significado cuando hay un consenso respecto a los criterios para su uso. Así, dado que un CEC se caracteriza, precisamente, por la controversia tanto sobre los criterios de uso como sobre los casos paradigmáticos de aplicación, desde esta visión serían conceptos claramente indeterminados. Pero una teoría convencionalista del significado no es la única posible y, además, no es la más adecuada ni para explicar la lógica de uso de estos conceptos ni para dar cuenta de las prácticas en las que su utilización adquiere sentido.

Un ejemplo de esta vinculación usual entre un CEC y la indeterminación semántica lo encontramos en la asociación que efectúan juristas y tribunales entre estas nociones y lo que se denomina “concepto jurídico indeterminado”. Atendiendo a algunas de las definiciones que ha ofrecido nuestro Tribunal Constitucional, podríamos afirmar que un concepto jurídico indeterminado es una palabra o expresión sin contenido semántico en abstracto y cuyo significado debe determinarse casuísticamente por los jueces y tribunales. Así, estos conceptos se van conformando caso a caso, a partir de que los tribunales examinan cada circunstancia concreta y valoran cómo estos casos deben calificarse jurídicamente en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que planteen<sup>38</sup>. Ahora bien, es importante tener en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado la idea de concepto jurídico indeterminado (en adelante CJI) para hacer referencia a situaciones muy diversas. Detenerse en algunos ejemplos puede ser ilustrativo. El Tribunal Constitucional considera que la noción de dilaciones indebidas es un CJI debido a su imprecisión. En contraste, el Tribunal opina que conceptos como error judicial y medio ambiente lo son debido a que carecen de una definición legal. En otros casos, como el de la expresión “insuficiencia de recursos para litigar, considera que se trata de un CJI porque el texto constitucional remite al legislador para que disponga los criterios que deben tenerse en cuenta. Otras veces, cuando se refiere a expresiones como “plazo de tiempo razonable” o “motivación suficiente” ni siquiera aclara por qué motivo estamos ante un CJI. Algo diferente sucede con el concepto de honor. El Tribunal lo asocia a un CJI porque su concreción depende de los valores, normas e ideales sociales vigentes en

<sup>38</sup> Los límites en esta actividad de configuración conceptual caso a caso serían, siguiendo al propio TC, configurar los requisitos que han de concurrir, exponiéndolos en la resolución y aplicándolos al caso que se enjuicia sin que la argumentación sea arbitraria, no efectuando una aplicación “ad casum” ni irrazonable, ni incurso en error patente (ATC 220/2001, de 18 de Julio). Como puede apreciarse, estos requisitos son equiparables a los requisitos de racionalidad práctica que los ordenamientos jurídicos establecen como “principios de discreción” para controlar la actividad judicial más allá del Derecho. Sobre la definición de concepto jurídico indeterminado véanse, también, STC 2/1994, STC 301/1994, STC 102/1995, STC 146/1995, STC 100/1996, STC 236/1997, STC 180/1999 y STC 95/2003.

cada momento, dejando cierto margen de apreciación a los órganos judiciales respecto a su contenido.

Por lo que puede observarse, el Tribunal usa la idea de CJI para finalidades bien diversas. Parece que todas estas situaciones tienen en común que la concreción de los conceptos se efectúa *a posteriori* y, generalmente, caso por caso, aunque en el supuesto de la noción de honor sólo asume que hay un margen de apreciación para el intérprete. Al mismo tiempo, parece también asumir que la falta de una definición legal, y no sólo la imprecisión, genera un CJI, pero esta consideración afectaría a la mayoría de términos del lenguaje natural usados por el legislador o por la propia Constitución. Por último, también da la sensación de que estas nociones se toman como remisiones a ciertos órganos, ya sea de creación o de aplicación normativa, para que adopten decisiones de autoridad en ciertos ámbitos. Ante esta heterogeneidad de tratamiento es difícil relacionar un CJI con un CEC, y tampoco es fácil concluir que el Tribunal Constitucional asume que un CJI está realmente indeterminado. Obviamente, ninguna de las nociones a las que el Tribunal Constitucional hace referencia en estas sentencias está indeterminada. Todos estos conceptos poseen un ámbito importante de casos claros de aplicación y, también, una zona de penumbra. Asimismo, la mayoría de ellos son CECs, pero, atendiendo a la caracterización que he ofrecido, la razón no reside en que su concreción se realice casuísticamente o dependa de un consenso social variable en torno a ciertos valores, sino en que se refieren a estándares y valores sociales sobre los que tenemos desacuerdos sustantivos. Es verdad que estos desacuerdos se hacen patentes cuando aplicamos estos conceptos a los casos particulares, pero si un CJI es una noción que se va concretando caso a caso a partir de decisiones de autoridad, un CEC no es un CJI.

Desde la lógica de un CEC, la forma en que enfrentamos estos desacuerdos es a partir de discusiones argumentativas en las que nos preguntamos cuál es la mejor aproximación al bien social que es objeto de discusión. Ciertamente, estas discusiones se producen a la luz de los casos concretos, pero ello no implica que un órgano de adjudicación o que el propio Tribunal Constitucional puedan decidir cuál es su contenido. Si una noción es un CEC su contenido depende de cuál es la mejor forma de presentar aquello a lo que se refiere, resultado que se obtiene ofreciendo los mejores argumentos y no a partir de decisiones de autoridad. Así, si el embargo ilimitado de bienes de un deudor es inconstitucional por indignante será porque la mejor teoría de la dignidad nos conduce a esta conclusión y, por tanto, porque no hay ninguna concepción alternativa con argumentos lo suficientemente sólidos que pueda convencernos de lo contrario. En este sentido, la decisión de reconocer un mínimo vital será la respuesta jurídica correcta si es el producto de la mejor teoría constitucional acerca de la dignidad. Si podemos justificar esta conclusión, no tenemos por qué aceptar que el concepto de dignidad está indeterminado o que el Derecho guarda silencio en este punto sólo porque se trate de un tema controvertido. Es el propio concepto de dignidad el que utilizamos para realizar esta calificación conceptual. Del mismo modo, tampoco tenemos por qué admitir que ésta es la respuesta jurídica correcta sólo porque así lo ha considerado el Tribunal Constitucional. Asumir la lógica de los CECs implica aceptar la distinción entre definitividad e infalibilidad de una decisión<sup>39</sup>.

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, tiene siempre la última palabra en la interpretación constitucional pero no necesariamente la

---

<sup>39</sup> Sobre la distinción entre definitividad e infalibilidad véanse, por ejemplo, Hart (Ibidem, 141-147), Dworkin (Ibidem, 32).

interpretación correcta. Esta interpretación correcta la debemos buscar en los argumentos, en el mérito de las razones que son capaces de aportar los participantes competentes de la práctica jurídica. La inclusión de CECs en el texto constitucional no supone entonces una renuncia *ab initio* a la posibilidad de deliberación racional como suponen aquellos que los asocian a conceptos indeterminados. Muy al contrario. Sería sumamente extraño haber introducido estos conceptos clave en la organización social, precisamente, para que su contenido dependiera de la mera voluntad y convicciones personales de los miembros de un tribunal (miembros y convicciones, no lo olvidemos, que variarán a tenor de los vientos políticos)<sup>40</sup>. Su inclusión en la Constitución tiene sentido porque hace a la comunidad jurídica colectivamente responsable de deliberar y seguir deliberando para encontrar los mejores argumentos que justifiquen el uso de la coerción institucional en aquellos ámbitos que afectan a nuestros derechos básicos. Estos conceptos no nos conducen al gobierno de los jueces, sino al gobierno de la racionalidad deliberativa a la que estamos sujetos todos, también los jueces. En conclusión, pensar que un CEC es una noción semánticamente indeterminada supone, primero, manejar una teoría del significado demasiado simplista para ser interesante y, segundo, no comprender la lógica de funcionamiento de la práctica constitucional como práctica deliberativa.

Desde esta perspectiva, el uso de CECs no debería inquietar mucho a los juristas. Por una parte, su presencia limita la posibilidad de discreción porque sigue haciendo posible evaluar la corrección jurídica de ciertas decisiones institucionales. Ningún tribunal puede escudarse en la indeterminación del concepto de dignidad para decidir a voluntad qué es lo que debe hacerse en ámbitos donde la dignidad personal puede resultar afectada. Estos conceptos exigen a estos tribunales ofrecer la mejor caracterización posible y, por tanto, no les permiten elegir libremente entre diferentes alternativas de acción. Por otra parte, estos conceptos tampoco son especialmente preocupantes desde el punto de vista de la seguridad jurídica, aunque, obviamente, no forman parte del ideal formalista de cómo deberían expresarse las reglas. Primero, dado que no se trata de conceptos indeterminados, habrá muchos casos en los que podremos afirmar que una interpretación es mejor que otra y aquí la seguridad no se verá afectada. Volviendo a nuestro ejemplo, sólo cuando no haya forma de articular un argumento constitucional justificado acerca de qué es lo que exige la dignidad personal podremos afirmar la indeterminación jurídica. Pero, a no ser que pequemos de falta de imaginación argumentativa o no poseamos una cultura deliberativa, estas situaciones no serán tan habituales como algunos creen. De todos modos, la verdad de un juicio de indeterminación sólo podrá obtenerse como una conclusión justificada en el transcurso de la propia discusión argumentativa.

Ahora bien, como se insistió en el apartado anterior, la seguridad jurídica no es un valor absoluto y el uso de estos conceptos se justifica por otras razones jurídicamente relevantes. En general, la presencia de CECs en el Derecho obedece a la finalidad de asegurar que las instituciones, tanto cuando crean normas como cuando las aplican, garantizarán ciertos resultados éticos. Por esta razón encontramos nociones de este tipo en los parámetros

<sup>40</sup> Al mismo tiempo, estas cláusulas abstractas se incluyen en gran medida porque no hay un consenso en torno a ciertas cuestiones morales. En caso de haber existido este consenso, tendríamos alguna razón para haber sido más específicos en las exigencias constitucionales. Atendiendo a este extremo, sería también extraño contemplar estos conceptos desde una semántica convencionalista. Ello nos obligaría a admitir que estos conceptos se incluyen con la convicción de introducir nociones vacías de contenido para regular nuestros derechos más fundamentales. En mi opinión, asumir una semántica convencionalista para estos conceptos significaría también asumir un grave problema de racionalidad en la redacción de la constitución.

de validez jurídica y también usamos estos conceptos en fórmulas para asegurar que la aplicación del Derecho evitará resultados particulares injustos (pensemos de nuevo en el lenguaje de las causas de justificación en el ámbito penal o en expresiones como “dilaciones indebidas”, “motivación suficiente” o “plazo de tiempo razonable”). En conclusión, la presencia de conceptos esencialmente controvertidos es uno de los aspectos básicos de la práctica jurídica y su lógica no es extraña al Derecho sino que, al contrario, da sentido al ámbito de lo jurídico. Como observa C. Nino, “hay un valor interno y propio del derecho, concebido como fenómeno normativo, que está dado por la armonización y el refuerzo mutuo entre sus tres aspectos: el ideal, el procesal y el convencional. La maximización de ese valor (...) es la virtud que, según creo, debe perseguirse en la práctica jurídica”<sup>41</sup>. Atendiendo a esta idea, creo que es razonable concluir que el lenguaje del Derecho debe ser funcional a las finalidades que esta práctica persigue y que la indeterminación jurídica debe valorarse dentro de estos parámetros.

Los problemas semánticos, sin embargo, no son los únicos factores que suelen asociarse a la indeterminación del Derecho. También cabría tratar aquí otras situaciones como las lagunas normativas que no tengan su origen en cuestiones semánticas o las contradicciones entre reglas<sup>42</sup>. Pero en este trabajo sólo centraré mi atención en un último factor que es habitual relacionar con la indeterminación jurídica: la presencia de principios en el Derecho.

## 2 LOS PRINCIPIOS Y LA INDETERMINACIÓN JURÍDICA

En el apartado anterior recordé que una forma de reducir considerablemente la indeterminación jurídica originada en el lenguaje es recurrir a los principios como complemento interpretativo de las reglas. Ahora bien, muchos juristas y teóricos rechazarían esta posibilidad bajo el argumento de que la propia presencia de principios en el Derecho es una fuente de indeterminación jurídica. La asunción común, en este sentido, es que los principios son normas que, en realidad, no establecen respuestas jurídicas correctas.

En general, la reticencia hacia los principios como forma de regulación está relacionada con concepciones jurídicas que creen que el derecho es o, al menos, debería ser, un sistema de reglas. Pero la asociación entre principios e indeterminación jurídica proviene concretamente de dos preocupaciones. La primera está relacionada con el lenguaje abstracto y de CECs que estas pautas utilizan. Así, el escepticismo ante los principios tiende a estar vinculado con un escepticismo general respecto a la posibilidad de deliberación racional en materia moral o, de forma parecida, con la idea de que la controversia que envuelve a los conceptos morales los convierte en nociones vacías de contenido. En este punto, podemos aplicar al tema de los principios todas las consideraciones que desarrollé en el apartado dedicado a los CECs, algo en lo que no voy a insistir. Sólo efectuaré un comentario adicional sobre este punto.

En muchas ocasiones, especialmente en el ámbito constitucional, el escepticismo que algunos autores mantienen hacia los principios no se refleja en toda su extensión. Siguiendo

<sup>41</sup> Nino (1994, p. 195).

<sup>42</sup> Sobre estos posibles factores de indeterminación jurídica, véanse los comentarios que ya efectué en Iglesias Vila (Ibidem, 48-53).

aquí la descripción de Víctor Ferreres en torno a los argumentos con los que se defiende una constitución de detalle, podríamos afirmar que estos autores no tienden a relacionar explícitamente la indeterminación con los principios constitucionales sino, solamente, con los valores más abstractos<sup>43</sup>. El argumento para otorgar a estos valores un rol constitucional muy limitado o para impugnar su uso en el texto de la Carta Magna es, en una línea kelseniana, que el Tribunal Constitucional puede dotar de cualquier contenido a estos conceptos tan abstractos. Así, acabaría siendo la voluntad de este tribunal el criterio para limitar la acción legislativa. En nuestro contexto, estos autores se refieren, básicamente, a valores como los de justicia, libertad, igualdad, pluralismo político o la propia idea de estado democrático reconocidos en el artículo 1.1 de la Constitución Española, pero también tenderían a extender su escepticismo a valores del artículo 10 como el de dignidad o el libre desarrollo de la personalidad.

Todos estos valores son, en efecto, abstractos. Sin embargo, muchos derechos constitucionales se reconocen también a partir de principios igualmente abstractos. Pensemos en conceptos como intimidad, honor, integridad moral, trato degradante, seguridad, igualdad o las diversas dimensiones de la libertad. Si la abstracción de los valores del artículo 1.1 o del artículo 10 puede justificar el rechazo a su utilización como parámetro de validez constitucional, el mismo argumento debería valer para el resto de conceptos que he comentado. Claro que podemos rechazar los primeros como criterio de validez sin rechazar los restantes por otros motivos de sistemática constitucional. También podríamos afirmar que algunos de los conceptos que encontramos en el artículo 1.1, como el de justicia, por ejemplo, abarcan demasiado. Pero el problema sería, entonces, que utilizar el valor de justicia como parámetro de constitucionalidad amplia demasiado el marco de límites constitucionales a la acción legislativa, no que conduzca al gobierno del Tribunal Constitucional (sólo podríamos llegar a esta conclusión si somos escépticos en materia moral). Por esta razón, aunque podemos alegar otros motivos para defender una constitución de detalle, si la razón que utilizamos es el argumento kelseniano de la indeterminación de estos conceptos y el poder que permiten otorgar a un Tribunal Constitucional, deberíamos también impugnar todos los derechos reconocidos en principios abstractos y mantener, en consecuencia, que sólo pueden utilizarse como criterios de validez las reglas relativas a estos derechos (cuando no incluyan, claro está, ningún concepto evaluativo). Dado que esta consecuencia es difícilmente admisible en un sistema constitucional, por el propio carácter axiológico de la Carta Magna, centrar la impugnación por indeterminación exclusivamente en los valores del artículo 1.1 o del artículo 10 sería más bien arbitrario<sup>44</sup>. De esta suerte, o bien llevamos el argumento escéptico hasta sus últimas consecuencias, afirmando que, en realidad, el contenido de una constitución es básicamente la voluntad del Tribunal Constitucional, o dejamos de utilizar el argumento de la abstracción. Siguiendo lo que ya comenté en el apartado anterior, creo que esta última opción

<sup>43</sup> Cf. FERRERES, V. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

<sup>44</sup> Un argumento que podría ofrecerse para trazar esta distinción, al menos por lo que respecta al concepto de justicia, y seguramente sólo para este concepto, sería asumir que esta noción es un *thin concept*, en la terminología de Bernard Williams (Cf. WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1985). Aunque no evaluaré este argumento que tiendo a rechazar, una posibilidad sería afirmar que una Constitución sólo puede incluir nociones morales que sean *thick concepts*, esto es, conceptos morales cuyo significado no puede ser independizado de las prácticas sociales y el contexto cultural. No sería absurdo asumir que la mayoría de conceptos morales incorporados en una constitución puede entenderse como *thick concepts*, con la excepción, quizá, de la noción de justicia.

es la más acertada, especialmente, en prácticas de carácter deliberativo como la constitucional.

La segunda preocupación por la indeterminación de los principios se dirige al propio carácter que poseen las pautas a las que denominamos “principios”. El hecho de que este tipo de estándares, a diferencia de las reglas, sean normas que sólo establecen una razón en favor de una decisión o resultado, suele tomarse como una muestra de su carácter indeterminado. Así, un principio, por su propia naturaleza, no tendría capacidad para establecer cuál es la solución jurídica que corresponde adoptar en un caso particular. El problema de la indeterminación parecería surgir, a la sazón, cuando advertimos que un principio no es más que una razón que se balancea con otras mientras que las reglas son el resultado de este balance de razones.

En el resto del trabajo me centraré en esta segunda preocupación. Pero cabe advertir, de forma preliminar, que muchos teóricos no separan adecuadamente ambas cuestiones, fusionando el problema del lenguaje que usan los principios con el carácter de estas pautas. Aunque, como veremos, hay una interconexión entre ambas cuestiones, es posible y conveniente separarlas. Vale la pena insistir en que un principio no es una regla muy imprecisa ni una regla que utiliza conceptos evaluativos o que incluye muchas excepciones, sino una pauta diferente a una regla. Me atrevería a afirmar que gran parte del escepticismo frente a los principios proviene de la asunción implícita de que los principios son reglas muy imprecisas, idea que se incentiva al considerar que el Derecho no puede ser otra cosa que un sistema de reglas. En mi opinión, esta asociación es un error, al menos desde la concepción dworkiniana de los principios que defiendo. Un ejemplo puede ser útil<sup>45</sup>. Imaginemos una regla que establece que los contratos irrazonables son nulos. Esta norma utiliza un término abstracto y evaluativo para determinar cuándo un contrato deja de ser válido. De esta forma, para establecer cuándo se cumple esta condición deberemos entrar a debatir una cuestión valorativa. Pero, ¿qué hace que esta pauta siga siendo una regla y no un principio? Como observa Dworkin, si contemplamos esta norma como una regla estaremos asumiendo que, por muy valorativo que sea determinar cuándo un contrato es irrazonable, una vez consideramos que se da esta condición, entonces la nulidad del contrato es la consecuencia jurídica directamente prevista. Estaríamos desatendiendo la regla si no consideráramos nulo un contrato irrazonable<sup>46</sup>. Si esta norma fuera un principio, en cambio, una vez hubiéramos determinado que un contrato puede calificarse como irrazonable, entonces tendríamos una razón, y sólo una razón, para decidir anularlo. Aquí, en el caso de declarar válido un contrato irrazonable, no estaríamos

<sup>45</sup> Véase, sobre este ejemplo, Dworkin (Ibidem, 27-28).

<sup>46</sup> Sin embargo, ello no implica asumir que cuando una regla prescribe una determinada conducta, la respuesta jurídica que corresponde a esa conducta sea la que prescribe la regla. Si el contenido de una regla está demasiado alejado de los principios jurídicos que la justifican, quizá tendremos razones jurídicas para transformar o reinterpretar esa regla de modo que se ajuste a las razones subyacentes. Pero, y eso es lo que distingue el uso de reglas del uso principios como forma de regulación, el hecho de tener una regla incorpora una razón jurídica de justicia formal para seguir esa regla. De este modo, sólo podemos justificar apartarnos de la regla en pro de la razón subyacente como fruto de una ponderación entre esta razón subyacente y la razón de justicia formal que tenemos para seguir la regla. Sólo cuando tenga más peso la razón sustantiva subyacente, podremos afirmar que el derecho exige una conducta diferente a la prevista en la regla. Ahora bien, como estamos ante una regla, si vence la razón subyacente, tendremos que asumir necesariamente que estamos vulnerando la regla. Si nos manejamos sólo con principios, en cambio, podemos decidir, directamente, sopesando el peso de diversas razones sustantivas a favor o en contra de una acción o decisión. Así, no vulneraremos el principio si, después de ponderar, éste es vencido por otro.

vulnerando el principio si resulta que en ese supuesto hay otras razones con más peso para validar ese contrato a pesar de ser irrazonable. En suma, es importante advertir que un principio no es una regla imprecisa y, por tanto, que no podemos tratar a los principios como reglas ni exigirles el mismo funcionamiento<sup>47</sup>. De este modo, la asociación entre principios e indeterminación tiene sentido si se muestra que son este tipo de pautas, entendidas como razones que orientan hacia una decisión, las que constituyen una fuente de indeterminación del derecho.

Una vez clarificado este punto, voy a examinar dos argumentos que podrían servir para justificar una asociación estricta entre principios e indeterminación. El primero es la idea de que un principio, aunque oriente hacia una decisión, no determina ninguna solución jurídica en particular. El segundo es que las colisiones entre principios se resuelven a través de una ponderación que no es más que una actividad subjetiva que no es jurídicamente controlable<sup>48</sup>.

Respecto al primer argumento, es cierto que un principio sólo constituye una razón para decidir en una dirección y, por tanto, a diferencia de una regla, no establece la respuesta jurídica que se sigue cuando se cumplen ciertas condiciones. Según este argumento, el carácter indeterminado de los principios vendría por el tipo de pautas que son. En mi opinión, este argumento permite asociar principios con indeterminación jurídica al coste de seguir contemplando los principios desde un sistema de reglas. Veamos por qué.

Aunque un principio, cuando forma parte del derecho, es tan vinculante como una regla, es una pauta diferente y, por tanto, también se mueve en un contexto de razonamiento diferente. El mundo de los principios es el mundo del balance de razones, de la deliberación justificatoria. Cualquier decisión institucional que no sea arbitraria deberá ser el producto de un balance adecuado entre diversas razones en juego. Los principios son cada una de estas consideraciones o razones que se deben tomar en consideración para justificar una decisión, y tendrán carácter jurídico cuando sean razones que manejamos en la justificación de decisiones en el ámbito del Derecho. Desde esta perspectiva, los principios, por su propia

---

<sup>47</sup> Cabe advertir que, desde esta concepción de los principios, siempre habrá una distinción categorial entre una regla y un principio. No se trata de una mera diferencia de grados. Lo que sucede es que, en algunas ocasiones, la formulación superficial de una norma es la de una regla cuando, en realidad, esta norma ha sido pensada o debe ser entendida como principio. También podemos encontrarnos con casos dudosos en los que no sea fácil determinar si estamos ante una regla o un principio. Pero que podamos tener situaciones de duda no implica, a diferencia de lo que algunos autores piensan, que la diferencia entre estas dos pautas acabe siendo gradual. Un ejemplo limítrofe lo encontramos en el artículo 18.2 de nuestra constitución que establece la inviolabilidad del domicilio. Este artículo reza como sigue: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Aunque la formulación superficial de esta disposición parezca la de una regla, estableciendo las condiciones a partir de las que se siguen ciertas consecuencias jurídicas, la cuestión es si se trata en realidad de un principio. Si lo tratamos como principio, lo que el artículo 18 establece es que, dado que queremos proteger la inviolabilidad del domicilio, tenemos una *razón para prohibir* cualquier intromisión en él cuando el titular no consienta y no esté cometiendo flagrante delito. Si lo tratamos como una regla, en cambio, pasamos de tener una razón para prohibir que incluye dos situaciones en las que carecemos de esa razón a establecer directamente una prohibición con dos excepciones. En el primer caso, podemos efectuar un balance entre diversas razones en juego para decidir, en el segundo, la norma pretende haber cerrado el balance entre razones sustantivas. Sea cuál sea la mejor forma de entender este artículo, éste no muestra, en mi opinión, que la diferencia entre reglas y principios sea gradual. En sentido contrario, véase, por ejemplo, Ferreres (Ibidem, 29-30).

<sup>48</sup> Una visión en esta línea es la que sostiene, por ejemplo, Guastini (GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Trad. J. Ferrer. Barcelona: Gedisa, 1999).

naturaleza, no pueden contemplarse como pautas aisladas; sólo adquieren pleno sentido dentro de un marco deliberativo donde diversos principios o razones apoyan decisiones diferentes. Por este motivo, la idea de peso es consustancial al concepto de principio. Este tipo de pauta no es sólo una razón vinculante a favor de una decisión, sino una razón que debe ser balanceada con otras para determinar qué es lo que, jurídicamente, se debe hacer. En suma, una definición completa del término “principio” incorpora la asunción de que estas normas no se presentan de forma aislada. Si esto es así, resulta fácil entender por qué el hecho de que los principios sean pautas que funcionan de modo diferente a las reglas no conduce necesariamente a su indeterminación. Si no los confundimos con las reglas, para asociar el uso de principios con la indeterminación jurídica debemos mostrar, no que un principio determina una solución, sino que el conjunto de principios aplicables en un determinado ámbito no puede determinar una solución jurídica en particular<sup>49</sup>. Para justificar esta asociación hemos de acudir al segundo argumento que comentaba, defendiendo que la ponderación o el balance entre principios es una actividad subjetiva que no es posible controlar ni racional ni jurídicamente y, por tanto, que no podemos justificar que existe una respuesta jurídica correcta que surge de este balance. Sólo en este caso, el uso de principios nos conduciría directamente a la indeterminación jurídica. Ahora bien, este argumento sólo será válido si el escepticismo en torno a la ponderación de principios está justificado. Pero creo que no lo está.

Algunos autores han tratado de mostrar que la ponderación entre principios puede ser reducida a una estructura de razonamiento subsuntivo que es racionalmente controlable<sup>50</sup>. Alexy, por ejemplo, considera que las colisiones entre principios se resuelven del siguiente modo: primero, se articula una estructura de precedencia condicionada entre los principios en juego (que establece la precedencia de un principio sobre otro bajo determinadas circunstancias). Una vez obtenemos esta precedencia, se aplicaría la ley de colisión, que es el paso metodológico que permite generar una regla que resuelve el caso. Esta ley indica que las condiciones en las que un principio prevalece sobre otro pueden ser utilizadas como supuesto de hecho de una regla que tiene como consecuencia jurídica la favorecida por el principio que vence<sup>51</sup>. Percibida de esta forma, la ponderación acabaría reconstruyéndose como una operación de subsunción, con la aplicación final de una regla. Tener en cuenta este dato es importante para poder distinguir la ponderación de otras formas de razonamiento que no respetan las mínimas exigencias lógicas. A pesar de ello, mostrar este punto no responde al argumento escéptico que una principios con indeterminación jurídica. Para responder a este argumento, no basta afirmar que la conclusión que se obtiene es fruto de un *modus ponens*. Debemos poder mostrar que la relación de precedencia condicionada entre principios que ha sido plasmada, pongamos por caso, en una sentencia, es la jurídicamente exigible (un problema de adecuación en la selección de las premisas del razonamiento subsuntivo). Así, hemos de poder justificar que estas estructuras de precedencia pueden ser jurídicamente (y no sólo racionalmente) controlables, con lo que no dependen de la mera voluntad subjetiva del decisor.

¿Qué requerimos para poder afirmar que hay respuestas jurídicas correctas en la ponderación de principios? Empecemos, como mínimo, asumiendo que habrá casos claros de ponderaciones jurídicamente erróneas. Pensemos, por ejemplo, aquella ponderación que

<sup>49</sup> Véase, en este sentido, Dworkin (Ibidem, p. 35-39).

<sup>50</sup> Véanse, especialmente, Alexy (ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. (E. Garzón Valdés), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993) y Moreso (Ibidem, p. 99-121).

<sup>51</sup> Alexy (Ibidem, p. 92-94).

sobrevalora un principio sobre otro hasta tal extremo que no admite ninguna circunstancia en la que el segundo principio pueda prevalecer sobre el primero. Si eran principios lo que se balanceaba, aquí estaremos siempre ante una situación de ponderación jurídicamente errónea porque no se está tratando ninguna de las dos pautas en juego como principios. La pauta que siempre se hace prevalecer ha sido transformada en realidad en una regla categórica y la que nunca prevalece no es tratada ni siquiera como una razón a favor de una decisión, o sea, no es tomada ni respetada como principio.

En otros casos menos drásticos, una ponderación puede ser jurídicamente errónea porque resulta obvio que, ante unas circunstancias concretas, un principio prevalece sobre otro o, simplemente, porque estamos en un caso fácil de ponderación, algo mucho más común de lo que se cree. En esta situación hay una respuesta jurídica clara y no identificarla sólo puede ser el producto de una pésima teoría acerca de qué es lo que exige cada uno de los principios en juego, teoría que no podrá pasar un mínimo intercambio deliberativo. Es verdad que estos supuestos obvios suelen estar ya plasmados en reglas jurídicas que los regulan, pero sigue siendo cierto que hay aquí una respuesta jurídica correcta a la ponderación entre principios. De hecho, hay muchos casos fáciles de ponderación donde la precedencia es jurídicamente exigible. Pero, dado la presencia de reglas que los regulan, se nos olvida que estos casos fáciles son el producto de plasmar la respuesta jurídica correcta de una ponderación entre principios. Si ninguna de estas reglas nos parece arbitraria es porque consideramos que son el resultado de un buen balance entre las razones en juego (y, por tanto, que puede haber mejores o peores balances entre principios)<sup>52</sup>. Pensemos, por ejemplo, en situaciones obvias en las que la libertad de expresión cede ante otros principios: un pintor que, alegando su libertad de expresión artística, entra en casa de alguien cuando se está bañando para poder pintarlo desnudo o un profesor que, aduciendo su libertad de cátedra, niega la existencia de los campos de concentración nazi e insulta a uno de sus alumnos judíos. Tenemos reglas jurídicas que prohíben estas conductas, precisamente, porque se trata de casos obvios de ponderación. En suma, la asociación estricta entre principios e indeterminación empieza a ser un simple mito cuando adquirimos conciencia de que la mayoría de reglas jurídicas que poseemos serían arbitrarias si no hubiera respuestas jurídicas correctas en la ponderación entre principios<sup>53</sup>. Al igual que encontramos casos fáciles en la aplicación de reglas, es razonable asumir, entonces, que habrá también casos fáciles en el ejercicio de ponderación<sup>54</sup>.

Una última consideración que cabe efectuar en torno al segundo argumento para asociar principios e indeterminación jurídica está relacionada con las situaciones de

---

<sup>52</sup> Es importante advertir que los principios, en sentido amplio, no son sólo razones morales para actuar, sino, también, siguiendo a Dworkin (Op. Cit, 1997), lo que podríamos denominar “directrices políticas”, que consisten en razones políticas, sociales o económicas para la acción. Cuando me refiero a que los principios son la base de reglas no arbitrarias me refiero a principios en sentido amplio.

<sup>53</sup> Si tenemos en cuenta este extremo, es difícil asumir la tesis de autores como Prieto Sanchís (SANCHÍS, Prieto. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992) y Comanducci (COMMANDUCCI, P. “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en Navarro, Bouzat y Esandi (eds.) *Interpretación constitucional*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 1999) en el sentido de que la presencia de principios incrementa la indeterminación del Derecho y la necesidad de discreción judicial.

<sup>54</sup> No entraré en este trabajo en otro argumento que suele justificar la reticencia hacia los principios: la idea de que las estructuras de relación de precedencia entre principios son demasiado variables porque pueden cambiar cada vez que varíen las circunstancias. Aunque creo que este argumento es erróneo, lo que me importa destacar aquí es que este problema estaría más relacionado con la estabilidad normativa y las dificultades que ello pueda entrañar para la seguridad jurídica que con la indeterminación del Derecho.

ponderación cuya solución no es obvia o es controvertida. Muchos autores consideran que en estos supuestos no hay forma de determinar que un resultado es mejor que otro desde un punto de vista jurídico. En mi opinión, esta tesis también es errónea o, al menos, no puede ser defendida sin una argumentación sustantiva adicional. De forma paralela a lo que observé en el apartado dedicado a los CECs, el hecho de que no haya consenso en torno a la solución de un balance entre razones, no implica que tampoco haya respuesta jurídica correcta. Ello sólo será así cuando consideremos que es el consenso lo que determina cuál es la respuesta jurídica correcta de una ponderación de principios. Pero, ¿qué nos obliga a aceptar esta idea? La ponderación es el corazón de cualquier práctica deliberativa, en tanto práctica que exige aportar razones que se juzgan en función de su mérito. El consenso es simplemente un hecho, no una razón o un argumento en favor de una determinada solución. De igual forma, la falta de consenso es también un hecho, no una razón o un argumento en contra de una determinada solución. Por ello, que un balance entre principios pueda ser controvertido no impide que sea jurídicamente correcto a no ser, claro está, que mantengamos que prácticas como la constitucional no son, en realidad, prácticas deliberativas sino meros ejercicios de poder institucional y negociación política. Pero creo que es posible resistirse a esta conclusión si rechazamos el convencionalismo como forma de justificar juicios prácticos.

En definitiva, la verdad de un juicio en torno a un balance de principios, al igual que sucede con el significado de un CEC, dependerá de cuál es la mejor teoría en torno a estos principios, teoría que debe evitar, siguiendo las palabras de Víctor Ferreres, que la protección de unos se haga a costa de un sacrificio desproporcionado de los otros<sup>55</sup>.

Aunque no podré desarrollar este último punto en profundidad, valdría la pena efectuar alguna observación para asentar esta idea. Indiqué que los principios jurídicos, dada su naturaleza, no existen de forma aislada. En el ámbito del Derecho, los diversos principios constituyen exigencias independientes que, en conjunto, justifican el uso de la coerción institucional dentro de la práctica jurídica. Digo que son exigencias independientes porque asumo que estos principios no pueden ser reducidos a un solo estándar jurídico que justifique, por sí sólo, el uso de coerción. Si esto fuera así, no tendría sentido hablar de “principios”. Por tanto, lo que caracteriza a cada principio jurídico es tanto lo que tiene en común con el resto (su carácter coadyuvante a la justificación general) como lo que le distingue del resto (aquello que le hace ser una exigencia diferenciada dentro de este marco justificatorio general). En este sentido, los principios ni pueden estar en conflicto permanente ni pueden dirigir siempre a la misma respuesta. Si dos principios siempre estuvieran en conflicto no sería posible contemplarlos como exigencias coadyuvantes en una empresa general de justificación. Si, en cambio, nunca estuvieran en conflicto no podría tratarse de dos principios<sup>56</sup>.

Tener presente estos extremos es básico para entender la dinámica de los principios. También permite entender por qué una teoría que pretenda justificar una determinada estructura de ponderación requiere alcanzar un equilibrio entre la cuestión de qué es lo que identifica a cada principio en juego con la de qué es lo que debe ceder cada principio dado la presencia de otro. Esta teoría debe preservar la identidad de los principios individuales sin menoscabar la fuerza justificatoria del conjunto. De este modo, el balance entre principios es un ejercicio que se rige por un criterio de coherencia estructural y la mejor teoría, aquella que

<sup>55</sup> Ferreres (Ibidem, 28).

<sup>56</sup> Si no hay conflicto porque un principio siempre vence al otro cuando ambos dirigen a respuestas diferentes, uno de ellos no está siendo tratado como principio. Si, por el contrario, no hay conflicto porque las dos pautas siempre dirigen a la misma solución, entonces no puede tratarse de dos principios distintos.

permite determinar cuál es la respuesta jurídica correcta, será la que consiga ofrecer los mejores argumentos desde la perspectiva de esta coherencia estructural.

## ■ CONSIDERACIONES FINALES

¿Podremos siempre justificar que existe una respuesta jurídica correcta a una ponderación de principios? Definitivamente no. Pero será posible ofrecer esta justificación en muchos casos si, por una parte, articulamos teorías sólidas sobre la estructura de principios que da sentido a la práctica jurídica y, por otra parte, nos tomamos el razonamiento deliberativo en serio. A la postre, esto es lo que podemos y debemos exigir de nuestros jueces cuando aplican el Derecho antes de objetar que nos impongan su voluntad. Usando las palabras de Dworkin:

*“la comunidad jurídica debe evaluar a los jueces con criterios intelectuales. Insistiremos en que elaboren los mejores argumentos que les sea posible, y luego nos preguntaremos si sus argumentos son lo suficientemente buenos. Por supuesto, no hay fórmula que garantice que los jueces no serán influidos por los malos argumentos (...). Todo lo que podemos hacer ante esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos o las convicciones inaceptables”<sup>57</sup>.*

Ahora bien, no podemos dejar de admitir que habrá casos en los que el uso de principios conduzca a la indeterminación jurídica. ¿Debería esto preocupar a los juristas? Sigo creyendo que no. Con independencia ahora de otras consideraciones, la verdad es que un mundo jurídico sin principios sería un mundo inhabitable. Si las razones que debe balancear el legislador para crear las reglas con las que afecta nuestra libertad no formaran, explícita o implícitamente, parte del Derecho, podría llegar a pensar que cualquier razón vale, y esto, afortunadamente, no es así. Por ello, el coste social que la posibilidad de indeterminación jurídica pueda producir es insignificante en comparación con la importancia de los principios para el Derecho.

En definitiva, quizá la inquietud de muchos juristas frente a los principios y los CECs no resida realmente en una creencia en su vinculación directa con la indeterminación jurídica, sino en la constatación de que son formas de incorporar el razonamiento moral dentro del marco del Derecho. Este extremo puede ser preocupante para aquellos juristas que conciben el fenómeno jurídico sólo como un instrumento para guiar la conducta. Pero, en cambio, para los que no creemos que el derecho pueda constituirse en cualquier instrumento para guiar el comportamiento, sino que asociamos el ámbito de lo jurídico a una forma distintiva de justificar el uso de la coerción institucional, esta incorporación de la moral supone un logro jurídico importante.

---

<sup>57</sup> Cf. DWORKIN, op. Cit.

## REFERÊNCIAS

- A.A.V.V. *Las lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- CAMPBELL, T. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 1996.
- CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.
- COLEMAN, J. "Incorporationism, Coventionality and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4, p. 381-426, 1998.
- COMMANDUCCI, P. "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", en Navarro, Bouzat y Esandi (eds.) *Interpretación constitucional: Bahía Blanca*, Universidad Nacional del Sur, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977.
- \_\_\_\_\_. "Is There Really no Right Answer in Hard Cases?", en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, p. 120-145, 1985.
- \_\_\_\_\_. *El Dominio de la vida*. Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres. Barcelona: Ariel, 1994.
- ENDICOTT, T. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FERRERES, V. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- \_\_\_\_\_. *El principio de taxatividad en material penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 2002.
- FULLER, L. "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, p. 630-672, 1958.
- \_\_\_\_\_. *The Morality of Law (Revised Edition)*. New Have: Yale University Press, 1969.
- GARCÍA MANRIQUE, R. "Acerca del valor moral de la seguridad jurídica", *DOXA*, 23, p. 477-516, 2003.
- GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*. Trad. J. Ferrer. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HART, H. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- IGLESIAS VILA, M. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- \_\_\_\_\_. "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *DOXA*, 23, p. 77-104, 2000.
- KELSEN, H. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)" en J. Ruiz Manero (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, p. 109-155, 1988.

LYONS, J. *Lenguaje, significado y context*. Barcelona: Paidós, 1991.

MORESO, J.J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Principio de legalidad y causas de justificación*, *DOXA* 24, p. 525-545, 2001.

\_\_\_\_\_. *Conflictos entre principios constitucionales*, en M. Carbonell (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 99-121, 2003.

NARVÁEZ, M. Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho, *Analisi e Diritto*, 2002-2003, p. 211-240, 2003.

NINO, C.S. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law, *The Yale Law Journal*, n. 5, 81, 1972.

\_\_\_\_\_. Authority, Law, and Morality, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, p. 194-221, 1994.

ROSS, A. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

SANCHÍS, Prieto. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

SCHAUER, F. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SHAPIRO, S. On Hart's Way Out, *Legal Theory* 4, p. 469-508, 1998.

SOPER, P. "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1984.

WALUCHOW, Waldron. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, Mass, 1985.



## FORMAS JURÍDICAS DO ENCONTRO COLONIAL: VIOLÊNCIA E HIERARQUIAS ENTRE POVOS NO DIREITO INTERNACIONAL DO SÉCULO XIX E INÍCIO DO SÉCULO XX

LEGAL FORMS OF THE COLONIAL ENCOUNTER: VIOLENCE AND HIERARCHIES AMONG PEOPLES IN THE PUBLIC INTERNATIONAL LAW OF THE 19<sup>TH</sup> AND EARLY 20<sup>TH</sup> CENTURIES

HUGO LUÍS PENA FERREIRA\*

### RESUMO

O direito internacional público adquiriu autonomia na porção final do século XIX, apresentando-se como projeto de ordenação jurídica das relações internacionais. O relato tradicional a respeito do direito internacional público, em sua formação histórica, o apresenta como portador de ideais de paz entre as nações e igualdade soberana dos Estados. Diferentemente desse relato, o presente artigo aborda elementos históricos sugestivos de que, em seu período de consolidação como campo autônomo, o direito internacional público abrigou formas jurídicas baseadas em hierarquias culturais e raciais entre povos (em contraste com a noção de “igualdade soberana”). E, ainda, que abrigou como lícito o uso da violência contra povos tidos como inferiores no contexto de expansão do comércio (contrastando com a noção de que o direito internacional teria se originado como um projeto de paz mundial). Nesse sentido, o artigo, enfatizando desdobramentos compreendidos entre as proximidades da década de 1870 e o ano de 1914, aborda a formação do direito internacional público a partir da centralidade do “encontro colonial”, buscando enfatizar projeções da categoria “civilização” em suas formas jurídicas nesse período, e sua conseqüente instrumentalidade num contexto de expansão global do modelo de Estado e do alcance do sistema de comércio europeus.

**Palavras-chave:** Direito Internacional; História do Direito Internacional; encontro colonial; civilização; relações entre direito e economia.

### ABSTRACT

Public international law became an autonomous field in the late 19th century, when it was presented as a project for the legal ordering of international relations. Traditional conceptions regarding public international law, in its historical formation, tend to present it as the bearer of ideals of peace among nations and sovereign equality among States. Contrastingly, the present essay focuses on historical elements that rather suggest that, in the moment it acquired its autonomy, public international law's legal forms embedded cultural and racial hierarchies (thus challenging the notion of “sovereign equality”). And also that it accepted as legally valid the use of violence against peoples regarded as inferior, in a context of commercial expansion (thus questioning the view that international law would have originated as a project for world peace). In this sense, the essay, by emphasizing elements temporally situated between the vicinities of the 1870s and the year of 1914, approaches the formation of public international law through the centrality of the “colonial encounter”, emphasizing impacts of the notion of “civilization” in the legal forms of this period, and consequently of its instrumentality towards global expansion of the European model of State and commercial system.

**Keywords:** Public International Law; History of International Law; colonial encounter; civilization; relations between law and economics.

\* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).  
Professor adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG).  
[hlpfhugo@yahoo.com](mailto:hlpfhugo@yahoo.com)

Recebido em 10-11-2017 | Aprovado em 24-11-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O PROJETO DE DIREITO INTERNACIONAL BASEADO NA “CONSCIÊNCIA JURÍDICA DO MUNDO CIVILIZADO”; 2 CIENTIFICISMO E SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL POR ANALOGIAS DO DIREITO PRIVADO; 3 ENCONTRO COLONIAL, DISTINÇÃO RACIAL E DINÂMICA DA DIFERENÇA NAS BASES DO DIREITO INTERNACIONAL; 4 CATEGORIAS JURÍDICAS DO ENCONTRO COLONIAL: DIREITO INTERNACIONAL E ASSIMILAÇÃO; 4.1 Colônias; 4.2 Doutrina do reconhecimento; 4.3 Protetorados; 4.4 Tratados desiguais; 5 FRACASSOS E SUCESSOS DO DIREITO INTERNACIONAL DA ÚLTIMA PORÇÃO DO SÉC. XIX AO INÍCIO DO SÉC. XX; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Em 1902, o Ministro das Relações Exteriores da Argentina, Luís Drago, propôs o fim de prática corriqueira nas relações internacionais do século XIX e início do século XX: a cobrança forçada de dívidas internacionais por meio do envio de navios de guerra para ameaçar, bloquear, ou efetivamente bombardear cidades portuárias. A tentativa da “doutrina Drago” era obter o reconhecimento jurídico de que seria proibido, pelo direito internacional, usar intervenção armada para cobrança de dívidas, prática conhecida como diplomacia da canhoneira (*gunboat diplomacy*).

A doutrina Drago foi uma proposta normativa (*de lege ferenda*), não uma declaração do direito internacional efetivamente existente. Como tal, não obteve sucesso<sup>1</sup>. Entre 1902 e 1903, a Grã-Bretanha, a Alemanha e a Itália enviaram canhoneiras para fazer bloqueio naval à Venezuela, em razão de dívidas a credores europeus<sup>2</sup>.

Os Estados Unidos, que já haviam rechaçado pretensões europeias de estabelecer colônias na América Latina por meio de sua Doutrina Monroe, de 1823, responderam à investida europeia com o chamado “Corolário Roosevelt”, de 1904. Por ele, caberia aos Estados Unidos, e não aos europeus, usar da força na América Latina e Caribe para a cobrança de dívidas e afirmação de outros interesses europeus. Os Estados Unidos se interpuseram, mas apenas para deslocar a autoria da coerção: se havia algo que definitivamente não estava em negociação, era a licitude da diplomacia da canhoneira<sup>3</sup>.

Anos mais tarde, a Segunda Conferência de Haia, de 1907, teve como resultado a *Convenção sobre limitação do uso da força para resgate de dívidas contratuais*. A julgar pelo título, o ministro Drago teria sido finalmente ouvido. Mas a limitação do uso da força era qualificada: somente era proibida a coerção direta se o devedor houvesse negado submeter a dívida à arbitragem, ou recusado a cumprir decisão arbitral<sup>4</sup>. Ou seja: na ausência de

---

<sup>1</sup> KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 41

<sup>2</sup> FERGUSON, Niall. *The ascent of money: a financial history of the world*. New York: Penguin Press, 2008, p. 98-9

<sup>3</sup> PARRY, Clive; GRANT, John P.; BARKER, J. Craig. *Parry & Grant encyclopaedic dictionary of international law*. 3. ed. Oxford University Press, 2009, p. 390.

<sup>4</sup> BOYLE, Francis Anthony. *World politics and international law*. Durham: Duke University Press, 1985, p. 39.

concordância em submeter a controvérsia a painel arbitral, ou em caso de falha no cumprimento do laudo, o Estado credor continuava livre para colocar as canhoneiras em ação.

O breve relato acima aponta para algo que não é comumente destacado nos relatos sobre a consolidação do direito internacional em finais do século XIX e início do século XX: a aceitação do uso da força como expediente normal para assegurar posições econômicas. Para além da diplomacia da canhoneira, o direito internacional do período, como as seções seguintes abordarão, forneceu as formas jurídicas de legitimação de uma hierarquização de povos, bem como da expansão do comércio (e do projeto) europeu via colonialismo.

A abordagem proposta no presente artigo não é a da crítica comum ao direito internacional, no sentido de não ser capaz de ordenar de *fato* as relações internacionais<sup>5</sup>. Ou seja, o questionamento não é dirigido a se a ocorrência de interações violentas poderia ou não ser atribuída a uma baixa adesão às normas de direito internacional, tidas como promotoras da paz. Não. A principal contribuição que o artigo pretende apresentar é a de que, em seu período de consolidação como campo autônomo – qual seja, a porção final do século XIX e inicial do século XX – o direito internacional abrigou formas jurídicas baseadas em hierarquias (com tonalidades raciais e culturais), legitimando o exercício da violência contra povos tidos como inferiores e a expansão forçosa do sistema de comércio europeu.

Para tanto, a seção 1 descreve os principais contornos do momento em que o direito internacional adquire autonomia, a partir da década de 1870. A seção 2 aborda os esforços intelectuais para conferir ao direito internacional público ares de cientificidade, empreitada largamente baseada nas analogias com formas jurídicas derivadas do direito privado. Em seguida, a seção 3 enfatiza o lugar do encontro colonial e da distinção racial como elementos formativos para o projeto do direito internacional. Por sua vez, a seção 4 aborda reflexos do encontro colonial em algumas das principais formas jurídicas do período. A seção 5 faz, por fim, um balanço dos sucessos e fracassos do direito internacional do período, com ênfase em sua relação com elementos econômicos, sendo seguida das considerações finais.

## 1 O PROJETO DE DIREITO INTERNACIONAL BASEADO NA “CONSCIÊNCIA JURÍDICA DO MUNDO CIVILIZADO”

“No século que vai de 1815 a 1914, o *direito das nações* transformou-se em direito internacional.”<sup>6</sup> No início do século XIX, porém, o direito internacional ainda não havia se definido como autônomo, com demarcação própria. Era assunto de professores, filósofos e diplomatas<sup>7</sup>, uma extensão de outros campos do saber. Porém, o direito internacional passou por uma ruptura de caráter radical nas proximidades da década de 1870. A afirmação é de Martii Koskenniemi, que identifica neste período o surgimento de nova *sensibilidade* a respeito dos assuntos internacionais: o *esprit d’internationalité*.

<sup>5</sup> Respostas jurídicas a questionamentos nesse sentido são o foco das contribuições encontradas em: D'AMATO, Anthony. Is International Law Really 'Law'? *Northwestern University Law Review*, v. 79, 1984, p. 1293-1314. Ver ainda HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. Columbia University Press, 1979.

<sup>6</sup> KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 74.

<sup>7</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 28.

Um marco nesse contexto foi a *Revue de droit international et de législation comparée*, periódico que teve sua primeira edição publicada ao final do ano de 1868. Entre seus fundadores estavam o belga Gustave Rolin-Jacquemyns (1835-1902), advogado sediado em Ghent, o holandês Tobias Asser (1838-1913), jurista e professor da Universidade de Amsterdã, e o advogado britânico John Westlake (1828-1913). A intenção original do trio era criar periódico jurídico internacional, de caráter científico, que servisse como meio para propagar ideais liberais e experiências com reforma legislativa na Europa. Na concepção de Rolin e Asser, os nacionalismos estavam em ascensão na Europa, mas eram temperados pelo novo *esprit d'internationalité*, que instigava nações e raças a servir princípios comuns tanto em suas relações mútuas quanto em sua legislação doméstica.

O meio privilegiado para propagar ideias liberais de reformas legislativas animadas pelo *esprit d'internationalité* foi inicialmente identificado com o direito comparado e o direito internacional privado. No entanto, sob a influência do italiano Pasquale Mancini (1817-88), a *Revue* passou a incorporar assuntos de direito internacional a título próprio. As reformas liberais advogadas pelos fundadores da *Revue* abrangiam a livre iniciativa, liberdade de associação, supressão dos monopólios, liberação do valor do ouro e da prata, fim do crime de usura, fim da escravidão e da servidão, abolição da pena de morte, humanização das práticas de guerra, maior uso da arbitragem como forma de solução de disputas internacionais, entre uma série de outras<sup>8</sup>.

Segundo Koskenniemi<sup>9</sup>, se antes o direito internacional era assunto de professores, filósofos e diplomatas, com a *Revue*, o campo ganhou espaço próprio, embora ainda misturado com o direito comparado e o direito internacional privado. O primeiro aspecto a diferenciar este novo direito internacional das práticas anteriores é, portanto, o da autonomia. O direito internacional é afirmado como *expertise a título próprio e com espaços próprios* (a *Revue* de 1868, mas também o *Institut de Droit International* de 1873, abordado adiante).

Chega-se, aqui, a outro aspecto relevante. Esta *expertise* de caráter jurídico, agora autônoma (em relação à filosofia, à diplomacia ou política internacional) será empregada como meio de tentar instruir as interações entre Estados (mas também o formato de suas instituições domésticas) a partir de critérios jurídicos. Os homens de 1873 buscavam inverter o papel que o direito internacional ocupava em relação à política internacional, à diplomacia. Desde o concerto europeu, estruturado em 1815, o direito internacional forneceu as formas para articulação da política internacional. Era subordinado à diplomacia, instrumento para a condução desta, e para o fornecimento das bases de um sistema de estabilidade baseado no balanço de poder. Em contraste, o novo *esprit d'internationalité* buscava articular juridicamente a política internacional. Os membros desta nova *expertise* pretenderam informar a diplomacia a partir de critérios jurídicos.

Neste sentido, há rompimento com a literatura internacionalista anterior, percebida pelos juristas da *Revue* como estática, pouco científica, comprometida com monarquias absolutistas, com pouco espaço para a opinião pública e para ideias reformistas, além de

<sup>8</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 13-4.

<sup>9</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 28.

*antiquada*. A ideia era substituir a literatura anterior, criando outra, por sua vez capaz de promover uma agenda para reforma jurídica tanto das relações entre Estados quanto de suas instituições domésticas<sup>10</sup>, em bases científicas<sup>11</sup>.

O *esprit d'internationalité* dos fundadores da *Revue* era animado pelo *liberalismo* e pelo *cosmopolitismo*. As *ideias liberais* representavam a valorização do poder da opinião pública, a crença de que a interdependência comercial e o progresso seriam caminhos para a paz, e a pretensão de reformar certas instituições domésticas segundo critérios do liberalismo, como garantia da propriedade, dos contratos e, de modo geral, do *rule of law*. Há, aqui, elementos de novidade, visto que a “política internacional cooperativa em favor de ideias liberais, até essa época, fazia-se preponderantemente sem recurso às 'formas' do direito internacional.”<sup>12</sup> Agora, o direito internacional passava a ser encarado como meio de propagação do liberalismo, implicando reformas tanto nas relações mútuas entre Estados quanto em suas instituições internas.

O *cosmopolitismo*, por sua vez, envolvia a conciliação de aparentes opostos: internacionalismo e nacionalismo. Do lado do internacionalismo, percebia-se como necessidade que o direito acompanhasse a crescente interdependência dos Estados. O comércio havia crescido de modo sem precedentes ao longo do século XIX, facilitado por navios a vapor, estradas de ferro e implementos na comunicação – como o telégrafo. A Revolução Industrial resultou em maior divisão internacional do trabalho, estimulando interações comerciais e tornando os mercados mais complexos. As finanças também se internacionalizaram neste período, formando um regime internacional (conhecido como “Padrão-Ouro Internacional”, ver seção 5). Não só no comércio e nas finanças, mas também nas ciências, houve internacionalização: de associações científicas, periódicos, publicações e universidades. A ideia é que esta internacionalização também precisava alcançar o direito. Este é o lado do *internacionalismo*.

O outro lado envolvido nesta visão cosmopolita, o *nacionalismo*, era trabalhado com enfoque maniqueísta. Rolin-Jacquemyns, por exemplo, concebia dois tipos de nacionalismo: o bom (*l'esprit national*) e o ruim (*le préjugé national*)<sup>13</sup>. Com a ajuda das ideias jurídicas, o tipo bom deveria ser estimulado, e o ruim, reprimido. Mas não havia clareza sobre o que seriam formas boas ou ruins de nacionalismo: na prática, cada jurista apresentava o seu nacionalismo como pertencente à modalidade boa<sup>14</sup>, e apresentava as pretensões coloniais de seu Estado como desejáveis. O tipo bom de nacionalismo não era avesso à cooperação e à interdependência entre as nações.

O cosmopolitismo dos fundadores da *Revue* não deve ser entendido como projeto de ausência de nações. A ideia não era superar nem a nação nem o Estado, mas conciliar as

<sup>10</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 23-26.

<sup>11</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180.

<sup>12</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180.

<sup>13</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 63.

<sup>14</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 64.

divisões nacionais europeias sobre as bases do direito internacional que lhes seria comum: o direito da comunidade de nações. A imagem idealizada era a Europa cooperativa e liberal, organizada conforme o direito internacional da comunidade de nações civilizadas.

A concepção de *comunidade de nações independentes*, mas crescentemente *interdependentes*, era o meio para conciliar nacionalismo e internacionalismo. Citando Francis Lieber (1800-72), jurista prussiano-americano do século XIX, Koskenniemi exemplifica: “As nações civilizadas constituíram uma comunidade, e estão a cada dia, mais e mais, formando uma *commonwealth* de nações, sob a restrição e a proteção do direito das nações.”<sup>15</sup> As relações europeias pacíficas, assim projetadas, e instruídas juridicamente, seriam reflexo do grau de civilização dos povos da Europa (em oposição ao restante do mundo) e da preponderância da perspectiva liberal, sobretudo por estimular a interdependência comercial.

O liberalismo cosmopolita que conformava o *esprit d'internationalité* dos fundadores da *Revue* também animou a formação do *Institut de Droit International* (IDI), fundado em Ghent, na Bélgica, em 1873. Rolin e Asser, que haviam participado da fundação da *Revue*, foram igualmente fundadores do IDI. A eles se juntaram juristas como Pasquale Mancini, que também havia influenciado na concepção da *Revue*, além de Gustave Moynier, Johann Caspar Bluntschli, James Lorimer, Carlos Calvo e outros. O artigo 1º do estatuto do IDI definia seu propósito: favorecer o progresso do direito internacional, buscando tornar-se a *consciência jurídica do mundo civilizado*. A redação é de Bluntschli<sup>16</sup>, e revela muito sobre as concepções destes primeiros juristas internacionalistas.

Bluntschli (1808-81) projetou no direito internacional as ideias da escola histórica alemã, de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), com quem Bluntschli estudou. A escola histórica alemã rejeitava o jusnaturalismo e o racionalismo iluminista, e propunha o direito fundado na historicidade orgânica das instituições e na espontaneidade nacional popular. O costume era apresentado como fonte privilegiada, por refletir mais diretamente o espírito de um povo, sua consciência jurídica. Mas Koskenniemi adverte para o caráter conservador das ideias de Savigny: sua referência à consciência popular como fonte de normatividade se referia mais a uma tradição intelectual do que ao povo propriamente dito: “as tradições herdadas faziam do povo o que ele era.”<sup>17</sup> Em outros termos, o jurista (e não o próprio povo, nem o legislador) seria o meio *privilegiado* de expressão da normatividade advinda da consciência de um povo. Ou melhor, é o representante *exclusivo* dessa normatividade<sup>18</sup>.

Quando Savigny definiu o jurista como a boca da consciência popular, ele transferiu a este jurista a medida do sistema jurídico: o exame do direito era sempre, também,

<sup>15</sup> LIEBER apud KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 64.

<sup>16</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 41.

<sup>17</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 44.

<sup>18</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 45.

um exame da alma do jurista; em sua própria virtude pessoal ele encontrava a justiça entranhada no direito.<sup>19</sup>

A proposta do IDI de tornar-se a *consciência jurídica do mundo civilizado*, presente na redação dada por Bluntschli, é reflexo de concepção de normatividade que não é *positivista*, no sentido de que não está alinhada com a visão do direito como expressão do comando da autoridade, ou como fruto da vontade soberana. Ao invés disso, a normatividade é encarada sob concepção *orgânica*. Vem da consciência popular, mas é expressa pelo jurista. No caso do direito internacional, a normatividade viria da consciência dos povos, veiculada pelos juristas internacionalistas do IDI. A rejeição ao voluntarismo, ou ao direito internacional fundado na vontade soberana, é feita por Bluntschli e relatada por Koskenniemi: “não cabe à vontade arbitrária do Estado seguir ou rejeitar o direito internacional.”<sup>20</sup> Neste sentido, Koskenniemi sintetiza a noção ao afirmar que a concepção fundadora do direito internacional no final do século XIX não era a *soberania*, mas a ideia de *consciência europeia coletiva*<sup>21</sup>.

Em suma, no projeto dos homens de 1873, o conhecimento científico do direito internacional era meio apropriado para captar e expressar a consciência jurídica dos povos. A normatividade residiria nisto, e não propriamente na vontade soberana. “A teoria jurídica e o *esprit d'internationalité* dos homens de 1873 colocavam o jurista na posição do pretor romano, em quem as funções de reafirmação e reforma estavam inextricavelmente entrelaçadas.”<sup>22</sup> A normatividade deveria ser encontrada não na vontade de cada ente soberano, mas na consciência de uma comunidade europeia de nações, interpretada e expressa pelos juristas do IDI. O direito internacional não seria produto da prática das chancelarias, mas da produção acadêmica. Esta perspectiva é exemplificada por Koskenniemi, citando Rolin, a respeito de onde a normatividade deve ser encontrada no cenário internacional:

Não nas promulgações expressas que não existem, nem nos precedentes, que podem ser justos ou injustos, mas no testemunho de sua consciência [do acadêmico], iluminada e fortalecida pelo que os mais sábios dos homens decidiram em casos análogos. Portanto, os princípios apresentados pelos doutrinadores no direito externo encontram sua autoridade jurídica e legislativa na sua conformidade presumida com a consciência humana.<sup>23</sup>

Apesar de ser comum descrever o século XIX como caracterizado pelo primado do positivismo, Koskenniemi rejeita que os homens de 1873 possam ser facilmente classificados.

<sup>19</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 77.

<sup>20</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 50.

<sup>21</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 51.

<sup>22</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 57.

<sup>23</sup> ROLIN apud KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 51.

Para ele, os autores do período jogavam com diversas teorias jurídicas, constantemente tomando de empréstimo aspectos de cada uma. Em particular, o racionalismo e o naturalismo serviam como “último reservatório de onde retirar argumentos quando outras fontes secavam.”<sup>24</sup> Notadamente, a ênfase dos autores do período, como Rolin, Bluntschli e Westlake, em encontrar a normatividade na *consciência jurídica* e não na vontade soberana representa certo distanciamento de posições positivistas mais radicais como o formalismo voluntarista alemão de Gerber e Laband, ou a escola analítica inglesa de John Austin. Neste sentido, Koskenniemi identifica que, para os homens de 1873, a noção fundamental do direito internacional do período não era *soberania*, mas a ideia orgânica de *comunidade*: o direito internacional emanava da família de nações civilizadas.

O mesmo argumento é desenvolvido por Anthony Anghie<sup>25</sup>, abordado adiante. A consciência jurídica desta família, cuja interpretação legítima estava a cargo dos juristas internacionalistas do IDI, era a “fonte das fontes” do direito internacional: “a validade dos tratados e do costume era constantemente checada pelo que a consciência comum sustentava conformar-se com a '*necessitas und ratio*'.”<sup>26</sup> O matiz organicista, aqui, é evidente. A presença simultânea de diversas fontes teóricas faz com que seja infrutífero tentar classificar os homens de 1873 em uma só posição<sup>27</sup>. Para Koskenniemi, melhor que caracterizar a identidade intelectual dos fundadores da profissão do direito internacional moderno como pertencente a vertentes jurídicas específicas (positivismo, naturalismo etc.), é descrevê-los por sua sensibilidade característica e compartilhada: o *esprit d'internationalité*. Parece certo, porém, que este *esprit* abrigava positivismo e organicismo como notas destacadas. O organicismo, até aqui, foi o matiz mais saliente. Porém, a caracterização deste novo direito internacional como *científico* apelou para raciocínios positivistas.

## 2 CIENTIFICISMO E SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL POR ANALOGIAS DO DIREITO PRIVADO

O propósito do IDI de ser a consciência jurídica do mundo civilizado, concebido por Bluntschli e influenciado pelas ideias de Savigny, estava associado à posição de que o conhecimento jurídico deveria ser científico. Mas como expressar cientificamente a normatividade advinda da consciência dos povos europeus? Neste ponto, Bluntschli é influenciado também por Georg Friedrich Puchta (1797-1846), igualmente discípulo de Savigny.

Puchta buscou associar a normatividade encontrada na consciência do povo alemão com os textos de direito romano, organizados em conceitos-chave. Propondo rigor lógico-sistemático, a jurisprudência dos conceitos objetivou “sistematizar o direito alemão através

<sup>24</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 93.

<sup>25</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>26</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 56.

<sup>27</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 96.

da inspiração advinda da organicidade dos textos clássicos do direito romano.”<sup>28</sup> O trabalho de Puchta, como adaptação da noção de “instituto jurídico” de Savigny, resultou na apresentação de uma série de “institutos” concatenados (propriedade, contrato, pessoa, capacidade etc.) a partir dos quais a realidade jurídica seria interpretada. Bluntschli e os juristas do IDI, por sua vez, encontraram nisso a forma de abordar “cientificamente” o direito internacional. Em outros termos, eles projetaram o rigor lógico-sistemático da *jurisprudência dos conceitos* ao plano das relações jurídicas internacionais, transplantando, em decorrência, categorias do direito privado para o direito aplicável aos Estados em suas relações mútuas. Este procedimento está envolvido em múltiplas analogias: “Estado/indivíduo; tratado/contrato; soberania territorial/propriedade; protetorados/incapacidade civil.”<sup>29</sup>

Koskenniemi descreve diversas dessas analogias a partir do posicionamento doutrinário de autores da época. Assim, para Bluntschli, o *Estado* equivale aos *indivíduos*, como entidades dotadas de vontade própria. Além disso, o princípio da *autodeterminação dos povos* era encarado por Bluntschli como análogo à *liberdade individual*<sup>30</sup>. William Hall (1835-94) estende a analogia do Estado como indivíduo: os Estados eram encarados como pessoas independentes e que possuíam direitos inalienáveis, e em especial o direito à *propriedade*. Esta é análoga, portanto, ao *território*<sup>31</sup>. Para Westlake, os *tratados* são o equivalente, no plano internacional, dos *contratos* do direito privado<sup>32</sup>. James Lorimer (1818-90) comparava os povos orientais sem liberdade interna a indivíduos imaturos ou sem capacidade jurídica, justificando, desta maneira, intervenções europeias em povos apresentados como “incapazes de serem membros plenos na comunidade civilizada”<sup>33</sup>.

É curioso notar que os homens de 1873 fundavam o caráter científico do direito internacional mais em suas propriedades *lógicas* do que *empíricas*. Hoje, a concepção de ciência é, em larga medida, tributária do pensamento de Karl Popper<sup>34</sup>, que elevou a empiria aos patamares mais altos<sup>35</sup>. Mas a ideia de ciência para os juristas do IDI era diferente. O que eles chamavam de científico refletia a *ordenação lógica* do direito internacional a partir do uso do sistema de categorias concatenadas, tomadas de empréstimo do direito privado. E não

<sup>28</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 197.

<sup>29</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182. Embora a sensibilidade do *esprit d'internationalité* tenha incorporado as analogias domésticas como meio para atribuir cientificidade ao direito internacional, não se pretende, aqui, passar o sentido de que o uso destas analogias tenha sido uma característica original deste período. Tal procedimento já tinha ocorrências no período antecedente à formação do direito internacional como disciplina autônoma.

<sup>30</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 81.

<sup>31</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 82.

<sup>32</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 52.

<sup>33</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 77-8.

<sup>34</sup> POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972.

<sup>35</sup> Popper afirma: “não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico”. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972, p.42.

da empiria propriamente dita. A prática real dos Estados não era a fonte privilegiada de normatividade, e sim o *sistema* conceitual cultivado na *Revue* e no *IDI*, e empregado pelos *experts* em direito internacional. Anthony Anghie descreve este procedimento como movimento rumo à abstração, caracterizado como:

uma propensão a apoiar-se na formulação de categorias e em sua exposição sistemática como meio de preservar a ordem e alcançar a solução “correta” a qualquer problema em particular. A ciência jurídica na última metade do século dezenove era concebida, mesmo na esfera doméstica, como uma disputa contra o caos, que só poderia ser vencida assegurando-se a autonomia do direito, e estabelecendo e mantendo as taxonomias e princípios que existiam em relações fixas uns com os outros.<sup>36</sup>

Para Anghie, há substituição de *mitos*: o naturalismo emprega o mito do *estado de natureza* como gênese do raciocínio. Aqui, o mito é o da existência de “um conjunto fixo de princípios e um esquema de classificações que se revelam ao escrutínio do jurista *expert*, que usa este esquema para definir e desenvolver o direito internacional.”<sup>37</sup> É possível depreender, a partir disso, que este modo de “fazer ciência” no direito permite a rejeição (e projeto de reforma) do real a partir de sua pretensa capacidade de readequar a realidade ao sistema conceitual preexistente, “a priori”. Em outros termos, o que se tem é a engenharia intelectual que se permite autoafirmar como científica e ainda assim rejeitar certas práticas políticas dos Estados, isto é, as que forem consideradas contrárias ao direito. A cientificidade encontrada na *lógica* e não na *empiria* parece estar associada, portanto, às pretensões dos membros do *IDI* de reformar a política internacional e as instituições domésticas dos Estados ao mesmo tempo em que mantinham para seu trabalho intelectual o rótulo de cientificidade.

Observa-se, até o momento, que a *expertise* do direito internacional no final do século XIX, a circular na *Revue* e no *IDI*, era informada pelas seguintes características: (i) a sensibilidade que Koskenniemi chama de *esprit d'internationalité*, que combina liberalismo e cosmopolitismo, conciliando, por sua vez, nacionalismos e internacionalismo; (ii) o projeto de ordenação e reforma das relações entre Estados e mesmo de suas instituições domésticas segundo conhecimentos jurídicos animados pelo *esprit d'internationalité*; (iii) a visão de que a normatividade no plano internacional decorre não propriamente da expressão da vontade soberana dos Estados, mas da *consciência jurídica* emanada dos povos europeus; (iv) a concepção de que os intérpretes legítimos desta consciência jurídica e da opinião pública seriam os juristas internacionalistas e, mais especificamente, os membros do *IDI* e articulistas da *Revue*; e (v) o projeto de condução científica do direito internacional, feito a partir de sua sistematização lógica, por sua vez obtida por meio de analogias com as categorias do direito privado.

Mas isso não é tudo. O direito internacional do século XIX foi fundado em distinções culturais e raciais: a consciência jurídica que importa, e que conforma o direito internacional, é aquela das nações civilizadas. Os homens de 1873 pressupõem a distinção entre povos

<sup>36</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 51.

<sup>37</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 52.

civilizados e não civilizados. A história do direito internacional do final do século XIX é a de conexão entre suas formas jurídicas, o comércio, a colonização (e subcategorias, como o protetorado) e a discriminação cultural e racial.

### 3 ENCONTRO COLONIAL, DISTINÇÃO RACIAL E DINÂMICA DA DIFERENÇA NAS BASES DO DIREITO INTERNACIONAL

Uma das narrativas críticas a respeito do período formativo do direito internacional moderno é a que identifica o “encontro colonial” como fundacional para este direito<sup>38</sup>. Essa visão enfatiza a distinção entre civilizados e não civilizados, e portanto a distinção racial, como nucleares para a formação do direito internacional. Anghie afirma que houve “racialização” do direito, mediante a qual apenas instituições especificamente europeias eram reconhecidas como dotadas de validade jurídica, anulando-se as nativas<sup>39</sup>. A racialização do direito vai de mãos dadas com a força do evolucionismo no século XIX: assumia-se certa escala evolucionária que ia do selvagem, no nível mais baixo, ao civilizado, no topo. Há, nisto, matizes de universalismo: todos os humanos podem ser situados na mesma escala<sup>40</sup>. Mas há, ao mesmo tempo, a afirmação da diferença cultural e racial de maneira hierarquizada, os europeus sendo o estágio mais avançado<sup>41</sup>.

A vinculação das características raciais com as instituições políticas, o modo de vida e o progresso fazia parte não somente do senso comum da época<sup>42</sup>, mas também do linguajar de juristas que integravam os quadros do IDI. Koskenniemi exemplifica com Bluntschli, que

<sup>38</sup> Esta é a postura de obras como: ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International law from below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; PAHUJA, Sundhya. *Decolonizing international law: development, economic growth and the politics of universality*. Legal Studies Research Paper No. 520, Melbourne Law School, 2009). O segundo capítulo do livro *The Gentle Civilizer of Nations*, de Koskenniemi, converge em grande parte com esta perspectiva crítica a respeito da formação do direito internacional. Para uma discussão geral sobre diferentes perspectivas e abordagens da história do direito internacional, ver GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015, p. 339-354.

<sup>39</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 55.

<sup>40</sup> A pretensão de universalidade jurídica emanada uma “comunidade internacional” nos moldes europeus e segundo diferenciações ou gradações de civilização (e posteriormente “desenvolvimento”), com o correspondente paradoxo da exclusão dos casos “particulares” – ou seja, não europeus, os não civilizados e posteriormente subdesenvolvidos – são aspectos especialmente enfatizados na tese de Sundhya Pahuja. Cf. PAHUJA, Sundhya. *Decolonizing international law: development, economic growth and the politics of universality*. Legal Studies Research Paper No. 520, Melbourne Law School, 2009. O paradoxo se dá pelo fato de que os casos “particulares” ou diferentes precisam passar por transformações para que sejam admitidos à comunidade “universal”. Como Pahuja sugere, o “universal” é, na realidade, uma construção normativa de valores que, embora também sejam “particulares” em sua origem, obteve êxito em projetar-se como válido para o todo.

<sup>41</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 101-4.

<sup>42</sup> Sobre a relação entre racismo e progresso no final do século XIX, cf. NISBET, Robert. *História da ideia de progresso*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 291-300. Robert Nisbet ressalta que, neste período, “dezenas de milhões de ocidentais, em ambos os lados do Atlântico, acreditavam implicitamente numa base racial para o progresso.” (p. 293)

traçava perfis institucionais estereotípicos de arianos, semitas e negros. Os arianos seriam “um povo de Estado”, com propensão natural ao progresso, e “nenhuma raça poderia competir com eles na teoria do Estado.” Em razão destas características, caberia aos arianos a missão de “educar outras raças a respeito da teoria política e dos assuntos de Estado”. Em outros termos, cabia-lhes “ensinar a civilização ao restante da humanidade.”<sup>43</sup> As demais raças seriam sujeitos passivos dessa missão civilizadora ariana. A fala de Bluntschli ilustra de maneira muito forte o modo como o direito internacional foi elaborado a partir de uma distinção racial, que se reflete nas categorias de civilizado e não civilizado.

Na perspectiva crítica de Anghie e Koskenniemi, a relação da Europa com as colônias moldou o direito internacional no período de sua formação, e teve repercussões para suas principais categorias, como a de *soberania*. A distinção entre civilizados e não civilizados está na base da afirmação da soberania dos Estados europeus. Embora a perspectiva positivista represente o direito como emanção da vontade soberana, para os juristas internacionalistas do final do século XIX, somente a vontade dos Estados pertencentes ao mundo *civilizado* (anglo-europeu) era juridicamente relevante. Outros Estados e povos, por não pertencerem à família de nações civilizadas, estavam excluídos do grupo cuja vontade gerava direito.

Por isso, a base da normatividade para estes juristas no final do século XIX não era o conceito de “soberania”, mas a ideia de “sociedade”<sup>44</sup>. É o pertencimento à sociedade de nações civilizadas que gera o atributo da soberania. A doutrina da soberania, neste sentido, foi fundada numa “discriminação cultural e racial” sobre a qual se fazia a distinção entre os civilizados europeus e os não civilizados do restante do mundo<sup>45</sup>.

O resultado dessa maneira de construir a doutrina da soberania é a concepção de que os Estados europeus soberanos se relacionavam, no plano internacional, com entes *desprovidos de soberania*. A isto Anghie se refere como “encontro colonial” ou “confronto colonial”. Dado que o direito seja fruto da vontade soberana, pela perspectiva positivista, “o estado soberano pode fazer como desejar em relação à entidade não soberana, que carece de personalidade jurídica para fazer qualquer oposição jurídica.”<sup>46</sup>

Koskenniemi exemplifica o ponto, ao narrar que juristas como Westlake e Hall retiravam completamente a aplicabilidade do direito público às relações entre comunidades protetoras (europeias) e protegidas (não europeias): “as únicas obrigações de direito internacional devidas pelo colonizador eram em relação a outros colonizadores.”<sup>47</sup> Mais especificamente, cita Westlake em suas afirmações de que “o direito internacional precisa tratar os nativos como não civilizados” e de que “deixa o tratamento dos nativos à consciência

<sup>43</sup> BLUNTSCHLI *apud* KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 104.

<sup>44</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 35.

<sup>45</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 100.

<sup>46</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 34.

<sup>47</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 108.

do Estado ao qual é conferida a soberania”<sup>48</sup> Nota-se que a construção da doutrina da soberania, feita com base na distinção civilizados/não civilizados, permitiu aos Estados europeus se comportarem de maneira livre e violenta em relação ao restante do mundo: afinal, o direito internacional do período permite a discriminação racial, a subordinação cultural, a tomada de território e a exploração econômica<sup>49</sup>. O efeito é o desempoderamento dos povos não europeus<sup>50</sup>. Essas características do direito internacional têm ligação com o processo de ampliação comercial experimentado no século XIX. Este ponto será retomado adiante (ver seções 4 e 5).

A distinção entre civilizados e não civilizados permitia aos juristas internacionalistas de final de século identificar um *hiato* ou *separação* entre dois grupos. A civilização europeia era apresentada como o modelo do bom e do desejável, para o qual as nações tidas como bárbaras deveriam ser conduzidas. Anghie se refere a isto como “dinâmica da diferença”: a partir da identificação desse *hiato*, os juristas internacionalistas propunham técnicas para superá-lo<sup>51</sup>. Essas técnicas são conducentes à assimilação dos diferentes povos ao direito internacional europeu, e estão na base da universalização deste direito.

Em outros termos, os povos não europeus eram apresentados como retrógrados, necessitando incorporar-se à “civilização universal da Europa”. O universal identifica-se com o civilizado; já o particular, a ser suprimido, com o não civilizado<sup>52</sup>.

Tendo isso em vista, passa a ser possível ler o propósito do IDI, na redação de Bluntschli, de outro modo: ressaltando-se as implicações da *civilização* para a normatividade do direito internacional e para o modo como este direito definiria as relações entre europeus e o restante do mundo. O significado disso é que os juristas internacionalistas do final do século XIX “elaboraram uma moldura jurídica que justificava a colonização como meio de realizar a missão civilizadora.”<sup>53</sup> Na interpretação de Koskeniemi, essa moldura era ao mesmo tempo excludente e inclusiva. Era excludente na medida em que, diferenciando europeus de não europeus, tornava impossível a extensão dos direitos dos europeus aos nativos. E era inclusiva, mas em sentido qualificado, porque a inclusão se dava pela anulação da *alteridade* dos nativos<sup>54</sup>. Só poderiam ser incluídos caso abandonassem suas práticas em favor do modo de vida europeu. Em especial, o discurso do humanitarismo universalista canalizava as pretensões dos juristas internacionalistas de substituir instituições nativas por

<sup>48</sup> WESTLAKE *apud* KOSKENIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 127.

<sup>49</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 7.

<sup>50</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 37.

<sup>51</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 37.

<sup>52</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 3; cf. Pahuja, 2009)

<sup>53</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 10.

<sup>54</sup> Ver também PAHUJA, Sundhya. *Decolonizing international law: development, economic growth and the politics of universality*. Legal Studies Research Paper No. 520, Melbourne Law School, 2009.

instituições europeias<sup>55</sup>. Esse projeto *assimilador* ganhou expressão nas formas jurídicas abrigadas pelo direito internacional do período.

#### 4 CATEGORIAS JURÍDICAS DO ENCONTRO COLONIAL: DIREITO INTERNACIONAL E ASSIMILAÇÃO

Anthony Anghie destaca quatro modos pelos quais a assimilação se refletiu no instrumental jurídico internacionalista, ou seja, em suas categorias ou formas jurídicas: a colonização, a doutrina do reconhecimento, os protetorados e a celebração de tratados entre Europeus e não-europeus (tratados desiguais)<sup>56</sup>, brevemente caracterizadas a seguir.

##### 4.1 Colônias

Em termos jurídicos, a colonização suplantava a ausência de personalidade jurídica do colonizado pela incorporação à metrópole. Uma vez colonizado, o território passava à soberania da nação europeia. Deste modo, entrava no direito internacional europeu. Colônias poderiam ser obtidas por descoberta, ocupação, conquista e por cessão territorial. As categorias do direito privado contribuíam para justificar o processo colonizador.

Cessão, *terra nullius* e *uti possidetis* são derivadas do direito privado, por sua vez com raízes no direito romano (a partir do esforço de sistematização de Savigny e Puchta). Além da “cessão” pactuada (e o tratado de cessão poderia ser obtido por coação militar, que não era proscrita pelo direito internacional da época, nisto não sendo muito diferente da conquista), categorias como “*terra nullius*” e processos de aquisição por “*uti possidetis*” habitavam o imaginário jurídico internacionalista da época<sup>57</sup>.

A esse respeito, Anghie cita o jurista germano-britânico Lassa Oppenheim (1858-1919), em passagem na qual apresenta as “restrições” à prática da ocupação: “Apenas podem ser objeto de ocupação os territórios que não sejam terra de nenhum Estado [*no State’s land*], quer inteiramente desabitadas, como um uma ilha, quer habitadas por nativos cuja comunidade não seja considerada um Estado.”<sup>58</sup> Como se observa, a distinção civilizados/não civilizados, juridicamente elaborada em doutrinas como a da ocupação, permitia a espoliação territorial dos povos não europeus. E, a partir dela, o domínio de matérias-primas, a abertura de portos e de novos mercados consumidores, no contexto de uma Europa pós-Revolução Industrial, com economias capitalistas em expansão.

---

<sup>55</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 130.

<sup>56</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 67.

<sup>57</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 82-4.

<sup>58</sup> OPPENHEIM apud ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p.83 – acrescentou-se ênfase.

## 4.2 Doutrina do reconhecimento

A doutrina do reconhecimento dialogava muito bem com a dualidade inclusão-exclusão a que se refere Koskenniemi, e que Anghie chama de dinâmica da diferença. De um lado, ela foi a chave para privar o mundo não europeu em relação à capacidade soberana. De outro, ofereceu o caminho de entrada a outros povos no direito internacional europeu (ou na *família de nações*), desde que o padrão de civilização fosse atingido.

Para que o Estado não europeu fosse considerado soberano, não bastava ter controle sobre o território: a extensão da soberania para além dos Estados europeus passou a estar dependente do reconhecimento. Evidentemente, porém, o reconhecimento não estava na base da formação da soberania dos próprios Estados europeus<sup>59</sup>. Neste sentido, a doutrina foi concebida para ser aplicada fora da Europa, como uma maneira de realizar a “metamorfose de uma sociedade não europeia em uma entidade jurídica.”<sup>60</sup>

Por sua vez, o reconhecimento estava atrelado à percepção de que certa sociedade não europeia havia se tornado *civilizada*. Conforme adverte Koskenniemi<sup>61</sup>, não havia critério estável ou claro para se saber quando a nação havia alcançado o padrão de civilização. Mas, segundo Anghie, a ideia geral era a de que o “Estado não europeu era considerado civilizado se pudesse prover a um indivíduo, estrangeiro europeu, o mesmo tratamento que o indivíduo esperaria receber na Europa.”<sup>62</sup> Anghie exemplifica com Westlake: “Quando pessoas de raça europeia têm contato com tribos americanas ou africanas, a necessidade primária é um governo sob a proteção do qual estas pessoas possam conduzir a vida complexa a que estão acostumadas em suas casas.”<sup>63</sup>

Tornar-se civilizado implicava garantir aos europeus direitos de residência, de praticar atividades comerciais, de propriedade e de segurança dos contratos. Em outros termos, a doutrina do reconhecimento implicava reformas nas instituições domésticas dos Estados não-europeus, de modo a torná-las mais semelhantes ao modelo a que os europeus já estavam acostumados, e que entendiam ser mais propício à atividade comercial. Dentre as reformas necessárias estava o estabelecimento da *jurisdição consular*.

Sob a *jurisdição consular*, via de regra, o nacional europeu não poderia ser julgado pela autoridade ou leis locais, mas por cônsul do país europeu de origem, com o direito correspondente<sup>64</sup>. Outro modelo de jurisdição consular previa a existência de tribunais mistos, em que europeus e nativos faziam conjuntamente os julgamentos. Segundo Koskenniemi, em alguns casos havia possibilidade de apelo da decisão do tribunal misto a uma corte do Estado

<sup>59</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 57-9.

<sup>60</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 75.

<sup>61</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 134.

<sup>62</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 84.

<sup>63</sup> WESTLAKE apud ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 85.

<sup>64</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 85-6.

europeu<sup>65</sup>. A Turquia entrou para a “família de nações” em 1856, com o Tratado de Paris, mas jurisdições consulares europeias já existiam ali desde 1836<sup>66</sup>. Outros Estados, como Japão, Sião (atual Tailândia) e China, também entraram para o rol das nações civilizadas por meio da doutrina do reconhecimento. Similarmente, todos eles conviveram com jurisdição consular europeia até início do século XX.

Koskenniemi ressalta o caráter paradoxal deste procedimento de inclusão-exclusão dos não europeus no direito internacional: “[p]ara que obtivessem igualdade, a comunidade não europeia deveria aceitar a Europa como mestre – mas aceitar um mestre era prova de que não se era igual.”<sup>67</sup> E que destino guardava o direito internacional aos Estados que não incorporassem instituições europeias, não sendo, portanto, reconhecidos? Eles estavam sujeitos à colonização, ou à guarda de potência protetora<sup>68</sup>.

### 4.3 Protetorados

Os protetorados foram característicos da porção final do século XIX<sup>69</sup>. O protetorado é análogo, no direito internacional, à instituição da “tutela” no direito privado. Ainda analogamente, é meio para suprir a “incapacidade civil” do Estado retrógrado. Exemplo desta analogia é dado por Koskenniemi, ao citar o jurista suíço Joseph Hornung (1857-1931), referindo-se aos povos asiáticos e africanos: “*são crianças, é claro, mas tratemos-lhes como se tratam crianças, por meio da gentileza e da persuasão ... Nós aceitamos a hegemonia e a tutela dos fortes mas somente nos interesses dos fracos e visando sua futura emancipação.*”<sup>70</sup> A “incapacidade civil” fica evidente na comparação com as crianças: a forma jurídica para lidar com esta incapacidade é “tutela”, até que ocorra o evento jurídico da “emancipação”. Todas estas categorias do direito privado estão envolvidas, por transplante, na instituição do protetorado no direito internacional.

Formalmente, o protetorado não conferia soberania da potência protetora sobre o Estado protegido. Por meio de tratado, o Estado protegido cedia apenas o controle sobre seus assuntos externos. Em tese, o Estado protegido retinha autoridade sobre seus assuntos internos. Na prática, porém, a distinção entre soberania interna e externa era “porosa e

<sup>65</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 134.

<sup>66</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 106.

<sup>67</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 136.

<sup>68</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 76.

<sup>69</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 87.

<sup>70</sup> HORNUNG apud KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 130 – acrescentou-se ênfase.

artificial”, e era comum que as potências protetoras interferissem na ordem sucessória do governo do Estado protegido<sup>71</sup>.

Exemplo foi o Egito, submetido à condição protetorado britânico, em termos formais, de 1914 a 1922, mas, na prática, ao menos desde 1882. A Grã-Bretanha interferia na escolha dos governantes e até mesmo dos ministérios<sup>72</sup>. “Significativamente, portanto, o mecanismo do protetorado permitia que os Estados europeus exercessem controle sobre um Estado quanto a seus assuntos internos e externos, mesmo que sustentasse que a soberania estava propriamente situada no governante local.”<sup>73</sup> Para Anghie, a distinção entre *colônia* e *protetorado* sofreu, na prática, erosão gradual.

Se era desejável explorar as matérias-primas de países asiáticos e africanos e desenvolver novos mercados ali, isto era feito, onde possível, sem assumir controle político sobre o território e com ele todos os custos e problemas de lidar com uma colônia. Visto desta perspectiva, a situação ideal era aquela em que o controle econômico pudesse ser exercido sobre um Estado não europeu que fosse nominalmente, ao menos, “soberano”. Como um instrumento jurídico, o arranjo do protetorado era idealmente adequado à implementação de uma política assim<sup>74</sup>.

Em outros termos, o protetorado era a forma jurídica pela qual os Estados europeus – e sobretudo a Grã-Bretanha – expressavam sua preferência pela estratégia de “*trade, not rule*” (império informal ou indireto) nos cenários em que governantes nativos fossem encarados como capazes de garantir a ordem local necessária à condução do comércio. Em termos econômicos, é possível interpretar que a forma jurídica do protetorado permitia à potência europeia reduzir custos de viabilização da atividade comercial, transferindo a outros o encargo da administração direta e do policiamento, ao mesmo tempo em que retinha para si o controle sobre o governo local.

#### 4.4 Tratados desiguais

Por fim, o direito internacional da segunda metade século XIX incluía a celebração de tratados como mecanismo de assimilação. A prática era paradoxal: os povos não europeus e não civilizados, e portanto não soberanos, engajavam-se em negócios jurídicos com Estados europeus. Mesmo carecendo de personalidade jurídica formal no esquema conceitual do direito internacional europeu, estes povos eram, ainda assim, capazes de firmar certos tratados aos olhos dos europeus<sup>75</sup>. Embora sem fundamento numa concepção positivista de

<sup>71</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 87-8.

<sup>72</sup> KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 152.

<sup>73</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 88.

<sup>74</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 90.

<sup>75</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 76.

direito, a prática dos Estados europeus era tomar estes tratados como tendo caráter vinculante para os povos não europeus. Nesse ponto, a doutrina internacionalista torna-se apologética da prática dos Estados.

Segundo Anghie, a solução dos juristas diante da fraqueza da correspondência dessa situação com seu esquema conceitual prévio – segundo o qual o “incapaz” não expressa vontade juridicamente “válida” – era ater-se à letra do tratado, à “forma” do que já estava pronto. Como resultado, não importava se o tratado havia sido obtido sob coerção<sup>76</sup>.

Exemplo da prática de considerar válido o tratado obtido frente a governos cuja soberania se negava (por não pertencerem ao mundo civilizado) e por coerção é o tratado de Nanking, de 1842, firmado após as Guerras do Ópio de 1839-42 entre China e Grã-Bretanha. Pelo tratado, Hong Kong foi cedida à Grã-Bretanha, cinco portos chineses foram abertos ao comércio, e regime preferencial de tarifas foi estabelecido para as importações britânicas. Além disso, fixou-se o pagamento de indenizações pelas perdas britânicas na Guerra<sup>77</sup>, e nacionais britânicos chegaram a estar no controle de alfândegas portuárias chinesas<sup>78</sup>.

Não é de se estranhar que o mesmo direito internacional que considerava válidos os tratados obtidos por coerção assumisse como também lícita a cobrança de dívidas pela *diplomacia da canhoneira*, referida na introdução. Afinal, as formas jurídicas desse período configuram-se segundo um padrão que afirma hierarquias entre povos e dá abrigo a interações violentas. Tendo esses aspectos em vista, é possível fazer uma avaliação de aspectos de sucesso e fracasso do direito internacional como projeto de ordenação das relações internacionais do período.

## 5 FRACASSOS E SUCESSOS DO DIREITO INTERNACIONAL DA ÚLTIMA PORÇÃO DO SÉC. XIX AO INÍCIO DO SÉC. XX

Nas proximidades do ano de 1914, praticamente todos os territórios da Ásia, da África e do Pacífico eram controlados pelos principais Estados europeus, quer no formato de colônias, quer no de protetorados<sup>79</sup>. Este fato é expressivo do modo como o direito internacional europeu se universalizou<sup>80</sup>: a colonização e doutrinas correlatas (protetorados, doutrina do reconhecimento, tratados desiguais), apoiadas na missão civilizadora, foram instrumentais para sua expansão e exportação ao restante do globo. O comércio se expandiu e atingiu proporções mundiais nessa época. A empreitada colonial envolveu, a um só tempo, o propósito comercial de garantir acesso a matérias-primas e expandir mercados consumidores, e a base jurídica representada por categorias legitimadoras deste propósito.

<sup>76</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 72.

<sup>77</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 76.

<sup>78</sup> BROWN, Andrew G. *Reluctant partners: a history of multilateral trade cooperation, 1850-2000*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2003, p. 61.

<sup>79</sup> ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 33.

<sup>80</sup> PAHUJA, Sundhya. *Decolonizing international law: development, economic growth and the politics of universality*. Legal Studies Research Paper No. 520, Melbourne Law School, 2009, p. 138.

O direito internacional desse período abrigou a *missão civilizadora* e, com ela, a expansão do comércio. Muito pouco teve de conteúdos restritivos ao exercício da violência nas relações internacionais, apesar dos esforços dos membros do IDI por interações entre Estados baseadas numa consciência jurídica e apaziguadas por mecanismos de solução pacífica de controvérsias. E a violência esteve a serviço da expansão comercial:

[...] as grandes nações europeias queriam fazer do mundo não-europeu um lugar seguro para o comércio europeu. Isto acarretava vários graus de intervenção nas áreas menos desenvolvidas do mundo – para o pagamento das dívidas, a proteção dos nacionais e seus bens e a garantia dos padrões mínimos da justiça ocidental. Conforme as circunstâncias (vontade e capacidade dos governos locais), as formas de intervenção variavam do desembarque *ad hoc* de tropas e das ameaças das canhoneiras britânicas às várias formas de controle: colônias, domínios, dependências, protetorados, mandatos, etc.<sup>81</sup>

Esse direito não regula o comércio, apenas é instrumental em relação a ele. O direito internacional da porção final do século XIX e inicial do século XX deixa o caminho aberto ao livre exercício da atividade comercial e das finanças, mas o comércio e as finanças são tratados como objetos alheios ao direito. Estão na esfera privada, da autonomia da vontade. Esta é uma das faces do liberalismo: colocar a economia para fora da política, tornando-a autônoma<sup>82</sup>. E, ao fazê-lo, torna a economia autônoma também em relação ao próprio direito. Em outros termos, cumpriu ao direito dar suporte à expansão econômica, mas não criar regras limitadoras ou direcionadoras das atividades econômicas. O direito dos homens do IDI pretendeu regular a diplomacia, mas não o comércio.

Houve, sim, normas econômicas, mas estas não provieram do direito internacional. O Padrão-Ouro Internacional deu as bases para a interação dos Estados em matéria monetária e financeira. Uma síntese de seus aspectos principais será aqui apresentada para fins de compreensão de seu caráter normativo<sup>83</sup>. Havia três regras básicas, e muitos Estados se comportaram de acordo com elas entre as proximidades de 1870 e 1914. Tinham caráter informal; não estavam positivadas. Eram, antes, articuladas pela classe internacionalizada de financistas que emergiu durante o século XIX, e que ganhou influência econômica e política sobre os Estados em geral: a *haute finance*<sup>84</sup>, identificada em grupos como os Rothschild e os Baring Brothers<sup>85</sup>.

A primeira regra estabelecia que o compromisso dos Estados com a estabilidade cambial deveria ser prioritário. O comando era preservar o valor da moeda: não imprimir dinheiro sem lastro, manter o orçamento equilibrado e permitir períodos deflacionários (que causam desemprego) eram algumas das implicações da regra. A segunda exigia que o Estado se comprometesse a trocar sua moeda por ouro, mantendo conversível sua moeda,

<sup>81</sup> KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 53.

<sup>82</sup> KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 88.

<sup>83</sup> Cf. FERREIRA, Hugo Luís Pena. *Ideias e instituições econômicas: uma introdução para o curso de direito*. Curitiba: CRV, 2017.

<sup>84</sup> POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2.ed. Boston: Beacon Press, 2001.

<sup>85</sup> FERGUSON, Niall. *The ascent of money: a financial history of the world*. New York: Penguin Press, 2008, p. 88.

irrestritamente. Por isso o ouro tornou-se a medida universal das moedas do período. E a terceira exigia que o Estado permitisse a entrada e saída de ouro por suas fronteiras. Em outros termos: o investidor estrangeiro deveria poder sacar o investimento em ouro, e sair com ele do país sempre que quisesse. A lógica comum às três regras é a preservação da rentabilidade do investimento. O investidor que comprasse um título do tesouro britânico a £ 100, com juros de 5% ao ano, teria o retorno de seu investimento diminuído caso a libra perdesse 1% de seu valor em relação ao ouro. Ainda que nominalmente as £ 105 libras fossem pagas ao cabo de um ano, seu valor real teria sido 1% minorado<sup>86</sup>. O Padrão-Ouro Internacional buscava evitar isso pela manutenção da paridade das moedas nacionais em relação ao ouro.

A *haute finance* possuía interesse na estabilidade das relações internacionais entre grandes potências, necessária à preservação do padrão-ouro, que por sua vez era a base para criar ambiente seguro aos investimentos. Esse “agudo interesse pela paz”, articulado por uma classe com ascendência sobre governos, e que “funcionava como a ligação principal entre a organização política e econômica do mundo”, é o fator que Karl Polanyi<sup>87</sup> identifica como explicativo da estabilidade conseguida na Europa na maior porção do século XIX<sup>88</sup>.

O interesse pela paz, aqui, é privado, e fundado no ganho: sem a paz, o comércio e as finanças sofreriam. Por sua vez, a influência da *haute finance* sobre os governos é explicada pela existência dos mercados de títulos da dívida pública. Ao longo do século XIX, os Estados crescentemente recorreram à venda de títulos públicos para financiar despesas internas, aventuras coloniais e guerras. Ao fazê-lo, tornaram-se dependentes da *haute finance*. Os Estados passaram a precisar manter a credibilidade em sua capacidade de manter o valor de seus títulos, e a rentabilidade destes, para que conseguissem captar recursos nos mercados financeiros<sup>89</sup>. Na porção final do século XIX e inicial do século XX, isto significava jogar pelas regras do Padrão-Ouro Internacional e manter a confiança da *haute finance*.

Depreende-se que, embora o direito internacional não tenha criado um corpo de normas substantivas para a atividade econômica, essas ainda assim existiam, embora de maneira informal e não ligada a qualquer discurso jurídico, e constrangiam o comportamento dos Estados em matéria monetária e financeira. A adesão dos Estados a estas regras não foi feita por tratado internacional, mas pode ser compreendida por sua dependência do acesso aos recursos dos mercados financeiros. Para tanto, precisavam agradar à *haute finance*, detentora de recursos para investimento nesses mercados<sup>90</sup>. A política e o direito internacional encaravam a economia como autônoma, e esta cuidou de produzir a sua própria normatividade<sup>91</sup>.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

<sup>86</sup> Ou seja, o investidor que esperava ganho de £5, teria seu retorno real diminuído para £ 3,95, ao resgatar o título e os juros por £ 105 após perda de 1% do valor da libra em relação ao ouro.

<sup>87</sup> POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2.ed. Boston: Beacon Press, 2001, p. 10.

<sup>88</sup> Ver ainda: IKENBERRY, G. John. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

<sup>89</sup> FERGUSON, Niall. *The ascent of money: a financial history of the world*. New York: Penguin Press, 2008.

<sup>90</sup> FERGUSON, Niall. *The ascent of money: a financial history of the world*. New York: Penguin Press, 2008, p. 88.

<sup>91</sup> Ver DUMONT, Louis. *Homo aequalis: gênese e plenitude da ideologia econômica*. Bauru: EDUSC, 2000.

Os elementos levantados nas seções anteriores permitem compreender porque o projeto de Luís Drago, mencionado na introdução, falhou no período anterior à primeira guerra mundial. Sua pretensão de que o direito internacional fosse uma linguagem de interações pacíficas entre Estados soberanos foi rechaçada por Estados europeus e pelos Estados Unidos. A prática da *diplomacia da canhoneira* como expediente para abertura de portos ou cobrança de dívidas, que Drago pretendia ver proscria, não era contrária ao direito internacional do período, mas abrigada por suas formas jurídicas. Tal constatação diverge da descrição tradicional a respeito do direito internacional, como um projeto de paz e igualdade soberana.

A partir do motivo fundamental da “consciência jurídica do mundo civilizado”, o direito internacional foi instrumental para a expansão do comércio: colônias e protetorados levavam “ordem” e civilização a terras distantes, abriam mercados consumidores para manufaturas europeias e fornecedores de matérias-primas. Tratados, inclusive obtidos por coerção – a exemplo do mencionado Tratado de Nanking de 1842 –, e ainda assim considerados válidos, providenciavam a abertura de portos ao comércio europeu e a obtenção de tarifas preferenciais. O mecanismo da jurisdição consular tornava o ambiente colonial seguro ao comerciante europeu, ao imunizá-lo contra a jurisdição local de povos considerados atrasados. A propriedade e os contratos eram protegidos até mesmo pelo envio de canhoneiras para forçar o pagamento de dívidas, prática considerada lícita pelo direito internacional da época.

O direito internacional animado pelo *esprit d'internationalité* não foi bem sucedido em evitar o conflito generalizado na Europa e além, entre 1914 e 1918, com a primeira guerra mundial. Nisso, nem o balanço de poder, nem o Padrão-Ouro Internacional o foram. Mas foi destacadamente bem sucedido em universalizar-se – o direito internacional europeu chegou ao restante do mundo pelas colônias e protetorados – e em oferecer uma moldura jurídica de apoio à expansão do comércio europeu em terrenos habitados por povos considerados inferiores, frente aos quais o uso da violência era juridicamente admitido.

## REFERÊNCIAS

ANGHIE, Anthony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BOYLE, Francis Anthony. *World politics and international law*. Durham: Duke University Press, 1985.

BROWN, Andrew G. *Reluctant partners: a history of multilateral trade cooperation, 1850-2000*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2003.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'AMATO, Anthony. Is International Law Really 'Law'? *Northwestern University Law Review*, v. 79, 1984, p. 1293-1314.



DUMONT, Louis. *Homo aequalis: gênese e plenitude da ideologia econômica*. Bauru: EDUSC, 2000.

FERGUSON, Niall. *The ascent of money: a financial history of the world*. New York: Penguin Press, 2008.

FERREIRA, Hugo Luís Pena. *Ideias e instituições econômicas: uma introdução para o curso de direito*. Curitiba: CRV, 2017.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional?. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015, p. 339-354.

HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. Columbia University Press, 1979.

IKENBERRY, G. John. *After victory: institutions, strategic restraint, and the rebuilding of order after major wars*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

NISBET, Robert. *História da ideia de progresso*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

PAHUJA, Sundhya. *Decolonizing international law: development, economic growth and the politics of universality*. Legal Studies Research Paper No. 520, Melbourne Law School, 2009.

PARRY, Clive; GRANT, John P.; BARKER, J. Craig. *Parry & Grant encyclopaedic dictionary of international law*. 3. ed. Oxford University Press, 2009.

POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. 2.ed. Boston: Beacon Press, 2001.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International law from below: development, social movements and third world resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Boiteux, 2006.



# JULGAR O PASSADO? VERDADE HISTÓRICA E VERDADE JUDICIAL NA ADPF 153

JUDGING THE PAST?  
JUDICIAL TRUTH AND HISTORICAL TRUTH IN THE ADPF 153

RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES\*

## RESUMO

O presente artigo pretende realizar uma breve reflexão sobre a ADPF n. 153 a partir da relação entre o juiz e o historiador. O texto procura defender que a argumentação utilizada pelo STF, ao judicializar o passado, desconsiderou o verdadeiro sentido das lutas sociais em prol da anistia política de 1979, legitimou o caráter autoritário do regime militar e desqualificou o caráter de ruptura da Constituição de 1988. Possui, portanto, efeitos nefastos sobre a democracia constitucional brasileira.

**Palavras-chave:** ADPF 153; anistia; Constituição; juiz; historiador.

## ABSTRACT

The objective of the paper is reflecting on the STF's decision in the ADPF n. 153 from the relationship between the judge and the historian. The text argues that the reasoning used by the Supreme Court, judging the past, disregarded the true sense of the social struggles in favor of the 1979 political amnesty, legitimized the authoritarian character of the military regime and underestimated the sense of rupture of the 1988's Constitution. Therefore, it has adverse effects on Brazilian constitutional democracy.

**Keywords:** ADPF 153; amnesty; Constitution; judge; historian.

\* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela UnB. Especialista em Direito Constitucional pela UnB. Membro do Grupo de Pesquisa "Percurso, narrativas e fragmentos: história do Direito e do constitucionalismo" (UnB). Procurador Federal.  
*raphapeixoto@gmail.com*

Recebido em 4-1-2018 | Aprovado em 2-2-2018



## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO; 1 A ADPF 153 E O(S) USO(S) DO PASSADO; 2 O JUIZ E O HISTORIADOR NA ENCRUZILHADA DA VERDADE; NOTAS CONCLUSIVAS: HISTÓRIA, MEMÓRIA E CONSTITUIÇÃO; REFERÊNCIAS

## ■ INTRODUÇÃO

For the historian, it can be disconcerting to see carefully researched historical material ripped out of its context by clever lawyers and used as bludgeon to beat the other side.

Richard Evans

Existem duas maneiras de ser imparcial: a do cientista e a do juiz. Elas têm uma raiz comum, que é a honesta submissão à verdade. O cientista registra, ou melhor, provoca o experimento que, talvez, inverterá suas mais caras teorias. Qualquer que seja o voto secreto de seu coração, o bom juiz interroga as testemunhas sem outra preocupação senão conhecer os fatos, tais como se deram. Trata-se, dos dois lados, de uma obrigação de consciência que não se discute.

Marc Bloch

O debate em torno da anistia concedida em 1979 nunca desapareceu da esfera pública brasileira, embora a discussão tenha sido sempre pontual e, ao final, sempre interdita a favor das Forças Armadas.<sup>1</sup> A questão da “revisão” da Lei nº 6.683/1979 e da possibilidade de responsabilização criminal dos agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos durante o regime militar é, no entanto, um debate recente no âmbito do sistema de justiça brasileiro. Sabe-se que a demanda por justiça sempre foi uma das reivindicações dos familiares dos desaparecidos políticos e dos que morreram nas mãos do Estado durante o regime militar. Contudo, do ponto de vista institucional, foi a partir de mobilização do Ministério da Justiça que o debate em torno do tema ganhou força<sup>2</sup>, culminando com o ajuizamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por parte da OAB (ADPF 153).

Essa ação constitucional teve como objeto discutir a validade do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979. O objetivo era a concessão, pelo STF, de interpretação conforme a constituição, declarando que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/1979 aos

<sup>1</sup> D’ARAUJO, Maria Celina. O estável poder de veto Forças Armadas sobre o tema da anistia política no Brasil. *Vária História*, Belo Horizonte, v. 28, nº 48, jul/dez de 2012.

<sup>2</sup> Em 31 de julho de 2008, o Ministério da Justiça realizou uma audiência pública para ouvir autoridades públicas e representantes da sociedade civil sobre a questão dos “limites e possibilidades para a responsabilização jurídica dos agentes violadores de direitos humanos durante o estado de exceção no Brasil”. Essa foi a primeira vez que o Estado brasileiro discutiu oficialmente sobre a possibilidade de processar judicialmente os torturadores. Logo em seguida, em outubro de 2008, a OAB ingressou com a ADPF.

crimes políticos ou conexos não se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar (1964-1985).

A ação ajuizada pela OAB amplificou a discussão sobre o tema na sociedade. Além do grande debate acadêmico sobre o assunto, várias associações ingressaram como *amicus curiae*, como a Associação Juizes para a Democracia (AJD), o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de Anistiados (ABAP) e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM).<sup>3</sup>

A decisão do STF ocorreu em abril de 2010. A votação não foi unânime. Com exceção dos ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli, que não participaram do julgamento, apenas os ministros Ayres Brito e Ricardo Lewandowski entenderam pela procedência parcial da ADPF. A maioria dos ministros votou com o relator Eros Grau, entendendo que a anistia foi bilateral e que foi reafirmada pelo poder constituinte de 1988.

O presente texto não pretende analisar a questão do ponto de vista do direito penal ou do direito constitucional.<sup>4</sup> O trabalho tampouco discutirá questões de direito internacional dos direitos humanos.<sup>5</sup> A perspectiva aqui adotada será diferente. A intenção é realizar uma breve reflexão sobre a ADPF n. 153 a partir da relação entre o juiz e o historiador e o seu impacto para a compreensão da Constituição de 1988. Nesse quadro, primeiro pretende-se descrever como o passado foi compreendido na ADPF 153, em especial como o contexto histórico da anistia, especialmente o papel da sociedade civil, foi interpretado e utilizado (I). Em seguida, pretende-se problematizar a relação entre o juiz e o historiador, suas diferenças e semelhanças, e a complexa noção de “verdade”. Com isso, discute-se o problema da judicialização do passado e os seus riscos para o Estado Democrático de Direito (II). Por fim, põe-se em evidência o impacto do caso para a compreensão do significado da Constituição de 1988 (III).

<sup>3</sup> Uma primeira observação sobre o processo é que não se verifica no discurso das associações que ingressaram como *amicus curiae* qualquer defesa em prol da anistia aos agentes do Estado. Toda a argumentação desenvolvida é no sentido de interditar qualquer tipo de autoanistia. A defesa, assim, dos *amigos da corte* é no sentido da incompatibilidade da Lei nº 6.683/1979 com a atual ordem constitucional, situação que abra a possibilidade para a sua revisão e consequente responsabilização dos agentes estatais que praticaram crimes graves contra os direitos humanos.

<sup>4</sup> Para um estudo desse tipo, ver: CATTONI, Marcelo; MEYER, Emílio Peluso Neder. Anistia, história constitucional e direitos humanos: o Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamun, 2011; BENVINDO, Juliano, ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Juiz e historiador, direito e história: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. *Novos Estudos Jurídicos (online)*, v. 17, n. 2, maio-agosto, 2012; STRECK, Lênio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (org.). *Justiça de transição: análises comparadas Brasil-Alemanha*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015.

<sup>5</sup> Para esse objetivo, ver: RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011; VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 4, julho/dezembro, 2010.

## 1 A ADPF 153 E O(S) USO(S) DO PASSADO

O historiador Eric Hobsbawm costumava dizer que a sua profissão, assim como a de físico nuclear, pode “produzir danos”.<sup>6</sup> O que a impactante afirmação nos comunica é que o sentido do passado é uma dimensão permanente e imprescindível da consciência humana, um componente inevitável das instituições, valores e outros padrões da sociedade. Essa dimensão possui, por certo, um aspecto pragmático, isto é, molda a nossa forma de compreender e agir no mundo. Isso impõe duas responsabilidades para aqueles que lidam com o passado: a responsabilidade pelos fatos históricos em geral e pela crítica do abuso político da história em particular.<sup>7</sup>

Relativamente à primeira, a capacidade de distinguir entre fato e ficção é absolutamente fundamental, pois “não podemos inventar nossos fatos”. No que toca à segunda, vale dizer que em muitas das disputas envolvendo a memória política, especialmente aquelas vinculadas a um período ditatorial anterior, são utilizados argumentos políticos que visam legitimar uma determinada visão da história. A crítica dos usos (e abusos) do passado passa a ser, portanto, fundamental.

A advertência feita acima é particularmente importante quando se está no âmbito judicial. Embora os juízes devam, no exercício da sua função, reconstruir fatos que já ocorreram, eles não estão, a princípio, familiarizados com o *métier* do historiador. Além do mais, diferentemente do historiador – que procura marcar as diferenças do seu objeto de pesquisa em relação ao presente –, a atividade judicial é inteiramente orientada por demandas atuais. Mas, mesmo nesse caso, o jurista “não deve alegar que a história oferece suporte a uma visão particular quando isso não acontece”, pois “possui deveres de objetividade e imparcialidade relativamente às fontes que ele invoca”.<sup>8</sup>

Feitas essas considerações iniciais, que são importantes para nos orientar no exame da ADPF 153, passa-se à reconstrução do caso. Conforme a petição inicial oferecida pela Ordem dos Advogados do Brasil, o objetivo da ADPF seria questionar se seria válida a anistia “dos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar, que vigorou entre nós antes do restabelecimento do Estado de Direito com a promulgação da vigente Constituição”.

A OAB argumentou que a interpretação que defende a anistia para os agentes públicos responsáveis por violências como homicídios, desaparecimentos, tortura e abusos sexuais contra opositores políticos violaria preceitos fundamentais da Constituição e do conjunto de leis internacionais de proteção aos direitos humanos. Para a Ordem, o artigo 1º “foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de ampliar o âmbito da anistia criminal aos agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos da ditadura”.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> HOBBSAWM, Eric. *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 17.

<sup>7</sup> HOBBSAWM, Eric. *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 18.

<sup>8</sup> SUNSTEIN, Cass. The idea of a useable past. *Columbia Law Review*, v. 95, n. 3, 1995, p. 602-603.

<sup>9</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, petição inicial.

Ainda conforme o documento, a aprovação da Lei nº 6.683/79 ocorreu em meio a tentativas de “ocultação da verdade”, sendo seu contexto de aprovação questionável dada a carência de legitimidade democrática daqueles que a decretaram, eleitos por via indireta. A transição acordada é interrogada tendo-se em consideração “a ausência de participação de setores civis fundamentais, o que levou a uma abertura política marcada pela impunidade dos funcionários de Estado”.<sup>10</sup>

Os argumentos levantados pela OAB não convenceram os ministros do STF. Apenas os ministros Ayres Brito e Ricardo Lewandowski entenderam pela procedência parcial da ADPF. A maioria dos ministros votou com o relator Eros Grau, no sentido de que, em resumo, a anistia foi bilateral e que foi reafirmada pelo poder constituinte de 1988.

Grande parte dos argumentos utilizados pelos votos vencedores foi adiantada pelas manifestações da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União (AGU). Curiosamente, o posicionamento jurídico da AGU não foi feito de forma única e homogênea. Sustentando a impossibilidade da revisão da lei de anistia estavam a Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa e das Relações Exteriores, a Secretaria-Geral de Contencioso e a Consultoria-Geral da União. A posição contrária foi adotada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República.

Em geral, o argumento dos órgãos da AGU contrários à revisão da lei de anistia baseava-se em aspectos técnico-dogmáticos. Contudo, vale transcrever um argumento diferente – que se encontra na manifestação da Secretaria-Geral de Contencioso da AGU –, particularmente importante para o desenvolvimento do presente trabalho. Tal argumento encontra-se na base do entendimento vencedor do STF:

Feita a análise do instituto da anistia, resta perquirir-se em que termos foi concedida a anistia prevista na Lei nº 6.683/79. Para tanto, impende retomarmos o *contexto histórico* em que editada a norma em questão. O diploma legal surgiu da *negociação havida entre a sociedade civil e o regime militar*, que possibilitou, à época, a transição para o regime democrático. Dessa forma, assegurou-se, com a lei, que *ambos os lados* seriam beneficiados com a anistia, evitando-se, inclusive, qualquer espécie de revanchismo no novo governo. Ademais, como já demonstrado em sede de preliminar, *a anistia conferida por referido diploma foi ratificada pela Emenda Constitucional nº 26/85, ato do qual a própria Constituição de 1988 extrai sua legitimidade*<sup>11</sup>.

A linha de argumentação aberta pela AGU parece ter influenciado a posição da Procuradoria-Geral da República. No parecer apresentado ao processo da ADPF 153, o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, lê-se o seguinte:

A relevantíssima questão submetida ao Supremo Tribunal Federal, entretanto, não comporta exame dissociado do *contexto histórico* em que editada a norma objeto da arguição, absolutamente decisivo para a sua adequada interpretação (...). A anistia,

<sup>10</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, petição inicial.

<sup>11</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, manifestação da Secretaria-Geral de Contencioso da AGU.

no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a *participação de diversos setores da sociedade civil*, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual. *A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos*<sup>12</sup>.

Considerando o transcrito acima, é possível resumir as manifestações da AGU e da PGR nas seguintes premissas: *a) houve um acordo/compromisso realizado entre a sociedade civil e o regime militar para anistiar ambos os “lados”; b) esse acordo/compromisso possibilitou uma transição política “pacífica e harmônica” e condicionou o exercício do poder constituinte originário de 1987/1988, caracterizando-se como cláusula pétrea implícita.*

Após a identificação de alguns pontos da argumentação da AGU e da PGR, passa-se ao exame dos votos dos ministros, em especial daqueles que entenderam pelo indeferimento da ADPF. Para isso, escolheu-se o voto do relator, ministro Eros Grau, como guia para os argumentos vencedores relacionados aos usos do passado no discurso judicial, que é o objeto do presente artigo.

Para o relator, a petição da OAB compreendia duas linhas de argumentação. Na primeira, a OAB sustentava ser inválida “a conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar”, uma vez que ofenderia vários preceitos fundamentais inscritos na Constituição.<sup>13</sup> Já com relação à segunda, sustentou-se que “determinada interpretação do preceito vinculado pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79 é incompatível com a Constituição”. Essa interpretação inconstitucional seria a de que “a anistia estende-se aos crimes comuns, praticados por agentes públicos contra opositores políticos, durante o regime militar”.<sup>14</sup>

Para desconstruir a opinião da OAB, o ministro Eros Grau levantou, entre outros, uma linha de argumentação que faz uso da história como fator legitimador de sua interpretação. Segundo o relator, a posição da OAB entra em “testilhas com a História e com o tempo”, pois desqualifica “fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei nº 6.683/79”.<sup>15</sup> Para o ministro Eros Grau,

A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz a incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la

<sup>12</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, parecer do Procurador-Geral da República.

<sup>13</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Rel. Eros Grau.

<sup>14</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Rel. Eros Grau.

<sup>15</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Rel. Eros Grau.

senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la<sup>16</sup>.

Ao examinar o segundo argumento da OAB – o da interpretação conforme à Constituição –, o relator vai novamente abordar a questão da legitimidade do suposto acordo político que resultou no texto da Lei nº 6.683/79. Para o ministro Eros Grau, a expressão “crimes conexos a crimes políticos” deve ser compreendida de acordo com o contexto histórico da sanção da lei. Mas, que contexto histórico é esse? Para Grau, é o da “transição conciliada”. Esse quadro histórico, nas palavras de Grau, é que deve ser a chave de leitura para a interpretação, hoje, da Lei de Anistia e para o correto sentido do termo “crimes conexos”:

É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei nº 6.683/79. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. (...) A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida. (...) Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei nº 6.683 é como se não fosse, com se não houvesse sido<sup>17</sup>.

Ainda segundo Grau, essa transição “conciliada”, “suave em razão de certos compromissos”, promoveu a absolvição de todos, “uns absolvendo-se a si mesmos”.<sup>18</sup> Segundo o relator, afirmar o contrário é não conhecer a “História”.

Essa premissa relacionada à importância do “contexto histórico” e à eventual existência de um “pacto” entre sociedade civil e militares seduziu vários ministros. A ministra Carmen Lúcia defendeu que “a sociedade falou altissonante sobre o Projeto de lei, que se veio a converter na denominada lei de anistia” e que esta lei foi objeto de “amplo debate e de manifestações expressas e específicas das principais personalidades então atores do processo da chamada abertura”.<sup>19</sup> Igualmente, Celso de Mello entendeu que a anistia “se fez inequivocamente bilateral (e recíproca)” pelo “concurso efetivo e a participação ativa da sociedade civil e da oposição militante”.<sup>20</sup> A ministra Ellen Gracie chegou a falar em “história suficientemente documentada” para se referir à anistia como “reconciliação e perdão”.<sup>21</sup> Por sua vez, Gilmar Mendes defendeu que a anistia recíproca serviu de instrumento à constituição

<sup>16</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Rel. Eros Grau.

<sup>17</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Rel. Eros Grau.

<sup>18</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Rel. Eros Grau.

<sup>19</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto da Min. Carmen Lúcia.

<sup>20</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Celso de Mello.

<sup>21</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto da Min. Ellen Gracie.

“pactuada”, “apresentando-se como meio de superação da dicotomia amigo/inimigo”.<sup>22</sup> Cezar Peluso foi mais longe ao afirmar que a anistia representou um acordo decorrente da “concordia” do povo brasileiro.<sup>23</sup>

Ao examinar os votos dos ministros é possível notar que ocorreu certa confusão entre as lógicas que presidem as figuras do juiz e do historiador. A apropriação da “história” como fator legitimador de uma dada interpretação jurídica foi feita de forma acrítica, na medida em que se operou verdadeiro deslocamento de sentido no argumento histórico: a luta da sociedade civil pela anistia “ampla, geral e irrestrita” não possuiu o mesmo significado da *influência* dessa demanda social no resultado final da lei de anistia ou mesmo acerca da *aprovação* da anistia para os agentes estatais que praticaram graves violações de direitos humanos. Por outro lado, a mera existência de uma oposição restrita e limitada, atuando conforme as contingências da época, não pode ser traduzida historicamente como um abrangente acordo social.<sup>24</sup>

Essa naturalização do passado não é problematizada por nenhum dos ministros do STF. Se o contexto histórico é tão importante para o exame da ação e da legitimidade ou não da Lei da Anistia, por que não levá-lo a sério? Quais os riscos que se mostram, a partir dos usos do passado na ADPF 153, para o juiz e para o historiador? Qual o problema de uma leitura judicial da história?<sup>25</sup> Ou de uma judicialização do passado?

## 2 O JUIZ E O HISTORIADOR NA ENCRUZILHADA DA VERDADE

Julgar ou compreender? Eis o dilema aberto por Marc Bloch<sup>26</sup> ao escrever sobre o ofício do historiador e sobre uma questão debatida há muito tempo. Juízes e historiadores se relacionam por uma dupla convergência: a preocupação com a definição dos fatos – no sentido mais amplo do termo, incluindo tudo o que se inscreve na realidade – e a vinculação à noção de prova. Carlo Ginzburg afirma que, a essa dupla ligação, corresponde uma dupla divergência: “os juízes dão sentenças, os historiadores não; os juízes se ocupam apenas de

<sup>22</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Gilmar Mendes.

<sup>23</sup> BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF*. Relator: ministro Eros Grau, Pleno, Julgado em 29/04/2010, voto do Min. Cezar Peluso.

<sup>24</sup> ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. As mutações no conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista de Direito Brasileira*, outubro de 2012.

<sup>25</sup> Sobre o tema, ver RESTA, Giorgio; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. La storia “giuridificata”. In: *Ripare, Risarcire, Ricordare – Un dialogo tra storici e giuristi*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012; ROUSSO, Henry. Justice, History and Memory in France. Reflections on the Papon Trial. In: TORPEY, John (ed.). *Politics and the Past*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2003; EVANS, Richard J. History, memory and the law: the historian as expert witness. *History and Theory*, v. 41, outubro de 2002. Especificamente sobre o papel das narrativas históricas na argumentação constitucional das Cortes Constitucionais, ver RUIZ, Renata. *Constitutions, Courts and History. Historical narratives in constitutional adjudication*. Budapest; New York: CEU Press, 2005. No âmbito brasileiro, ver a discussão do tema em PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Às margens do caso Ellwanger: visão conspiracionista da história, ecos tardios do integralismo e judicialização do passado*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2013.

<sup>26</sup> BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 125-128.

eventos que implicam responsabilidades individuais, os historiadores não conhecem essa limitação”.<sup>27</sup>

Além de uma simples diferença de papéis sociais, tal distinção carrega importantes consequências políticas, éticas e epistemológicas.<sup>28</sup> Embora a abertura cognoscitiva e o objetivo do historiador sejam diferentes, talvez a descrição de algumas características do seu ofício ajude a iluminar alguns aspectos naturalizados pelo STF, já que “o conhecimento do passado não é exclusivo da história”.<sup>29</sup>

O ofício do historiador não foi sempre o mesmo. Ao contrário do historiador antigo, os modernos propõem uma prática que, após a interpretação dos fatos, exponha os meios para que os leitores possam verificar as informações e, caso seja necessário, formular uma nova interpretação. Segundo Veyne, o hábito de citar as suas autoridades, “não foi uma invenção dos historiadores, antes provém das controvérsias teológicas e da prática jurídica, em que se alegava a Escritura, as Pandectas e as provas do processo”.<sup>30</sup> Portanto, na prática historiográfica, a preocupação com os fatos é semelhante à da administração da prova e é indissociável da referência.<sup>31</sup>

Por outro lado, o que a história busca demonstrar com o conhecimento do passado não acaba nunca em uma verdade absoluta. As *verdades* na prática historiográfica são sempre relativas e parciais por duas razões fundamentais: “por um lado, os objetos da história são considerados sempre em contextos; assim ao apresentar seu objeto, o historiador refere-se sempre a tais contextos”.<sup>32</sup> Por outro lado, os objetos da história são “construídos sempre a partir de um ponto de vista que é, em si mesmo, histórico”.<sup>33</sup> Ao contrário de uma objetividade, conveniente falar de distanciamento e imparcialidade.<sup>34</sup> A comparação, mais uma vez, entre juiz e historiador é esclarecedora:

<sup>27</sup> GINZBURG, Carlo. *Relações de força: história, retórica, prova*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 62.

<sup>28</sup> Alguns textos fundamentais nessa discussão são: CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1939 (v. II); CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1964; GINZBURG, Carlo. Checking the evidence: the judge and the historian. *Critical Inquiry*, v. 18, n. 01, 1991; GINZBURG, Carlo. *Il giudice e lo storico: considerazioni in margine al processo Sofri*. Milão: Feltrinelli, 2006.

<sup>29</sup> PROUST, Antoine. *Doze lições sobre a história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 67.

<sup>30</sup> Segundo Veyne, antes da publicação, em 1560, de *Investigações sobre a França*, Pasquier “fizera circular o manuscrito entre os amigos; a censura que estes mais frequentemente lhe fizeram dizia respeito ao seu hábito de indicar, amiúde, as referências das fontes que citava; esse procedimento, observaram-lhe, fazia lembrar demasiado “a sombra das escolas” e não convinha a uma obra de história” (*Acreditaram os gregos em seus mitos?* Lisboa: Edições 70, 1987, p. 18-24).

<sup>31</sup> PROUST, Antoine. *Doze lições sobre a história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 55. De acordo com Marc Bloch (*Apologia da história ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 94), “fora dos livros jogos da fantasia, uma afirmação não tem o direito de ser produzida senão sob a condição de poder ser verificada; e cabe ao historiador, no caso de usar um documento, indicar, o mais brevemente, sua proveniência, ou seja, o meio de encontrá-lo equivale, sem mais, a se submeter a uma regra universal de probidade”.

<sup>32</sup> PROUST, Antoine. *Doze lições sobre a história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 55.

<sup>33</sup> PROUST, Antoine. *Doze lições sobre a história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 55. Para Ginzburg (*O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 315-316), “a este ponto a divergência entre a ótica do juiz e a ótica do historiador aparece com clareza. Para o primeiro, a margem de incerteza tem um significado puramente negativo e pode desembocar num *non liquet* – em termos modernos, numa absolvição por falta de provas. Para o segundo, ela deflagra um aprofundamento da investigação, que liga o caso específico ao contexto, entendido aqui como lugar de possibilidades historicamente determinadas”.

<sup>34</sup> PROUST, Antoine. *Doze lições sobre a história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 55.

O juiz não pode ser totalmente objetivo: na sua apreciação sobre um crime passional, verifica-se a interferência inevitável de seus sentimentos pessoais. No entanto, o procedimento é contraditório: os pontos de vista da acusação e da defesa são defendidos em pé de igualdade; além disso, para os cronistas, o juiz é imparcial quando utiliza o mesmo peso para as duas partes, formula questões sem opiniões preconcebidas e se limita aos fatos. Assim, deveria ser o procedimento do historiador para evitar as perspectivas unilaterais. A imparcialidade (em vez de objetividade) do historiador resulta de uma dupla atitude, moral e intelectual. Em primeiro lugar, moral: (...) o historiador tem necessidade de levar em consideração a posição de todos os atores, mostrar honestidade intelectual, deixar de lado suas próprias opiniões e impedir a manifestação de suas paixões<sup>35</sup>.

Para Ricoeur<sup>36</sup>, os papéis respectivos do historiador e do juiz, “designados por sua intenção de verdade e de justiça, os convidam a ocupar a posição de terceiro em relação aos lugares ocupados no espaço público pelos protagonistas da ação social”. Tal posição requer, assim, um dever de imparcialidade. E como, e até que ponto, o historiador e o juiz cumprem essa exigência moral e epistêmica?

No âmbito judicial, os fatos são representados no presente sob o horizonte do efeito social futuro da sentença que decidirá o caso. Para Ricoeur<sup>37</sup>, a relação com o tempo é aqui particularmente notável, pois a representação no presente consiste numa encenação, numa teatralização. Essa cena do processo presta-se a uma comparação com a investigação historiográfica de duas ordens: na fase deliberativa, o processo consiste numa cerimônia de linguagem que põe em jogo uma pluralidade de protagonistas e numa confrontação de argumentos em que as partes opostas têm acesso igual à palavra; na fase de julgamento, a sentença marca a diferença central, pois a coisa julgada pode ser contestada pela opinião pública, mas não julgada novamente.

O texto histórico, assim, não pode ter o mesmo propósito imediato e prático que o discurso no tribunal. Mesmo que o modo de demonstração seja semelhante – citação das fontes – o objetivo não é uma absolvição ou uma condenação, mas sim um texto histórico autorizado. No caso do historiador, o “julgamento” final fica suspenso indefinidamente.<sup>38</sup> O que põe em relevo a questão do erro, seja na perspectiva histórica, seja na perspectiva judicial. Carlo Ginzburg<sup>39</sup>, ao examinar as consequências epistemológicas e políticas do apagamento da distinção entre juiz e historiador, põe o seguinte argumento como eixo central das suas investigações:

Errar, sabe-se, é humano. Mas, para um juiz, como para qualquer um que esteja envolvido profissionalmente na busca da verdade, o erro não é somente um risco: é

<sup>35</sup> PROUST, Antoine. *Doze lições sobre a história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 55.

<sup>36</sup> RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Ed. Unicamp, 2008, p. 30.

<sup>37</sup> RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Ed. Unicamp, 2008, p. 335.

<sup>38</sup> BANN, Stephan. *As invenções da história: ensaios sobre a representação do passado*. São Paulo: Unesp, 1994, p. 37. Em sentido semelhante, Marcello Flores (Confrotare le atrocità: il ruolo dello storico. In: \_\_\_\_\_ (org.) *Storia, verità, giustizia: i crimini del XX secolo*. Milano: Bruno Mondadori, 2001, p. 380) afirma que “a história, ao contrário da justiça, não possui vestais reconhecidas que coloquem um ponto final (a verdade jurídica) às questões em discussão; a história é necessariamente objeto de uma revisão contínua e seu cânone é, certamente, mais ambíguo do que o da justiça (...)”.

<sup>39</sup> *Il giudice e lo storico: considerazioni in margine al processo Sofri*. Milão: Feltrinelli, 2006, p. 93-94.

uma dimensão na qual se está continuamente imerso. O conhecimento humano não é apenas intrinsecamente falível: progride por meio do erro, tentando, errando, autocorrigindo-se. Erro e verdade se implicam reciprocamente, como sombra e luz. Ora, nem todos os erros têm as mesmas consequências. Existem erros catastróficos, erros inócuos, erros fecundos. Mas em âmbito judicial, esta última possibilidade não subsiste. O erro judicial, mesmo quando é revogável, traduz-se sempre em uma perda fatal para a justiça.

É justamente a possibilidade e a abertura para a reescrita que marca a diferença entre o “julgamento” histórico e o julgamento judicial. O que faz aparecer novamente a figura do terceiro imparcial, agora sob o nome de *cidadão*. Segundo Ricouer<sup>40</sup>, “apenas a convicção do cidadão justifica, em última instância, a equidade do procedimento penal no recinto do tribunal e a honestidade intelectual do historiador nos arquivos”.

Desse modo, o encontro entre história e direito em julgamentos – como o da ADPF 153 – pode, às vezes, violentar a lógica de funcionamento destas duas disciplinas. Para Richard Evans, *conhecer* tem sentido e propósito distintos para historiadores e juízes. Todavia, para além destes, “as duas formas de abordagem ao conhecimento poderiam, também, encontrar-se vinculadas e instrumentalizadas por imperativos políticos ditados de fora quando eles se envolvem em tais processos judiciais”.<sup>41</sup> Qual seriam, então, as consequências para o significado da Constituição de 1988 desse apagamento da lógica do juiz e do historiador?

## ■ NOTAS CONCLUSIVAS: HISTÓRIA, MEMÓRIA E CONSTITUIÇÃO

A análise do julgamento da ADPF 153 revela-nos que o passado foi apropriado e julgado a partir de três premissas: a) a compreensão homogênea e a-histórica do processo de transição política; b) a compreensão da anistia como estratégia de esquecimento, de impunidade e de “cordialidade” do povo brasileiro; c) a desqualificação do significado de ruptura da Constituição de 1988.

O que estava em jogo na ADPF 153, em uma camada semântica mais profunda do que a punição criminal dos torturadores, era a (re)escrita da história. O que fica muito claro no julgamento é a assunção da premissa de que “as coisas foram assim”; de que a sociedade civil teve ampla participação na luta por uma “transição pacífica e harmônica”, inclusive na própria defesa da “bilateralidade” da anistia. A leitura dos votos dos ministros que adotaram a versão conciliatória da anistia comprova que não foi citado nenhum historiador ou mesmo fontes primárias que fornecessem base para tal compreensão. Ao contrário da interpretação adotada pelo STF, a documentação produzida à época pela sociedade civil e a historiografia sobre o tema apontam para outra direção<sup>42</sup>: o contexto histórico, devidamente observado,

<sup>40</sup> RICOUER, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Ed. Unicamp, 2008, p. 347.

<sup>41</sup> EVANS, Richard J. History, memory and the law: the historian as expert witness. *History and Theory*, v. 41, outubro de 2002, p. 335.

<sup>42</sup> Ao contrário, a ampla literatura existente sobre o tema problematiza a questão, indicando que a luta do movimento pela anistia estava baseada numa linguagem de direitos humanos e defendia uma medida “ampla, geral e irrestrita” para os opositores e perseguidos pela ditadura militar. Ver, nesse sentido, GRECO, Heloísa Amélia. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*. Departamento de História. Tese (doutorado). Belo

mostra a luta por uma anistia como *liberdade*, como reconhecimento de direitos violados e da possibilidade da crítica política.<sup>43</sup>

A verdade histórica construída pelo STF foi feita a partir de um exercício de memória – de uma determinada memória –, sem a devida contextualização e sem base em fontes. Assim como os antigos, a história se fez, aqui, como tradição, como vulgata, pois se explicita como uma narrativa que “faz autoridade”.<sup>44</sup> Relativamente à natureza conflituosa da memória, registre-se que essa característica por si só não é um problema, como atestam as pesquisas que se dedicam ao tema.<sup>45</sup> O problema é quando se judicializa um determinado tipo de memória que, acima de tudo, tem implicações profundas para a própria compreensão da nossa atual Constituição.

Pode-se afirmar que a ADPF 153, a partir da visão da maioria dos ministros do STF, acabou servindo como mais uma etapa de consolidação de uma *estratégia do esquecimento* iniciada na ditadura militar.<sup>46</sup> Os sentidos de anistia que circularam nos votos dos integrantes do STF foram os de *anistia-amnésia*<sup>47</sup> ou anistia como “perdão”.<sup>48</sup>

---

Horizonte, UFMG, 2003; RODEGHERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. *Anistia ampla, geral e irrestrita: história de uma luta inconclusa*. Florianópolis: Edunisc, 2011; RODEGHERO, Carla Simone. Pela “pacificação da família brasileira”: uma breve comparação entre as anistias de 1945 e de 1979. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 34, nº 67, p. 67-88, 2014; DEL PORTO, Fabíola Brigante. A luta pela anistia no regime militar brasileiro e a construção dos direitos de cidadania. In: SILVA, Haike R. Kleber. *A luta pela anistia*. São Paulo: Ed. UNESP/APESP/Imprensa Oficial do Estado de SP, 2009; Relativamente às publicações da época, ver MARTINS, Roberto Ribeiro. *Liberdade para os brasileiros: anistia ontem e hoje*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978; ZERBINE, Therezinha Godoy. *Anistia: semente da liberdade*. São Paulo, 1979.

<sup>43</sup> Do ponto de vista da história constitucional, ver PAIXÃO, Cristiano. The protection of rights in the Brazilian transition: amnesty law, violations of human rights and constitutional form. *Forum historiae iuris*, Max Planck Institute for European Legal History, 2014; PAIXÃO, Cristiano. Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile. *Giornale di Storia Costituzionale*, v. 30, 2015.

<sup>44</sup> VEYNE, Paul. *Acreditaram os gregos em seus mitos?* Lisboa: Edições 70, 1987, p. 20.

<sup>45</sup> PASSERINI, Luisa. Memories between silence and oblivion. In HODGKIN, K; RADSTONE, S. (org.). *Contested pasts: the politics of memory*. NY: 2003; OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005.

<sup>46</sup> GRECO, Heloísa Amélia. Anistia anamnese vs. Anistia amnésia: a dimensão trágica da luta pela anistia. In: SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009, p. 528.

<sup>47</sup> GRECO, Heloísa Amélia. Anistia anamnese vs. Anistia amnésia: a dimensão trágica da luta pela anistia. In: SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009, p. 529). Para uma crítica semelhante ao discurso de esquecimento vinculado à anistia de 1979, ver SCHINKE, Vanessa Dorneles. *Anistia política no Brasil: os indícios e as deturpações do discurso do esquecimento à luz da teoria discursiva do direito e da democracia*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de direito da Universidade de Brasília, 2009.

<sup>48</sup> SELIGMANN-SILVA, Márcio. Anistia e (in)justiça no Brasil: o dever de justiça e a impunidade. In: SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009. Ainda conforme Márcio Seligmann-Silva, “no Brasil, a anistia chegou apenas em 1979, organizada pelos responsáveis pela ditadura civil-militar. Sua intenção naquele momento, no entanto, não era a de realizar a justiça (...). Antes, os donos do poder pretenderam (...) decretar, de antemão, a sua própria impunidade. Essa anistia foi costurada não como justiça – trabalho de restituição do mal realizado, pagamento de uma dívida para com os perseguidos e violentados pelos órgãos de repressão do Estado que se voltaram contra a população que deveria proteger – mas, antes, ela foi decretada como suspensão de toda futura tentativa de concretizar a justiça” (Anistia e (in)justiça no Brasil: o dever de justiça e a impunidade. In: SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009, p. 542).

Afirmações do tipo “toda gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu” ou que “a sociedade aprovou a anistia bilateral” apenas servem para desconstruir o sentido da luta da sociedade naquele momento que passou, consolidando, assim, uma memória que satisfaz a ditadura militar. Por outro lado, ajuda a corroer o papel e a postura do judiciário perante aquele contexto de exceção.<sup>49</sup>

As consequências trágicas não param por aí. Elas atingem não só uma determinada compreensão do nosso passado político, da natureza de um verdadeiro regime de exceção e do processo de lutas sociais em prol da anistia política, mas possui efeitos nefastos sobre a forma como se compreende a Constituição de 1988, ou mais especificamente, o que ela representou (e representa) para a sociedade brasileira.

A interpretação proposta pelo STF acaba por desqualificar a legitimidade do regime constitucional vigente, por não reconhecer o caráter de ruptura que representa a Constituição de 1988 em face do regime anterior.<sup>50</sup> Afirmar, como fez o STF, que a anistia concedida aos agentes estatais que praticaram violações de direitos humanos integra, como norma fundadora, o atual ordenamento constitucional, é desqualificar esse caráter de originalidade. Afinal, o que significa uma constituição? O que ela constitui? Qual a memória de uma Constituição Democrática? Qual a sua relação com um passado de exceção? E qual deve ser a postura do judiciário diante dessa memória? Para ajudar a responder tais questões, é importante registrar a advertência que faz Andràs Sajó<sup>51</sup>, ao lembrar que a memória do constitucionalismo não deixa de ser, paradoxalmente, a memória do arbítrio:

Reconhecemos o constitucionalismo, ou melhor, a sua violação, principalmente pela experiência. Nós aprendemos com a experiência que a ausência de determinadas condições e práticas, depois de um tempo ou em grandes dificuldades, leva à restrição da liberdade e à opressão. (...) O constitucionalismo é um depósito de experiências, de governos mal sucedidos e despóticos inclusive, mas não é uma coleção de receitas. (...) Ideias constitucionais e constitucionalismo, em todos os tempos, referem-se a abusos de poder porque eles existem na memória coletiva. O texto constitucional, quando existe, pode nos ajudar a reconhecer esses abusos.

<sup>49</sup> CATTONI, Marcelo; MEYER, Emílio Peluso Neder. Anistia, história constitucional e direitos humanos: o Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamun, 2011.

<sup>50</sup> PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Firenze, vol. 43, p. 415-458, 2014; CATTONI, Marcelo. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamun, 2011; BARBOSA, Leonardo. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Sobre o processo de convocação da constituinte de 1987/1988 e o seu significado, ver PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

<sup>51</sup> SAJÓ, Andràs. *Limiting government: an introduction to constitutionalism*. Budapest/New York: Central European University Press, 1999.

No caso do Brasil, não parece haver dúvidas quanto à posição do texto constitucional relativamente ao arbítrio estatal anterior.<sup>52</sup> Desse modo, a anistia exigida pelos perseguidos políticos e pelos seus familiares deve ser compreendida, não só como justiça, mas também como o reconhecimento estatal da brutalidade e da arbitrariedade do regime político instaurado a partir de 1964. Ao contrário de adotar o discurso do *esquecimento* e da *pacificação*, devemos lutar pela desconstrução de uma possível “coisa julgada histórica” instituída pelo julgamento da ADPF 153. Cumpre, então, realizar a necessária (re)discussão, o enfretamento direto e crítico, da plausibilidade dessa decisão, tentando desconstruir a interpretação histórica adotada pelo STF em relação ao nosso próprio passado e ao significado da Constituição de 1988.<sup>53</sup>

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. As mutações no conceito de anistia na justiça de transição brasileira. *Revista de Direito Brasileira*, outubro de 2012.

BANN, Stephan. *As invenções da história: ensaios sobre a representação do passado*. São Paulo: Unesp, 1994.

BARBOSA, Leonardo. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

BENVINDO, Juliano, ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Juiz e historiador, direito e história: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. *Novos Estudos Jurídicos (online)*, v. 17, n. 2, maio-agosto, 2012.

---

<sup>52</sup> Especificamente quanto à anistia, é patente a mudança da linguagem da Constituição de 1988 em relação à Lei n. 6.683/1979. Veja, por exemplo, o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos”.

<sup>53</sup> Registre-se que a ADPF 153 ainda não transitou em julgado, pois a OAB opôs embargos de declaração da decisão do STF. Cumpre lembrar, também, o ajuizamento da ADPF 320 pelo PSOL em maio de 2014. Pede-se, na referida ação, que o STF “declare que a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, de modo geral, não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que tal lei não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979”. Requer-se, igualmente, que o STF “determine a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze (12) pontos decisórios constantes da conclusão da referida sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Gomes Lund e outros v. Brasil”. Diversamente da ADPF 153, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, se manifestou favoravelmente ao pedido, de modo a excluir do âmbito da anistia de 1979, os agentes do estado que praticaram graves violações de direitos humanos. Vê-se, portanto, que a questão encontra-se em aberto.

BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1939 (v. II).

CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1964.

CATTONI, Marcelo. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamun, 2011.

CATTONI, Marcelo; MEYER, Emílio Peluso Neder. Anistia, história constitucional e direitos humanos: o Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamun, 2011.

D’ARAUJO, Maria Celina. O estável poder de veto Forças Armadas sobre o tema da anistia política no Brasil. *Vária História*, Belo Horizonte, v. 28, nº 48, jul/dez de 2012.

DEL PORTO, Fabíola Brigante. A luta pela anistia no regime militar brasileiro e a construção dos direitos de cidadania. In: SILVA, Haíke R. Kleber. *A luta pela anistia*. São Paulo: Ed. UNESP/APESP/Imprensa Oficial do Estado de SP, 2009.

EVANS, Richard J. History, memory and the law: the historian as expert witness. *History and Theory*, v. 41, outubro de 2002.

FLORES, Marcello. Confrontare le atrocità: il ruolo dello storico. In: \_\_\_\_\_ (org.) *Storia, verità, giustizia: i crimini del XX secolo*. Milano: Bruno Mondadori, 2001.

GINZBURG, Carlo. Checking the evidence: the judge and the historian. *Critical Inquiry*, v. 18, n. 01, 1991.

\_\_\_\_\_. *Relações de força: história, retórica, prova*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

\_\_\_\_\_. *Il giudice e lo storico: considerazioni in margine al processo Sofri*. Milão: Feltrinelli, 2006.

\_\_\_\_\_. *O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GRECO, Heloísa Amélia. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*. Departamento de História. Tese (doutorado). Belo Horizonte, UFMG, 2003.

\_\_\_\_\_. Anistia anamnese vs. Anistia amnésia: a dimensão trágica da luta pela anistia. In: SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009.

HOBBSAWM, Eric. *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARTINS, Roberto Ribeiro. *Liberdade para os brasileiros: anistia ontem e hoje*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Firenze, vol. 43, p. 415-458, 2014.

\_\_\_\_\_. The protection of rights in the Brazilian transition: amnesty law, violations of human rights and constitutional form. *Forum Historiae Iuris*, Max Planck Institute for European Legal History, 2014.

\_\_\_\_\_. Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile. *Giornale di Storia Costituzionale*, v. 30, 2015.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

PASSERINI, Luisa. Memories between silence and oblivion. In HODGKIN, K; RADSTONE, S. (org.). *Contested pasts: the politics of memory*. NY: 2003.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Às margens do caso Ellwanger: visão conspiracionista da história, ecos tardios do integralismo e judicialização do passado*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2013.

PROUST, Antoine. *Doze lições sobre a história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.

RESTA, Giorgio; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. La storia “giuridificata”. In: *Riparare, Risarcire, Ricordare – Un dialogo tra storici e giuristi*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

RICOUER, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Ed. Unicamp, 2008.

RODEGHERO, Carla Simone. Pela “pacificação da família brasileira”: uma breve comparação entre as anistias de 1945 e de 1979. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 34, nº 67, p. 67-88, 2014.

RODEGHERO, Carla Simone; DIENSTMANN, Gabriel; TRINDADE, Tatiana. *Anistia ampla, geral e irrestrita: história de uma luta inconclusa*. Florianópolis: Edunisc, 2011.

ROUSSO, Henry. Justice, History and Memory in France. Reflections on the Papon Trial. In: TORPEY, John (ed.). *Politics and the Past*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

RUIZ, Renata. *Constitutions, Courts and History. Historical narratives in constitutional adjudication*. Budapest; New York: CEU Press, 2005.

SAJÓ, András. *Limiting government: an introduction to constitutionalism*. Budapest/New York: Central European University Press, 1999.

SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009.

- SCHINKE, Vanessa Dorneles. *Anistia política no Brasil: os indícios e as deturpações do discurso do esquecimento à luz da teoria discursiva do direito e da democracia*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de direito da Universidade de Brasília, 2009.
- SELIGMANN-SILVA, Márcio. Anistia e (in)justiça no Brasil: o dever de justiça e a impunidade. In: SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. Volume II. São Paulo: Hucitec, 2009.
- SILVA, Haike R. Kleber da. (Org.) *A luta pela anistia*. São Paulo: Editora Unesp: Arquivo Público do Estado de São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia. In: PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (org.). *Justiça de transição: análises comparadas Brasil-Alemanha*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015.
- SUNSTEIN, Cass. The idea of a useable past. *Columbia Law Review*, v. 95, n. 3, 1995.
- VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 4, julho/dezembro, 2010.
- VEYNE, Paul. *Acreditaram os gregos em seus mitos?* Lisboa: Edições 70, 1987.
- ZERBINE, Therezinha Godoy. *Anistia: semente da liberdade*. São Paulo, 1979.



## IMPARCIALIDADE JUDICIAL À BRASILEIRA? BRAZILIAN JUDICIAL IMPARTIALITY?

ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN DE CARVALHO\*

### RESUMO

No Brasil, a formação da autoimagem da magistratura tem sido em grande parte constituída em torno do grau de autonomia do Judiciário, articulada como reação à interferência dos demais poderes. Tais reações estão presentes inclusive quando o recurso à independência dos juizes sirva a usos políticos que conspiram contra a efetiva autonomia do direito. Visto como órgão da estrutura de poder aliado à "governabilidade" na cúpula, e gestor burocrático de demandas de massa na base, a independência de juizes e tribunais pouco tem representado para a afirmação do sentido de liberdade. O déficit de transparência, as interferências governamentais e a organização corporativa da magistratura potencializam o risco da conversão do Judiciário em instrumento aristocrático da proteção de redes organizadas por elites políticas e econômicas interessadas na ampliação de seus privilégios. Por sua vez, a estabilização do alto grau de exclusão, refletido na autocompreensão das instituições judiciais, contribui para a percepção de um Judiciário que se adapta defensivamente às demandas dos grupos de pressão. Isso não implica, porém, afirmar a descrição caricatural de uma imparcialidade à brasileira. Tal perspectiva não descarta, antes reforça, o interesse numa descrição adequadamente complexa da administração de justiça no discurso constitucional.

**Palavras-chave:** imparcialidade; independência; magistratura.

### ABSTRACT

The formation of the self-image of the judiciary has been largely constituted around the degree of autonomy of the Judiciary in Brazil. In spite of judicial independence has been articulated as a reaction to the interference of the other power spheres, the independence of judges sometimes has served to conspire against the effective autonomy of law. The Judiciary has been seen as an organ of the power structure allied with "governance" at the summit and bureaucratic manager of mass demands at the base. Thus, the independence of judges and courts has not contributed to the affirmation of citizens' rights as expected. The deficit of transparency, government interference and the corporate organization of the judiciary increase the risk of converting the Judiciary into an aristocratic instrument of the network protection organized by political and economic elites interested in expanding their privileges. On the other hand, the stabilization of the high degree of exclusion contributes to the perception of a Judiciary that adapts defensively to the demands of pressure groups. This does not imply, however, to affirm the caricature's description of a Brazilian impartiality. Such a perspective reinforces the interest in an adequately complex description of the administration of justice in constitutional discourse.

**Keywords:** impartiality; autonomy; judiciary.

\* Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).  
Membro do Grupo de Pesquisa "Política e Direito" (UnB). Procurador Federal.  
[douglas.zaidan@gmail.com](mailto:douglas.zaidan@gmail.com)

Recebido em 14-12-2017 | Aprovado em 5-1-2018



## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO; 1 PERSONALISMO E CULTURALISMO NA NARRATIVA DA ‘SINGULARIDADE’ BRASILEIRA; 2 DESIGUALDADE ESTRUTURAL E IMPARCIALIDADE JUDICIAL SELETIVA NO BRASIL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

#### ■ INTRODUÇÃO

A narrativa sociológica tradicional acerca da formação das relações sociais no Brasil exerce uma influência silenciosa e eficiente sobre o modo de funcionamento das instituições no país. A descrição de uma sociabilidade constituída a partir da herança colonial refletida no amálgama entre a mestiçagem representante da nossa *identidade cultural* e a estrutura hierarquizada de *dominação patriarcal* alcançou um alto grau de estabilização nas ciências sociais por quase todo o século XX. A cristalização desse modelo explicativo das relações entre sociedade e Estado, no entanto, tem passado por uma profunda revisão que se intensificou no final dos anos 1990, mas cujo potencial para a compreensão da atuação do Poder Judiciário permanece inexplorado.

O ideal de imparcialidade dos juízes e tribunais alcança diferentes significações como prática discursiva a partir das relações sociais subjacentes. A partir do complexo espectro em que foi construída a imagem da autoridade judiciária no Brasil, alguns fatores merecem destaque para ilustrar como uma autocompreensão distintiva de magistrados se choca com o papel institucional que lhes foi destinado pela Constituição. Assim, aproximar-se das leituras das ciências sociais sobre como a sociedade no Brasil se vê, e de que modo essa auto-observação se articula com as práticas adotadas pelo Poder Judiciário pode dizer muito sobre o comportamento judicial e o seu efetivo compromisso de atuação imparcial.

Essa perspectiva tem como efeito alertar para o equívoco sociológico em compreender a Constituição e a atividade das instituições judiciais como frutos de uma espécie de singularidade cultural derivada da “brasilidade” autêntica, descritas por parte da tradição sociológica nacional. Para Souza<sup>1</sup>, o mito da “brasilidade” teria sua fundação na construção freyriana de *Casa-grande & senzala*, engajada no esforço da afirmação ambígua de uma “identidade nacional” autocomplacente e autoindulgente, manifestada pela cordialidade, simpatia e calor humano. Em que pese tal construção ter sido fundada no culturalismo pseudocientífico colonizado que oculta o racismo, ela se tornou a principal corrente explicativa das percepções dos brasileiros sobre si. Por sua vez, a ideologia dessa singularidade nacional ganhou vigor e dimensão institucional a partir dos conceitos de “homem cordial” e “patrimonialismo”, de Sérgio Buarque de Holanda<sup>2</sup>. Uma apropriação que reforçou o senso com um culturalista conservador que neutraliza a autocrítica e o conflito como ações produtivas no debate político e intelectual do país.

<sup>1</sup>Souza, Jessé (2000). *A Modernização Seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, p. 29ss.

<sup>2</sup>Holanda, Sérgio Buarque (1996). *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 139ss.

Por outro lado, observar como algumas categorias do pensamento social foram incorporadas nos discursos que entrelaçam o direito e a política no Brasil sugere hipóteses factíveis para descrever a organização judiciária no país e compreender o exercício imparcial de sua função. A formação do pensamento constitucional no Brasil guarda complexidades próprias que se inscrevem num campo aberto de possibilidades de pesquisa e demandam descrição cuidadosa. Se desde o último quarto do século passado a produção acadêmica das ciências sociais no país parece progressivamente desvincular-se de uma autocompreensão subalterna<sup>3</sup> ou subproduto intelectual do centro, a atenção ao tempo e espaço próprios à historicidade das ideias que ajudaram a formatar o desenho das nossas instituições judiciais precisa, de fato, ser levada a sério. E esta tarefa envolve não só o emprego de métodos adequados à análise das fontes das quais emergem aquelas ideias, mas a autoavaliação crítica sobre a possível instrumentalização da descrição do passado a serviço de ideologias.

Reconhecer a importância dessa crítica implica observar a tarefa do Judiciário sob dois prismas. O primeiro considera a *semântica* de sua autodescrição enquanto poder autônomo que se legitima em defesa dos direitos fundamentais e do rompimento com o passado autoritário. E o segundo toma em conta os elementos da *estrutura* dos interesses mobilizados no seu funcionamento e a série de limitações que eles impõem à afirmação autônoma do direito no contexto de desigualdades e exclusão no país. A articulação entre ambas perspectivas reduz o risco da sobreposição de uma visão normativa entusiasmada sobre o papel dos juízes como “guardiões” de uma constituição democrática numa sociedade ainda incivilizada, e contribui para uma descrição mais próxima da posição da magistratura e meio à constelação de interesses dos grupos de pressão organizados no país.

## 1 PERSONALISMO E CULTURALISMO NA NARRATIVA DA ‘SINGULARIDADE’ BRASILEIRA

Assim como em outras áreas das ciências sociais no Brasil, também as narrativas sobre o papel do Judiciário como poder são permeadas pela extensão de pressupostos não adequadamente refletidos. Exemplo disso é o que Jessé Souza chamou de culturalismo atávico, cujo foco demasiado no *personalismo* como elemento, por excelência, constitutivo da experiência brasileira, subestima o fato de que os indivíduos não optam livremente pelas características sociais e naturais que condicionam sua vida e comportamento. A crítica ao que Souza denominou de nossa “sociologia da inautenticidade”, é tomada como esforço de afastar a explicação da modernização brasileira como uma dinâmica de fora para dentro, cuja *seletividade* reproduziria uma antinomia valorativa dos indivíduos entre europeus/burgueses

---

<sup>3</sup>O termo “inserção subalterna” é utilizado em Lynch, Christian(2013). “Por Que *Pensamento* e Não *Teoria*? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970)” *In: Dados*—Revista de Ciências Sociais. v. 56, n. 4. Rio de Janeiro, pp. 727-767, ao analisar os fatores subjacentes ao uso distinto entre “teoria política” e “pensamento político” como referências terminológicas dirigidas à produção intelectual no capitalismo central e periférico, especificamente no Brasil, respectivamente. Também Brandão, Gildo Marçal (2005). “Linhagens do Pensamento Político Brasileiro” *In: Dados* Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. v. 48, n. 2, pp. 231-269, critica a tendência de agregar linhas evolutivas, famílias intelectuais e formas de pensar díspares e contextuais sob um mesmo viés explicativo de intérpretes da sociedade no Brasil. Brandão opta pela descrição das descontinuidades fragmentadas, mas também das persistentes semelhanças, entre autores clássicos da história intelectual nas ciências sociais e sua repercussão política.

*versus* anti-europeus/interioranos<sup>4</sup>, segundo posições assumidas no processo de urbanização do país.

É a partir da narrativa que atribui os problemas brasileiros ao personalismo e ao patrimonialismo a-histórico, em contraponto à idealização hipostasiada do desenvolvimento norte-americano como exemplo da ideologia liberal clássica, que Souza problematiza a noção de modernidade nos chamados intérpretes do Brasil. Embora ele também não negue a importância das relações pessoais na solução informal de conflitos como uma espécie de “gramática dual”, que separa indivíduo e pessoa no Brasil, a crítica se dirige ao déficit explicativo das categorias de *iberismo pré-moderno* e do *personalismo*, enquanto traços comuns do pensamento de Sérgio Buarque, Faoro e DaMatta. Registrando que foi na noção de *jeitinho brasileiro* deste último que a versão do culturalismo conservador alcançou maior repercussão e ares naturalizados na visão hegemônica do mercado e da sociedade civil organizada, inclusive membros do Judiciário<sup>5</sup>.

Focado nas particularidades da formação cultural brasileira, Roberto DaMatta reuniu traços antropológicos para justificar que entre nós, diferentemente do que ocorreu com os países que experimentaram a revolução individualista e puritana predecessora da afirmação do capitalismo, existiria uma “ética dúplice” em termos weberianos. Ou seja, de que no Brasil as noções de *espaço* e *temporalidade* seguem uma dualidade específica intermediada pelo mundo das “relações”. A *rua* seria o espaço impessoal das leis universais e eternas. A *casa*, o lugar dos laços afetivos onde se misturam sangue, idade, sexo e hospitalidade. Ou seja, o local do *personalismo* visto como “humano e solidário”. E o *outro mundo* sintetizaria os outros dois espaços sublimando os conflitos e contradições, sob a ideia de renúncia do ‘mundo real’, ao estabelecer um *triângulo ritual*<sup>6</sup>, que explicaria a sociedade no Brasil.

A *casa* e a *rua* no modelo de explicação da sociabilidade brasileira de Roberto DaMatta seriam espaços delimitados que diferenciam um grupo social onde a marca seria a dos privilégios, caracterizados pelo gozo de direitos sem deveres (universo da casa), e outro onde a ausência de direitos está associada ao espaço de interação social (mundo da rua). Enquanto a casa é o espaço que representa os laços de ideia de amor, carinho e afetividade, a rua, nas palavras do autor é a “[t]erra que pertence ao ‘governo’ ou ao ‘povo’ e que está sempre repleta de fluidez e movimento. A rua é um local perigoso”<sup>7</sup>.

Opondo-se ao “provincianismo empírico” da explicação damattiana, Marcelo Neves também demonstra severas restrições às interpretações da antropologia dos problemas brasileiros baseadas na cultura nacional ou da manifestação de uma *brasilidade*, frequentemente invocada em sentido negativo em contraposição à *modernidade* europeia.

<sup>4</sup>Op. cit., p. 235.

<sup>5</sup>A título de exemplo, o senso comum refletido em texto da lecture proferida pelo ministro do STF, Luís Roberto Barroso (2017), em que um breve resumo da formação do Brasil colonial, deslocado da historicidade própria dos eventos mencionados, serve de articulação no uso da categoria damattiana de *jeitinho brasileiro*, para justificar uma série de afirmações sobre ética, corrupção, desigualdade e outros problemas estruturais do país, sem qualquer indicação metodológica ou apoio empírico. Para Barroso, o *jeitinho* é o obstáculo do “salto civilizatório de que precisamos” In: Barroso, Luís Roberto (2017). “Ética e Jeitinho Brasileiro: por que a gente é assim?”. *Lecture*. Harvard Brazil Conference, Cambridge MA, 8 de abril.

<sup>6</sup>DaMatta, Roberto (1997). *A Casa & a Rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, p. 13.

<sup>7</sup>Idem, p. 40.

Ao analisar o problema da falta de autonomia do direito no Brasil, Neves<sup>8</sup> aponta que é no déficit da afirmação dos direitos segundo procedimentos juridicamente regulados, da qual depende a deliberação política numa sociedade democrática, que o exercício da cidadania pode ser bloqueado pela ação destrutiva de particularismos políticos e econômicos.

Se para DaMatta a construção do conceito antropológico da casa e da rua são definidores dos espaços de atuação do subcidadão e do supercidadão, para Neves a rua, esfera dos sem direitos, seria também espaço sujeito ao exercício dos privilégios dos sobreintegrados. Nesse sentido, os subintegrados permaneceriam dependentes dos benefícios do sistema jurídico, sem contudo alcançá-los, o que não significaria a sua exclusão do sistema. Isso porque estariam sujeitos às prescrições impositivas própria de uma integração marginalizada, pois “embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas”<sup>9</sup>.

À subintegração de amplos setores da população está associada a manutenção de privilégios dos sobreintegrados, com o expreso apoio da estrutura burocrática do Estado. Essa é a condição que garante a ‘institucionalização’ do bloqueio ao funcionamento adequado do direito para a conservação de privilégios incompatíveis com o regime da igualdade, com o financiamento de toda a sociedade. Ocorre que, apesar de não exaustivamente trabalhado por Neves no plano empírico, os efeitos dessa sobreintegração no acesso aos bens jurídicos constitucionalmente definidos obedecem a uma seletividade própria. Isso porque os sobrecidadãos usurpam o discurso normativo quando em jogo os seus interesses, mas o descartariam quando a Constituição impõe limites à sua esfera de interesses políticos e econômicos. Logo, o texto constitucional não age como “horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos ‘donos do poder’, mas sim como uma oferta que, a depender da constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles”<sup>10</sup>.

Logo, atentar para a dimensão *agonística* e *contingente* presente na história das instituições brasileiras mostra-se mais produtivo enquanto explicação das causas do fracasso de uma cidadania nos moldes ‘modernos’<sup>11</sup>. A partir dessas disputas é que se refletiram os padrões de sociabilidade e normatividade constitutivos do comportamento das nossas instituições, incluídos os juízes e tribunais. Assim, o foco das pesquisas sobre a formação aristocrática e corporativa da magistratura se associa à análise conjunta entre *oportunidades políticas* e *práticas de luta*. Uma perspectiva que não encontra espaço na nossa *sociologia da*

<sup>8</sup>Neves, Marcelo (1994). “Entre Sobreintegração e Subintegração: a cidadania inexistente”. In: *Dados-Revista de Ciências Sociais*. v. 37, n. 2, pp. 253-276.

<sup>9</sup>Idem, p. 261.

<sup>10</sup>Neves, 1994, p. 261. Em sentido semelhante, José Murilo de Carvalho descreve a estratificação social brasileira em três níveis: os cidadãos de primeira classe ou “doutores”, que constituiriam 8% das famílias com renda maior que 20 salários mínimos; os de segunda classe ou “cidadãos simples”, 63% das famílias com renda entre 2 e 20 salários, e os de terceira ou “elementos” no jargão policial, formada pelos 23 % das famílias com renda até 2 salários mínimos, que ignoram os próprios direitos civis e vêem na lei o aparato opressor do Estado. Cf. Carvalho, José Murilo de, 2008, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 215.

<sup>11</sup>Tavolaro, Sergio (2009). “Para Além de uma ‘Cidadania à Brasileira’: uma consideração crítica da produção sociológica nacional.” In: *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: UFPR, vol. 17, n. 32, p. 114.

*dependência*, com foco na industrialização tardia do país, ou na *sociologia patriarcal-patrimonial* centrada na herança ibérica.

## 2 DESIGUALDADE ESTRUTURAL E IMPARCIALIDADE JUDICIAL SELETIVA NO BRASIL

Numa sociedade em que o acesso à justiça ocupa uma função determinante para a fruição dos direitos fundamentais, a exclusão do exercício desse direito à grande parte da população reforça a percepção de uma *cidadania inexistente* ou restrita à função simbólica do discurso constitucional<sup>12</sup>. Do estabelecimento de uma cidadania de cima para baixo ou de uma *estadania*<sup>13</sup>, as relações entre a população e o Judiciário não escapam. Visto mais como órgão da estrutura de poder aliado à “governabilidade” na cúpula, e gestor burocrático de demandas de massa na base, a independência de juízes e tribunais pouco têm representado para a afirmação do sentido de liberdade e a redução da desigualdade entre os subintegrados. Nesse particular reside o principal problema de reconhecimento da confiança no Judiciário como imparcial, questão não resolvida com a recente conquista de independência do Judiciário frente ao Executivo. A análise específica dos problemas de reprodução do direito no Brasil não implica, contudo, afirmar a descrição caricatural de uma *imparcialidade à brasileira*.

Exemplos graves de sujeição do sistema jurídico ao personalismo dos ‘donos do poder’ podem ser encontrados em outras partes da sociedade mundial. A gravidade da intervenção de Berlusconi sobre procedimentos sujeitos à reserva de jurisdição na Itália é emblemática nesse sentido. A capacidade de neutralizar processos judiciais em cursos mediante a aprovação de leis *ad personam* mostraram como a concentração de poder político e econômico por um governante pode tornar frágil a estrutura punitiva das instituições judiciais e, pior, converter o Parlamento numa espécie de *escritório de advocacia* personalíssimo a serviço de negócios políticos socialmente reprováveis. Entre as medidas aprovadas em benefício de Berlusconi estavam a redução de *prazos prescricionais* dos crimes a ele imputados; o *legítimo impedimento* em frustração às citações nos processos pela alegação obrigações próprias da função de *premier*; a suspensão de processos durante o mandato e o aumento ou redução do tempo máximo de processos para tipos legais que o afetavam diretamente, pelas variáveis do *processo breve* e do *processo lungo*<sup>14</sup>.

Essa percepção é reforçada numa série de outros exemplos. Assim como são fartos os exemplos de manifestação do poder contra a cidadania por membros do Judiciário. É o caso da rejeição ao controle democrático pela magistratura francesa manifesto ora pelo *desvio aristocrático* e ora pela *tentação populista*, ambos alimentados pela decepção com a política<sup>15</sup>. O modo como a *deificação da jurisprudência* do TC da Alemanha assume um caráter

<sup>12</sup> Neves, op. cit., p. 268.

<sup>13</sup> Carvalho, José Murilo de (1996). “O Acesso à Justiça e a Cultura Cívica Brasileira” In: *Juiz: Promessa e Realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Associação dos Magistrados Brasileiros (org.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 290 e Carvalho, José Murilo de (2008) *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 221.

<sup>14</sup> Ibañez, Perfecto Andrés (2012). “La Independencia Judicial y los Derechos del Juez” In: *Los Derechos Fundamentales de los Jueces*. Arnaiz, Alejandro Saiz (dir.) Generalitat de Catalunya –Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especializada. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, p. 52.

<sup>15</sup> Garapon, Antonie (1996). *O Guardador de Promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, pp. 53-75.

paternalista em prejuízo da participação cidadã na democracia<sup>16</sup>. Ainda o relato de como o estamento dos juízes haviam transformado em fetiche a própria independência convertendo-a em exigências políticas corporativistas, na Alemanha sob a Constituição de Weimar<sup>17</sup>. Também a descrição do aumento da criatividade judicial na experiência italiana entre 1948 e 1956 (período entre a promulgação da Constituição e a instalação da Corte Constitucional) e a permanência do *isolamento corporativo* da magistratura associada ao deficiente controle interno, tomados como propósito de sua investigação sobre responsabilização judicial<sup>18</sup>.

Vê-se que observações metodologicamente comprometidas com análises empíricas e comparativas sobre os padrões de funcionamento do sistema jurídico no plano global mostram que tais problemas *não são exclusividade* da modernidade periférica, atribuíveis ao *jeitinho brasileiro* ou sintoma de uma brasilidade *mitológica e colonizada* descrita em termos conservadores<sup>19</sup>. Traços comuns desses problemas têm sido objeto da preocupação de distintos grupos de crítica em ordens locais diversas e apreciada em decisões de tribunais internacionais. Tal perspectiva reforça o interesse numa descrição adequadamente complexa da administração de justiça no discurso constitucional no Brasil.

Sob a perspectiva *semântica da imparcialidade* como expectativa normativa de igualdade de tratamento, a marcada *desigualdade estrutural* da sociedade no Brasil impõe severas restrições que se manifestam nos problemas de fechamento operativo do sistema jurídico<sup>20</sup>. Esse é um problema que adquire especial gravidade quando observado o campo discursivo dos juízes e tribunais sobre o próprio estatuto funcional e as garantias do exercício independente de suas atribuições. O déficit de transparência na atuação de ministros; as interferências governamentais na independência judicial com reflexos na imparcialidade, além da organização corporativa da magistratura<sup>21</sup>, potencializam o risco da conversão do funcionamento do Judiciário em instrumento aristocrático da proteção de redes<sup>22</sup> de caráter estrutural excludente, organizadas por elites políticas e econômicas como trincheira na ampliação ou manutenção de seus privilégios.

Uma descrição da imparcialidade no funcionamento da administração de justiça no Brasil impescinde dos referenciais de inclusão e exclusão presentes na reprodução das inúmeras desigualdades refletidas no acesso à justiça. A estabilização do alto grau de exclusão, refletido na autocompreensão das nossas instituições, contribui para a percepção de um Judiciário que se adapta defensivamente às assimétricas demandas dos grupos de pressão. Descrever sociologicamente o modo como essas relações de exclusão se impõem destrutivamente sobre o sentido constitucional da igualdade ocupa o fundamental espaço da

<sup>16</sup>Maus, Ingeborg (2000). "O Judiciário como Superego da Sociedade" Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos*. CEBRAP. n. 58, pp. 183-202.

<sup>17</sup>Simon, Dieter (1985). *La Independencia del Juez*. Madrid: Ariel.

<sup>18</sup>Cappelletti, Mauro (1989). *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 42 e Cappelletti, Mauro (1993). *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 7-14.

<sup>19</sup>Seja na percepção de autores nacionais DaMatta e Barroso ou estrangeiros Rosenn, Keith (1984). "Brazil's Legal Culture: The Jeito Revived" In: *Florida International Law Journal*. v. 1, n. 1, pp. 2-43.

<sup>20</sup>Neves, Marcelo (2011). *A Constitucionalização Simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes.

<sup>21</sup>Carvalho, Alexandre (2017). *Imagens da Imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. São Paulo: Almedina.

<sup>22</sup>Luhmann, Niklas (2013). "Inclusão e Exclusão". Trad. Stefan Fornos Klein. In: Bachur, João Paulo & Dutra, Roberto (orgs.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 27-36.

crítica sobre os efeitos seletivos da prática judicial. Uma preocupação atual e que, segundo Florestan Fernandes, resultana consideração de que “a lei se corporifica em códigos, mas sua aplicação distorcida, com a tolerância dos que sofrem suas consequências, engendra uma cidadania e uma democracia dos privilegiados”<sup>23</sup>.

Essa perspectiva potencializa acrítica do déficit da imparcialidade judicial como dimensão jurídica da (des)igualdade no Brasil, enquanto exigência de tratar casos iguais de maneira igual. Se no *plano normativo*, o sistema jurídico impõe a adoção do comportamento judicial congruente nas esferas formal e material do acesso à justiça, no *plano operativo*, esse mandamento constitucional não têm produzido os resultados práticos esperados. Isso porque a sobreposição de elementos externos ao código do direito (como o *poder* e o *dinheiro*) alcança o próprio nível das expectativas sobre o funcionamento do sistema de justiça e está diante da *corrupção sistêmica*<sup>24</sup>, o que implica no comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito.

Contra a corrupção sistêmica, a *imparcialidade judicial* precisa manifestar a capacidade de imunizar a influência de dois fatores: 1) a empatia subjetiva do juiz em relação às partes ou à causa enquanto fator determinante; e 2) o cálculo dos custos e benefícios pessoais do próprio juiz no processo de decisão. Contudo, como promover chances iguais em contextos de forte assimetria da influência das partes sobre a condução do procedimento? E, ainda, como descrever a imparcialidade dos magistrados quando as exigências da adequação social da decisão impliquem em conceder a uma das partes mais oportunidades?

Aqui o problema é agravado diante da percepção abrangente de que os agentes responsáveis pela aplicação do direito abandonam o seu papel para perseguir o *interesse pessoal* pela manipulação operativa dos programas do direito. A amplitude desta percepção atinge de modo destrutivo os níveis de *confiança interpessoal*, além da orientação dos litigantes em relação ao julgador –visto como agente submetido, quando não é ele mesmo o engajado, aos processos organizados de interferência e pressões externas mediados pelo poder e o dinheiro. Em tais contextos, a generalização congruente da imparcialidade enquanto meio simbólico da atuação judicial é prejudicada em duas dimensões.

A *primeira* delas se configura quando a representação de determinados indivíduos ou grupos de pressão (formado em parte pelos *sobreintegrados*) conseguem impor seus interesses particularistas na esfera deliberativa do Judiciário. Aqui, a aliança da *sobreinclusão* no sistema social e a *desigualdade estrutural* apresenta potencial efeito destrutivo de estímulo à corrupção sistêmica da qual retira proveito político e econômico. Sobre a dimensão da igualdade de oportunidades entre as partes -que marca a noção de imparcialidade judicial, esses efeitos perniciosos se manifestam. É exemplo desse efeito destrutivo da imparcialidade a contratação lobistas ou parentes de ministros para a prática de determinados atos processuais objetivando o desequilíbrio no julgamento, sem fundamento técnico ou contra ele. Mas também a realização de audiências particulares não agendadas nos gabinetes, entre julgadores e uma das partes sem a participação da parte adversa. Ainda, o patrocínio de congressos, viagens, confraternizações e outros eventos de que participam magistrados, por escritórios de advocacia ou empresas litigantes. E, por último, a extensa abertura institucional

<sup>23</sup>E completa: “A jurisprudência obedece essa trilha: conforma o Direito ao monopólio do poder das elites das classes dominantes. Malgrado sua erudição, os magistrados curvam-se à manutenção da ordem deturpada”. In: Fernandes, Florestan (1993). “E o Judiciário?” In: *Folha de São Paulo*. Edição de 20.12.1993.

<sup>24</sup>Neves, Marcelo (2011). *A Constitucionalização Simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 146.

do Poder Judiciário, em especial dos órgãos encarregados de gestão administrativa da burocracia judicial, como o CNJ, à influência corporativa das associações de juízes e demais profissionais do sistema de justiça na defesa dos interesses de seus membros.

Todos esses exemplos, que não são uma exclusividade da prática constitucional no Brasil, atuam de modo corrosivo sobre a imunização do sistema proporcionada pelos papéis institucionais adotados pelos agentes do Judiciário e, conseqüentemente, *bloqueiam a função da confiança* na atuação judicial imparcial. Este é um problema tão mais visível quanto delicado na jurisdição de tribunais como o Supremo Tribunal Federal, seja pelo mecanismo político de recrutamento dos ministros ou pela repercussão das decisões para a uniformização do direito. Nestes casos, a decisão deixa de ser vista menos como a consequência da aplicação impessoal do programa normativo a fatos do que como a sobreposição dos códigos do poder e do dinheiro cuja influência passa ser conduzida, direta ou indiretamente, à imagem pessoal do julgador.

Já a *segunda* pode ser observada nas legítimas aspirações pela concretização de direitos pela maior parte dos clientes do sistema de justiça (os *subintegrados*), que acabam projetando na imagem imparcial do juiz a expectativa cognitiva de ser ele capaz de desvincular-se do código lícito/ilícito e realizar a *justiça social* no caso. Sob o pano de fundo da ampla exclusão que impede a formação de um horizonte compartilhado de acesso igual a direitos e obrigações, o acesso à justiça efetiva acaba sendo visto como um privilégio concedido por um o juiz visto como uma espécie de administrador de “bens salvíficos”<sup>25</sup>. A assunção dessa imagem pela magistratura, por sua vez, reforça o afastamento dos juízes das características reais dos conflitos que lhe são submetidos a julgamento, contribuindo para uma visão do direito mais *sacralizado* que efetivamente *respeitado*.

Essa dimensão do problema se reflete na autocompreensão dos membros da magistratura que passam a atuar paternalisticamente como “super-heróis” ou “reis-juízes”, com autoridade normativa suficiente para interferir na autonomia funcional de procedimentos legislativos e administrativos. A ideia subjacente de que a *omissão* dos agentes dos demais poderes não pode ser justificada pela formalidade constitucional da separação dos poderes se concilia então com o recurso a argumentos e decisões judiciais vagas, onde se dissolve a consistência jurídica da decisão sob equívocas premissas de atendimento ao interesse social.

Mais além dos efeitos destrutivos sobre a formação das expectativas de atuação imparcial, essa autoprojeção da magistratura enquanto agente da *justiça* e não do *direito* se sujeita à instrumentalização perniciosa no âmbito corporativo. Isso porque o deslocamento da própria imagem dos fatores contingentes próprios da distribuição desigual de bens e recursos incluem-se no ponto cego das deliberações judiciais sobre o próprio estatuto funcional. A manutenção de visões cristalizadas sobre o *mérito* e o *esforço* que julgam

<sup>25</sup>A expressão não é tomada no sentido que lhe emprega Habermas, Jürgen (2012). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 180, supondo a figura de um chefe pré-moderno com poder socialmente reconhecido por uma ordem sagrada. A imagem do juiz “salvador” aqui referido se relaciona aos limites da formação consistente da imparcialidade por reflexo da exclusão massiva associada ao culto do *deus ex-machina* mencionado por Faoro, Raymundo (1977). *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol. 2, 5ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, p. 740. Longe de suposições culturalistas, a exclusão retroalimenta as expectativas de concretização do direito na atuação pessoal de um representante burocrático, cujo poder se funda justamente no controle das contingências sociais por redes interessadas na manutenção da desigualdade excludente.

constituir suas próprias carreiras repercutem diretamente na autocompreensão *naturalizada* que se manifesta em interpretações sobre a ampliação de benefícios salariais e outras vantagens do cargo. Desse modo, essas interpretações se mostram completamente desvinculadas de parâmetros adequados à distribuição do orçamento público no contexto de uma economia emergente, além de insustentáveis em cenários de menor desigualdade estrutural. Assim, os usos da função da imparcialidade no sistema jurídico reverberam contra a sua dimensão isonômica ao invés de promovê-la enquanto prestação jurídica relevante à inclusão.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais mitos construídos pelo discurso jurídico hegemônico no país nas três últimas décadas buscou legitimação na afirmação de que conferir ao Judiciário a responsabilidade da formulação de decisões coletivamente vinculantes era a nossa alternativa à ausência de “boa política”. Este discurso deu ensejo à criação de diversos instrumentos processuais justificados no uso sofisticado da linguagem do direito comparado – muitas vezes sem correspondência com sua configuração nos ordenamentos de origem ou adequação semântica à prática constitucional no Brasil. Por outro lado, consolidava-se paulatinamente a ideia de que aqueles instrumentos funcionariam para concretizar direitos e promover a cidadania. Mas, para tanto, seria preciso destinar a *confiança* de que eles seriam operados por *agentes imparciais* comprometidos com a efetividade do projeto constitucional, para o que precisavam de garantias institucionais de independência frente à política.

Essa descrição teve elementos de justificação na série de eventos autoritários na nossa história constitucional, mas também na narrativa culturalista que marca a tradição das ciências sociais no país. Sob a justificativa centrada no *personalismo* e no *patrimonialismo* como características fundamentais da reprodução social no Brasil, fazia pouco sentido alimentar as expectativas na realização da cidadania através da atuação do Executivo ou Legislativo. Enquanto órgãos de deliberação política compostos pelo critério eleitoral, estariam aqueles poderes marcados pelo folclórico *jeitinho* refletido na corrupção endêmica presente nos escândalos largamente noticiados pela mídia.

Já o comportamento dos órgãos judiciais permaneceu associado à visão normativa construída pela tradicional descrição de uma justiça fragilizada, formada por juízes dependentes e incapazes de se opor aos donos do poder. Uma narrativa que se transformou em mais uma *mistificação* que produz efeitos contrários à dimensão da igualdade enunciada no texto da Constituição. Contudo, essa mistificação, cristalizada no discurso constitucional construído no país pós-1988, já não encontra fundamento em termos empíricos. São exemplos dessa compreensão o uso das *redes de contatos* para a promoção interna e chegada aos tribunais, sejam os de segunda instância, superiores, com a subversão dos critérios de antiguidade e merecimento; a progressiva *exposição midiática* que, por um lado, procura legitimar a própria atuação, e, por outro, estimula a autopromoção individual; a forte *influência corporativa* na tomada de decisões sobre gestão administrativa, funcional e disciplinar, perpetuando mecanismos arcaicos de controle gerencial; a *falta de transparência*

que sugere o conflito de interesses na realização de eventos para discussão de temas internos, mas patrocinados por agentes privados, não raro, diretamente interessados nos julgamentos.

Longe de serem conduzidos à explicação colonizada da singularidade cultural própria do patrimonialismo marcante da nossa ‘sociabilidade’, o comportamento judicial e as práticas da magistratura são, em grande medida, responsáveis pela manutenção do nosso profundo quadro de desigualdades, caracterizado pela ampla exclusão e concentração de renda, que dificilmente encontra grau semelhante em outros locais da sociedade mundial. Ou seja, ao invés de uma *imparcialidade à brasileira* teríamos uma *imparcialidade em causa própria*, caracterizada pela reserva do espaço institucional do Judiciário para a garantia de privilégios à classe dos magistrados e outros agentes do sistema de justiça. Essa usurpação da função judicial em nome do corporativismo manifesto em práticas incompatíveis com a Constituição, que violam a igualdade distributiva no Brasil, reproduziria um sentido diametralmente inverso ao da imparcialidade como tratamento isonômico, contribuindo, paradoxalmente, para o aumento do grau de exclusão social no país.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. “Ética e Jeitinho Brasileiro: por que a gente é assim?”. *Lecture*. Harvard Brazil Conference, Cambridge MA, 8 de abril, 2017.
- BRANDÃO, Gildo Marçal. “Linhagens do Pensamento Político Brasileiro” *In: Dados* Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. v. 48, n. 2, pp. 231-269, 2005.
- BUARQUE DE HOLANDA. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro (1989). *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, José Murilo de. “O Acesso à Justiça e a Cultura Cívica Brasileira” *In: Justiça: Promessa e Realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Associação dos Magistrados Brasileiros(org.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CARVALHO, Alexandre. *Imagens da Imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial*. São Paulo: Almedina, 2017.
- DaMATTA, Roberto. *A Casa & a Rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1997.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Vols. 1 e 2. 5 ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.
- FERNANDES, Florestan. “E o Judiciário?” *In: Folha de São Paulo*. Edição de 20.12.1993.
- GARAPON, Antonie. *O Guardador de Promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

\_\_\_\_\_. Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. “La Independencia Judicial y los Derechos del Juez” *In: Los Derechos Fundamentales de los Jueces*. Arnaiz, Alejandro Saiz (dir.) Generalitat de Catalunya –Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especializada. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

LUHMANN, Niklas. “Inclusão e Exclusão”. Trad. Stefan Fornos Klein. *In: Bachur, João Paulo & Dutra, Roberto (orgs.). Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

LYNCH, Christian. “Por Que *Pensamento* e Não *Teoria*? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970)” *In: Dados—Revista de Ciências Sociais*. v. 56, n. 4. Rio de Janeiro, pp. 727-767, 2013.

MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como Superego da Sociedade” Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *In: Novos Estudos*. CEBRAP. n. 58, pp. 183-202, 2000.

NEVES, Marcelo. “Entre Sobreintegração e Subintegração: a cidadania inexistente”. *In: Dados—Revista de Ciências Sociais*. v. 37, n. 2, pp. 253-276, 1994.

\_\_\_\_\_. *A Constitucionalização Simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROSENN, Keith. “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revited” *In: Florida International Law Journal*. v. 1, n. 1, pp. 2-43, 1984.

SIMON, Dieter. *La Independencia del Juez*. Madrid: Ariel, 1985.

SOUZA, Jessé. *A Modernização Seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

TAVOLARO, Sergio. “Para Além de uma ‘Cidadania à Brasileira’: uma consideração crítica da produção sociológica nacional.” *In: Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: UFPR, vol. 17, n. 32, pp. 95-120, 2009.



**PRÁTICA JURÍDICA NA UNIVERSIDADE PÚBLICA E *LOCUS* FUNCIONAL DOS SEUS PROFESSORES: UM DILEMA AINDA SEM ADEQUADA SOLUÇÃO LEGISLATIVA OU ADMINISTRATIVA?**  
LEGAL PRACTICE IN THE PUBLIC UNIVERSITY AND FUNCTIONAL *LOCUS* OF THEIR TEACHERS: A DILLEMA STILL WITHOUT ADEQUATE LEGISLATIVE OR ADMINISTRATIVE SOLUTION?

**RAIMUNDO MÁRCIO RIBEIRO LIMA\***

**RESUMO**

O artigo discute a lotação do docente no Núcleo de Prática Jurídica, inclusive, distinguindo sua atuação diante de alguns aspectos funcionais de outras carreiras jurídicas. Critica-se a lotação de docente com Regime de Dedicção Exclusiva no Núcleo de Prática Jurídica, pois esse professor, de modo geral, não possui experiência profissional na advocacia. Além disso, esse modelo gera muitos questionamentos quanto à situação jurídica do servidor. De todo modo, sugere-se um modelo de gestão do Núcleo de Prática Jurídica, por meio de projetos de extensão, capaz de harmonizar a atividade do docente profissional com a atuação do profissional docente. Por fim, discute-se a melhor forma de promover a gestão administrativa do modelo proposto, a despeito de alguns obstáculos normativos.

**Palavras-chave:** prática jurídica; docência; advocacia.

**ABSTRACT**

The article discusses the teaching staff's position in the Center of Legal Practice, including distinguishing their performance from some functional aspects of other legal careers. It is criticized the teaching staff with Exclusive Dedication Regime in the Center of Legal Practice, because this teacher, in general, does not have professional experience in advocacy. In addition, this template raises many questions about the legal status of the server. In any case, it is suggested a management model of the Center of Legal Practice, through extension projects, capable of harmonizing the activity of the professional teacher with the work of the teaching professional. Finally, we discuss the best way of promoting the administrative management of the proposed model, despite some regulatory obstacles.

**Keywords:** legal practice; teaching; advocacy.

\* Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Procurador-chefe da Procuradoria Federal na Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Advogado.  
*marcio.ribeiro@ufersa.edu.br*

Recebido em 31-8-2017 | Aprovado em 14-9-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL, PROFESSOR ADVOGADO E CARREIRA DO MAGISTÉRIO SUPERIOR; 2 NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS: CONTROVÉRSIAS; 3 NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS: PROPOSIÇÕES; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O empreendedor político é comprometido com a aplicação de certas soluções, organizações ou contextos técnicos que são tomados *a priori* como necessários à mudança estrutural e/ou cultural. Nesse cenário, a investigação é substituída pela crença; os questionamentos, por objetos que se tornam resistentes; a pesquisa, pela experiência e pelo senso comum; os dados, por anedotas<sup>1</sup>.

A diversidade funcional dos agentes públicos é uma característica marcante do serviço público moderno, e isso se explica até mesmo em função da desejada eficiência funcional na ambiência administrativa, pois as demandas, sempre tão diversas e prementes, exigem adaptações no regular curso da atuação administrativa; contudo, pode-se questionar, evidentemente, a permissividade de determinada adaptação no complexo funcional de um servidor de carreira, mesmo quando a carreira seja cercada de notórias especificidades, no que a Carreira de Magistério Superior (CMS) seria um bom exemplo, para fins de identificação de desvio funcional e/ou outros dilemas relacionados ao cumprimento do princípio da legalidade, sempre tão cercado de controvérsias interpretativas.

Nesse contexto, assoma em importância a discussão sobre o *locus* funcional dos professores na prática jurídica das universidades públicas, inclusive com sérios reflexos, dentre outros questionamentos, (a) no processo de ingresso na CMS, (b) no exercício da profissão de advogado e, claro, (c) na própria ideia de percepção de honorários sucumbenciais em função das lides ajuizadas pelos Núcleos de Prática Jurídica (NPJ), tendo em vista o disposto artigo 85, § 19, do Código de Processo Civil<sup>2</sup> (CPC), sem falar, ainda, (d) na questão do pagamento da anuidade da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O artigo, além dos necessários questionamentos, pretende levantar proposições na solução de alguns dilemas do NPJ, tendo sempre em vista dos limites orgânico-funcionais da Administração Pública, seja pela larga teia de limites normativos, seja pelos limites da atividade financeira do Estado, mormente em período de acentuada crise econômica. Propõe-se, portanto, uma discussão do NPJ a partir dos obstáculos e/ou limites da gestão

<sup>1</sup> BALL, Stephen J. Intelectuais ou técnicos? O papel indispensável da teoria nos estudos educacionais. Tradução Márcia dos Santos Ferreira. In: BALL, Stephen J.; MAINARDES, Jefferson (Orgs.). *Políticas Educacionais: questões e dilemas*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 78-99, p. 92.

<sup>2</sup> A Lei nº 13.105/2015 possui a difícil missão de aperfeiçoar as diversas alterações do Código revogado e, claro, superar os desafios da processualística brasileira, em particular a morosidade processual.

administrativa, não se discutindo, numa perspectiva interna ou curricular, a atuação de qualquer modelo de NPJ na formação dos graduandos<sup>3</sup>.

## 1 ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL, PROFESSOR ADVOGADO E CARREIRA DO MAGISTÉRIO SUPERIOR

A Advocacia Pública Federal (APF) possui uma *locus* operacional bem claro no texto constitucional (artigo 131 da CRFB) e, claro, na legislação infraconstitucional<sup>4</sup>, de forma que sua atuação é, para todo efeito, livre de contestação pelas demais instituições públicas, o mesmo se diga quanto à sociedade civil<sup>5</sup>. Por isso, a linear compreensão das atividades de um Advogado Público Federal (APF) nada se confunde com a atuação funcional de outros membros de Poder ou servidores públicos. Desse modo, a questão do NPJ passa longe da área de atuação da APF. Porém, tal assertiva nada esclarece sobre a posição jurídica do NPJ e, muito menos, esclarece o verdadeiro *locus* operacional dos docentes que atuam na formação dos discentes por meio da atividade forense.

A questão não revela qualquer adversidade nas Universidades Privadas, porquanto nada impede que o docente, ostentando a qualidade de advogado, exerça a advocacia, isto é, possuindo capacidade postulatória, promova as regulares atividades forenses, observadas disposições éticas da advocacia liberal. Aliás, pouca relevância possui algum questionamento sobre o artigo 28, inciso III, § 2º (incompatibilidade), c/c artigo 30, parágrafo único (impedimento), todos da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB). Ora, se a atividade ocorre nos estreitos limites da advocacia profissional, seja como empregado, seja como advogado autônomo, não é nada crível que exista qualquer impedimento em função do magistério.

O dilema só surge mesmo quando o docente possui algum vínculo com o Poder Público e, com isso, submetendo-se aos regramentos de uma carreira específica. Não por outro motivo, e isso parece ser uma questão pouco discutida, que a prescrição do artigo 30

<sup>3</sup> Nesse sentido, no que bem expressa uma avaliação sobre a formação jurídica do discente, *vide*: OLIVEIRA, Rezilda Rodrigues; PEREIRA, Francinete Paula Alves. Avaliação apreciativa de um Núcleo de Prática Jurídica. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 13, nº 02, p. 537-566, mai./ago. 2017. Aqui, é curioso que o artigo não tenha promovido uma avaliação reflexiva (autocrítica) sobre os pontos falhos do NPJ estudado, limitando-se a destacar os aspectos reconhecidamente exitosos, com as necessárias proposições, do objeto da investigação.

<sup>4</sup> Eis as matrizes normativas: (a) Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, pontuando, sobretudo, as carreiras de Advogado da União e Procurador da Fazenda Nacional), (b) Lei nº 9.650/1998 (Cria a carreira de Procurador do Banco Central), (c) Medida Provisória nº 2.229-43/2001 (Cria carreira de Procurador Federal), (d) Lei nº 10.480/2002 (Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da AGU e cria a Procuradoria-Geral Federal), (e) Lei nº 11.890/2008 (Disciplina alguns aspectos sobre a atuação dos APF) e (f) Lei nº 13.327/2016 (Estabelece prerrogativas funcionais e honorários advocatícios).

<sup>5</sup> De todo modo, é importante reconhecer que a completa integração das 04 (quatro) carreiras da Advocacia Pública Federal ainda padece de um longo e dispendioso processo de aceitação nos quadros da Advocacia-Geral da União (AGU), fato que, para longe de uma mera questão corporativa, adentra na importantíssima temática da racionalização da gestão pública, sobretudo, na redução dos custos relativos à defesa judicial e extrajudicial da Administração Direta e Indireta. Soma-se, ainda, uma notória simplificação na estrutura orgânica de defesa judicial e consultoria jurídica do Poder Executivo, facilitando a comunicação entre a AGU e os órgãos do Poder Judiciário e, sobretudo, com a própria sociedade civil.

da Lei nº 8.906/1994 não possui autonomia em face da CMS<sup>6</sup>. De modo mais minudente, observa-se o seguinte:

(a) o artigo 30, § único, do EOAB é categórico ao assinalar que a vedação imposta aos servidores, qual seja, o impedimento de advogar contra a Fazenda Pública que os remunera ou que a se vincula sua empregadora, não se aplica aos docentes dos cursos jurídicos. Seria essa previsão uma cláusula geral de advocacia liberal aos membros da CMS ou, no que parece ser mais razoável, apenas uma cláusula harmonizadora e, também, restrita, com exercício de atividade forense por eventual docente submetido ao Regime de Dedicção Exclusiva (RDE)<sup>7</sup>, que se notabiliza pelo profundo comprometimento com processo educacional<sup>8</sup>? A resposta inclina-se ao segundo cenário. E a razão é simples desse entendimento. Imagine-se a seguinte situação hipotética: X, docente submetido ao RDE, atuando como professor do NPJ e, tendo em vista demanda de interesse pedagógico-curricular, ajuíza uma demanda contra a UFERSA. Ora, o impeditivo do artigo 30, inciso I, do EOAB, representaria uma clara e desmedida limitação ao regular exercício do magistério, caso não existisse a providencial prescrição do parágrafo único do mesmo artigo. Logo, por esse motivo, a exceção se justificaria. O problema, contudo, é que o dispositivo, isoladamente considerado, não deixa isso muito claro e, assim, poder-se-ia ventilar uma suposta existência duma *cláusula geral de advocacia liberal* aos membros da CMS. Todavia, esse entendimento não pode encontrar guarida, porquanto negaria a própria noção/validade do RDE aos docentes da área jurídica. Além disso, criaria uma insana desigualdade de tratamento entre os professores da CMS, a saber, de um lado, os da área jurídica; de outro, as demais áreas. Não é possível sustentar isso. Logo, não há uma cláusula geral de advocacia privada aos docentes dos cursos jurídicos, pretensamente amparada no artigo 30, parágrafo único, do EOAB;

(b) para tornar mais clara a assertiva anterior, é preciso destacar outra situação hipotética: docente Y, não submetido ao RDE, atuando como *profissional liberal*, não ajuíza demanda contra a UFERSA, porquanto deve guardar a restrição do artigo 30, inciso I, da EOAB. Então, Ora, como admitir que um docente, que não se submete ao RDE, tenha menor liberdade de atuação em relação aos que a esse regime se submetem? Isso não parece razoável. A disposição do artigo 30, parágrafo único, atende a uma exigência claramente pedagógico-curricular e não a uma demanda de ordem profissional fora da ambiência pública. Por isso, não há uma cláusula de advocacia liberal, mas, tão somente, uma justificada exceção para que os docentes, na qualidade de professores do NPJ, independentemente do regime gozado, possam demandar contra a entidade pública que os remunera. Portanto, trata-se de uma conformadora adequação prática entre o regular exercício do magistério com as restrições impostas aos servidores públicos que exercem advocacia privada;

(c) outro ponto, e não menos importante, é que uma pretendida cláusula de advocacia liberal revela-se incompatível com os parâmetros normativos do artigo 20, § 2º, da Lei nº 12.772/2012, nestes termos: “[o] regime de 40 (quarenta) horas com dedicação

<sup>6</sup> Disciplinada pela Lei nº 12.772/2012, que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal (PCCMF).

<sup>7</sup> A sigla RDE possui uma conotação um tanto sarcástica, pois, em rigor, o Regime de Dedicção Exclusiva também pode ser visto como uma de *forma* de Regime Disciplinar Diferenciado (artigo 52 da Lei nº 7.210/1984 - Lei de Execução Penal - LEP), isto é, profundamente supressiva da liberdade profissional dos docentes, o que tem inviabilizado o livre trânsito deles no mercado. O sacrifício parcial da remuneração, infelizmente, inviabiliza a autonomia profissional dos docentes, tornando, paradoxalmente, cada universidade uma *penitenciária do saber*.

<sup>8</sup> HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Editora Decálogo, 2007, p. 164.

exclusiva implica o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, com as exceções previstas nesta Lei”. Admiti-la seria uma clara ofensa ao princípio da isonomia (artigo 37, *caput*, da CRFB), porquanto, com já foi afirmado, os docentes de cursos não jurídicos jamais poderiam gozar da mesma benesse, isto é, não poderiam atuar, quando submetidos ao RDE, como profissionais liberais. Assim, a assertiva de que docentes submetidos ao RDE poderiam advogar em função do artigo 30, parágrafo único, do EOAB, por certo, exige um necessário temperamento do intérprete, pois, em rigor, não passa duma regular forma de atuação no magistério, aliás, decorrente exclusivamente das atribuições funcionais no NPJ;

(d) o RDE, nesse caso, representa apenas uma variável argumentativa contrária à cláusula de advocacia liberal, mas nada contribui quanto à atuação dos docentes no NPJ, porquanto, em qualquer hipótese, na regular atividade do magistério, esses professores podem demandar contra as entidades que os remunera. A questão, aqui, deixa claro outro norte, a saber, que a atuação no NPJ é, por excelência, de magistério e, nessa qualidade, a capacidade postulatória não passa de uma exigência meramente operacional, tanto que apenas nessa hipótese os docentes podem litigar em desfavor da entidade que os remunera, exceção, inclusive, que alcança até mesmo os docentes não submetidos ao RDE; e

(e) se a atividade do NPJ revela-se apenas uma das diversas atribuições do magistério, então, resta patente que o docente do NPJ não é, nem de longe, um APf, a eles não se aplicando os deveres e direitos inerentes à APf, muito embora devam observar, nessa qualidade, as prescrições do EOAB. Tal constatação decorre da clara compreensão de que, por mais que exerçam atos específicos da advocacia, tal como exige a atuação em juízo, os docentes do NPJ atuam preponderantemente como professores e não como advogados. Ora, a capacidade postulatória é um antecedente meramente operacional à realização da proposta pedagógica do curso. Soma-se, ainda, o fato de que nenhuma Instituição Federal de Ensino Superior (IFES) pode contemplar no seu quadro servidor técnico-administrativo, área jurídica, isto é, o Anexo II, da Lei nº 11.091/2005, não coteja a possibilidade de ingresso de servidores com formação específica na área jurídica, pois, em tese, isso adentraria no complexo de competências exclusivas das carreiras da AGU, tal como dispõe o artigo 132 da CRFB. Só que é justamente aqui surge o hiato: se não há advogados, mas professores, como negar a ambivalência dos docentes que atuam no NPJ? Como negar que a capacidade postulatória dos docentes assumam um nítido *status* de advogado? Esses questionamentos ainda merecem reflexões neste breve trabalho.

A CMS possui o fundado propósito de disciplinar a forma de ingresso, o regime de trabalho, a remuneração e, sobretudo, os direitos e deveres elementares do Professor do Magistério Superior (PMS). Porém, tendo em vista a especificidade da atuação dos docentes do NPJ, a Lei nº 12.772/2012 não estabelece [ainda] qualquer disciplina sobre a temática, o mesmo se diga, por exemplo, quanto aos médicos nos hospitais públicos<sup>9</sup>. Essas especificidades, sem dúvida, poderão ser empreendidas por meio de decreto, aliás, esse veículo normativo tem por missão ser um regulamento de execução e, portanto, da atuação

<sup>9</sup> Claro que as inferências lógico-normativas aplicáveis aos médicos nada se assemelham à complexidade do *locus* operativo dos professores do NPJ, já que a qualidade de médico e professor não possui o mesmo regime de exclusão funcional, na ambiência pública, dispensado à qualidade de advogado e professor. Isso, evidentemente, não faz desconsiderar as complexidades relacionadas ao profissional da área de saúde quando atuam no Magistério Superior.

administrativa (artigo 84, inciso V, alínea a, da CRFB) <sup>10</sup>. O problema é que a atuação de docente do NPJ insere tanto no relevo das prescrições do EOAB quanto da Lei nº 12.7712/2012 e, desse modo, qualquer regulamentação mais específica ensejaria um demorado círculo de discussões jurídicas. A solução para esse dilema, contudo, pode ser solucionado de forma relativamente fácil, conforme preposição apresentada no final deste trabalho.

Em função das nuances destacadas acima, adentra-se no cerne discursivo deste artigo, devidamente condensadas nos seguintes questionamentos: (a) o processo de ingresso na CMS é diversa para os docentes que atuam no NPJ; (b) há exercício da advocacia por parte dos docentes do NPJ; (c) é possível percepção de honorários sucumbenciais pelos docentes do NPJ; e (d) se há possibilidade de pagamento da anuidade da OAB.

## 2 NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS: CONTROVÉRSIAS

As indagações que finalizaram o tópico anterior, para além de uma mera reflexão acadêmica, possui um interesse prático indiscutível, especialmente nos cursos que destacam uma proposta pedagógica, pretensamente inovadora, a partir das particularidades curriculares de sua prática forense.

Pois bem. O primeiro ponto, aliás, de fácil constatação, é que não há concurso para provimento de cargo de advogado do NPJ. Portanto, não há advogados e/ou professores concursados numa IFES, mas, sim, professores efetivos que atuam no NPJ. Assim, como inarredável decorrência, pouco importa a lotação de um docente no Curso de Direito numa universidade, pois, em qualquer *locus* operacional, ele atua como PMS e não como APf ou servidor técnico-administrativo. Disso resulta, sem qualquer dificuldade de compreensão, a imperiosa variabilidade<sup>11</sup> de lotação dos docentes numa universidade, porquanto a sua especificidade de ingresso em função de demanda específica da universidade, no tempo e no espaço, não tem o condão de afastar a temporalidade própria de cada demanda administrativa, pois o docente pode ser instado a cumprir, posteriormente, novas demandas que exsurgirem na CMS, contanto que ele possua reconhecida capacidade técnica para eventual e pretendido *encargo*. Se existe apenas uma carreira, não há como admitir a invariabilidade do *locus* operacional em função de parâmetros ou critérios de ingresso. Não há, aqui, qualquer recusa à especialidade da atuação docente, mas apenas deixar claro que a especialidade não inviabiliza, quando resultar imperiosa, nova lotação de docente no Curso

<sup>10</sup> Existem diversos posicionamentos sobre os limites do poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, contudo, é pouco provável que na noção de vedação de inovação normativa se insira a impossibilidade de criar meios e modos da efetiva execução da lei. É dizer, regulamentação não pode ser mera repetição fragmentária e exauriente dos termos legais. “Com certeza, as áreas da *criação* e da *execução* do Direito, que jamais devem ser confundidas, também ‘não se apresentam em planos estanques’” (KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 66, itálicos no original). Disso resulta que o aperfeiçoamento da gestão pública passa, necessariamente, pela evolução do poder regulamentar no Brasil, até porque a ausência de regulamentos ocasiona duas coisas: (a) o império da inércia, pois, inexistindo parâmetro a seguir, toda criatividade será castigada; ou (b) liberdade excessiva, fatalmente arbitrária, do decisor administrativo.

<sup>11</sup> Aliás, a variabilidade também se observa quanto ao cumprimento da carga horária, como bem evidencia as possibilidades normativas do artigo 20 da Lei nº 12.772/2012, aliás, tal compreensão normativa ficou ainda mais consolidada com a revogação do § 2º do artigo 22, do PCCMF, pela Lei nº 13.325/2016. Nesse sentido, antes da alteração legislativa mencionada, *vide* o Recurso Especial nº 1.484.251/SE, no qual prestigia a variabilidade do regime de trabalho como consectário lógico do princípio da legalidade e da impessoalidade.

de Direito, mormente, e isso não se revela raro, quando for do interesse do próprio docente, que, evidentemente, melhor pode sopesar os interesses da sua carreira acadêmica. Imobilismo no *locus* operacional de um docente expressa um engessamento que é, por tudo, incompatível com a eficiência funcional, sem falar nos graves entraves que isso representa para a gestão de qualquer universidade, sobretudo, as públicas, sempre carentes de recursos e, claro, de docentes. Negar a redistribuição de professores é sacrificar a lógica de uma atuação administrativa otimizadora dos meios para prossecução do interesse público. Não há, aqui, qualquer pretensão de fincar o entendimento de que qualquer *locus* operacional possa ser ocupado por qualquer professor. Não mesmo. Isso ruiria a ideia de especificidade da atividade acadêmica. Defende-se, tão somente, a mobilidade que não ocasione o sacrifício da proposta pedagógica do curso e, dessa forma, seja capaz de consagrar o atendimento de uma demanda administrativa, sem, contudo, inviabilizar as exigências curriculares de cada *locus* operacional. Ora, numa perspectiva mais densa de possíveis conflitos normativos, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) aprovou<sup>12</sup> a permuta entre membros vitalícios do Ministério Público, contanto que as remoções sejam regulamentadas, por lei ou ato normativo<sup>13</sup>, pelas unidades dos MPs permutantes<sup>14</sup>. Então, se um Promotor pode permutar entre carreiras diversas de Ministério Público estadual, por que motivo um professor não poderia mudar seu *locus ocupacional* no Curso de graduação de uma universidade? Assim, prendendo-se ao questionamento ventilado na alínea *a* do último parágrafo do item anterior, cumpre esclarecer o seguinte:

(a) toda seleção pública contempla especificidades, tratando-se de curso público isso se revela ainda mais evidente. Mas qual seria a natureza dessa especificidade? Ora, nada que altere os requisitos básicos de ingresso e, portanto, não vão além da titulação exigida e/ou experiências profissionais. Se se deseja um professor de engenharia, com larga experiência profissional, possivelmente para um laboratório de resistência dos materiais, certamente isso representa uma especificidade do certame, porém, para ficar claro, tal fato não pode fazer imperar o entendimento de que o candidato aprovado jamais possa ocupar outro *locus* operacional, ainda que de modo circunstancial, na universidade. Então, por que a exigência de OAB, com experiência por determinado lapso temporal, seria um concurso tão específico, inclusive capaz de inviabilizar a redistribuição de professor? A tese não se sustenta. Não apenas pelo engessamento da gestão administrativa, mas, principalmente, pela impossibilidade de criar uma camisa de força para eventual docente que deseje alçar novos desafios dentro da academia. As exigências de ingresso, declaradamente circunstanciais, não podem ser um fator ou obstáculo intransponível na regular cadência dos projetos acadêmicos. Isso seria um vexado contrassenso: pois não existem duas ou mais carreiras de professores numa universidade, muito menos, num curso de graduação ou pós-graduação;

(b) então, a diversidade de requisitos para ingresso no NPJ, por certo, representa apenas uma demanda circunstancial da Administração Pública, porém, nada que implique qualquer inviabilidade de redistribuição do docente no amplo universo de possibilidades de

<sup>12</sup> Precisamente na 4ª Sessão Extraordinária, devidamente realizada no dia 07 de agosto de 2017.

<sup>13</sup> Os substratos legitimatórios desse veículo normativo infralegal, sem maiores dilemas, podem ser facilmente defendidos por meio da ADC nº 12, tendo em vista a mesma perspectiva de análise.

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/1730-permuta-entre-membros-do-ministerio-publico-e-aprovada-pelo-cnmp.html>>. Acesso em 21 ago. 2017.

determinado curso da universidade. Imaginar o contrário, sem exagero, é simplesmente criar feudos em função do *locus* operacional dos docentes. Se o provimento de cargo de professor efetivo compreende o atendimento de determinado perfil previamente estabelecido pela universidade, conforme seu regramento interno, logo, não se trata de uma especificidade exclusiva dos docentes do NPJ; e

(c) assim, resulta o entendimento de que os requisitos consagram os parâmetros duma demanda administrativa, que, evidentemente, devem ser atendidos para regular provimento da vaga do certame, todavia, tais requisitos não expressariam uma vedação ao remanejamento de docentes numa universidade, contanto que, em qualquer caso, o docente *remanejado* atenda às exigências curriculares do local de destino. Parece pouco compreensível uma invariabilidade dos docentes em função da lotação inicial decorrente da investidura no cargo público, até porque mudança de lotação não é transposição de carreira. Dito isso, é preciso firmar o entendimento de que o NPJ não pode expressar uma realidade funcional que só pode atendida por meio de concurso público. O que se discute é a qualificação de eventual docente do curso de Direito que tenha interesse em atuar no NPJ, isto é, ele deve atender às mesmas exigências ventiladas nos certames destinados ao provimento de eventuais vagas no setor.

Quanto ao exercício ou não de advocacia pelos docentes de NPJ, é preciso destacar o seguinte: se é exigida capacidade postulatória dos docentes, não há como afastar o exercício da advocacia. Porém, isso não quer dizer que o docente seja um APf, porquanto continuará desempenhando as ordinárias e imprescindíveis atividades da CMS, uma vez que apenas empreende a proposta pedagógica do curso, notadamente quanto à prática forense. Numa relação inversa, é pertinente afirmar que a AGU<sup>15</sup> permite que um APf seja professor de NPJ, tratando-se, portanto, de uma das formas de exercício da advocacia para além da APF<sup>16</sup>; logo, nessa qualidade, não age como APf.

Perceba-se que o exercício da advocacia pelos docentes do NPJ limita-se aos imperativos pedagógico-curriculares de determinada universidade e isso, evidentemente, não torna um docente em advogado, pois a advocacia é uma atuação consequente do próprio magistério em função do *locus* ocupacional do professor. Dizer o que docente, com regular atuação no NPJ, não assume uma posição institucional/funcional de advogado, por certo, não quer dizer que ele não exerça a advocacia, pois isso decorre da própria forma de exercício de magistério exigida pela lotação do docente. O que se pode questionar é se o docente deve mesmo praticar todos os atos da advocacia no decorrer da demanda judicial, isto é, se algumas tarefas não poderiam ser transferidas a outros profissionais que não possuam vínculo estatutário. Aliás, esse é um ponto ainda a ser desenvolvido neste breve trabalho.

Quanto à percepção de honorários pelos docentes do NPJ, a questão não pode ser controvertida, pois o § 19 do artigo 85 do CPC é categórico: “Os advogados públicos

<sup>15</sup> Essa possibilidade se insere no universo da advocacia *pro bono*, contudo, recomenda-se que, nas hipóteses de potencial conflito de interesses, a demanda seja previamente informada à Advocacia-Geral da União, conforme se manifestou, na Sessão Colegiada de 03 de maio de 2017, a Divisão de Assuntos Disciplinares da Procuradoria-Geral Federal (DAD/PGF), haja vista Consulta ventilada nos autos nº 00794.000053/2015-26 (PARECER n. 00404/2016/DAD/PGF/AGU).

<sup>16</sup> Trata-se de raríssima hipótese, especialmente nas IFES, em que o docente lotado no NPJ também é APf.

perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”<sup>17</sup>. Repita-se: os docentes lotados no NPJ não são advogados públicos, apenas desenvolvem a advocacia em função das exigências pedagógico-curriculares do magistério. O que notabiliza um cargo é o seu enquadramento funcional e, naturalmente, professor é algo bem diverso de advogado, porém, realidades interseccionais na ambiência pública. Todavia, outra questão remanesce: qual o destino dos honorários sucumbenciais? Ora, na ausência de previsão legal específica em sentido contrário, trata-se de receita, por meio de recolhimento próprio, da Conta Única do Tesouro Nacional (artigo 1º do Decreto nº 93.872/1986).

Por sua vez, a questão do pagamento da anuidade da OAB é irresistivelmente controvertida. Tratando-se de docente submetido ao RDE, cuja advocacia privada é proibida, pode-se cogitar que o pagamento da anuidade representaria um custo injustamente suportado pelo professor<sup>18</sup>, pois a universidade gozaria da atuação do docente sem que arque com os custos operacionais da unidade administrativa. É dizer, a exclusividade<sup>19</sup> da atuação funcional traria o reconhecimento de que o Poder Público deveria pagar as anuidades da OAB, constituindo-se, tal encargo, apenas uma forma específica de fornecimento de produtos/bens para o trabalho. Assim, o pagamento da anuidade assumiria a mesma lógica dos custos institucionais com pincel, apagador, *notebook*, *data show* etc. Então, tratar-se-ia de *utilidade* fornecida para o trabalho. Outro ponto, é que o pagamento de anuidade, numa perspectiva material, não pode expressar qualquer conquista ou satisfação egoística do docente, revelando-se, tão somente, um custo a ser suportado em função da lotação ocupada na universidade. Assim, considerando-se inevitável o pagamento da anuidade, há docentes que possuem custos não suportados pelos demais professores do curso, tão somente, em função do *locus* ocupacional. Resultando, em tese, num verdadeiro desestímulo à atuação no setor.

Vê-se que a temática comporta necessária reflexão sobre a dinâmica organizacional do NPJ, porém, não há como negar a existência de bons argumentos em sentido contrário. É preciso afirmar que os concursos públicos e as remoções, ou institutos equivalentes, exigem inscrição na OAB para atuar no NPJ; logo, não há qualquer frustração de expectativa legítima dos docentes, de maneira que tal fato apenas expressa uma particularidade verificada no setor. Também merece consideração o fato de que o advogado privado não cobra dos seus constituintes o ressarcimento da anuidade da OAB, pois os honorários contratuais já compreendem os ordinários custos da atuação profissional. Nesse ponto, é preciso deixar claro que o advogado privado presta serviços sem qualquer regime de exclusividade, o que dificultaria a definição do custo por contratante, fato que não se observa nos docentes submetidos ao RDE.

<sup>17</sup> Ora, a despeito das claras prescrições dos artigos 27 a 36 da Lei nº 13.327/2016, a APF tem sido alvo de duras críticas em função do recebimento de honorários advocatícios, argumenta-se, especialmente, que seria uma violação do artigo 135 da CFRB, isto é, remuneração exclusiva por subsídio fixado em parcela única. A crítica, contudo, não procede, porquanto os valores dos honorários advocatícios, na recente previsão legal, decorrem de recursos pagos pelos particulares (os sucumbentes) e, portanto, não são custeados pelo orçamento da União, não se constituindo uma receita/despesa pública.

<sup>18</sup> Esse ponto é particularmente importante em função do comprometimento da remuneração do docente. Este, infelizmente, ainda não goza de remuneração adequada, não obstante a irrepreensível capacitação profissional.

<sup>19</sup> O regime de exclusividade dos docentes da CMS é ainda mais intenso que dos membros da APF, esta, nem por isso, é menos questionável, porém, noutro aspecto, a da própria necessidade de inscrição na OAB, tanto que o Supremo Tribunal Federal (STF), diante da problemática, reconheceu a sua Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 609.517/RO (Tema nº 936).

No entanto, é possível cotejar o seguinte questionamento, se não é possível o pagamento de anuidade da OAB, então, por que razão é admitido o fornecimento de *token* (certificado digital) para atuação nos sistemas eletrônicos do Poder Judiciário? No que diferiria o *token* e o pagamento da anuidade da OAB? Defende-se que o *token* é material para o trabalho, tal como qualquer demanda operacional na ambiência pública; enquanto o pagamento de anuidade é exigência relacionada ao próprio exercício profissional, haja vista necessária inscrição em Conselho de Fiscalização de Profissão Regulamentada (CFPR). No primeiro caso, é compreensível o fornecimento pela IFES; no segundo, trata-se de ônus específico da profissão de advogado, devidamente absorvida pela docência no NPJ.

Além disso, é preciso destacar que não existe qualquer autorização legal para pagamento de anuidade de OAB dos docentes do NPJ. Aliás, numa perspectiva consequencialista, tal autorização resultaria na necessidade de discutir o pagamento das anuidades de todos os servidores que se encontram inscritos em CFPR. A necessidade de amparo legal compreende vários parâmetros de análise, isto é, não se trata de mera formalidade (artigo 37, *caput*, da CRFB), vai mais além, da segurança jurídica ao planejamento das possibilidades materiais do Poder Público. Portanto, é uma temática que demanda interposição legislativa, isso porque, na hipótese, eventual liberalidade administrativa pode comprometer os ordinários fluxos de recursos da gestão pública<sup>20</sup>. Vale destacar que outras demandas, minimamente razoáveis, poderiam ser cotejadas em função do magistério no NPJ, tais como, vestuário adequado ao múnus da advocacia, cursos de capacitação, livros *etc.* Esse, certamente, não é o melhor caminho no tratamento da matéria.

Há, ainda, outro componente que não pode ser desprezado: a dinâmica de controle a partir do princípio da legalidade, centrada na ideia de segurança jurídica, também pode ser compreendida como um expediente para evitar a divergência ou crítica no seio da Administração Pública e, obviamente, imperar a vontade última do governante por meio dum rígida organização administrativa<sup>21</sup>. Dito de outro modo, o reconhecimento de direitos, inclusive para segurança das autoridades subalternas, só pode advir das culminâncias hierárquicas da Administração Pública.

### 3 NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS: PROPOSIÇÕES

“A qualidade e a credibilidade de um curso de Direito só se confirmam completamente através dos atores e operadores jurídicos, e o NPJ é, sem dúvida, instrumento valioso para desenvolver a criatividade, a agilidade mental e a capacidade argumentativa dos

<sup>20</sup> Veja-se que tal universo de discussão poderia ser aplicado, *mutatis mutandis*, a todos os docentes da IFES, o mesmo se diga, numa perspectiva mais extensiva, a todos os servidores previstos na Lei nº 11.091/2005.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85, p. 75.

alunos”<sup>22</sup>. A despeito dos resultados exitosos de um curso de Direito<sup>23</sup>, a importância do NPJ vai muito além das conquistas prático-teóricas no manejo processual das demandas jurídicas, porquanto nele são ventilados os valores da atuação profissional. Daí que, numa perspectiva organizacional, os questionamentos ventilados nos tópicos anteriores podem ser superados por meio de novas formas de conceber a gestão administrativa do NPJ, que, sem sacrifício de qualquer proposta pedagógica<sup>24</sup>, sejam capazes de aperfeiçoar a formação dos discentes para além das exigências técnicas da atividade processual, pontuando seu caráter formativo, cultural e humanístico<sup>25</sup>.

Assim, questiona-se o modelo de NPJ constituído apenas por docentes com RDE. Nesse caso, na ausência de uma regulamentação específica, persiste o acúmulo da docência com o exercício de atos privativos da advocacia. Indaga-se: carece mesmo de atuação judicial desses docentes? Não seria mais pertinente que o ajuizamento das demandas e o acompanhamento processual fossem empreendidos por profissionais privados com larga experiência na prática forense? Admitindo-se a desnecessidade de docentes com inscrição na OAB, restaria comprometida a proposta pedagógico-curricular da prática jurídica?

Esses questionamentos podem traduzir novas formas de enxergar a atuação dos docentes lotados no NPJ ou, na melhor hipótese, fazer repensar a necessidade de docente com RDE no próprio NDJ. Se há necessidade de prática jurídica na formação dos discentes, por certo, não é aconselhável o provimento de vagas no NPJ por profissionais que não atuavam como advogados. Nesse ponto, revela-se totalmente *nonsense* que o docente do NPJ seja professor com RDE<sup>26</sup>. Por isso, o NPJ deve contemplar um número adequado de profissional docente com larga experiência em áreas específicas do Direito.

Aliás, grande parte da problemática apresentada nos itens anteriores decorre dessa patente inconsistência na compreensão das demandas administrativas do curso de Direito. É dizer, se o professor pode atuar no mercado como advogado, pois não se encontra submetido ao RDE, sua atuação profissional na IFES é regularmente absorvida pela dinâmica da advocacia privada, contanto que sejam observados os condicionantes do vínculo estatutário.

O problema do RDE no NPJ resulta dos seguintes aspectos: (a) a consagração acadêmica baseada na obtenção de titulação, precedida de demorados estudos científicos, tende a afastar o pesquisador da prática jurídica<sup>27</sup>; (b) sem o conhecimento prático das lides judiciais, é totalmente compreensivo que as análises processuais sejam puramente abstratas;

<sup>22</sup> AFONSO, Tânia Mara Fonseca Mendes. Núcleo de Prática Jurídica é ou não atividade extensionista? *Anuário ABEDI*. Florianópolis, ano 03, p. 173-179, 2005, p. 173.

<sup>23</sup> É importante destacar que altos índices de aprovação na OAB, por si só, não denunciam uma formação plena dos discentes, pois, a despeito do compromisso do corpo docente, esses animadores resultados dependem mais do compromisso dos alunos no tratamento das demandas teórico-práticas dos exames.

<sup>24</sup> O modelo proposto, contudo, defende a necessidade de conciliar duas importantes realidades, a saber, do profissional na docente (sem RDE ou advogado contratado) e do docente profissional (com RDE).

<sup>25</sup> AFONSO, Tânia Mara Fonseca Mendes. Núcleo de Prática Jurídica é ou não atividade extensionista? *Anuário ABEDI*. Florianópolis, ano 03, p. 173-179, 2005, p. 174.

<sup>26</sup> SANCHES, Samyra Napolini; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Núcleo de Prática Jurídica: necessidade, implementação e diferencial qualitativo. *Pensar*. Fortaleza, vol. 18, nº 02, p. 629-657, mai./ago. 2013, p. 641-642.

<sup>27</sup> CARLINI, Angélica Lucía. Professor de direito: docência profissional ou profissional na docência? *Anuário ABEDI*. Florianópolis, ano 03, p. 193-199, 2005, p. 197.

e (c) essa excessiva abstração acaba por revelar uma assincronia entre as nodosas filigranas processuais e os prognósticos científicos de determinada área do Direito.

Noutro giro, o RDE contempla um aspecto positivo, a saber, permite um *olhar acadêmico*<sup>28</sup> sobre temáticas estrita e culturalmente vinculadas ao universo pouco discursivo das práticas forenses, somando-se, ainda, a possibilidade de engendrar formas mais integradas entre o NPJ e a sociedade, acentuando-se o caráter extensionista da prática jurídica. Eventualmente, um docente com RDE pode ser um exímio advogado, porém, trata-se de algo totalmente invulgar, porquanto, de modo geral, o exercício pleno da advocacia representa o sacrifício das pretensões acadêmicas.

Todavia, mesmo admitindo-se que os docentes do NPJ devam ser submetidos ao RDE, há alternativa para superar as questões relacionadas à inscrição na OAB e/ou pagamento de anuidade. A solução é relativamente simples<sup>29</sup>. Nesse caso, é preciso compreender que a atuação do docente com RDE não necessita atuar judicialmente para empreender as boas práticas do NPJ, seja por meio de técnicas adequadas de atendimento ao público socialmente vulnerável, na perspectiva duma assessoria popular pretensamente emancipatória<sup>30</sup>, seja por meio de teses socialmente mais inclusivas<sup>31</sup>. Pensar o Direito é, por excelência, a atividade de todo pesquisador. Ajuizar demandas, fazer audiências, acompanhar prazos *etc.*, contanto que aja compromissadamente, todo advogado é capaz de realizar tais atividades, inclusive, com grande possibilidade de vitória processual. Agora, numa perspectiva diversa, a disponibilidade de tempo, dedicação à pesquisa e, sobretudo, a percepção acadêmica no desenlace dos dilemas da sociedade, é algo típico do magistério, especialmente dos docentes com RDE. Assim, não se compreende a necessidade de o docente do NPJ atuar necessariamente como advogado. A advocacia poderia ser uma dinâmica integrada à realidade do magistério, mas não o fim do magistério em si mesmo. Acredita-se que a coordenação pedagógica<sup>32</sup> do NPJ, com os demais conseqüências curriculares de cada curso, já revelaria uma necessária dimensão da atividade dos docentes com RDE. Aliás, o fluxo de informações entre advogados e docentes seria de imensa valia para a formação dos alunos da prática jurídica. A diversidade de análise sempre revela a faculdade de [boas] escolhas, porém, tal fato não se torna totalmente possível quando não há uma visão compartilhada sobre determinada realidade. A intensa relação entre docente profissional e profissional docente é, por tudo, o modelo que melhor se ajusta à interação entre o NPJ e a sociedade. “Tal forma de atividade pedagógica potencializa o que

<sup>28</sup> Evidentemente, isso não terá muita utilidade se docente não submetido RDE também for capaz de fazê-lo.

<sup>29</sup> Defende-se um modelo que melhor se adaptaria a uma IFES com expressivo número de alunos, muito embora, também possa funcionar regularmente em instituições mais modestas.

<sup>30</sup> SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Ensino do Direito, Núcleos de Prática Jurídica e de Assessoria Jurídica. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, vol. 03, nº 06, p. 123-144, jul./dez. 2006, p. 144.

<sup>31</sup> Todavia, sem absorver uma demanda específica da Defensoria Pública (artigo 134 da CRFB), porquanto a preocupação do NPJ deve ser a formação dos discentes e não propriamente formular uma política pública de acesso à prestação jurisdicional. Nesse sentido, *vide* a ADI nº 3.792/RN, na qual considerou inconstitucional uma lei estadual que impusera deveres totalmente incompatíveis com os propósitos do NPJ e, claro, com a autonomia universitária (artigo 207 da CRFB). No caso, a Lei nº 8.865/2006 do Estado do Rio Grande do Norte, de modo totalmente despropositado, determinava que o NPJ dos cursos de Direito da UERN, para além das ordinárias atividades acadêmicas, prestasse o serviço de assistência judiciária, nos finais de semana, aos necessitados presos em flagrante delito.

<sup>32</sup> Notadamente, para afastar os prognósticos assistencialistas da prática jurídica e firmar os processos de interação entre a IFES e a sociedade.

cada docente tem de melhor: a experiência vivenciada na profissão jurídica, de um lado, e a capacidade de estudo e pesquisa, de outro”<sup>33</sup>.

Vislumbrando-se a possibilidade de integração entre docentes e advogados no NPJ, é possível defender um modelo de alocação de pessoal que consagre os pontos positivos de cada área de atuação. Nesse ponto, destaca-se a utilidade da exitosa relação entre uma universidade e sua Fundação de Apoio (FAP). Explica-se: como a IFES não pode contratar advogados, mediante seleção pública, para o NPJ; então, é defensável o entendimento de que o NPJ comporta atividade típica de projeto de extensão e, nesse sentido, a IFES poderia promover um Convênio com sua FAP. Isso, sem sombra de dúvida, traria maior agilidade, celeridade e especificidade na contratação de advogados para atendimento das demandas administrativas da prática jurídica.

E os custos? É reconhecidamente mais vantajosa, numa perspectiva financeira, a contratação de advogado privado que docente com titulação mínima de mestre. Porém, não se trata de uma questão econômica. Não mesmo. Não há como empreender os compromissos voláteis e dinâmicos da atualidade sem a adoção de instrumentos administrativos flexíveis. É dizer, como a investidura em cargo público não se revela um procedimento flexível, muito menos célere, é aconselhável promover a contratação de profissionais que melhor se amoldam às demandas administrativas, justamente porque eles seguem os mesmos parâmetros funcionais da ambiência privada<sup>34</sup>. Além disso, o NPJ poderia desenvolver suas atividades com menor número de docentes com RDE, que, certamente, poderia entregar-se mais detidamente à pesquisa ou ao ensino, inclusive no próprio NPJ.

Há uma importante premissa defendida no modelo proposto: o NPJ desenvolve precipuamente uma atividade de extensão<sup>35</sup>. Em face disso, alguns pretensos entraves normativos e procedimentais carecem de esclarecimentos, porquanto sempre persiste uma preocupação da gestão da IFES sobre a regularidade da contratação de profissionais via FAP. Como se a atuação administrativa estivesse numa eterna tensão entre a eficiência e a ilegalidade, mormente quando tem o propósito de seguir caminhos mais céleres e flexíveis, típicas da iniciativa privada, para atender demandas específicas dos seus fins institucionais. Nesse ponto, cumpre afirmar que “[a] legalidade é uma condição necessária, porém insuficiente para a boa gestão. Mais do que isso, há muitas legalidades possíveis no universo

<sup>33</sup> CARLINI, Angélica Lucía. Professor de direito: docência profissional ou profissional na docência? *Anuário ABEDI*. Florianópolis, ano 03, p. 193-199, 2005, p. 199.

<sup>34</sup> As mudanças de rotinas e demandas administrativas são mais facilmente contornáveis em função da variabilidade dos recursos funcionais disponíveis em qualquer atividade. E isso não é diferente no serviço público. Ora, o NPJ não foi pensado para promover assistência judiciária, ou modelo equivalente mais adequado aos cidadãos socialmente vulneráveis, para isso foi criada a Defensoria Pública, mas, sim, garantir os melhores propósitos na formação jurídica do discente. Por isso, a contratação de advogados por área de especialidade, a toda evidência, traria uma enorme contribuição no aprendizado dos estudantes e, claro, permitiria maior embate sobre as diversas perspectivas de análise das lides judiciais, no que enriqueceria o pensamento acadêmico. O problema é que a comodidade do pensamento hegemônico sobre os dilemas administrativos e/ou sociais, infelizmente, tende a afastar o compromisso com a diversidade, especialmente quando ela põe em xeque o modelo que se defender.

<sup>35</sup> AFONSO, Tânia Mara Fonseca Mendes. Núcleo de Prática Jurídica é ou não atividade extensionista? *Anuário ABEDI*. Florianópolis, ano 03, p. 173-179, 2005, p. 176.

de escolhas dos gestores públicos”<sup>36</sup>. Por isso, os parâmetros normativos, ainda que não contemple expressamente uma medida administrativa pretendida pelo gestor público, tende a revelar novas formas de consagrar a normatividade sem prejuízo da efetividade da atuação do Poder Público. Trata-se, acima de tudo, de um exercício de identificação dos mecanismos/instrumentos adequados para atender às demandas da gestão pública.

Vale destacar, desde logo, que a faculdade de promover convênio ou contratação com a FAp não possibilita atender às ordinárias demandas da IFES. É dizer, se a ordinária manutenção da IFES exige a prestação de determinados serviços, então, ela deve fazer isso por meio dum regular processo de contratação pública<sup>37</sup>. Só que, nem sempre, é possível firmar quais são as demandas ordinárias da IFES. Aqui, tem-se a importância de uma FAp, pois o atendimento de situações particulares encontra amparo na gestão administrativa e financeira dos projetos acadêmicos. Tudo sem ares de irrefletida fuga do regime jurídico-administrativo, mas, sim, na precisa dimensão dos interesses envolvidos e, claro, com o devido controle da IFES. Os novos rumos da gestão pública carecem da superação de um passado difícil entre uma IFES e sua FAp. Não se trata de negar os episódios infelizes do passado, porém, aperfeiçoar as relações jurídicas e as formas de controle. É preciso sempre ter em mente que uma FAp, por meio de projetos acadêmicos, pode ser uma relevante captadora de recursos no mercado, que, certamente, serão imobilizados na IFES. Por outro lado, quando há transferência de recursos da IFES, por certo, trata-se de hipótese em que a execução orçamentária será mais célere e/ou exitosa por meio da gestão administrativa e financeira da FAp. Portanto, toda relação jurídica com a FAp deve decorrer de um benefício concreto à atuação administrativa. A eventual fragilidade dos mecanismos de controle da Administração Pública não pode tornar sem serventia os nobres prognósticos da Lei nº 8.958/1994.

Nesse contexto, na hipótese de um projeto de extensão, a contratação de advogado diretamente pela IFES comporta muitos questionamentos: (a) não se trata de profissional contemplado pela Lei nº 11.091/2005; logo, há uma linear compreensão de que eles não são necessários à manutenção das ordinárias atividades da IFES, de maneira que sua contratação seria uma forma de burla à legislação; e (b) se a IFES contempla professores no NPJ, inclusive com plena possibilidade de exercício da advocacia, então, a contratação de advogado resulta desnecessária.

Esses questionamentos seriam totalmente razoáveis se não existisse um pequeno detalhe: docente com RDE não possui a mesma liberdade funcional de um advogado privado e, portanto, resulta improvável qualquer experiência profissional como advogado. Ter inscrição na OAB é algo bem diverso de possuir experiência profissional na advocacia. Vê-se que o modelo proposto procura superar a ausência de experiência profissional dos docentes submetidos ao RDE. Portanto, deseja um processo educacional de aprendizagem da prática jurídica com profissional que efetivamente possua *prática jurídica*. E o mais importante: com os devidos filtros e contraposições pedagógicas, por meio da coordenação do NPJ, dos docentes submetidos ao RDE.

<sup>36</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Novos rumos à Gestão Pública brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 283-300, p. 290-291.

<sup>37</sup> Isto é, previamente antecedida de licitação, quando for o caso de dispensa ou inexigibilidade, com formalização de contrato administrativo, sem prejuízo do disposto no artigo 62, § 4º, da 8.666/1993.

Agora, como empreender o Convênio com a FAp? Como isso poderia assumir o *status* de um Projeto de Extensão<sup>38</sup> da IFES? Simples: a incorporação das atividades externas do NPJ num universo mais amplo de serviços prestados pela IFES. A atenção institucional na prática jurídica não se prenderia, tão somente, ao corpo das discussões jurídico-processuais<sup>39</sup>, incorporando outros profissionais<sup>40</sup> em função dos objetivos desejados pela proposta pedagógica do curso. Como todo projeto acadêmico deve gerar um resultado, o projeto de extensão poderia revisitar, mormente com o apuro das pesquisas dos demais docentes da IFES e para além das práticas/dinâmicas realizadas com o seu público alvo, as problemáticas relacionadas aos direitos defendidos em juízo<sup>41</sup>, promovendo a publicação dos estudos promovidos via *Cadernos de Prática Jurídica*, *Boletim de Prática Jurídica* etc. Essas pesquisas terão o propósito de refletir o universo da prática jurídica, seus institutos e sua gestão, a partir do êxito/malogro da proposta pedagógica empreendida pela IFES. E o mais importante: nem sempre os recursos para formação da equipe multidisciplinar dependeriam de recursos da IFES, porquanto eles poderiam surgir de um processo de captação no mercado ou, de modo mais factível, dos editais públicos de seleção de projetos. Evita-se, de certo modo, que o NPJ seja refém da agenda financeira do Estado, que, nos últimos 04 (quatro) anos, tem castigado as universidades públicas.

De qualquer modo, o NPJ sairia da *cômoda* perspectiva de um modelo estático de gestão para assumir a dinâmica (re)fundadora de sua própria atuação por meio dos projetos de extensão. Para além de um largo desafio, trata-se de uma conquista institucional, porém, é preciso recusar a percepção de que os atuais modelos satisfazem plenamente as exigências pedagógico-curriculares da IFES. Agora, se os docentes submetidos ao RDE não são capazes de empreender projetos de extensão na vastíssima área atuação do NPJ; então, sem que isso constitua uma crítica açodada, a problemática vai muito além do que possa ser realizado numa perspectiva acadêmica, recaindo, inclusive, na própria discussão sobre o modelo proposto para provimento das vagas no NPJ. É dizer, por mais vibrante que seja a tese de que a IFES deve promover os meios para concretizar uma equipe multidisciplinar no NPJ. A dureza dos fatos revela a impossibilidade material dessa pretensão. Por isso, a gestão administrativa do NPJ deve superar esse obstáculo por meio de projetos de extensão, nos quais os recursos possam ser canalizados para fins de disponibilização de profissionais numa equipe multidisciplinar. Necessita-se de uma mudança de atitude na consagração de qualquer modelo pedagógico-curricular, especialmente quando ele decorre de expressivos investimentos da IFES.

Os projetos de extensão podem assumir as mais diversas temáticas: (a) pessoa com deficiência; (b) assistência social; (c) vulnerabilidade previdenciária; (d) proteção à mulher; (e) criança e adolescente; (f) judicialização da saúde etc. Enfim, cada temática pode assumir

<sup>38</sup> É aconselhável tratar essa pretensão administrativa como Projeto de Extensão, porquanto Projeto de Desenvolvimento Institucional, além de atrair outros condicionantes normativos (artigo 1º, §§ 1º a 3º, da Lei nº 8.958/1994), afastaria o nobre propósito de inserir o NPJ no universo de relações jurídico-sociais da IFES, pontuando uma relação interativa com a sociedade civil. Enfim, prestigiar uma atuação externa se afigura mais consentânea com a dinâmica da prática jurídica.

<sup>39</sup> Conforme a regular oferta de bolsas aos advogados privados previamente selecionados.

<sup>40</sup> Assistentes sociais, psicológicos, contadores etc. A maior envergadura dos profissionais envolvidos na equipe multidisciplinar vai depender da capacidade de o NPJ conquistar os recursos nos editais de seleção de projetos.

<sup>41</sup> Que, evidentemente, não se limitam ao direito de família ou direito penal.

matizes bem específicos, tendo em vista a diversidade de fatores que cerca cada público alvo de um NPJ.

Nesse ponto, impõe-se uma indagação: se o NPJ não for capaz de captar recursos no mercado ou na própria IFES para realizar seus projetos, como empreender uma atuação com a FAp? Aqui, não se trata de um simples dilema, mas de uma denúncia: se os docentes envolvidos, todos submetidos ao RDE, não são capazes de ventilar um novo colorido à atuação do NPJ, portanto, apenas promovendo as atividades procedimentais de atendimento de hipossuficientes, ajuizamento de ações e controle de prazos; então, resta patente que a exigência de RDE é, por tudo, desnecessária, já que, como já foi mencionado, qualquer advogado é capaz de desenvolver tal tarefa, inclusive com menor custo administrativo. A razão de ser do NPJ, como expressão de uma interação profícua entre a IFES e a sociedade, é a constituição de um complexo de atividades acadêmicas que consiga despertar captar os ecos da comunidade local e, sempre que possível, imprimir modelos de atuação administrativa capazes de superar os desafios (im)postos pela vulnerabilidade social dos cidadãos. Aqui, é preciso destacar o seguinte: a expansão das atividades do NPJ, numa relação de aprimoramento do direito com outros segmentos das ciências sociais aplicadas<sup>42</sup>, não pode ser compreendida como uma realidade dependente exclusivamente das forças econômicas da IFES, por isso, é preciso adotar novas formas de empreender as atividades do NPJ, fugindo do linear fluxo de recursos da IFES por meio de projetos de extensão financiados por recursos privados e/ou públicos. A ponte para esse propósito é, sem dúvida, a FAp.

Por fim, na promoção dos projetos acadêmicos, alguns cuidados são necessários: (a) os custos da atividade profissional devem ser mantidos pelo advogado (bolsista) de um projeto acadêmico, evitando-se o inconveniente sobre eventual questionamento sobre os custos inerentes ao regular exercício da advocacia (inscrição e anuidade); (b) eventuais honorários sucumbenciais são da IFES<sup>43</sup>, porquanto as prescrições dos artigos 21 e 23 da EOAB, sem maiores esforços exegéticos, podem ser superadas por meio de tratativas em sentido contrário<sup>44</sup>. Aqui, trata-se de um cuidado elementar, porquanto a transitoriedade da relação jurídica não comportaria a possibilidade de reivindicar parâmetros remuneratórios típicos da APF; e (c) que os advogados credenciados nos projetos de extensão não podem ser servidores da IFES (artigo 4º, § 3º, da Lei nº 8.958/1994), no que também prestigia o regular desempenho da função pública (artigos 3º, inciso I, c/c 5º, inciso III, todos da Lei nº 12.813/2013), uma vez que promove um juízo antecipado sobre possíveis favorecimentos dos servidores pelos gestores do projeto acadêmico. É verdade que todo juízo antecipado consagra alguma presunção; todavia, na hipótese, ela é aconselhável, senão todo projeto acadêmico seria uma porta para novas investidas remuneratórias dos servidores da IFES.

<sup>42</sup> FINCATO, Denise Pires. Estágio de Docência, Prática Jurídica e Distribuição da Justiça. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 06, nº 01, p. 29-38, jan./jun. 2010, p. 35-36.

<sup>43</sup> Os parâmetros da contratação, ou do fornecimento de bolsa de extensão, podem versar sobre a temática, pois, para todos os efeitos, os serviços prestados são notoriamente públicos e, claro, não há diretriz legal em sentido diverso.

<sup>44</sup> SOARES, Carlos Henrique. *Estatuto da Advocacia e Processo Constitucional*: com questões de múltipla escolha sobre o Estatuto da Advocacia e Ética aplicadas nos últimos exames da OAB. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 71.

## ■ CONCLUSÕES

Considerando-se as colocações apresentadas nos itens anteriores, cumpre destacar o seguinte:

(a) a atuação de docente, com ou sem RDE, nada se confunde com a *locus* ocupacional de um APf, muito embora, a depender da proposta pedagógico-curricular de cada NPJ, possa desenvolver atividade exclusiva de advogado no exercício do magistério e, nessa qualidade, submete-se, no que couber, à disciplina do EOAB, sem prejuízo de outras limitações próprias da ambiência pública;

(b) no NPJ, a exigência de inscrição na OAB, com a regular comprovação de exercício de advocacia, para provimento de cargos de docente submetido ao RDE, a toda evidência, faz revelar uma situação de difícil equacionamento: como exigir prática jurídica de um profissional que se dedica exclusivamente às atividades acadêmicas? O próprio RDE exclui os profissionais que atuam intensa e proficuamente na advocacia, de maneira que o concurso público acaba por selecionar apenas candidatos entregues ao magistério e com inscrição na OAB, com questionável *expertise* na advocacia. Nessa hipótese, afigura-se mais acertada a previsão de vagas para docentes sem o RDE;

(c) quando a proposta pedagógico-curricular do NPJ exige a contratação de docente com RDE, infelizmente, exsurtem questionamentos relativos ao pagamento de anuidade da OAB, percepção de honorários sucumbenciais *etc.* Todavia, mesmo nessa hipótese, por meio de projetos de extensão, é possível afastar o docente das atividades típicas da advocacia, de maneira que ele exerça, numa perspectiva mais consentânea com RDE, a coordenação pedagógica do NPJ. Na espécie, os docentes com RDE terão mais disponibilidade de tempo para dedicar-se à pesquisa sobre a área de atuação e levantar as proposições de projetos de extensão nos editais de seleção pública. Desse modo, há o enlace de duas realidades totalmente complementares: por um lado, a pesquisa sobre a prática jurídica, confiada ao docente com RDE; por outro lado, a *expertise* do profissional que se dedica à prática jurídica, cuja atuação compromissada nas demandas jurídicas representa uma experiência ímpar aos discentes; e

(d) a carência de recursos na formação de uma equipe multidisciplinar pode ser superada pela promoção de Convênios com a FAp. A constituição de projetos de extensão na área de atuação do NPJ, além de aproximar a relação entre a universidade e a sociedade, pode transformar-se num mecanismo para contornar a inviabilidade material da IFES, porquanto, mesmo que se cogite a inexistência de vagas para contador, assistente social, psicólogo *etc.*, o projeto de extensão, por meio de bolsas, pode dispor de quaisquer profissionais para atender aos objetivos do NPJ. No modelo proposto, a dinâmica do NPJ encontra-se, em grande medida, relacionada ao êxito dos projetos promovidos e, claro, como questão antecedente, na própria viabilidade de empreendê-los por meio das seleções públicas de projetos acadêmicos.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO, Tânia Mara Fonseca Mendes. Núcleo de Prática Jurídica é ou não atividade extensionista? *Anuário ABEDI*. Florianópolis, ano 03, p. 173-179, 2005.
- BALL, Stephen J. Intelectuais ou técnicos? O papel indispensável da teoria nos estudos educacionais. Tradução Márcia dos Santos Ferreira. In: BALL, Stephen J.; MAINARDES, Jefferson (Orgs.). *Políticas Educacionais: questões e dilemas*. São Paulo: Cortez, 2011.
- CARLINI, Angélica Luciá. Professor de direito: docência profissional ou profissional na docência? *Anuário ABEDI*. Florianópolis, ano 03, p. 193-199, 2005.
- FINCATO, Denise Pires. Estágio de Docência, Prática Jurídica e Distribuição da Justiça. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 06, nº 01, p. 29-38, jan./jun. 2010.
- HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Editora Decálogo, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85.
- KRELL, Andreas. *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- OLIVEIRA, Rezilda Rodrigues; PEREIRA, Francinete Paula Alves. Avaliação apreciativa de um Núcleo de Prática Jurídica. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 13, nº 02, p. 537-566, mai./ago. 2017.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Novos rumos à Gestão Pública brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 283-300.
- SANCHES, Samyra Napolini; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Núcleo de Prática Jurídica: necessidade, implementação e diferencial qualitativo. *Pensar*. Fortaleza, vol. 18, nº 02, p. 629-657, mai./ago. 2013.
- SOARES, Carlos Henrique. *Estatuto da Advocacia e Processo Constitucional: com questões de múltipla escolha sobre o Estatuto da Advocacia e Ética aplicadas nos últimos exames da OAB*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Ensino do Direito, Núcleos de Prática Jurídica e de Assessoria Jurídica. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, vol. 03, nº 06, p. 123-144, jul./dez. 2006.



## DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 95/2016

SOCIAL FUNDAMENTALS RIGHTS AS LIMITS TO CONSTITUTIONAL REFORM:  
THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE EC 95/2016

JOÃO PAULINO DE OLIVEIRA NETO\* | CID AUGUSTO DA ESCÓSSIA ROSADO\*\*

### RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a constitucionalidade do art. 110 e incisos da Emenda Constitucional 95/2016 em face do núcleo essencial da Constituição de 1988. Para isso, buscou-se ainda desenvolver a ideia de Estado Democrático de Direito e a tese de dirigismo constitucional como fonte dos pressupostos norteadores da interpretação e do próprio legislador. Houve espaço também para o estudo acerca dos direitos fundamentais e acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, bem como sua proteção pelo art.60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988. Nesse propósito, buscou-se junto à doutrina constitucional nacional e internacional o respaldo teórico para o desenvolvimento deste ensaio, que se desenvolveu com amparo no método bibliográfico, bem como, foram essenciais as lições obtidas junto aos pensadores da realidade brasileira para consubstanciar o entendimento acerca desta, no sentido de que a tese do dirigismo constitucional permanece válida para o caso brasileiro, que os direitos fundamentais não podem estar à disposição das contingências políticas e econômicas e que o art.110 e incisos introduzidos pela EC 95 /2016 no ADCT são inconstitucionais.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito; direitos fundamentais; Emenda Constitucional 95/2016.

### ABSTRACT

This work has main goal to analyze the constitutionality of the art. 110 and incises, of the Constitutional Amendment 95/2016 in the face of the core essential of the Constitution 1988. For this, was sought yet, to develop the idea of Democratic State of Law and thesis of constitutional dirigisme as source of the guiding presupposes of the interpretation and of the own legislator. There was yet space, for the study about of fundamental rights and about of the fundamentality of the social rights, as well as your protection by the art.60, §4º, IV, Federal Constitution 1988. In this regard, there was sought in the national and international doctrine the theoretical support for to development this essay, that developed with support in the bibliographic method, as well as, were essentials the lessons obtained together with the thinkers of brazilian reality for to substantiate the understanding about this, in the sense that thesis about dirigisme constitutional remains valid for the brazilian's case, that the fundamental rights they can't be disposed by political and economics contingencies and that art.110 and incises introduced by the EC 95/2016 in the ADCT are unconstitutional.

**Keywords:** Democratic State of Law; fundamentals rights; Constitutional Amendment 95/2016.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar (UnP).  
*joao.paulino28@gmail.com*

\*\* Doutorando e Mestre em Estudos da Linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).  
Graduado em Direito pela UnP. Professor do Curso de Direito da UnP.  
*cidaugusto@gmail.com*

Recebido em 29-3-2017 | Aprovado em 30-4-2017



## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO; 1 ESTADO DEMOCRÁTICO E DIRIGISMO CONSTITUCIONAL; 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO; 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E EC 95/2016; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## ■ INTRODUÇÃO

Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.  
(C. B. MacPherson)

O cenário econômico internacional é caótico desde 2008 em que grande parte dos economistas reputam ser uma das piores crises da história do capitalismo ocidental, superando inclusive do próprio *crack* de 1929. O Brasil, assim como inúmeros outros países sofrem internamente com a crise produzida lá fora, porém, tem como agravante o caos político e institucional, o qual torna possível o aprofundamento da crise econômica sem se conseguir estabelecer um projeto de salvação da economia.

Encontramos internamente um sério problema quanto ao mercado interno, temos queda dos preços das *commodities*, produtos que garantiam uma certa estabilidade econômica, tendo *pari passu* a isso, os escândalos de corrupção que também acabam por influenciar na economia e na sua desaceleração (quase estagnação). Por decorrência, temos elevadas taxas de desemprego, ao lado de um crescimento anual que não consegue alcançar 3%. E como cereja do bolo, temos a mais alta taxa de juros do mundo e galopantes juros da dívida pública que abocanham grande parte do nosso PIB anualmente. Nunca tão válida foi a afirmação de que o Brasil não é para principiantes.

Esse cenário catastrófico é o pano de fundo para as brigas políticas e institucionais na nossa república, enquanto não conseguimos encontrar saídas que estanquem a sangria da crise econômica e consiga salvar os empregos dos trabalhadores. Em bem verdade, uma das alternativas, que surgiu nesse cenário, para ser a “salvadora da pátria” é a medida proposta pelo governo encabeçado pelo atual Presidente Michel Temer (que chega ao poder de maneira, no mínimo duvidosa, após um processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff), a qual foi uma proposta de emenda à Constituição que propunha o estabelecimento de limites às despesas primárias não financeiras da União pelos próximos 20 exercícios financeiros, e propondo o mesmo para as aplicações referentes à saúde e educação, sendo aprovada e passando a vigorar como EC 95/2016<sup>1</sup>.

Apesar de instigante temática, este trabalho não tem como objetivo a discussão dos aspectos econômicos referentes à EC e suas consequências efetivas no plano macroeconômico como tal medida se propõe. Aqui, a discussão se limitará aos aspectos

<sup>1</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm)

constitucionais referentes ao art.110 e incisos inseridos pela EC 95 no ADCT, ou seja, buscará analisar a harmonização entre o dispositivo, obra do Constituinte ordinário que versa sobre os direitos sociais à saúde e à educação, e o núcleo essencial da nossa Constituição Federal.

Nessa empresa, irá se discorrer especificamente, como se formula o Estado Democrático de Direito imaginado pela nossa Constituição e esclarecendo como ainda é válida a tese do dirigismo constitucional para a realidade do capitalismo periférico, como é o caso brasileiro. Além disso, irá se traçar breves linhas acerca da evolução dos direitos fundamentais, dando ênfase especialmente às discussões sobre a fundamentalidade dos direitos sociais e sua proteção pelo art.60, §4º, IV da Constituição Federal. Por fim, far-se-á a análise do dispositivo supra mencionado e buscando demonstrar se há a sua adequação (ou não) ao núcleo normativo essencial da Constituição, a partir dos pressupostos trazidos ao longo do ensaio.

Para consecução dos objetivos deste ensaio, buscou-se junto à doutrina jurídica nacional e internacional, tanto em livros quanto em artigos disponíveis em meios digitais ou físicos, bem como em textos que se propõem a fazer uma interpretação do Brasil e de sua história, as condições para formulação do arcabouço teórico que sustenta a pesquisa e a construção dos resultados que serão apresentados, nos valendo para tanto, do método bibliográfico. Cabe salientar, que é mister para o pleno desenvolvimento da pesquisa o respaldo teórico acerca de como se construiu o Estado brasileiro, para se ter clareza sobre quais construções teóricas jurídicas podemos nos perfilar para atender às necessidades que são intrínsecas a nossa complexa e singular realidade sócio-histórico-política.

## 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PERMANÊNCIA DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Antes de se adentrar na discussão sobre aspectos, características e etc., acerca da temática que se anuncia no título, é mister, inclusive para melhor compreendê-las, que se disserte, ainda que brevemente apesar de instigante tema, sobre o contexto sócio-histórico-político em que elas se desenvolvem, ou como prefere Streck<sup>2</sup> a tradição na qual se assenta e desenvolve ambos os temas (direitos fundamentais e controle de constitucionalidade), quer dizer: traçar linhas sobre o Estado Democrático de Direito, seu sentido e inclusive sobre a própria história.

Se torna imprescindível para a devida compreensão da construção do Estado Democrático, atentar para a evolução do que seja o próprio Estado. Este, após, especialmente a Revolução Francesa, ganha feições daquilo que podemos chamar de Estado Liberal de Direito e que passa a impor aos poderes estatais limites para seu agir, de índole essencialmente absentéista, de maneira a garantir o livre desenvolvimento do indivíduo.

Por outro lado, em determinado momento da história, quando a classe outrora dominada, ascende à dominante (diga-se, a burguesia que formava o Terceiro Estado na França), as circunstâncias e as necessidades da nova classe dominada começa a se impor e exigir mudanças significativas no Estado, exigindo que passe a garantir, a agir efetivamente

---

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

para alterar as condições materiais e possibilitar a igualdade de oportunidade, configurando o que se pode chamar de Estado Social de Direito, que culmina por exemplo nas constituições mexicana de 1917 e da República de Weimar de 1919 que trazem importante conteúdo social<sup>3</sup>.

Na esteira dos acontecimentos produzidos por regimes totalitários, como o Nazismo, que, com suas leis antisemitas, com campos de concentração e principalmente, com a “solução final”, possibilitaram a instituição do terror, do genocídio e das mais abomináveis práticas, como política de Estado, surge na Europa um novo movimento que acaba por culminar na construção de Constituições que possuem força normativa e trazem incorporados nos seus textos, como disposição intangível, o respeito pela dignidade humana e a instauração de um Estado Democrático de Direito, a exemplo da Constituição da Quinta República Francesa, a Costituzione della Repubblica Italiana e a *Grundgesetz* (Lei Fundamental Alemã).

Por sua vez, é indispensável discutir como o mesmo processo que na Europa leva a um novo movimento constitucionalista atraca em terras brasileiras. Inicialmente, é de se destacar que o Brasil (assim como a América Latina) passou por um deletério processo de colonização exploratória, o que impôs dificuldades no que diz respeito à acumulação, circulação e distribuição do capital, tendo somado a isso a formação do Estado brasileiro, sustentado em acordos e dominações das classes dominantes formando-se patrimonialismo-estamental<sup>4</sup> que mostra sua face até hoje. Por outro lado, o país não possui uma história que bem conviva com a democracia, demonstrando, em sua história recente, seu cariz autoritário ao longo de 21 anos de regime militar a partir de 1964. Como resultante desses diversos fatos, a consequência inevitável é o não cumprimento das promessas da modernidade, legando ao povo brasileiro, a estagnação, retrocesso e a abissal desigualdade social<sup>5</sup>.

Nesse complexo contexto, sócio-histórico-político-econômico, carregando ainda a responsabilidade de dar fim ao regime ditatorial, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nossa Carta Política, segue o que fora proposto nas constituições europeias, especialmente a portuguesa e espanhola, instaurando um Estado Democrático de Direito e trazendo um catálogo vasto de direitos fundamentais.

Desse novo cenário, em que temos uma Constituição com força normativa, o pluralismo político, a garantia dos direitos fundamentais e um programa político de desenvolvimento social como núcleo do programa constitucional, com Streck e Bolzan, podemos aduzir que “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade”.<sup>6</sup>

De tal maneira, trata-se de validar o ideal do Estado Social possibilitando uma igualdade material, visando colmatar as lacunas da desigualdade, sem por sua vez deixar de lado as garantias individuais caras a um regime democrático. Nesse sentido, é dizer que:

<sup>3</sup>BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

<sup>4</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>6</sup> *Idem*, p.98.

O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.<sup>7</sup>

De tal modo, a ideia democrática exurgida do segundo pós-guerra e pós-ditadura, tem um cariz substancial, que coloca como horizonte a utopia da transformação da realidade na qual o texto constitucional está inserido. É, pois, garantir substancialmente as liberdades e não meramente em um aspecto formalmente considerado. E nessa empresa, juntamente com Streck e Bolzan podemos afirmar, como principiologia do Estado Democrático de Direito, a vinculação a uma Constituição, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, Justiça Social, igualdade, separação das funções do Estado, legalidade, segurança e certeza jurídicas<sup>8</sup>.

Como se percebe, não se trata apenas de alterações “ornamentais”, mas de alterar o próprio paradigma a partir do qual se pensa sobre Estado e Direito, e também a Política, haja vista que como se depreende do próprio texto constitucional<sup>9</sup> existe no seu núcleo um programa político que nos coloca no caminho em direção a uma sociedade bem diferente da que temos, pois como afirmam Streck e Bolzan “[...]a Constituição de 1988 parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é por isso que o texto — dirigente e compromissório — aponta para esse desiderato”<sup>10</sup>.

Nessa quadra, é importante ressaltar (e esclarecer) a afirmação de que a Carta de Outubro, se trata de um texto compromissório e dirigente, dando relevo mais uma vez, à dimensão política que nosso Texto Fundamental possui, de maneira que isso implica diretamente não apenas em exigências ao legislador como à própria sociedade.

A tese do dirigismo constitucional tem sua elaboração primeira, pode-se dizer, com o alemão Peter Lerche, mas em terras brasileiras teve difusão a partir do trabalho do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. A tese do eminente pensador lusitano, que em certa medida é a ampliação do projeto esboçado por Lerche, se trata de conceber a Constituição em seu todo como dirigente, e vinculando, portanto, o legislador em grande medida e estabelecendo ações positivas por parte do Estado.

Não obstante, com o crescimento do neoliberalismo e o crescimento de movimentos desregulamentadores, diversos autores demarcam posicionamento de crítica ao dirigismo constitucional, inclusive, o próprio Canotilho que faz uma revisão de sua tese, haja vista, entenderem que há intervenção demasiada e substituição da política pelo direito. Nesse mesmo contexto, sobressalta-se não apenas a crítica (e crise) da Constituição Dirigente, mas também as crises da própria Constituição e do Estado, implicando, portanto, que é necessário

<sup>7</sup> BONAVIDES, *op.cit.*, p.204.

<sup>8</sup> *op.cit.*, p.99 *et seq.*

<sup>9</sup> Vide os arts. 1º e 3º da Constituição 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”; “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>10</sup> *Op.cit.*, p.105.

compreender a Constituição e o Estado, não isoladamente, mas inter-relacionados entre si, e com a própria sociedade<sup>11</sup>.

Nesse sentido, para superar essas crises é preciso uma compreensão que vislumbre a relação necessária entre Estado e Constituição juntamente com a própria sociedade, principalmente, pelo fato que é necessário que a Constituição esteja direcionada para a realidade na qual ela está inserida. Exatamente por isso, a Lei Fundamental brasileira de 1988, demonstra seu caráter dirigente e vinculativo, quando nos deparamos com a realidade nacional, em que os compromissos do desenvolvimento produzidos pela modernidade não se cumpriram devido a fatores próprios da nossa realidade. Desse modo, é fundamental não uma Teoria Geral da Constituição e do Estado, mas uma Teoria da Constituição e do Estado compatíveis com a suas realidades. Como assinalam Streck e Bolzan:

A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo não há 'um constitucionalismo', e, sim, vários constitucionalismos<sup>12</sup>.

Nesse mesmo aspecto, o debate acerca do dirigismo constitucional e de sua normatividade, ganha reforço quando retomamos o pensamento do eminente jurista alemão Konrad Hesse, ao elaborar importante crítica sobre a dicotomia estabelecida por Ferdinand Lassale, que afirmava a existência de duas constituições, uma real e outra jurídica; aquela resultaria das relações fáticas estabelecidas na sociedade, e esta seria mera folha de papel. No sentido de superar tal dicotomia, Hesse disserta sobre a normatividade do texto constitucional, propondo uma nova relação entre a "Constituição real" e a "Constituição jurídica", aspecto que dá enorme contribuição para a discussão sobre o dirigismo constitucional.

Para a empresa de ir além da dicotomia proposta por Lassale, Hesse propõe que a Constituição real e a jurídica, não estão cindidas, mas ao contrário, estabelecem uma relação necessária entre si; analisar isoladamente aquela, implicaria estar à mercê das relações sociais sem critério normativo algum, esvaziando as possibilidades do texto constitucional; por outro lado, levar em consideração apenas a jurídica, importa retirar da Lei Fundamental as suas possibilidades junto à realidade. Pertinente, portanto, trazer à colação as palavras do próprio Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes

<sup>11</sup> BERCOVICI, Gilberto. La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution. *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romania, v. 20, p.1-33, 2011. Disponível em: <[http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la\\_constitution.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2016.

<sup>12</sup> *Op.cit.*, p.109.

formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas<sup>13</sup>.

É de fundamental importância o magistério do nobre jurista germânico, quando o pensamos juntamente com a proposta da Constituição Dirigente. Ao nos depararmos com a realidade na qual estamos inseridos, em que as desigualdades são proeminentes e com uma história que se repete ao passar dos anos, e por outro lado, analisamos nosso Texto Magno de 1988, torna-se evidente, que “Elle se propose, donc, à considérer le sens, la réalité sociale à laquelle elle appartient, sa dimension historique et sa prétention de transformation”<sup>14</sup>. Em vista do já exposto, é fundamental a afirmação da força normativa do texto constitucional brasileiro e o seu caráter dirigente, “pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população”<sup>15</sup><sup>16</sup>.

Neste ponto, cabe nota para o esclarecimento de que a tese da Constituição Dirigente, não se presta à ideia equivocada de substituição da política pelo direito; substituir o legislador pelo magistrado. A proposta em verdade, se trata de dar direcionamentos à política para consagração de uma sociedade justa e solidária, como aspirações ratificadas no pacto firmado no momento constituinte e para além deste momento mesmo. Nesses termos, se trata de afirmar que “La Constituttion Dirigeante cherche rationaliser la politique, incorporant une dimension matérielle qui la légitime, au moment où elle établit un fondement constitutionnel à la politique”<sup>17</sup>.

Numa última palavra sobre essa matéria, é sobremodo conveniente a lição do eminente constitucionalista brasileiro Lênio Streck, o qual sentencia que

A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofamento em que convergem a dimensão democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de 'essência' do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 14-15.

<sup>14</sup> BERCOVICI, *op.cit.*, 2011, p. 11. “Ela se propõe, portanto, a considerar o significado, a realidade social a qual pertence, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação”. (Tradução nossa.)

<sup>15</sup> BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n. 142, p.35-51, abr. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 07 dez. 2016. p.36.

<sup>16</sup> No que diz respeito às normas programáticas, podemos dizer, resumidamente, que elas são “[...] disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.” (BARROSO, 2006, p.114). Tais normas são “um programa político incorporado ao ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, dotado de eficácia prevalente em relação às normas legais ordinárias.” (CRISAFULLI, 1952, p.104 *apud* BARROSO, 2006, p. 115).

<sup>17</sup>BERCOVICI, *op.cit.*, 2011, p. 15. “A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão material que a legitima, no momento que estabelece um fundamento constitucional para política.” (Tradução nossa).

<sup>18</sup> STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p.118.

Dessa maneira, restam inócuas as críticas que afirmam que a ideia de dirigismo constitucional pretende ocupar o lugar da política. Em bem verdade, se trata justamente do contrário, pois não há possibilidade de efetivação do programa constitucional sem a política, importando que haja uma convergência e todas as funções estejam interligadas. Nesses termos, quer se afirmar que “La politique se manifeste non seulement dans l'instauration de la Constitution (le pouvoir constituant originaire) mais également dans les moments suivants d'effectuation de l'ordre constitutionnel par une politique constitutionnelle”<sup>19</sup>, restando claro, portanto, que política, Constituição e sociedade, se interligam fundamentalmente.

Feita essa breve exposição acerca do que seja o Estado Democrático de Direito e a importância do dirigismo constitucional para países do capitalismo periférico, no caso o Brasil, pode-se passar para a discussão acerca dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, já que são a matéria-prima para o desenrolar deste ensaio.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesse contexto, em que se tem uma mudança paradigmática de salutar relevância no que diz respeito à compreensão acerca de Estado, direito e política, após o período do segundo pós-guerra, encontramos na discussão sobre direitos fundamentais o *locus* para rediscutir inclusive a própria democracia tão cara a esse novo modelo que se propõe, ainda, a ser transformador da realidade na qual está inserido, como já dito, com especial importância para países da periferia do capitalismo em que ainda não alcançaram níveis razoáveis de condições mínimas de sobrevivência com dignidade, devido a longos e penosos processos que a própria história demonstra.

Não diferindo-se desse quadro, também está o Brasil que se construiu em bases autoritárias e de permanente estreitamento do espaço público de discussões, havendo, por vezes (para não dizer sempre) a confusão entre o público e o privado, em que sequer uma ideia mesma de república conseguiu lograr êxito em seu intento<sup>20</sup>. Dessa forma, uma ideia de Constituição passa a ter vínculo necessário com a ideia de direitos fundamentais, importando, por sua vez, em significativo vínculo com a própria democracia.

De tal modo, se torna intangível tratar dos direitos fundamentais, haja vista que eles são a matéria-prima normativa que asseguram sustento para o desenvolvimento da ideia na qual se alicerça não apenas este ensaio, mas toda uma tradição que se propõe a construir e dar efetividade ao que consagra o Texto Fundamental da nossa república. Neste sentido, trazer à colação a magistral lição de Lenio Streck é de grande relevo:

<sup>19</sup> BERCOVICI, *op.cit.*, p.11. “A política se manifesta não somente na instauração da Constituição (o poder constituinte originário) mas também nos momentos seguintes de efetuação da ordem constitucional, por uma política constitucional.” (Tradução nossa).

<sup>20</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um 'desde-já-sempre', condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de-ser-no-mundo<sup>21</sup>.

Sendo assim, significa dizer que a relação entre direitos fundamentais e democracia, condiciona o próprio agir do Estado (e também dos particulares) limitando-o e apresentando as premissas de onde se deve partir; portanto, direciona os passos em direção ao futuro, mas sem esquecer do passado como forma de não permitir que novamente se torne o presente.

Dito isso, é salutar, que tenhamos como norte a ideia de que os direitos fundamentais criam e mantêm as condições básicas, elementares para uma vida em liberdade e que tenha respeito às próprias condições de dignidade humana, sendo por sua vez, em sentido mais estrito, aqueles direitos, os quais a própria ordem jurídica vigente incorpora e qualifica como tais, ou seja, fundamentais<sup>22</sup>.

Nessa quadra é interessante notar que é possível se perceber um aspecto que leva em consideração os direitos fundamentais em uma dimensão formal, ou seja, se considerando fundamentais aqueles direitos que assim são designados pela própria constituição e aqueles direitos que recebem da Constituição grau elevado de garantia ou segurança no que diz respeito à sua imutabilidade ou dificuldade de modificação.<sup>23</sup>

Por sua vez, é notável (e necessária) a existência de uma visão material acerca dos direitos fundamentais, dando, portanto, conteúdo a tais direitos. Neste sentido é importante o magistério do ilustre constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides que traz a lição do pensamento germânico schmittiano aduzindo que

[...]ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.<sup>24</sup>

Demonstrado isso, torna-se evidente que tais direitos (assim como já se falou retro, acerca da própria Constituição) não podem ser vistos de maneira desvinculada da sua realidade, bem como não podem ser considerados do ponto de vista meramente jurídico, quer dizer, em um ponto de vista exclusivamente normativo, por seu status constitucional. É de relevante importância se compreender os direitos fundamentais, em perspectiva que conceba-os a partir de seu conteúdo histórico e demarcador de um processo civilizatório, quer dizer, que os analise dentro da própria história e de seu devir, garantindo-os para além da própria ordem jurídica, mas também como instrumento de transformação de determinada

<sup>21</sup> STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, op.cit., p.125.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.575.

realidade, importando, dessa forma, em um conteúdo histórico e civilizatório. Isso pode ser ratificado, a partir das pertinentes palavras de Georges Abboud para quem,

Outrossim, conceber os direitos fundamentais como conquista histórica da formação política e jurídica dos Estados permite que se evite o ressurgimento de situações históricas que se caracterizam pela restrição ou suspensão dos direitos fundamentais. Quando os direitos fundamentais são colocados como produto histórico oriundo de processo civilizar, qualquer situação de restrição ou eliminação desses direitos poderá ser considerada ilegítima em virtude de evidente retrocesso social.<sup>25</sup>

Dito isso, é sobremodo conveniente trazer à lume a discussão sobre as dimensões<sup>26</sup> dos direitos fundamentais, o que implica, por sua vez demonstrar justamente esse conteúdo histórico e como eles vão se acumulando e complementando, na empresa de impor os limites ao arbítrio estatal e também exigirem, quando necessário, a intervenção do mesmo. Sendo assim passamos a um esboço das dimensões dos direitos fundamentais.

## 2.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Nessa seara, há entendimento, em grande medida pacificado, no sentido da existência de três dimensões de direitos fundamentais. Curiosamente, quase como um vaticínio, tais dimensões coincidem exatamente com o lema da Revolução francesa: “*Liberté, Égalité, Fraternité*”. Respectivamente, atribui-se liberdade aos direitos de primeira dimensão, igualdade aos direitos de segunda dimensão e fraternidade aos direitos de terceira dimensão. Por outro lado, não ostentando tanta pacificação como os anteriores, há autores que sustentam a existência de direitos fundamentais de quarta, quinta e até mesmo de sexta dimensão. No entanto, para os limites deste ensaio nos restringiremos a uma breve explanação acerca das três primeiras dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, apesar de deitar raízes desde os primórdios da própria modernidade, porém, no âmbito de sua consagração nas Constituições escritas pode-se afirmar que seja obra do pensamento liberal-burguês do século XVIII especialmente a partir da influência do iluminismo. Correspondendo, como já dito, à esfera da liberdade,

<sup>25</sup> ABOUD, Georges. *O processo civilizador e os direitos fundamentais. História e Cultura*, [s.l.], v. 4, n. 3, p.140-155, 16 dez. 2015. p.144

<sup>26</sup> É conveniente indicar a opção pela nomenclatura de “dimensões” em vez de “gerações” para se evitar possíveis equívocos que esta nomenclatura pode trazer, possibilitando entendimento de que haja com passar do tempo uma substituição dos direitos. De tal sorte, preferiu-se utilizar para este trabalho o termo “dimensões” para entender-se que entre os direitos fundamentais de uma dimensão para outra há uma cumulatividade, complementariedade entre si. Neste sentido cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.45 e ss.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.<sup>27</sup>

Podemos dizer, que são os direitos que surgem no nascedouro do pensamento constitucional ocidental e que “[...] continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados”<sup>28</sup>. É válido dizer que na nossa Lei Fundamental de 1988 esses direitos se encontram albergados especialmente — mas não apenas — em seu art.5º e seus incisos.

No que concerne aos direitos fundamentais de segunda dimensão, daremos breve nota haja vista que se guardará tópico específico para tal discussão. Nos dizeres de Paulo Bonavides esses direitos “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”<sup>29</sup>. Dessa forma, percebemos que tais direitos carregam consigo uma exigência de ação por parte do Estado, ou seja, uma interferência materialmente considerada.

Quanto aos direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade chamou a atenção pelo seu maior grau de compromisso com um projeto de humanidade. Podemos dizer que são o

[...] resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.  
30

Pode-se dizer que os direitos de fraternidade se desligam da ideia de indivíduo em si, como partícula, quer dizer: tais direitos guardam correspondência não com o indivíduo como uma estrela do céu, mas tendo-o como parte de uma constelação a ser observada. Dessa forma, podemos afirmar que “Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”<sup>31</sup>. Considera-se como exemplo, o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente, este inclusive, que tem guarida expressa no nosso texto constitucional no art.225.

Ditas essas breves palavras sobre a evolução dos direitos fundamentais, podemos passar a uma análise mais pormenorizada acerca dos direitos fundamentais sociais, haja vista se tratar da temática levantada por este trabalho a uma análise mais pormenorizada acerca dos direitos fundamentais sociais, haja vista se tratar da temática levantada por este trabalho.

<sup>27</sup> BONAVIDES, *Curso...*, *op.cit.*, p.578.

<sup>28</sup> SARLET, *A eficácia...*, *op.cit.*, p.47.

<sup>29</sup> *Curso...*, *op.cit.*, p.578.

<sup>30</sup> SARLET, *A eficácia...*, *op.cit.*, p.49.

<sup>31</sup> BONAVIDES, *Curso...*, *op.cit.*, 583-4.

## 2.2 Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988

Como já se salientou anteriormente os momentos históricos influenciam diretamente na construção das Constituições e dos valores que nelas serão consagrados como fundamentais. A partir disso e levando em consideração os inúmeros âmbitos que nosso Texto Magno visa albergar, possuindo assim um catálogo inesgotável de direitos fundamentais, resta clara a opção do Constituinte por um procedimento analítico, seguindo trilha semelhante do Legislador Originário português, por exemplo. É completamente compreensível essa opção, haja vista, que a nossa Constituição é construída logo após um longo período ditatorial. Nas palavras de Ingo Sarlet,

[...] o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos<sup>32</sup>.

Nessa quadra é mister dizer, que não se trata de uma salvaguarda apenas em relação aos “direitos de defesa” (ou seja, os de primeira dimensão), mas também direitos sociais. Pode-se afirmar, que se trata de uma dupla salvaguarda: por um lado busca-se não permitir que suprima o que já se conquistou (aspecto que será melhor discutido posteriormente) e, também, por outro lado, tende-se a uma exigência de permanente busca em garantir uma plena efetivação de tais direitos.

É de se elogiar o nosso Constituinte pela sensibilidade de perceber as nossas condições sócio-históricas-econômicas que relegam à grande parte do povo brasileiro condições sub-humanas e alçar ao plano de norma constitucional fundamental direitos que possibilitem uma igualdade para além da mera formalidade. Isso se evidencia ao percebermos que nossa Constituição em diversas partes de seu texto demonstra sua preocupação com a dimensão social, ao trazer expressamente dispositivos para isso voltados, como o art.6º, o Título VIII, no próprio art.170 e em inúmeros outros. Sendo assim, passamos a uma discussão acerca dos direitos fundamentais sociais.

Esses direitos de segunda dimensão, também entendidos como direitos à prestação, possuem nascedouro histórico, principalmente, a partir do momento em que o modelo liberal do Estado de Direito, começou a entrar em colapso devido ao descompasso produzido pela mera dimensão formal da ideia de igualdade. De modo a responder a esses anseios, passou-se a garantir direitos que exigem do Estado uma prestação, permitindo, assim, a ideia de uma igualdade material. Desse modo, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”<sup>33</sup>.

Diante da cumulatividade entre as dimensões, tais direitos permanecem, assim, presentes no núcleo essencial das modernas constituições, apesar de que, seja possível afirmar o fato de eles possuírem um caráter emancipatório quando colocados frente à realidades como a brasileira e tendo seus conteúdos ampliados pela própria ideia de

<sup>32</sup> A eficácia..., *op.cit.*, p.66.

<sup>33</sup> SARLET, *idem*, p.47.

democracia. Nessa mesma esteira, é de grande relevo, portanto, o magistério do professor Paulo Bonavides, ao afirmar que

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade 'objetivada', atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser 'criados', fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração<sup>34</sup>.

Aqui já se esboça resposta para críticas que aduzem o caráter não fundamental dos direitos sociais, partindo de uma interpretação reducionista do espectro de proteção dada pelo Constituinte a esses direitos sustentada por um ideário liberal, em que não há como se conceber tais direitos como fundamentais, haja vista, não se tratarem de direitos de defesa, ou seja, que guarnecem a liberdade; em verdade, pressupõem a igualdade em sua dimensão meramente formal.

Tal crítica, em nosso ver, queda vazia por não levar em consideração que ao lado de direitos a prestações em sentido estrito<sup>35</sup>, portanto, que existem o “fazer” estatal, encontramos direitos sociais que exigem justamente o contrário, visando garantir as liberdades sociais, como exemplo podemos citar a liberdade de associação sindical, direito de greve e entre outros, que se encontram no espectro de direitos sociais, mas possuem feição de típicos direitos de defesa.

Ainda acerca dos argumentos que pretendem “desclassificar” os direitos sociais como direitos fundamentais é salutar dizermos que o próprio Texto Magno não esboça qualquer distinção entre direitos fundamentais de índole individual e os de índole social. Para tanto, basta vermos que o próprio texto constitucional prevê elementos que visam a efetivação de tais direitos, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Depreende-se o mesmo, ao analisar-se o §1º do art.5º da nossa Constituição, que afirma a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais; bem como há clara harmonia com a concepção de fundamentalidade dos direitos sociais e o nosso ordenamento constitucional, a partir da abertura material produzida pelo §2º do art.5º<sup>36</sup>.

Por sua vez, é mister que possamos desenvolver a ideia de que tais direitos são, a partir do ponto de vista das condições materiais, fáticas, pressupostos para o próprio exercício da liberdade. Como nos diz Paulo Bonavides,

Mas em verdade a maior das garantias constitucionais (e não apenas das garantias institucionais) seria indubitavelmente aquela que produzisse os pressupostos fáticos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se

<sup>34</sup> *Curso...*, *op.cit.*, p.581

<sup>35</sup> “São direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 499.

<sup>36</sup> Cf. SARLET, *op.cit.*, p.85 *et.seq.*

converteria numa ficção, conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração.<sup>37</sup>

É ainda salutar dizer, que não há como buscar a retirada do caráter fundamental dos direitos sociais pois seria retirar a alma da concepção de Estado consagrado pela nossa Constituição. O princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais, são características elementares da própria natureza do Texto Magno, quer dizer, correspondem a dimensões que formam a própria identidade constitucional.

Em bem verdade, garantir a fundamentalidade (e por corolário, a normatividade) dos direitos sociais dando azo a um plano de sua efetividade, se trata de garantir a própria condição de exercício da cidadania e garantir o próprio Estado de Direito (que como bem salienta Paulo Bonavides, em países periféricos só vingam estando atrelado ao Estado Social); é superar o modelo social vigente de subintegração e sobreintegração<sup>38</sup> em que apenas uma parte da população usufrui das benesses do Estado Constitucional. Dessa forma, “[...]na medida em que se reduz a eficácia jurídico-normativa das declarações constitucionais de direitos, fortifica-se sua função simbólica”<sup>39</sup>. Função simbólica que cumpre o objetivo de manutenção de um *status quo* que impossibilita o caráter transformador imanente de um Estado Democrático.

Do que se esboçou chega-se a inevitável conclusão de que não só direitos fundamentais de defesa, mas também os de natureza prestacional, ou seja, os sociais, se traduzem em verdadeiros parâmetros de avaliação de constitucionalidade das normas, tanto infraconstitucionais quanto normas que visem a emenda à Constituição, sendo esta dimensão que muito será útil para a discussão do presente ensaio.

Passa-se a análise do controle de constitucionalidade das normas no ordenamento pátrio, a partir dos direitos fundamentais, e como se harmoniza (ou não) com estes a emenda à Constituição de número 95, que durante seu trâmite ficou conhecida como PEC do Teto dos Gastos Públicos que institui um novo regime fiscal. Sendo objeto nos limites desta análise, as disposições concernentes aos serviços de saúde e educação, haja vista serem eminentes direitos sociais nos termos já esboçados ao longo deste trabalho.

### **3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/16**

Quando falamos em controle de constitucionalidade importa antes de mais nada ressaltarmos que a Constituição se encontra na cimeira da estrutura normativa constituída e que é parâmetro de validade para as demais leis. Na contemporaneidade, o Estado é Estado Constitucional alçando como princípio reitor o princípio da supremacia da Constituição, estando as demais leis à disposição para apreciação de sua harmonia com o texto

<sup>37</sup> *Curso...*, *op.cit.*, p.582.

<sup>38</sup> Para melhor compreensão sobre, cf. NEVES, Marcelo. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p.253-277, 1994.

<sup>39</sup> NEVES, *idem*, p.267.

constitucional. Lição esta que podemos encontrar já nos artigos de O federalista os quais já diziam que “[...]ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”<sup>40</sup>, pois,

Negar esto equivaldría a afirmar que [...]los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran em virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben”<sup>41</sup>.

Advém também do pensamento jurídico norte-americano o desenvolvimento da tese do *judicial review*, a partir do paradigmático caso de *Marbury v. Madison* (o qual infelizmente não poderá se traçar mais linhas aqui) que legou para todo o pensamento constitucional ocidental uma de suas principais inovações, originando também uma das modalidades de controle de constitucionalidade, qual seja, o controle difuso<sup>42</sup> que encontra junto com o controle concentrado<sup>43</sup> espaço no modelo brasileiro, sendo guardado ao Supremo Tribunal Federal (STF) a competência para exercer o concentrado.

A inconstitucionalidade do ato normativo pode ser formal, ou seja, vícios que dizem respeito à “dinâmica” (daí ser também chamada de *inconstitucionalidade nomodinâmica*), ao procedimento a ser seguido no processo de elaboração do ato normativo<sup>44</sup>. Podendo ser ainda por vício material (ou *inconstitucionalidade nomoestática*) correspondendo a uma contradição entre o conteúdo do ato normativo e o conteúdo da própria Constituição.

Os limites materiais se afirmam, principalmente, para garantir a identidade constitucional e o próprio projeto que nela encontra abrigo. Daí a importância que se tem os direitos fundamentais, justamente para averiguação da compatibilidade do ato normativo e a Constituição, seja a partir dos limites explícitos quanto dos implícitos<sup>45</sup>, estes que “[...]decorrem do núcleo político da Constituição, das conexões de sentido da Constituição entendida a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito”<sup>46</sup>.

Por sua vez, se há a impossibilidade de lei infraconstitucional estar em desacordo com a Constituição, evidentemente, o mesmo ocorre com propostas de emenda à Constituição, que inclusive encontram limites materiais expressos no próprio texto constitucional no art.60,

<sup>40</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El federalista*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p.332. “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido.” (Tradução nossa)

<sup>41</sup> *Idem*. “Negar isto equivaleria a afirmar que [...] os representantes do povo são superiores ao povo mesmo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, senão inclusive o que proibem.”

<sup>42</sup> “Diz-se que é controle *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2012. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.69.

<sup>43</sup> “No sistema concentrado, o controle de constitucionalidade, é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal.” (*Idem*, p.70).

<sup>44</sup> Por exemplo, Lei Complementar que seja aprovada por maioria simples, importando em patente inconstitucionalidade por descumprir o mandamento do art.69 da Constituição Federal.

<sup>45</sup> SARLET, *op.cit.*

<sup>46</sup> STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p.819-820.

§4º e seus incisos<sup>47</sup>. Nesse sentido ainda, é sobremodo relevante trazeremos à baila a lição do mestre gaúcho Ingo Sarlet que discorrendo sobre a matéria nos traz a importante afirmação de que

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração<sup>48</sup>.

A preocupação do Constituinte em estabelecer as chamadas “cláusulas pétreas” não é injustificada. Mirando o futuro, com os olhos na própria história, resta evidente que o legislador Originário se preocupou que o novo pacto social, firmado após longo período ditatorial, e principalmente, o próprio esqueleto que sustenta o corpo estatal, pudessem sofrer com tentativas de alteração que lhes aniquilassem e juntamente com eles, as possibilidades de uma sociedade democrática. Sendo assim, não surpreendente a presença dos direitos e garantias individuais nesse rol. No entanto, há questionamentos se apesar de não expressamente presentes nesse dispositivo, os direitos sociais se encontram albergados no mesmo, temática a qual passamos a discutir.

A necessidade de se afirmar e garantir que os direitos sociais estão protegidos pelo IV do §4º do art.60 da Constituição frente aos críticos que asseveram o contrário, nos aponta antes de mais nada uma crise paradigmática e a não recepção, por grande parte dos juristas, das mudanças trazidas pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra. Tal necessidade é reflexo daquilo que Luís Alberto Warat chamou de senso comum teórico dos juristas, sendo isto, o lugar comum de onde os juristas partem; pode-se dizer que é a fonte ideológica de suas interpretações. Ao fim e ao cabo, cumpre função de assegurar a manutenção das relações de poder que se estabelecem<sup>49</sup>.

Sendo assim, a partir do paradigma liberal-individualista que está no cerne do tal senso comum teórico, queda impossibilitada a proteção aos direitos sociais à supressão através de emenda constitucional, haja vista, sua interpretação (e modo de pensar) reducionista que não se abre à interpretação de nossa realidade juntamente com a Constituição, possibilitando assim um “ir além” que torne visível e dê efetividade à garantia dos direitos fundamentais sociais, tal qual os direitos e garantias individuais. Afinal, “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”<sup>50</sup>.

Desse ponto, já nascem as inconsistências do discurso dos defensores da interpretação restritiva do dispositivo constitucional. Apesar de alguns direitos sociais implicarem um agir do Estado, eles encontram como objetivo a garantia da liberdade e têm como titular o próprio

<sup>47</sup> “Art.60... § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” Constituição Federal de 1988.

<sup>48</sup> *op.cit.*, p.430-31

<sup>49</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>50</sup> *BVerfGE* 33, 303 (331) *apud* ALEXY, *op.cit.*, p.439).

indivíduo, ou seja, se tratam de construir as condições fáticas de exercício às quais são necessárias para que o indivíduo possa se desenvolver na própria comunidade na qual está inserido; retirar a possibilidade dessa construção, na periferia do capitalismo, é por sua vez a retirada das próprias condições de dignidade do homem.

Ao trazer expressamente sua opção por um Estado Democrático de Direito, o texto constitucional traz juntamente, toda a tradição que alicerça essa construção, importando vincular e dar força normativa a tais conteúdos basilares, dentre eles está a de que vinculado ao Estado Democrático, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual exige do Estado sua proteção e respeito. É nessa esteira que o próprio constituinte elabora o art.3º<sup>51</sup> do nosso Texto Maior, estabelecendo objetivos a serem cumpridos pelo Estado (e pela sociedade). Ainda que se referindo à Lei Fundamental alemã, pertinente são as palavras de Hesse: “O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa”<sup>52</sup>.

É inevitável a constatação de que a partir do nosso texto constitucional o princípio do Estado Social compõe nosso ordenamento, integrando *de anima* da nossa ordem. É inerente ao nosso Pacto Maior, a ideia da justiça social, a qual se faz expressamente presente em diversos dispositivos constitucionais, inclusive os que dizem respeito à ordem econômica.

Buscar justificativa para restringir o âmbito do inciso IV do §4º do art. 60, afirmando o cunho programático das normas que estabelecem fins ao Estado, além de esvaziar por completo os direitos sociais, ao se

[...]descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de 'meios' aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade)<sup>53</sup>

É do próprio Texto Magno que encontramos os direcionamentos que nos colocam na trilha de um Estado Social, não apenas como critério de ação, mas de própria interpretação. De modo que interpretação da Constituição estaria se desvencilhando de seus

[...]vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração<sup>54</sup>

Desse modo, é patente que os direitos sociais (e o princípio do Estado social que exsurge da identidade constitucional) guardam intrínseca relação com a garantia da própria

<sup>51</sup> Cf. Nota 1.

<sup>52</sup> *Elementos...*, *op.cit.*, p.175

<sup>53</sup> STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p.146

<sup>54</sup> BONAVIDES, *Curso...*, *op.cit.*, p.675

dignidade da pessoa humana, haja vista, que sem garantir aqueles, esta fica esvaziada de suas possibilidades de realização concreta-social.

Dito isso, é boa hora se introduzir no debate a discussão acerca da EC 95/2016, que ficou conhecida como PEC do Teto de Gastos a qual estabelece um novo regime fiscal inserindo novos artigos ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) tratando da redução da despesa primária não financeira da União, ou seja, é o congelamento de tais despesas ao longo de 20 anos com reposição inflacionária a cada ano. No entanto, para os limites deste ensaio nos limitaremos a tecer considerações ao art.110 e seus incisos o qual foi inserido pela emenda constitucional no ADCT.

O referido artigo dispõe que as ações e serviços públicos de saúde e educação seguirão o mesmo que foi estabelecido para as despesas primárias, quer dizer: a saúde e educação terão o equivalente ao exercício anterior mais a reposição inflacionária por 20 exercícios. É justamente esta disposição que será objeto de análise de constitucionalidade, nos limites deste ensaio, a partir das premissas anteriormente já estabelecidas, ou seja, desde a perspectiva do dirigismo constitucional aos direitos sociais como protegidos de inalterabilidade pelo disposto no art.60, §4º, IV.

O primeiro ponto a se destacar é de que a medida proposta se trata praticamente revogar as vinculações orçamentárias<sup>55</sup> constitucionais estabelecidas pelos art.198, §2º, I e art.212, ambos da Constituição Federal, que garantem pelo menos 15% e 18% para aplicação em serviços de saúde e educação, respectivamente. Em verdade, o legislador constituinte buscou viabilizar, para além das contingências político-econômicas, a concretização dos referidos direitos sociais. Em grande medida é deixar parte dos recursos que deveriam ser destinados para tais finalidades, à mercê da discricionariedade do administrador, o qual pode dar aos recursos destinos diversos dos quais originariamente estariam vinculados.

De tal modo, como já se pode depreender, o dispositivo previsto na emenda 95 está eivado de inconstitucionalidade por ser verdadeiro óbice à concretização dos direitos fundamentais; impor cortes (não sendo possível aqui se advogar o eufemismo de se tratar de “limites”) nas fontes de recursos destinados a tais direitos, é torna-los meras abstrações, simples palavras no papel.

Em outra oportunidade, versando sobre as desvinculações de receitas da União, Fernando Facury Scaff foi imensamente preciso ao afirmar que “Não se deve reger a análise da Constituição pela fluidez do regime econômico de conjuntura. Esta possui uma dinâmica que não comporta modificação da estrutura constitucional para a ela se adequar”<sup>56</sup>.

Para além disso, podemos ainda afirmar a patente inconstitucionalidade do dispositivo, por ferir não apenas dois direitos fundamentais sociais, mas por estar em desacordo a um complexo normativo (regras e princípios) que se trata do verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito que foi vislumbrado pelo Constituinte. Para demonstrar isso, fica claro que a redução progressiva dos recursos destinados à concretização dos direitos à saúde e à educação, implicam em verdadeiro ataque aos princípios do Estado Social, que garante a ação estatal e a proteção de um nível mínimo de continuidade do que já foi alcançado na ordem

<sup>55</sup> Se trata do vínculo jurídico que une determinada(s) receita(s) a serem utilizadas em determinada(s) finalidade(s).

<sup>56</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Direitos humanos e a Desvinculação das Receitas da União - DRU. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ, v. 236, p.33-50, abr/jun 2004. p.49.

jurídica. Há contradição ainda, com o que impõe o art.5º, §1º da Constituição federal, ou seja, a máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Além disso, esfacela com a tese proposta do dirigismo da Constituição, tendo em conta que a própria colocação de vínculos orçamentários denota que o legislador Constituinte intencionalmente quis deixar claro quais são as prioridades, o que é fundamental para consecução dos seus objetivos. A vinculação se trata, em verdade, do direcionamento do agir estatal como medida garantidora dos direitos humanos fundamentais.

Cabe ainda nota, de que o que propõe o art.110 inserido pela EC 95 é verdadeira afronta ao princípio de vedação ao retrocesso social, este que podemos afirmar ser uma das principais formas de garantia em um Estado Democrático de Direito, frente às disposições que visem à restrição ou aniquilamento de direitos fundamentais, especialmente os sociais. Este princípio reduz o espaço de conformação do legislador; como bem afirma Sarlet,

[...]o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental<sup>57</sup>

Esse princípio consubstancia o que se prevê no art.60, §4º, IV da Constituição Federal, limitando a atuação do Poder Constituinte derivado reformador, no sentido de impossibilitar os direitos fundamentais. Intangível a necessidade de trazer-se à colação a lição de Lenio Streck:

Nesse ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da Constituição. Nenhuma emenda constitucional por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do direito.<sup>58</sup>

Na esteira do que já se falou, é inegável a conclusão de que a vedação ao retrocesso social é instrumento garantidor do próprio núcleo político da Constituição. Impossibilitar medidas não apenas retroativas, mas também as que são verdadeiros retrocessos, é resguardar o projeto de uma sociedade livre, justa e solidária que norteou a elaboração do pacto social promulgado em 1988, não podendo ele estar à disposição das maiorias eventuais, sendo a jurisdição constitucional o instrumento idôneo para garantir “[...]a recomposição de

<sup>57</sup> *op.cit.*, p. 383.

<sup>58</sup> *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p. 820

grupos desarticulados e autorreferentes no que diz respeito à defesa jurídica dos valores democráticos reconhecidos no pacto constitucional”<sup>59</sup>.

Não é possível, portanto, afirmar que não há por parte da norma, obra do legislador constituinte ordinário, uma fundamental afronta à proteção que possuem os direitos e garantias fundamentais, estabelecida como cláusula pétrea, a partir da simples afirmação de se tratar de direito social, estando, portanto, afastado do espectro de proteção da norma limitadora de reforma constitucional. Como nos diz o eminente professor Paulo Bonavides as

Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.<sup>60</sup>

Se trata na verdade da proteção à própria dignidade da pessoa humana. Em um país em que as desigualdades e a má distribuição de renda se traduzem na tônica do cotidiano, bem como a maior parte da população se encontra sujeita à condições sub-humanas, a ação de cortar os recursos referentes à saúde e educação públicas, é afrontar o próprio princípio basilar da república brasileira.

Para se dizer com clareza do que se trata, é preciso se utilizar das palavras adequadas ainda que duras. Desse modo, a proposta que permaneceu na EC 95, após diversos acordos políticos, é na verdade um *ato desconstituente*, pois aniquila a própria essência da Carta Magna brasileira. Dito isso, não resta conclusão diversa, se não a de que a aprovação dessa medida se configura em verdadeira instauração de um “estado de exceção econômico”, gerando “[...]no médio e no longo prazos, a deslegitimação democrática, o esfacelamento do Estado e formas cada vez mais sofisticadas de autoritarismo.”<sup>61</sup>.

Nessa medida, não há como não se concluir pela insofismável inconstitucionalidade material do dispositivo 110 da EC 95/2016, que deveria ter sido apreciada já no momento oportuno de tramitação, qual seja, o de avaliação da proposta pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Mas não tendo isso ocorrido cabe aos legitimados pelo art.103 da nossa Carta Política, postularem, o mais brevemente possível, a pertinente Ação Direta de Inconstitucionalidade, como instrumento idôneo para incitar a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, órgão constitucionalmente outorgado para guarda da Constituição.

<sup>59</sup> ABBOUD, Georges. *PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.452.

<sup>60</sup> *Curso...*, *op.cit.*, p.677.

<sup>61</sup> BERCOVICI, Gilbert. *O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo*. Pensar, Fortaleza, v. 11, p.95-99, fev. 2006. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640>>. Acesso em: 21 dez. 2016. p.98.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao fim deste trabalho, podemos afirmar que a tese do dirigismo constitucional permanece sendo válida para o caso brasileiro, inclusive como forma de garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que represente um dos objetivos estabelecidos pelo nosso Texto Constitucional. Desse modo, conclui-se que o legislador não possui liberdade para utilizar de sua função para confrontar e desfazer o núcleo fundamental da nossa Carta Política, seja ao elaborar texto normativos infraconstitucionais, bem como textos que visem a emenda à Constituição, pois se trataria de “*détournement de pouvoir*” ou como preferem os alemães “*Verfassungsbeseitigung*”<sup>62</sup>.

De igual modo, os direitos fundamentais e demais componentes desse núcleo essencial, não podem estar à disposição das contingências políticas e econômicas pois se tratam da própria identidade do Estado, pois, os principais objetivos e as tarefas do Estado possuem sua normatização no próprio texto constitucional, haja vista, que a legitimidade do poder político estatal deriva da Constituição.

Nessa esteira, os direitos fundamentais sociais, igualmente aos direitos e garantias individuais, têm sua proteção garantida contra qualquer legislação que tende à sua restrição ou supressão. De igual modo, estão protegidos pelo espectro normativo do art.60, §4º, IV, que veda a possibilidade de emendas à Constituição atingirem os direitos e garantias individuais, haja vista, a impossibilidade de retirar dos direitos sociais além de sua fundamentalidade, a dimensão que se vincula ao próprio indivíduo como garantia de condição material de sua dignidade.

Nessa medida, restou evidenciada a inconstitucionalidade do art.110 e incisos introduzidos pela EC 95 /2016 no ADCT, haja vista, que ao efetivamente se fazer cortes nos recursos destinados à saúde e educação, através do estabelecimento de um “teto”, importando em verdadeira desvinculação das receitas constitucionalmente destinadas para concretização de tais direitos, está, na verdade, a esvaziá-los e retirar a sua força normativa e inclusive dos próprios dispositivos norteadores da ação estatal.

Por fim é evidente que essa problemática é reflexo da crise paradigmática a qual o Direito passa hoje, que implica em uma “baixa constitucionalidade” e por consequência a baixa efetivação da própria Constituição. O senso comum teórico dos juristas é o que sustenta essas interpretações restritivas e reducionistas do projeto constitucional; a matriz fornecida só responde a questionamentos de índole liberal-individualista, não estando, portanto, preparada para responder aos conflitos “além-indivíduo”. Nisso, a riqueza da nossa Constituição, que é justamente seu caráter emancipatório, fica desprovida de sua efetividade. De tal modo, é preciso libertar os grilhões que nos prendem a um vetusto paradigma, afinal, é preciso garantir a materialidade e concretude da liberdade a todos, não sendo mais possível restringi-las ao gozo de classes privilegiadas e seus interesses.

<sup>62</sup> Cf. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.685-8 / DF.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *O processo civilizador e os direitos fundamentais. História e Cultura*, [s.l.], v. 4, n. 3, p.140-155, 16 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2012. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p.35-51, abr. 1999.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p.95-99, fev. 2006. Disponível em:

<<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. *La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution*. *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romenia, v. 20, p.1-33, 2011. Disponível em:

<[http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la\\_constitution.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El federalista*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Tradução (da 20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p.253-277, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral do dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das receitas da União - DRU. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ, v. 236, p.33-50, abr/jun 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



# FUNDAMENTOS PELA ABERTURA JURÍDICA AO POLIAMOR: LIBERDADE, DEMOCRACIA E PLURALISMO

FOUNDATIONS FOR LEGAL OPENING TO POLYAMORY: FREEDOM, DEMOCRACY AND PLURALISM

RICARDO OLIVEIRA ROTONDONO\*

## RESUMO

O surgimento de casos de uniões poliamorosas registradas oficialmente em cartório tem levantado paulatinamente o debate jurídico acerca da efetiva possibilidade de convivência a três – ou mais – no Estado brasileiro. Os institutos jurídicos existentes no ordenamento pátrio que, aparentemente, vedam tais práticas, têm sido postos em questionamento. Analisamos no presente trabalho, sob este pano de fundo, três fundamentos jurídico-políticos que corroboram a plenitude da convivência poliamorosa no Brasil: o direito à liberdade, os valores democráticos do Estado e o pluralismo axiológico-cultural. Utilizou-se, na construção do presente escrito, o método dialético, recorrendo ao uso de fontes de pesquisa bibliográficas, estatísticas e documentais. Os resultados parciais obtidos indicam a necessidade de amparo sociojurídico das famílias poliamorosas no Brasil.

**Palavras-chave:** poliamor; família; liberdade; democracia; pluralismo.

## ABSTRACT

The emergence of cases of polyamorous unions officially registered at the notary has gradually raised the legal debate about the real possibility of living together to three – or more – in the Brazilian state. The Brazilian legal institutions in the parental order which apparently prohibit such practices have been put into question. We analyze in this work, under this background, three legal and political foundations that support the fullness of polyamorous living in Brazil: the right to freedom, democratic values of the state and the set of values and cultural pluralism. The dialectical method will be used in the construction of this writing, using bibliographical, statistical and documentary sources of research. Partial results indicate the need for socio-legal protection of polyamorous families in Brazil.

**Keywords:** polyamory; family; freedom; democracy; pluralism.

\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC). Advogado.  
*rotondanor@gmail.com*

Recebido em 8-8-2017 | Aprovado em 16-9-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 EM DEFESA DA LIBERDADE; 2 OS PRESSUPOSTOS DA DEMOCRACIA;  
3 PLURALISMO, DIVERSIDADE E TOLERÂNCIA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

O debate acerca da constituição de famílias poliamorosas no cenário brasileiro tem se intensificado paulatinamente nos últimos anos.<sup>1</sup> Os registros de casos de uniões civis poliafetivas noticiadas recentemente colocaram em evidência uma nova discussão em relação ao direito de família pátrio: superada a controvérsia acerca da legitimidade das uniões homossexuais, o futuro é o horizonte da convivência entre mais de duas pessoas dentro de um mesmo núcleo familiar afetivo. Não se trata, desse modo, de discutir uniões concomitantes ou paralelas: há, no seio familiar poliamoroso, a convivência e afetividade recíproca entre todos os seus membros, que se identificam reciprocamente como cônjuges.

O primeiro caso de conhecimento público foi noticiado em 2012, tendo ocorrido o registro em cartório de união estável entre um homem e duas mulheres na cidade de Tupã, em São Paulo.<sup>2</sup> Em 2015, foram noticiados pelo menos dois casos: um registro de união estável entre três mulheres no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro;<sup>3</sup> e uma união estável entre um homem e duas mulheres em um cartório da cidade de Jundiá, em São Paulo.<sup>4</sup> Em 2016, ao menos um caso adicional de relacionamento poliafetivo registrado em cartório foi noticiado, entre um homem e duas mulheres – sendo que a tabeliã alega haver um caso registrado de

<sup>1</sup> Nesse sentido, podemos citar os seguintes trabalhos: PILÃO, A. C.; GOLDENBERG, M.. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. *Revista Ártemis*, v. 13, pp. 62-71, jan./jul. 2012; COSTA, T.; BELMINO, M. C.. Poliamor: da institucionalização da monogamia à revolução sexual de Paul Goodman. *Revista IGT na Rede*, v. 12, n. 23, pp. 411-429, 2015; FRANÇA, M. G.. *Além de dois existem mais: estudo antropológico sobre poliamor em Brasília/DF*. 2016. 136 f.. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2016; ZANON, S. R. B.. Poliamor: o não-todo e a inconsistência da lei. *Revista Científica Ciência em Curso*, Palhoça, SC, v. 3, n. 2, pp. 167-180, jul./dez. 2014; PILÃO, A. C.. Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista. *Cadernos Pagu*, n. 44, pp. 391-422, jan./jun. 2015; RABELO, M. A. R.; POLI, L. M.. O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. *Revista DUC In Altum – Cadernos de Direito*, v. 7, n. 13, pp. 54-99, set./dez. 2015; GOEDERT, Gabriela. *Uniões poliafetivas: o reconhecimento jurídico como entidade familiar*. 2016. 100 f.. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

<sup>2</sup> PORTAL G1. União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. *Portal G1*, 23 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>

<sup>3</sup> PIVA, Juliana Dal. Rio registra primeira união estável realizada entre três mulheres. *O Estado de São Paulo*, 18 out. 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>

<sup>4</sup> WERNECK, Keka. Poliamor: homem e duas mulheres registram em cartório união a 3. *Portal TERRA*, 24 nov. 2015. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/poliamor-homem-e-2-mulheres-registram-em-cartorio-uniao-a-3,2aec7e7abe10835d47cb7168db8979bf93thm8t1.html>

união entre cinco conviventes, sendo três homens e duas mulheres.<sup>5</sup> Todo este panorama levou o Conselho Nacional de Justiça a pedir aos cartórios que suspendessem as escrituras de relacionamento poliafetivo, até que o tema seja analisado com maior propriedade.<sup>6</sup>

Há, nesse sentido, sério debate jurídico que começa a ganhar corpo, tendo em vista a aparente incompatibilidade dos dispositivos do ordenamento normativo pátrio para recepcionar tal modalidade de relação familiar. O primeiro deles é art. 1.521 do referido instituto jurídico deixa claro que “Não podem casar: (...) VI – as pessoas casadas”, sendo este o denominado impedimento civil ao casamento poliafetivo. Tal barreira civilista traria uma expressa negativa à integração de um cônjuge extra em uma anterior relação monogâmica – entre duas pessoas.

Em semelhante sentido, há o crime de bigamia – contido no art. 235, do Código Penal brasileiro. O referido dispositivo prevê pena de reclusão, de dois a seis anos, para o fato de “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento”. Há a incidência do delito penal, ainda, sobre aquele que não é casado, mas sabendo que está a se casar com alguém que já contraiu matrimônio, ainda sim o faz – elencado no §1º, que culmina pena de reclusão ou detenção, de um a três anos. Assim como o impedimento civil, a proibição criminal incidiria em óbice ao matrimônio posterior com terceira pessoa dos dois sujeitos que já formalizaram uma união civil anterior.

O pleito acerca da declaração de invalidade dos institutos jurídicos que se configuram como entraves à família poliamorosa no Brasil se relaciona com três elementos essenciais à manutenção do Estado de Direito. O primeiro deles é a liberdade, que pode ser entendida como a principal finalidade à qual se presta a criação de um ordenamento jurídico pela sociedade. Não são poucos os autores que corroboram o presente entendimento. No presente tópico, sedimentar-se-á o entendimento de que a liberdade que o ser humano tem de eleger os seus objetivos de vida, sem qualquer intervenção estatal, configura um dos pilares da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a obrigatoriedade dos institutos monogâmicos no Brasil viola os princípios democráticos do Estado de Direito. Enquanto a problemática antiga acerca da democracia tinha como objetivo garantir os direitos dos particulares contra o absolutismo estatal – “liberdade dos antigos” –, a principal questão atual se refere à proteção que deve ser concedida às minorias, de modo a protegê-las contra a possível tirania da maioria. Esta é a questão: a inegável maioria da população brasileira compartilha os preceitos monogâmicos; no entanto, não é possível obrigar a minoria que discorda desse modo de vida a rejeitar sua opção poliamorosa.

Por fim, a integridade do Estado Democrático de Direito pressupõe um conjunto de normas jurídicas que visa a convivência harmoniosa entre as mais diferentes concepções de vida dos seus cidadãos. Deve-se estimular o pluralismo de identidades, de modo que todas possam habitar, de forma respeitosa, o espaço público, sem que qualquer delas imponha seu modo de vida às demais. A valorização das singularidades étnicas, religiosas, intelectuais e de modos de vida – culturais, de um modo mais amplo – é caminho vital para a construção de

<sup>5</sup> AMÂNCIO, Thiago. ‘Casais’ de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. *Folha de São Paulo*, 24 jan. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>

<sup>6</sup> THOMÉ, Clarissa. CNJ pede suspensão de registro de ‘trisal’. *O Estado de São Paulo*, 21 mai. 2016. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,cnj-pede-suspensao-de-registro-de-trisal,1000052712>

um povo que aceita e integra a diversidade humana, rejeitando modelos de homogeneização axiológicas e culturais.

Objetiva-se, com a presente investigação, provocar uma reflexão acadêmico-jurídica sobre os institutos sociais, políticos, ético-morais e legais que – ao menos em tese – colocam-se como óbice à plena constituição de entidades familiares poliamorosas no território nacional. A metodologia empregada nesta pesquisa é eminentemente dialética, com bases marxistas, entendendo-se que “os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais etc.”. Ainda, utilizaram-se como recursos bibliográficos, os métodos bibliográfico, estatístico e documental.

## 1 EM DEFESA DA LIBERDADE

O presente escrito se caracteriza como um claro manifesto contra a interferência estatal indevidamente instituída, que impõe aos cidadãos um modelo de organização familiar único e obrigatório, cerceando a liberdade de escolha por outra modalidade de convivência afetiva que seja mais adequada aos seus anseios particulares. Diante desse panorama social, jurídico, cultural e político, pretende-se adotar posição de defesa de um dos mais primorosos valores da sociedade democrática e pilar da completude humana em sociedade, essencial à sua existência: a liberdade.<sup>7</sup>

Fábio Konder Comparato<sup>8</sup> leciona acerca da essencialidade do valor liberdade, afirmando que “o homem é o único ser, no mundo, dotado de *vontade*, isto é, da capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade do instinto”. Fica claro que, para o autor, o livre-arbítrio humano – a sua racionalidade de determinar suas escolhas particulares, de conduzir o seu destino do modo que melhor lhe aprouver sem que haja condicionantes naturais que determinem um *modus vivendi* inescapável – é que torna o indivíduo um ser distinto e único no universo.

Dessa forma, é justamente a manutenção da liberdade que garante a completude da existência dos seres humanos no planeta. É sobre o fundamento último da liberdade que se ampara todo o universo axiológico da humanidade – em outras palavras, o mundo das preferências valorativas de cada sujeito – assim como toda a ética de modo geral; ou seja, o mundo das normas, sejam elas sociais, morais e/ou jurídicas, às quais, de modo contrário ao que se sucede com as leis naturais, apresentam-se sempre como preceitos suscetíveis de consciente violação.<sup>9</sup>

A conceituação doutrinária acerca da liberdade nos conduz necessariamente a dois polos: a liberdade negativa e a liberdade positiva. A *liberdade negativa* pode ser entendida

<sup>7</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior (*Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2009, p. 95): “A liberdade é, sem dúvida, um dos termos mais controvertidos e mais decisivos na experiência jurídica. Para alguns, ela precede o direito e explica sua possibilidade. Para outros ela resulta do direito e só tem sentido a partir dele”.

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

como “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos”, conforme expressa Norberto Bobbio.<sup>10</sup> Ainda segundo o referido autor, a liberdade negativa é comumente denominada “liberdade como ausência de impedimento ou de constrangimento”. Bobbio explica que, se por impedir, compreende-se não permitir que outros indivíduos realizem alguma ação e se, por constranger, entende-se que outros sejam impelidos a fazer algo, então ambas as expressões são parciais, já que a situação de liberdade chamada de liberdade negativa compreende tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer.<sup>11</sup>

A *liberdade positiva*, por sua vez, pressupõe “o poder de não obedecer a outras normas além daquelas que eu mesmo me impus”.<sup>12</sup> Ainda sob os ensinamentos de Bobbio, esta é “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros”. O autor expõe que a conceituação clássica de liberdade positiva foi elaborada por Rousseau, para quem a liberdade no estado civil implica no fato de o homem, enquanto parte do todo social, como membro do “eu comum”, não dever obediência a outros e sim a ele mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo elegeu.<sup>13</sup>

A noção do termo liberdade confunde-se com a própria definição de direitos do ser humano. Liberdade é, pois, “a faculdade, que a criatura humana tem, por ser capaz de distinguir o real do possível, de eleger uma das várias possibilidades que racionalmente consegue vislumbrar e de implementá-la, ou transformá-la em realidade”.<sup>14</sup> Por sua vez, conceder à determinada pessoa um direito “significa reconhecer que ele tem a *faculdade* de

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 48-49.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 48-49. Não se confunda, neste ponto, liberdade negativa com anarquia: “No sentido original de liberdade, só é livre quem vive fora da sociedade e do Estado. A liberdade, no sentido original, só pode ser encontrada naquele ‘estado natural’ que a teoria do Direito natural do século XVIII contrastava com o ‘estado social’. Tal liberdade é a anarquia” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 407).

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 101.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 51. É o que Hans Kelsen (*Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 408) denomina de princípio de autodeterminação: “Um sujeito é politicamente livre na medida em que a sua vontade individual esteja em harmonia com a vontade ‘coletiva’ (ou ‘geral’) expressa na ordem social. Tal harmonia da vontade ‘coletiva’ com a individual é garantida apenas se a ordem social for criada pelos indivíduos cuja conduta ela regula. Ordem social significa determinação da vontade do indivíduo. A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia”.

<sup>14</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 125-126: “Diante de uma situação concreta, que pode ser mantida ou alterada de várias formas diferentes, a possibilidade de se escolher uma dessas alternativas, ou nenhuma delas (mantendo inalterada a realidade), é o que se chama de liberdade, que consiste, portanto, na possibilidade do indivíduo de escolher e de implementar sua escolha, em relação a tudo o que sua racionalidade lhe mostra ser possível”.

fazer ou não fazer algo conforme seu desejo e também o *poder* de resistir, recorrendo, em última instância, à força (própria ou dos outros), contra o eventual transgressor”.<sup>15</sup>

Esta é a mesma assertiva trazida por Hugo de Brito Machado Segundo, no sentido de que “do direito à liberdade decorrem os demais direitos”, posto que “o Direito pressupõe a liberdade e tem por finalidade protegê-la e expandi-la”. Desse modo, a liberdade “é meio para a construção do Direito”, sendo igualmente “o seu objetivo último, sendo possível definir como justa a ordem jurídica que trata as pessoas por ela disciplinadas de sorte a lhes assegurar, a todas, a maior liberdade possível, assim entendida a maior expansão possível de suas potencialidades”.<sup>16</sup>

Numa correlação prática, fica patente que a garantia da liberdade de escolha do modelo familiar pelo cidadão é exigência de um Estado democrático. A interferência estatal nesta seara privada do cidadão, embasada pela herança cultural-religiosa ocidental, não se coaduna com os preceitos constitucionais de maior teor. A referida imposição antidemocrática deve ser entendida, ainda, como afronta direta à dignidade da pessoa humana.<sup>17</sup> Como explica Hugo de Brito Machado Segundo, o direito nada mais é do que um instrumento para assegurar a livre opção pelo cidadão das potencialidades que lhe aprover. Somente dessa forma, será alcançado o valor liberdade em sua plenitude:

Ser livre não é apenas não ser impedido de fazer o que se deseja. Ser livre é, como já foi dito, ter a faculdade de vislumbrar possibilidades, fazer escolhas entre elas e promover sua concretização, tornando-as realidade. Por outras palavras, é livre a criatura humana que tem condições de *ser* tudo aquilo que ela *pode ser*, cabendo a ela simplesmente *escolher* quais de suas potencialidades quer implementar, e como. Para que isso seja factível, não basta que não sejam colocados obstáculos. É preciso que sejam retirados os acaso já existentes. É preciso que se amplie a capacidade das pessoas de vislumbrar possibilidades, e que se viabilize a partilha, entre todos os membros do grupo, das possibilidades que cada um consegue visualizar, e dos motivos pelos quais consideram que devem ser buscadas ou repelidas.<sup>18</sup>

Importante destacar o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, trazido por Robert Alexy, ao interpretar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – disposto no art. 2º, § 1º, da Carta Constitucional alemã – como um direito à liberdade geral de ação. Apesar das tentativas de controlar a extensão do referido dispositivo, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha interpretou o livre desenvolvimento da personalidade

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed.. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 11. Este também é o ensinamento do filósofo político John Rawls (*Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 219): “Um conjunto bastante intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade básica particular. Não apenas deve ser permissível que os indivíduos façam ou não façam uma determinada coisa, mas também o governo e as outras pessoas devem ter a obrigação legal de não criar obstáculos”.

<sup>16</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129.

<sup>17</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52: “O ser humano é aquele que possui a liberdade, que tem a possibilidade de, ao menos teoricamente, determinar seu ‘dever-ser’. É essa possibilidade que deve ser levada em conta, respeitada, considerada. A essência da dignidade do ser humano é o respeito mútuo a essa possibilidade de escolha. Como a especificidade do ser humano é a sua liberdade, a dignidade a ele inerente consistirá no respeito a essa possibilidade de escolha”.

<sup>18</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129.

como uma “liberdade de ação humana no sentido mais amplo”, decidindo por um “direito geral de liberdade”.

A tese segundo a qual o art. 2º, § 1º, contém ‘um direito fundamental autônomo, que garante a liberdade geral de ação humana’, tem enormes consequências. A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Pressupor que essa liberdade é garantida pelo art. 2º, § 1º, significa duas coisas. De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – *permitido* fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o *direito*, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos).<sup>19</sup>

Numa correlação prática, fica patente que a garantia da liberdade de escolha do modelo familiar pelo cidadão é exigência de um Estado democrático. A interferência estatal nesta seara privada do cidadão, embasada pela herança cultural-religiosa ocidental, não se coaduna com os preceitos constitucionais de maior teor. A referida imposição antidemocrática deve ser entendida, ainda, como afronta direta à dignidade da pessoa humana.<sup>20</sup> Como explica Hugo de Brito Machado Segundo, o direito nada mais é do que um instrumento para assegurar a livre opção pelo cidadão das potencialidades que lhe aprover. Somente dessa forma, será alcançado o valor liberdade em sua plenitude.

Destaque-se o que aduz J. J. Gomes Canotilho acerca das funções dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. O autor enuncia que a primeira delas “é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e dos esquemas políticos coativos)”. Dessa forma, “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos”, posto que “constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”.<sup>21</sup>

O direito geral de liberdade apresentado neste trabalho, no entanto, não é absoluto – como quaisquer outros direitos fundamentais – podendo ser restringido e limitado em certas situações singulares. Qualquer limitação nesse sentido deve sempre atentar para a devida apresentação de uma rigorosa e convincente fundamentação embasadora, tendo-se em vista que “ter sua liberdade arbitrariamente restringida é algo incompatível com a dignidade humana”. Desse modo, “o princípio da liberdade negativa pode basear-se, em toda sua amplitude, no princípio da dignidade humana”.<sup>22</sup>

O princípio da liberdade negativa traduz somente uma das condições para que se assegure a dignidade humana. Além do princípio formal da liberdade negativa, decorrem do princípio da dignidade humana outros princípios materiais, que conduzem às condições

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 341-343.

<sup>20</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52: “O ser humano é aquele que possui a liberdade, que tem a possibilidade de, ao menos teoricamente, determinar seu ‘dever-ser’. É essa possibilidade que deve ser levada em conta, respeitada, considerada. A essência da dignidade do ser humano é o respeito mútuo a essa possibilidade de escolha. Como a especificidade do ser humano é a sua liberdade, a dignidade a ele inerente consistirá no respeito a essa possibilidade de escolha”.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 358-359.

substanciais de cuja satisfação depende a garantia da dignidade humana. Dentre esses princípios materiais podem ser mencionados, entre outros, aqueles que objetivam proteger os aspectos mais íntimos dos seres humanos e aqueles que conferem ao cidadão um direito *prima facie* à sua autorrepresentação em relação aos demais indivíduos. Os aspectos substanciais expressos por princípios materiais desse tipo existem em conjunto com o elemento formal da liberdade negativa e não o suplantam, posto que a liberdade negativa enquanto tal configura-se como um argumento independente para justificar a proteção dos direitos fundamentais. Segundo Alexy, “ela é uma razão independente para a proteção dos direitos fundamentais porque é um *valor em si mesma*”.<sup>23</sup>

Antevendo a possibilidade de uma restrição normativa indevida à liberdade de ação humana, a própria Constituição alemã inseriu o instituto da reclamação constitucional – *Vesfassungsbeschwerde* – que pode ser interposto por qualquer do povo. Esta amplitude de legitimidade para a interposição judicial deste remédio constitucional é louvável, sendo coerente com a aproximação do cidadão das instituições responsáveis pela defesa dos direitos fundamentais. Para tanto, deve-se arguir “que uma lei que restrinja sua liberdade de ação não pertence ao ordenamento constitucional, porque ela (formal ou materialmente) contraria determinados dispositivos constitucionais ou princípios constitucionais gerais”.<sup>24</sup>

No entanto, a fundamentação que incide sob a edição de normas proibitivas à união civil poliafetiva tem caráter meramente cultural-religioso.<sup>25</sup> Os regramentos civis e penais nesse sentido advêm de uma integração pelo direito e pelo Estado de costumes cristãos que são compartilhados pela maioria da população – que associam diretamente o modo de vida conjugal à monogamia. Entretanto, ainda que tal modelo familiar seja considerado como o melhor modo de convivência afetiva, este não deve ser imposto coercitivamente àqueles que não optem por adotá-lo.

Ante a argumentação explicitada, a garantia da livre escolha do modelo familiar que melhor aprover ao cidadão – incluindo-se aqui a opção pela modalidade de família poliamorosa – é um direito pleno do indivíduo, que não pode ser cerceado de modo arbitrário e impositivo pelo Estado. Contrariar esta assertiva corresponde a uma grave violação ao direito humano fundamental de liberdade, que se constitui como um dos pilares de qualquer sociedade humana. Sem que seja garantida a liberdade plena do cidadão, este estará impedido de desenvolver suas potencialidades em sua inteireza, não sendo possível alcançar a completude da sua realização pessoal.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 358-359.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 345. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – é o instituto jurídico constitucional brasileiro inspirado na reclamação constitucional alemã. O projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, seguindo o exemplo alemão, inseria a legitimidade do particular para a propositura da referida ação. O veto presidencial, no entanto, suprimiu sua viabilidade de utilização para todos os cidadãos, concedendo a legitimidade ativa somente para os legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, como se extrai do disposto no art. 2º da Lei 9.882/99.

<sup>25</sup> ROTONDANO, Ricardo. Investigando a herança cultural-religiosa brasileira: a dificuldade em instituir um Estado plenamente laico. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 8, n. 2, p. 221-238, mai./ago. 2013.

## 2 OS PRESSUPOSTOS DA DEMOCRACIA

O valor liberdade é, sem dúvida, um dos pilares centrais da democracia.<sup>26</sup> É o que expõe Norberto Bobbio, quando aduz que “o princípio no qual se inspira ou deveria se inspirar o Estado democrático é aquele da garantia da máxima liberdade de cada um de seus cidadãos compatível com a máxima liberdade de todos os outros”.<sup>27</sup> De fato, “a liberdade possível, em uma sociedade, é aquela na qual a liberdade de um se concilia com a dos demais”; assim sendo, a democracia se traduz como “a forma de conciliar a liberdade com as necessidades inerentes à coexistência social”.<sup>28</sup>

É compreensível e hodierno que em uma sociedade moderna, que geralmente conta com uma população extensa e multifacetada, existam posições conflitantes sobre os mais variados temas. Preferências políticas, religiosas, culturais, econômicas, entre outras, entram em constante choque de ideias. Os preceitos democráticos, no entanto, exigem dos particulares a convivência em comum, com o respeito e a tolerância como valores a guiar as relações intersubjetivas. José Fernando de Castro Farias entende que, sendo uma das características da democracia a diversidade, isto não significa a impossibilidade de construir-se um espaço comum – que comungue a heterogeneidade com a harmonia social. Em uma sociedade democrática, diversidade e historicidade compartilhada caminham juntas: “a diversidade exige a construção de um espaço comum na sociedade, pois a construção do espaço comum garante a existência da diversidade, e a existência da diversidade enriquece o espaço comum”.<sup>29</sup>

É justamente a pluralidade de ideologias que constrói um espaço democrático saudável, rejeitando-se a imposição de processos culturais homogeneizadores e etnocêntricos. No instante em que o Estado brasileiro passa a conferir validade unicamente para o modelo de convivência afetiva monogâmico, negando o reconhecimento das famílias oriundas de modos de vida e culturas diversas do padrão historicamente naturalizado na sociedade brasileira, os preceitos da pluralidade de formas de vida que permeia o ideal de democracia são violados. Nesse sentido, deve-se exaltar o processo de dialética entre os vários estratos culturais divergentes, objetivando a efetivação da democracia plena. Os direitos e as liberdades das minorias, conseqüentemente, necessitam ser resguardados, impedindo-se que estes sejam suprimidos pela força das maiorias no processo democrático; estaria, pois, em curso um processo de implementação da *ditadura* ou *tiranía da maioria*.<sup>30</sup>

Dessa forma, para Hugo de Brito Machado Segundo, “a democracia pressupõe a reconstrução de um espaço comum no qual os indivíduos se comunicam na medida em que

<sup>26</sup> Conforme prega Aristóteles (*Política*. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5ª ed.. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 217): “Um princípio fundamental de uma forma democrática de governo é a liberdade que, de acordo com a opinião dominante, só pode ser desfrutada nesta forma de governo; esse é, portanto, conforme se diz, o objetivo supremo de toda democracia”.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 385.

<sup>28</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 137.

<sup>29</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 215-216.

<sup>30</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 131. Ver também: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed.. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 55.

compartilham o mesmo mundo, mas também porque eles têm diferenças que os separam”. Machado Segundo entende que “o espaço comum nos une, mas também nos impede de cair uns sobre os outros”. Ainda segundo o referido autor, “a unidade não pode ser feita senão respeitando a pluralidade. A democracia é a esfera do agir comum, mas não se pode perder de vista que os homens agem e pensam de maneiras diferentes”. Machado Segundo conclui, entendo que “a democracia pressupõe o reconhecimento da pluralidade da condição humana, ou seja, um mundo comum no qual a formação da identidade não admite o esmagamento do outro. Ela é feita no reconhecimento da diferença, na convivência com o outro”.<sup>31</sup>

Com semelhante entendimento, Ronald Dworkin escreve que existem limitações ao poder do Estado intervir na vida privada dos cidadãos que habitam o seu território. É preciso, nesse contexto, conceder prevalência à *independência ética* dos indivíduos face a possíveis dispositivos normativos que estipulem modos de vida obrigatórios que somente condizem às escolhas dos sujeitos de como reger suas próprias vidas. Segundo o autor, “estas incluem escolhas no âmbito da religião e dos compromissos pessoais de intimidade e relativamente a ideais éticos, morais e políticos”.<sup>32</sup>

Há, pois, um campo de liberdade dos indivíduos que não está sujeito à ingerência do Estado – mesmo que este esteja amparado por uma imensa maioria populacional: “o governo não pode limitar a liberdade quando a sua justificação pressupõe a superioridade ou a popularidade de alguns valores éticos”.<sup>33</sup> Dessa forma, o alcance das decisões coletivas dentro da seara de independência ética dos cidadãos é limitado, somente devendo ser efetivamente implementado com base em justificativas que estejam associadas diretamente a uma essencial necessidade social coletiva. Não é o caso, por evidente, da proibição ao registro público das uniões poliamorosas: tal caso encontra-se inserido justamente dentro do âmbito de liberdade e autonomia ético-morais dos indivíduos, tendo-se em conta a incoerência de qualquer tipo de dano social proveniente do amparo deste modelo alternativo de família.

Por sua vez, Hans Kelsen escreve que, em uma democracia, a vontade da comunidade “é sempre criada através da discussão contínua entre maioria e minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria”. Explica o autor que tal embate não se dá somente no campo parlamentar, mas igualmente na seara pública em geral – livros, jornais, revistas, rádio, televisão, encontros políticos, etc. Para Kelsen, “uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos”, posto que “a opinião pública só pode surgir onde são garantidas a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, imprensa e religião”.<sup>34</sup>

Ainda segundo Hans Kelsen, “a discussão livre entre a maioria e minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre maioria e minoria, e o compromisso é parte da própria natureza da democracia”. Ensina o autor que o compromisso significa uma solução normativa possível, que não se coaduna inteiramente com os interesses de uma parte da população, e igualmente não contradiz por

<sup>31</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 216.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 377-378.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 378.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 411-412.

completo as aspirações da outra mazela. Sendo fruto de um denominador comum entre grupos sociais com interesses diferenciados, tem-se um maior teor de sujeição voluntária à norma do que em demais formas de organização política. Kelsen conclui: “precisamente por causa dessa tendência rumo ao compromisso, a democracia é uma aproximação do ideal de autodeterminação completa”.<sup>35</sup>

Sobre o tema, cabe reproduzir o entendimento de Josaphat Marinho, entoando que “as peculiaridades culturais de cada povo incidem nos fatos políticos de todo tipo, dificultando juízo absoluto sobre eles”. Imprudente, desse modo, “emitir pensamento dogmático, indicativo de verdade irrecusável, sobre os acontecimentos e as práticas que dividem os homens e suas organizações, no plano do Estado”.<sup>36</sup> Sendo assim, a preservação dos interesses individuais deve, sempre que possível, prevalecer. A imposição de uma única preferência é caminho que, em regra, viola os preceitos democráticos e políticos da organização sociopolítica de qualquer Estado.

Ainda de acordo com Josaphat Marinho, “erram as assembleias e os governos quando convertem o poder da maioria em forma de estrangulamento da minoria”.<sup>37</sup> Segundo o citado autor, a diferença numérica de representação de modo algum confere à maioria o direito e o privilégio da verdade. Dá-lhe somente a capacidade de decisão, caso não seja possível adotá-la tendo a plena participação da minoria. Deve-se sempre investir na tentativa de obter a conciliação, sendo este o principal meio de prestigiar ou fortalecer a decisão política no juízo coletivo.

A manutenção de diferentes culturas acaba dando impulso a um conseqüente processo de amadurecimento entre estas. O constante diálogo entre posições distintas resulta no aprendizado mútuo, em que os membros de cada grupo passam a refletir – a partir de argumentos antagônicos – sobre as suas concepções originais e, em determinados casos, adaptá-las às novas ideias, fruto do referido embate. Pode ocorrer ainda que se convençam com maior intensidade dos seus preceitos tradicionais, conservando-os. Todo este processo democrático é saudável e desejável, fazendo com que as mais variadas culturas aprendam umas com as outras.<sup>38</sup>

Sendo assim, ainda que uma grande mazela da população discorde dos preceitos poliamorosos que determinados grupos minoritários cultivem – por ainda incorrer em uma herança ocidental-cristã –, deve-se respeitar a opção familiar daqueles que optarem por tal modalidade de convivência afetiva. Não há que se falar, neste caso, em modelo de família único e ideal; há que ser superadas as crenças em verdades absolutas no âmbito cultural. A cultura predominante em determinado território deve ceder – por uma imposição democrática – espaço para as demais, evitando-se o monopólio cultural e o etnocentrismo.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 412.

<sup>36</sup> MARINHO, Josaphat. *Direito, sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998, p. 253-254.

<sup>37</sup> MARINHO, Josaphat. *Direito, sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998, p. 253-254.

<sup>38</sup> MARINHO, Josaphat. *Direito, sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998, p. 178.

### 3 PLURALISMO, DIVERSIDADE E TOLERÂNCIA

A temática em análise guarda estrita relação com o conceito de pluralidade familiar, cultural e social. Sobre a referida temática, Antonio Carlos Wolkmer discorre sobre um novo paradigma filosófico, cultural e jurídico, denominado *pluralismo*. Segundo o citado autor, o recente movimento pluralista “reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade”.<sup>39</sup> As tendências homogeneizadoras e unificadoras em sede cultural, econômica, social e política não mais correspondem às necessidades da sociedade e do Estado.

A ordem pluralista sobre a qual discorre Antonio Carlos Wolkmer está marcada pela fragmentação, diferença e diversidade. Nesse sentido, “trata-se de admitir a ‘diversidade’ de seres no mundo, realidades díspares, elementos ou fenômenos desiguais e corpos sociais semi-autônomos irreduzíveis entre si”. De modo semelhante à ideologia pós-moderna – como movimento que emana como resposta às promessas não cumpridas da era moderna<sup>40</sup> –, “o sistema pluralista provoca a difusão, cria uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos”.<sup>41</sup>

Antonio Carlos Wolkmer discorre principalmente sobre o novo paradigma do pluralismo incidente no campo jurídico. O autor entende que está em curso uma “proposta de alargamento do poder societário frente ao poder do Estado, do poder público ao privado, do poder local ao periférico ao poder global ou central”.<sup>42</sup> Isto significa dizer que, ante a ineficiência do direito estatal em suprir as necessidades sociais, a comunidade passa a adotar postura emancipatória, tomando para si a função legislativa – isto é, de participação na produção do direito.

O exaurimento do atual paradigma preponderante da Ciência Jurídica tradicional – quer em sua vertente idealista-metafísica, quer em sua vertente formal-positivista – descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução paradigmática, modelada tanto por contradiscursos desmistificadores que tem um amplo alcance teórico-crítico, quanto por novas proposições epistemológicas fundadas na experiência histórica e na prática cotidiana concreta de um pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo. Este pluralismo legal ampliado e de ‘novo tipo’ impõe a rediscussão de questões substanciais como as ‘fontes’, os ‘fundamentos’ e o ‘objeto’ do Direito. Ademais, torna-se imperativo que o pluralismo como novo referencial do político e do jurídico esteja necessariamente comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos (legitimidade de atores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais (‘fundamentos materiais’) e

<sup>39</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3ª ed.. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 172.

<sup>40</sup> Para um melhor entendimento desta questão, sobre a qual não trataremos no presente escrito, ver: KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução: Ruy Jungmann. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4ª ed.. São Paulo: Cortez, 2002.

<sup>41</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3ª ed.. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 176.

<sup>42</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3ª ed.. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 233-234.

com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégias).<sup>43</sup>

Em semelhante sentido, Clémerson Merlin Clève propõe a adoção da teoria do uso alternativo do direito. Tal teoria objetiva “alargar os espaços libertários do direito praticado nesta ou naquela sociedade”,<sup>44</sup> projetando assim uma prática jurídica que ceda espaço aos sujeitos em posição de dominação nas relações sociais. Enuncia ainda que a partir dessa percepção, propõe-se a produção de um *saber jurídico participante*, inserido na historicidade, fruto de uma relação de conhecimento do jurista com o universo e, voltando-se para o futuro, apto a elaborar preceitos teórico-práticos para transformá-lo.

Tal proposição implica em conhecer o direito positivo, para que se possa explicá-lo teoricamente – sua lógica e o seu funcionamento real – ao mesmo tempo em que, captando-o como produto das relações de força, propague e reclame a afirmação dos direitos suficientes à promoção da dignidade humana. Saber jurídico este que reclama, ademais, a manifestação clara de um comprometimento ético com a opção democrática, compreendida em seu mais amplo sentido. E, além de tudo, “um saber que saiba justificar a luta instituinte promovida desde o ângulo da política, assim como instrumentalizar a luta democratizante cotidiana promovida desde a dimensão da técnica ou da *praxis* jurídicas”.<sup>45</sup>

Mediante a insurgência destes novos preceitos jurídico-participativos no cenário institucional contemporâneo, o reclame das minorias poliamorosas é posto em debate. Há o pleito social pelo respeito destas formas plurais de convivência familiar, que não provocam qualquer dano ou violação à sociedade ou ao Estado; pelo contrário, o seu reconhecimento pleno encontra-se amparado pelos princípios constitucionais positivados na Carta Magna brasileira. Há, dessa forma, uma violência democrática direcionada contra tais minorias, no momento em que o Estado elabora proibições a tais formas de afetividade.

A inserção deste novo paradigma na sociedade contemporânea exige, pois, o cumprimento de um elemento ímpar: a tolerância. Segundo José Fernando de Castro Farias, a tolerância pode ser enquadrada “como um direito sagrado de cada um defender a sua opinião”, sendo assim “um elemento inseparável da democracia, pois uma das características da democracia é alimentar-se das opiniões diversas e antagônicas”. Dessa forma, o referido

---

<sup>43</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3ª ed.. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 233-234. Ainda: “A transposição e edificação de outro paradigma no âmbito do Direito representa também a substituição e a construção de novo conceito de racionalidade. O modelo tradicional de racionalidade tecnoformal é suplantado pelo modelo crítico-interdisciplinar da racionalidade emancipatória. Na prática libertadora, redefine-se a noção superior de racionalidade, que, como pressuposto do pensamento e da ação, apresenta um projeto transcendente que não mais oprime, mas busca libertar o sujeito histórico e a sociedade como um todo. Assim, a nova racionalidade emancipatória, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que regulam socialmente o mundo sistêmico com o mundo da vida e nas possibilidades de edificação de novo paradigma teórico-crítico do Direito” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3).

<sup>44</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 224-226.

<sup>45</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 224-226.

autor entende que “a ética da tolerância obriga a cada um respeitar a expressão das ideias contrárias às suas”.<sup>46</sup>

Dessa forma, ainda que existam certos preceitos morais e religiosos que são compartilhados por uma maioria populacional, é necessário que as opiniões e preferências dos demais indivíduos e grupos sociais sejam levadas em consideração. Cabe ao Estado, de forma prudente e equânime, sopesar os valores éticos e morais com os quais a sociedade pode ou não conviver, tendo sempre em primeiro plano o respeito às liberdades individuais dos indivíduos e a sua autonomia ética, para lhes garantir a plena realização pessoal de acordo com o modo de vida eleito por cada um.<sup>47</sup>

Não podemos – nem devemos – manter todos os costumes de nossa preferência encarcerando aqueles que não desejam preservá-los, conforme leciona Ronald Dworkin. Entretanto, isso não exige os nossos legisladores da precípua missão de, inevitavelmente, manifestar-se sobre algumas questões morais. Segundo Dworkin, os legisladores “devem decidir se as instituições que parecem estar ameaçadas não são suficientemente valiosas para serem protegidas à custa da liberdade humana”.<sup>48</sup> Amparar o poliamor dentro do cenário jurídico brasileiro não causará quaisquer danos à comunidade nacional – pelo contrário: cercear este modo de convivência familiar é que irá trazer para os sujeitos que adotam tal forma de convivência violações diretas à sua liberdade e realização plena.

É razoável que o Estado estipule limitações a certos direitos individuais com base na promoção do bem-estar coletivo – como no caso do direito à propriedade, na forma de impostos e taxas, tendo como objetivo a redistribuição de recursos aos mais necessitados e a gerência das instituições públicas. Incoerente, entretanto, que este imponha a todos o modelo monogâmico, sob o fundamento de que esta é a herança cultural-cristã<sup>49</sup> legada à maioria dos nacionais. É necessário realizar uma ponderação de caráter axiológico sobre o fundamento de cada regramento específico, para evitar que o Estado intervenha de forma indevida na liberdade dos cidadãos, obrigando a coletividade a seguir determinado preceito moral que se contrapõe à vontade de determinadas minorias:

Uma moral de inspiração religiosa nos ordena a obedecer aos mandamentos divinos, sejam eles quais forem; é imoral desobedecer-lhes. O direito virá em geral punir tal

<sup>46</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 217.

<sup>47</sup> ROTONDANO, Ricardo Oliveira. O reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil: ponderações filosófico-sociológicas. *Cientefico*, Fortaleza, v. 15, n. 30, p. 29-44, jan./jun. 2015.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 381. Este é, inclusive, um dos princípios mais importantes do liberalismo baseado na igualdade, como expõe o próprio Dworkin (*Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 306): “Essa forma de liberalismo insiste em que o governo deve tratar as pessoas como iguais no seguinte sentido. Não deve impor sacrifícios nem restrições a nenhum cidadão com base em algum argumento que o cidadão não poderia aceitar sem abandonar o seu senso de igual valor. Esse princípio abstrato requer que os liberais se oponham ao moralismo da Nova Direita, pois nenhuma pessoa com auto-respeito que adota um certo modo de vida por considerá-lo mais valioso para si, pode aceitar que esse modo de vida seja vil ou degradante. Nenhum ateu que se preze pode concordar que uma comunidade em que a religião é compulsória é melhor por essa razão, e nenhum homossexual pode concordar que a erradicação da homossexualidade torna a comunidade mais pura. Portanto, o liberalismo baseado na igualdade justifica o tradicional princípio liberal de que o governo não deve impor a moralidade privada”.

<sup>49</sup> ROTONDANO, Ricardo. Investigando a herança cultural-religiosa brasileira: a dificuldade em instituir um Estado plenamente laico. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 8, n. 2, p. 221-238, mai./ago. 2013.

desobediência. Numa sociedade em que domina uma religião, a moral e mesmo o direito nela se inspiram. Mas, numa sociedade que aceita o pluralismo religioso, já não é a verdade religiosa, mas sim o respeito à liberdade em questão de religião e de consciência que se torna o valor fundamental. Esta é concebida como a expressão da dignidade e da autonomia da pessoa.<sup>50</sup>

Patente, desse modo, a relevância que goza a tolerância no seio social pluralista e democrático, devendo “ser entendida como um dos antídotos para combater as lógicas fechadas, totalizadoras, purificadoras e excludentes”.<sup>51</sup> Como aduz José Fernando de Castro Farias, “na medida em que contribui para viabilizar a comunicação entre opostos, a tolerância possibilita a existência de uma ética aberta que se refere à atitude de respeito à verdade do outro”. O referido autor lembra ainda que “a história está cheia de atrocidades cometidas em nome de uma verdade absoluta”, porém, “é difícil apontar um caso de um ato cruel em nome do pluralismo e da tolerância”.<sup>52</sup> Nesse sentido, fomentar a pluralidade de modos de vida e de distintas culturas é um objetivo de qualquer Estado que se proponha democrático; demonstra-se, assim, a plausibilidade do amparo estatal ao registro público das uniões poliamorosas.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta claro que a imposição de um modelo de organização familiar obrigatório aos cidadãos pelo Estado se traduz como uma ofensa à liberdade do cidadão, de escolher a entidade familiar que melhor lhe aprouver, e assim concretizar sua plena realização pessoal. Ademais, fere igualmente os princípios democráticos, ao instituir a opção cultural-religiosa da maioria, suprimindo, por conseguinte, o direito de escolha da entidade familiar das minorias. Em uma sociedade marcada pela pluralidade e pela diversidade, nada mais justo do que privilegiar e defender a diversidade e a diferença, primando pela tolerância entre os mais diferenciados pontos de vista.

Consequentemente, a entidade familiar poliamorosa passa a encontrar seu espaço dentro do cenário jurídico nacional. Caem por terra todas as proibições relativas a este modelo de organização familiar, sendo reconhecida ao particular a livre oportunidade de optar pelo regime de convivência afetiva com o qual se identificar. Nesse cenário, o impedimento civil à família poliafetiva e o crime de bigamia previstos nas normas jurídicas pátrias devem ser consequentemente reformadas, posto que padecem de evidente antinomia ante aos preceitos axiológico-normativos consagrados pela Constituição Federal.

Há que se ter o máximo cuidado e prudência no uso da prerrogativa estatal de regulação das ações e relações sociais dos indivíduos, no que diz respeito às suas escolhas em caráter íntimo e privado. A manutenção do máximo de liberdade e autonomia possível relativa às opções de vida, de relacionamento e de aspectos morais e culturais das pessoas é o caminho ideal para lhes possibilitar a plena realização como indivíduos humanos, que

<sup>50</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 315.

<sup>51</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 218.

<sup>52</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 218.

possuem uma diversidade de aspirações, desejos, crenças e modos de vivência distintos – todos eles válidos, na medida em que não cercearem os direitos dos demais.

A adoção do modelo familiar poliamoroso se insere dentro deste âmbito, posto que é uma escolha íntima e particular, que cabe apenas e somente aos sujeitos envolvidos – sem que produza efeitos ou interfira em direitos de quaisquer outras pessoas. Nada mais justo do que retirar os entraves legais e sociais relativos à liberdade de adoção da poliafetividade como a forma de convivência, união e afetividade familiar. Neste campo, quebrantar antigos dogmas e paradigmas universalistas sobre consenso e verdade no campo cultural-religioso, ampliando-se o escopo de validade de formas de vida e relacionamento afetivo, conduz ao fortalecimento de um Estado e de uma sociedade democráticos e plurais, comprometidos com a exaltação e a valorização da diferença e da diversidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Guilherme Assis. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

AMÂNCIO, Thiago. 'Casais' de 3 ou mais parceiros obtêm união com papel passado no Brasil. *Folha de São Paulo*, 24 jan. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>. Acesso em: 8 mai. 2017.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5ª ed.. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed.. São Paulo: Brasiliense, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed.. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Tatiane; BELMINO, Marcus César. Poliamor: da institucionalização da monogamia à revolução sexual de Paul Goodman. *Revista IGT na Rede*, v. 12, n. 23, pp. 411-429, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- \_\_\_\_\_. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2009.
- FRANÇA, Matheus Gonçalves. *Além de dois existem mais: estudo antropológico sobre poliamor em Brasília/DF*. 2016. 136 f.. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- GOEDERT, Gabriela. *Uniões poliafetivas: o reconhecimento jurídico como entidade familiar*. 2016. 100 f.. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução: Ruy Jungmann. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARINHO, Josaphat. *Direito, sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. *Revista Ártemis*, v. 13, pp. 62-71, jan./jul. 2012.
- \_\_\_\_\_. Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista. *Cadernos Pagu*, n. 44, pp. 391-422, jan./jun. 2015.
- PIVA, Juliana Dal. Rio registra primeira união estável realizada entre três mulheres. *O Estado de São Paulo*, 18 out. 2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>. Acesso em: 8 mai. 2017.
- PORTAL G1. União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. *Portal G1*, 23 ago. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>. Acesso em: 8 mai. 2017.
- RABELO, Claudia Mara de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. *Revista DUC In Altum – Cadernos de Direito*, v. 7, n. 13, pp. 54-99, set./dez. 2015.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROTONDANO, Ricardo Oliveira. Investigando a herança cultural-religiosa brasileira: a dificuldade em instituir um Estado plenamente laico. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 8, n. 2, p. 221-238, mai./ago. 2013.

\_\_\_\_\_. O reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil: ponderações filosófico-sociológicas. *Cientefico*, Fortaleza, v. 15, n. 30, p. 29-44, jan./jun. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4ª ed.. São Paulo: Cortez, 2002.

THOMÉ, Clarissa. CNJ pede suspensão de registro de 'trisal'. *O Estado de São Paulo*, 21 mai. 2016. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,cnj-pede-suspensao-de-registro-de-trisal,10000052712>. Acesso em: 8 mai. 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WERNECK, Keka. Poliamor: homem e duas mulheres registram em cartório união a 3. *Portal TERRA*, 24 nov. 2015. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/poliamor-homem-e-2-mulheres-registram-em-cartorio-uniao-a-3,2aec7e7abe10835d47cb7168db8979bf93thm8t1.html>. Acesso em: 8 mai. 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3ª ed.. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANON, Susana Raquel Bisognin. Poliamor: o não-todo e a inconsistência da lei. *Revista Científica Ciência em Curso*, Palhoça, SC, v. 3, n. 2, pp. 167-180, jul./dez. 2014.



# O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE BRASILEIRA: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

## THE CONSTITUTIONAL PATRIOTISM AND THE BRAZILIAN SOCIETY: A CONTEMPORARY VISION

DORIVAL FAGUNDES COTRIM JÚNIOR\*

### RESUMO

O roteiro deste breve artigo é primeiro lançar algumas luzes sobre o conceito de Patriotismo Constitucional, que se tornou conhecido após o seu uso por Jürgen Habermas, apresentando um breve aspecto histórico do mesmo, a partir da sua formação. Posteriormente apresentam-se duas posições revisitadas do Patriotismo, de Arroyo e de Maia, que trazem interessantes discussões ao debate em outros países que não a Alemanha, sob um enfoque mais republicano (Republicanism) do que o próprio Habermas. Em seguida delinham-se breves considerações sobre a sociedade brasileira atual, tendo como ponto de partida o advento da Carta Constitucional de 1988 (basilar para a nossa análise acerca do Patriotismo Constitucional no Brasil) e suas repercussões, verificando, por fim, se é possível aplicá-lo nas terras latino-americanas ou se essa tentativa não passa de uma apropriação acrítica de teorias europeias, cujo contexto político-constitucional difere em muitos aspectos do brasileiro.

**Palavras-chave:** patriotismo constitucional; Arroyo; Maia; republicano; apropriação acrítica.

### ABSTRACT

The script of this brief article is first to shed some light on the concept of Constitutional Patriotism, which became known after its use by Jürgen Habermas, presenting a brief historical aspect of it, from its formation. Later, two revisited positions of Patriotism, Arroyo and Maia are presented, which bring interesting discussions to debate in countries other than Germany, under a more republicanist (Republicanism) approach than Habermas himself. Brief considerations on current Brazilian society are outlined below, starting with the advent of the 1988 Constitutional Charter (basilar for our analysis of Brazilian Constitutional Patriotism) and its repercussions, and verifying, finally, if it is possible to apply it in Latin American lands or if this attempt is an uncritical appropriation of European theories, whose political-constitutional context differs in many respects from Brazilian.

**Keywords:** constitutional patriotism; Arroyo; Maia; republicanism; uncritical appropriation.

\* 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).  
*juninhogby@gmail.com*

Recebido em 13-10-2017 | Aprovado em 30-1-2018



## SUMÁRIO

**NOTA INTRODUTÓRIA; 1 O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL; 2 A POSIÇÃO REVISITADA DE ARROYO; 2.1 Retomando o Conceito; 2.2 Arroyo e o Vínculo com o Republicanismo; 3 PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL NO BRASIL; 3.1 As contribuições de Maia; 3.2 Balanços Parciais; 4 É REALMENTE POSSÍVEL APLICAR ESTE CONCEITO NO BRASIL?; 4.1 A Democracia como um decisivo valor constitucional; CONCLUSÃO: DE QUEM DEPENDE O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL?; REFERÊNCIAS**

### ■ NOTA INTRODUTÓRIA

A título de introdução do artigo, elaborado com base em uma metodologia qualitativa e com pesquisa teórica, algumas considerações são importantes para esclarecer os leitores acerca do tema analisado, qual seja, o conceito de Patriotismo Constitucional e sua possível aplicação na sociedade brasileira, sendo este o problema que se investiga no curso do trabalho, cujo objetivo é justamente verificar se é razoável a importação do conceito.

O conceito de Patriotismo Constitucional foi popularizado por Jürgen Habermas e nos pareceu interessante diante do cenário brasileiro, uma vez que propõe a criação e o fomento da cultura política entre os cidadãos por meio de uma afinidade proveniente, por sua vez, da Carta Constitucional e que parece faltar no país ou é incipiente.

Além da posição do próprio Habermas, Velasco Arroyo e Antônio Maia são mais duas vozes trazidas para a discussão, o primeiro mais republicanista e o segundo ainda mais distante, que também objetiva uma análise deste conceito para uma possível aplicação no Brasil, sob dois parâmetros importantes: considerar que o país possui dimensão continental, com diferenças múltiplas entre as suas regiões e por isso imprescindível criar valores compartilhados; e que o país deseja possuir voz ativa forte no plano internacional, através do atendimento às reivindicações culturais das minorias – e conjugados formariam o nacionalismo reflexivo.

Por fim, demonstra-se a necessidade de considerar as peculiaridades da narrativa brasileira, como uma Constituição anacrônica em algumas circunstâncias; o não cumprimento das suas diretrizes pelos próprios agentes públicos, incluindo os do Judiciário; e o fato de que quando as pessoas vão às ruas protestar são agredidas injustamente pelos agentes estatais. Agenciando estas questões é que surge o questionamento final, qual seja, se este modelo de Patriotismo necessita ou exige a participação das instituições e dos seus agentes, no que se respondeu positivamente, haja vista que todos constituem tecido político e social do país e que a própria noção de Estado e dos seus papéis contribuem para a formação de um sentimento patriótico. Nesse sentido, a vinculação aos Direitos Humanos estabelecidos na Carta Constitucional é tarefa de todos; e assim, este conceito de Patriotismo precisa ser adaptado à realidade brasileira, diversa da alemã.

## 1 O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Antes mesmo de delimitar o Patriotismo Constitucional é preciso tecer algumas diretrizes acerca da pluralidade cultural, que é um dos temas mais debatidos no âmbito da filosofia política atualmente. Habermas afirma que em sociedades pós-convencionais da contemporaneidade há uma multiplicidade de formas de vida, que cresce continuamente, e também grandes divergências acerca da temática da diversidade cultural, que exigem o reconhecimento e as garantias de status de igualdade diante de outras concepções de vida.

Nessa toada que Habermas busca uma tentativa de reconstruir, reformular, reestruturar o Direito e a sua estrutura normativa, a fim de que elas sejam capazes de atender a uma variada e complexa gama de reivindicações de inclusão e de convivência pacífica em sociedades plurais destes tempos hodiernos.

Para tentar tal desiderato Habermas traz a noção do Patriotismo Constitucional, reinterpretado por vários outros pensadores, dentro e fora da Europa. O debate é levado até o nível constitucional, no qual se procura criar e posteriormente fomentar uma cultura política dos cidadãos que consiga fortalecer as amarrações e conexões identitárias da sociedade, simultaneamente procurando estar atento à diversidade, adotando-se uma visão mais republicana, mas sem esquecer completamente a via estabelecida pelo liberalismo<sup>1</sup>.

O tópico do Patriotismo Constitucional apareceu, primeiramente, no contexto da Alemanha Ocidental com o *Historikerstreit*<sup>2</sup>, consistindo nessa divergência de interpretação sobre o Nazismo por vários intelectuais alemães. Foi Habermas quem publicizou o teor político desta controvérsia, denunciando veemente o neo-historicismo e sua tentativa de reestruturar, ressignificando, após os eventos nefastos de Auschwitz, uma continuidade da identidade alemã.

A contribuição de Habermas no debate foi importante porque ele assumiu uma postura crítica e não pueril dessa perspectiva de tentar apresentar interpretações revisionistas dos tempos nazistas, principalmente capitaneada por historiadores conservadores, como Ernst Nolte<sup>3</sup>, tentando trivializar o significado de terror do Holocausto, que até hoje assombra a Europa, sobretudo a própria Alemanha, que tentam se recuperar desta ferida histórica.

Nesse sentido o patriotismo constitucional alemão significou o orgulho pela superação do Nazismo, estabelecendo uma ordem político-constitucional lastreada no Estado de Direito (ou Estado Democrático de Direito), e este, a seu turno, ancorado em uma cultura política de cunho liberal<sup>4</sup>. Então Habermas desenvolveu este conceito de Patriotismo

<sup>1</sup> Nesse sentido ver MONICA, Eder Fernandes. In: "A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Aplicação no Brasil, 2007".

<sup>2</sup> Foi um debate entre os historiadores alemães a partir dos anos 1980, iniciado com a interpretação de Nolte do Nazismo, apresentando a tese de que o Nazismo e o mesmo o Holocausto teriam sido cópias do Bolchevismo. O historiador basicamente defendeu que o "nexo causal" entre ambas as experiências seria uma similitude de "extermínio de classes" por parte dos bolcheviques e "extermínio de raças" pelos nazistas. Disponível em: <<http://blogjunho.com.br/ernst-nolte-e-a-historiografia-revisionista/>>. Acessado em 07 de julho de 2017.

<sup>3</sup> Ver nesse sentido BUNCHAFT, Maria Eugênia. A Integração do Conceito de Patriotismo Constitucional na Cultura Política Brasileira, 2005. Publicado em Revista Direito, Estado e Sociedade da PUC-Rio.

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. Identidades Nacionales y Postnacionales. Madrid: Tecnos, 1998, p. 115-116.

Constitucional como uma nova forma de prover um arquétipo (modelo) de identificação política capaz de sobrepujar, suplantar o nacionalismo alemão, conceituando a identidade nacional deste povo de uma forma diferente daquela que queriam estabelecer, qual seja, a neo-historicista alemã, não caindo nas garras de uma compreensão conservadora e minimalizante dessa história.

Esta noção de Patriotismo foi reinterpretado em moldes altamente republicanos por Juan Carlos Velasco Arroyo<sup>5</sup>, isto é, além do entendimento de Habermas e do qual se valerá Antônio Maia<sup>6</sup>, buscando a viabilidade deste conceito na cultura político-jurídica nacional, distanciando também da formulação original, uma vez que vê a miscigenação nacional racial e a etnicidade híbrida da população como ofertando um novo entendimento acerca do Patriotismo, que poderia fortalecer a identidade nacional brasileira.

Apresentaremos um pouco destas posições de Juan Arroyo e Antônio Maia, elaborando, *pari passu*, algumas críticas, tanto durante a própria exposição quanto em um tópico separado.

## 2 A POSIÇÃO REVISITADA DE ARROYO

Segundo se defende na Ciência Política e também nas Jurídicas, os Estados modernos com suas cartas constitucionais se mostram como estruturas político-jurídicas destinadas a assegurar uma convivência razoável em sociedades territorialmente delimitadas, nas quais a unidade religiosa e/ou cultural tinha-se despedaçado, em virtudes de discrepâncias que se defendiam inconciliáveis entre si.

Uma solução para tal questão foi o desenho de acordos neutros de natureza procedimental a fim de regular estas complicadas matérias. Acontece que atualmente novas tensões aparecem (ou ressurgem), em virtude das demandas de reconhecimento de formas coletivas de identidade, o que nos leva invariavelmente ao questionamento quanto a possibilidade de uma constituição moderna poder reconhecer simultaneamente diversas manifestações de culturas e adequadamente tratá-las, isto é, equanimemente e não com preferências, seja de aspecto positivo, seja de aspecto negativo<sup>7</sup>.

Para Habermas, atualmente os tecidos sociais estão experimentando uma grande variedade de manifestações culturais de vida, de grupos étnicos-raciais<sup>8</sup>, de religiões e formas

<sup>5</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. 2004. "Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal". In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, pp. 181-209.

<sup>6</sup> MAIA, Antonio C. S. C. 2005. "Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional". In: Diversidade Cultural Brasileira: Edições Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, p. 115-156. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/DiversidadeCultural/Antonio\\_Cavalcanti.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/DiversidadeCultural/Antonio_Cavalcanti.pdf)>. Acessado em 07 de Julho de 2017.

<sup>7</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. "Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal". In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 181.

<sup>8</sup> Para uma abordagem educacional dessa diversidade cultural e étnico-racial, apresentando os desafios para a educação diante deste tema, ver SILVA, Giovani José da; SOUZA, José Luiz de. Educar Para a Diversidade Étnico-Racial e Cultural: Desafios da Educação Inclusiva no Brasil. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/interacao/article/view/4256/4180>>. O artigo só representa a atualidade da

de compreensão do mundo, de forma que se faz impossível a defesa de modelos antigos, já defasados, para lidar com o problema da diversidade, que tem um significado muito denso para os povos atuais, sendo de fundamental importância, sobretudo quando se fala dos problemas das minorias. Nesse sentido a importância do tema se afirma, sendo preciso ainda uma visão mais republicanista da questão<sup>9</sup>.

Arroyo vai buscar a viabilidade da aplicação do Patriotismo Constitucional em sociedade hiper-plurais, orientando o seu foco para uma tentativa de resolver constitucionalmente este imbróglio.

De plano ele faz a distinção entre os três modelos básicos de comunidade política, que tentam lidar politicamente com o pluralismo identitário. O primeiro molde (i) é o universalista (do liberalismo), segundo o qual as instituições políticas públicas aparecem com o escopo de garantir a identidade individual, sendo certo afirmar que este é o modelo que prima pela Autonomia Pessoal. O segundo modelo (ii) é o Comunitarista, mais particularista, cujas versões contemporâneas têm apresentado alguns traços do próprio nacionalismo, concebendo a comunidade pública como servindo fundamentalmente para a manutenção da identidade de comunidades. O terceiro modelo (iii) é o republicano, que arquiteta a comunidade política como sendo ela própria uma expressão de uma identidade “cívica”, exigindo de seus membros um compromisso ativo com os assuntos públicos<sup>10</sup>.

Pontua Arroyo que certa forma de republicanismo se apresenta como a maneira plausível de superar o dualismo entre liberalismo e nacionalismo, sendo que o seu objeto, ao menos pelo que depreendemos das leituras, seria considerar a possibilidade de uma política identitária capaz de abarcar as diferenças no campo da cultura; e que se faça situada normativamente para além da tolerância passiva do liberalismo procedimental<sup>11</sup>, utilizando para tal o desenho dos republicanistas<sup>12</sup>.

O Liberalismo não responderia a altura porque essas manifestações plurais culturais reivindicam não somente o reconhecimento<sup>13</sup> das suas diferenças (de tipo simbólico ou não), mas também um reconhecimento das suas próprias formas de desenhos comunitários e

---

temática, inclusive de caráter interdisciplinar, demonstrando que é uma matéria de interesse de outras áreas também, que não somente à jurídica e à política.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. Tradução George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002, p. 134.

<sup>10</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 182-3. Para mais noções acerca do Republicanismo e também do Comunitarismo consultar a obra didática de 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 e seguintes; e p. 137 e seguintes, respectivamente.

<sup>11</sup> Do qual Habermas se faz expoente.

<sup>12</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 183-4. Salienta-se que o autor está se ocupando de responder às particularidades do caso da Espanha, que convive com diversidade cultural.

<sup>13</sup> Quem procurar uma doutrina específica sobre o reconhecimento enquanto categoria importante para a construção de uma teoria e prática da justiça, consultar a obra de HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 155 e seguintes.

jurídicos. Somente a promoção do igualitarismo não garante a sobrevivência das formas de vida e de culturas, sendo preciso que o Estado preserve os traços distintivos da comunidade<sup>14</sup>.

Arroyo aponta que os sistemas democrático-liberais, quando desenvolveram o instituto da tolerância tinham o problema da convivência das religiões para resolver, separando e criando duas esferas para cada, uma para a religião e outra para o Estado. Todavia, hodiernamente o problema da tolerância não é só mais religioso, mas também questões de nacionalismos, imigrações, minorias étnico-raciais, etc., necessitando-se de novas bases<sup>15</sup>.

Tolerância para o autor estaria no sentido de uma “atitude de diálogo com os adversários e a capacidade de revisar as próprias ideias, uma ‘disposição à cooperação e à busca de conciliações<sup>16</sup>”. Parece-nos que o autor diferencia tolerância da ideia de reconhecimento do outro e o direito deste de alteridade, sendo que reconhecer implica muito mais do que simplesmente tolerar<sup>171819</sup>.

Para o Republicanismo não há a necessidade de homogeneidade étnico-cultural, seja para o estabelecimento, seja para a consolidação de uma comunidade política, sendo o modelo caracterizado por três noções básicas: (i) a de participação do cidadão; (ii) de primazia do “povo” e (iii) de deliberação pública<sup>20</sup>.

Eles preconizam uma forte noção de cidadão, como é bem conhecido, mas segundo alguns, como Arroyo, não se é possível fazer uma das críticas mais conhecidas a eles<sup>21</sup>, qual

<sup>14</sup> Exemplo são as leis especiais válidas para a província de Quebec, no Canadá, que se orienta com base neste protecionismo estatal.

<sup>15</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 192

<sup>16</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 193.

<sup>17</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 195.

<sup>18</sup> Sobre uma perspectiva da tolerância, ver o interessante estudo de WALZER, Michael. Da tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Nas páginas 16 a 18, por exemplo, ele afirmará que pessoas tolerantes “são aquelas que aceitam homens e mulheres cujas crenças não adotam, cujas práticas se recusam a imitar”. Parece que Walzer põe a tolerância como uma virtude que pode se expressar de várias formas e elenca algumas possibilidades contextuais nas quais a tolerância pode vir a ocorrer, sendo: (1) aceitação da diferença para a continuidade da paz; (2) atitude de indiferença diante de certa diferença; (3) reconhecimento do direito do outro sujeito mesmo quando o exercício deste seja “antipático”; (4) em atitude de respeito e de certa disposição ao outro, no sentido de ouvi-lo e buscar um aprendizado; e (5) o endosso entusiástico da diferença, seja ela estética ou funcional. Portanto, é perceptível que tolerância não se limita à aceitação daquele que pensa e toma atitudes diferentes do outro, mas se refere, em geral, se nos é lícito resumir, a uma defesa ou respeito à liberdade individual do outro. Quem desejar saber mais sobre, favor consultar também FAVARIM, Flávia Negri. Limites da Tolerância Nos Conflitos Entre Grupos Religiosos. 2007. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo. 2007, p. 22 e seguintes.

<sup>19</sup> Há ainda quem defenda a tolerância às diversidades como sendo a base da efetivação de uma sociedade democrática, justa e igualitária. Somente a partir da tolerância é que haverá a possibilidade de uma convivência harmoniosa e a concretização de uma sociedade livre de discriminações e violências desse teor. Nesse sentido consultar o interessante trabalho de LEISTER, Margareth A.; TREVISAN, Elisaide. A Tolerância às Diversidades: Base da Efetivação da Sociedade Democrática. In: Ana Maria Viola de Sousa; Noe Lopes Zuñiga; Grasielle Augusta Ferreira Nascimento. (Org.). Direitos Humanos e Minorias. 1edição. Lorena: UNISAL, 2015, v. 4, p. 1-12.

<sup>20</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 196.

<sup>21</sup> Feita inclusive por Habermas ao longo das suas obras.

seja, de que tudo se deixa à boa disposição dos cidadãos (a supremacia da Soberania Popular), pois haveria alguns imperativos funcionais que necessitam de regras claras. Isso porque se todos os cidadãos fossem virtuosos todo o tempo não haveria necessidade de desenhos político-institucionais contra a corrupção ou de balanceamento dos poderes.

Ele aponta<sup>22</sup> que isto bastaria para se ter uma concepção republicana sem abandonar completamente alguns apelos do liberalismo, além de argumentar no sentido de que outras críticas que foram feitas ao republicanismo foi porque aqueles associaram irrefletidamente o patriotismo republicano com o nacionalismo (visto como promotor de políticas excludentes e negativas).

Nesse sentido, o patriotismo, mesmo derivado de uma práxis republicana, é primariamente de ordem cívica e não repousa sobre componentes étnico-culturais, como foram os laços de sangue, a língua e a religião. Do cidadão deve-se esperar somente a lealdade aos princípios democráticos sobre os quais o Estado se configura e não com a identificação com algum conteúdo substancial etno-cultural ou mesmo com alguma concepção de bem.

Isto decorreria do fato de que o Estado só pode comprometer-se com uma diversidade cultural, declarando interesse cultural somente de forma ampla, mostrando, portanto, sensibilidade política pelo caleidoscópio cultural - logo, assumindo uma gestão democrática da diferença. *Assim, e somente assim, é que se poderá exigir lealdade dos cidadãos perante o Estado, pois este não entraria em conflito com as identidades particulares de cada um*<sup>23</sup>.

É razoável também mostrar a relação de complementariedade que existe entre identidade coletiva e identidade cultural. Ora, discutindo-se questões de identidades coletivas, em dimensões nacionais, é preciso considerar que há várias identidades culturais dentro daquele espaço político, que envolve uma identidade nacional. No mundo moderno, como foi destacado, é comum o fato de uma pessoa pertencer a diversos grupos de identificação<sup>24</sup>.

Assim, é difícil delimitar o sujeito, cerceá-lo em certa identidade coletiva, tentando adivinhar quais seriam as suas interações com outros sujeitos. O indivíduo só se reconhece quando está vinculado a uma cultura específica e seus desdobramentos, como a língua, formando a sua identidade pessoal. Nas sociedades contemporâneas (sociedade de estranhos, segundo Habermas<sup>25</sup>) o sujeito tem o direito de escolher participar de vários códigos culturais ou mesmo de nenhum.

Já entre a construção social das identidades coletivas é preciso diferenciar, vez que há entre essas identidades (coletiva e pessoal) somente uma relação de complementariedade e não de analogia. Por conseguinte, as identidades coletivas têm de serem conceituadas de forma genérica, pois forjadas em comum sobre uma base cultural que necessariamente pressupõe a emergência de instâncias responsáveis por suas definições e administração. A

<sup>22</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. "Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal". In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 198-9.

<sup>23</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. "Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal". In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 200.

<sup>24</sup> Um grupo da igreja, de amigos, dos jogos, de trabalhos, etc.

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. In: Novos Estudos CEBRAP, n. 43, novembro de 1995, p. 97

nação, para Habermas, é uma forma moderna de identidade coletiva, sendo comunidades socialmente erigidas e que se nutrem de tradições inventadas<sup>26</sup>.

Pelo exposto, há a necessidade de reformulação do conceito de patriotismo, tendo em vista que a tarefa do Estado de gerir um consenso democrático e de formar uma identidade coletiva atenta às singularidades se vê facilitada, caso a vida em comum se assente neste consenso constitucional<sup>27</sup>. Esse patriotismo engloba um esforço de construir uma noção de força motivadora, funcionando como vetor de união de populações plurais e estranhas entre si, desvinculadas do partilhamento de religiões, nações, idiomas, territórios ou história em comum. Há claramente uma recusa aos pertencimentos pré-políticos, incapazes de garantir a solidariedade entre estranhos<sup>28</sup>.

## 2.1 Retomando o Conceito

É preciso retomar brevemente, novamente, o que se pode entender por Patriotismo Constitucional, apontando uma nota histórico-conceitual não citada na primeira parte deste artigo, que diz respeito ao alemão Dolf Sternberger, o criador do termo, que à época buscava novos princípios e diretrizes constitucionais sobre os quais deveria ser fundamentada a vida política alemã depois da II Guerra Mundial. Aos fins dos anos 70 ele afirmou que a Carta Constitucional Alemã conseguiu reformar os sentimentos dos cidadãos, no momento em que estes começaram a admirar, respeitar e apreciar esta Carta, contribuindo para o surgimento de um novo patriotismo, não sustentado nos tradicionais elementos do pertencimento (língua, história, etnia), mas politicamente lastreado na Lei Fundamental<sup>29</sup>.

Nesse sentido o termo foi usado, sinteticamente, para se referir a esse processo coletivo de identificação dos cidadãos alemães no pós-Guerra. É certo que diante dos fatos catastróficos realizados, não haveria como ter orgulho do passado, representando este conceito uma nova construção de uma nação alemã, pautada na prática e no direito de participação dos cidadãos.

Nos anos 90 é que Habermas reformula os termos, ao analisar duas questões principais: (i) as discussões do multiculturalismo, que o levaram a reconhecer a legitimidade das diferentes formas e concepções de vida; e (ii) as questões sobre a União Europeia, estendendo o conceito para toda a Europa<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. "Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal". In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 197.

<sup>27</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. "Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal". In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 201.

<sup>28</sup> MAIA, Antônio C. "Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional". In: Diversidade Cultural Brasileira: Edições Casa de Rui Barbosa. 2005, Rio de Janeiro, p. 13-4.

<sup>29</sup> MAIA, Antônio C. "Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional". In: Diversidade Cultural Brasileira: Edições Casa de Rui Barbosa. 2005, Rio de Janeiro, p. 12.

<sup>30</sup> MAIA, Antônio C.. "Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional". In: Diversidade Cultural Brasileira: Edições Casa de Rui Barbosa. 2005, Rio de Janeiro, p. 15.

## 2.2 Arroyo e o Vínculo com o Republicanismo

Arroyo aponta que, para ele, o Patriotismo Constitucional está fortemente vinculado ao Republicanismo, sendo necessário, portanto, conhecer e assumir os valores básicos desta tradição política<sup>31</sup>. Dessa forma o patriotismo está ancorado em uma identificação reflexiva, não com conteúdos particulares de uma tradição específica de cultura, mas com conteúdos universais recolhidos da ordem normativa e ratificada ou posta primeiramente na própria Constituição, quais sejam: os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais do Estado de Direito<sup>32</sup>.

Torna-se nítido que essa concepção evita as tradições ufânicas de passados gloriosos, tão usuais nos discursos nacionalistas, bem como as apropriações destes. Ratificando essa posição, definido pelo pluralismo cultural, razoável utilizar uma fórmula descrita por Habermas: “articular a unidade da cultura política na multiplicidade de subculturas e formas de vida<sup>33</sup>”. Por isso a cultura democrática nesse país deve afastar qualquer tentativa particularista de exclusão de qualquer forma de vida que seja.

Mas como realizar esta integração de pluralidades de visões de mundo, considerando que há uma unidade para uma multiplicidade? Segundo Habermas, em que pese a falta de consenso substancial sobre os valores, os cidadãos dessas sociedades pós convencionais apelam a convicções e normas morais que devem ser partilhadas por todos. Nesse sentido a integração social necessita de um agir orientado por um acordo mútuo de todos, lastreado sobre o reconhecimento de reivindicações<sup>34</sup>.

Nas sociedades pós-convencionais, como se sabe, Habermas tenta explicar a integração social (pois não há mais um *ethos* tradicional) por meio do modelo dos discursos racionais, que podem ser vistos como formas especializadas da ação comunicativa, no sentido de que as argumentações racionais são as únicas permitidas neste sistema. Os discursos são procedimentos que reproduzem a busca coletiva e conjunta da verdade, da retidão e da sinceridade e nesse meio tempo pluraliza-se as visões de mundo e as concepções de vida boa<sup>35</sup>.

Nesse aspecto o Direito precisa assegurar a procura cooperativa das pretensões de validade nessas sociedades pós-convencionais, não sendo apenas o local de conflito de interesses, mas de busca do entendimento, abrindo um espaço para comunicação entre todos esses indivíduos fragmentados. Nessa toada é ingênuo dizer que Habermas não reconhece o

<sup>31</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 33-4.

<sup>32</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 34.

<sup>33</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 35.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro. Tradução George Sperber. São Pau-lo: Loyola, 2002, p. 93-4.

<sup>35</sup> MONICA, Eder Fernandes. “A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Aplicação no Brasil”. Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, 2007, p. 8.

conflito ou a sua existência, mas apenas busca delimitar formas de superá-lo, por meio do entendimento<sup>36</sup>.

Com o Direito fica garantido o desenvolvimento das culturas e práticas comunitárias, firmando elementos de coesão e solidariedade, não desconsiderando mecanismos de coordenação e algum sentido do comum, no qual todos venham a se reconhecerem. Surgem então duas vias de integração: (i) uma étnico-cultural, que aglutina-se em torno das diversas formas de vida particulares, tradições, etc.; e (ii) outra que é político-cultural, mais abstrata, cujo núcleo são os princípios que possibilitam a vida em comum. O Estado, como é óbvio, deve se pautar neste segundo tipo, exigindo dos cidadãos somente a cultura política dentro de um espaço cívico que preserve a identidade coletiva<sup>37</sup>.

Uma diferenciação se faz interessante para esclarecimento do assunto, no que diz respeito ao *Ethnos* e *Demos*, sendo este uma nação de cidadãos (visão cívica) e aquele uma nação, vista como comunidade de destino de um povo (perspectiva étnico-cultural)<sup>38</sup>.

Os conflitos surgem quando essas instâncias estão em conflito e um adquire prevalência substancial sobre o outro. Um excesso no primeiro, consciência nacional, desenrola em fundamentalismo complacente; e uma ênfase no ideal republicano pode fragmentar a sociedade. Então é a ideia de Patriotismo Constitucional que servirá a Habermas como um instrumento de equilíbrio estas ambas as concepções.

O sentimento de pertencimento criado, desenvolvido, fomentado e estruturado nesta comunidade terá como esteio os valores democráticos e o respeito aos direitos humanos protegidos constitucionalmente por determinado país, levando a construção de uma consciência nacional, sem particularismos, mas com respeito ao diferente. Essa cultura política comum que Habermas tenta estabelecer deve ser uma condição de possibilidade às múltiplas reivindicações culturais e formas de vida.

Há alguns problemas nestas sociedades pós-convencionais que se referem à humanidade em geral e não somente a projetos específicos de vida, seja individual ou coletivo. Assim, diferenciando-se dos discursos éticos, a ideia de Patriotismo no Brasil adotará o ponto

---

<sup>36</sup> MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. Lua Nova (Impresso), v. 92, p. 13-43, 2014, apresenta e defende esta visão, de uma forma muito técnica, com nítido esmero, apresentando a ênfase que foi dada nas últimas décadas aos processos de produção do consenso, deslocando a centralidade do conflito político, como é o caso de Habermas e também de Rawls. Em seguida, neste estudo, ele apresenta a denúncia de Chantal Mouffe a este movimento, afirmando a irredutibilidade do conflito político. Por fim, ele diferencia a categoria “povo” como não sendo uma categoria econômica ou de classe, mas política, que “reúne” as pessoas que estão submetidas a um governo (p. 39). Nesse sentido, povo se contrapõe a governo e com isso em mente, democracia não pode ser uma forma acabada de governo, mas “um projeto de enfrentamento das estruturas de dominação vigentes em determinada sociedade”. Portanto, governos democráticos só podem ser vistos como respostas parciais, desafiada continuamente por novas exigências, novas pautas políticas, de um lado; e de outro, sempre ameaçadas pelos nefastos “movimentos de oligarquização e acomodação”, em um processo sempre inacabado. A partir disso pode-se verificar que liberdade e igualdade são valores em disputa constante e o recurso a eles apenas ressitua o antagonismo existente – para os dominados a democracia é a busca pela superação da dominação, que se mostra concretamente; e “o antagonismo entre dominantes e dominados pode se expressar ou mesmo ser escamoteado, mas não há fórmula retórica que o faça ser transcendido (p. 40). Daí a crítica dele a Chantal Mouffe também.

<sup>37</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 201-2.

<sup>38</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 199.

de vista moral<sup>39</sup>, buscando uma autodeterminação de todo e qualquer ser humano, mas sendo legítimas somente as normas que tenham o assentimento de todos.

Todavia, Habermas aponta ainda que os cidadãos devem ter a capacidade de segui-las de forma consciente, através do autoesclarecimento, julgando essas tradições, a fim de se evitar uma conservação forçada de espécies culturais e que não afronte as liberdades individuais. Portanto, o papel do Estado aqui parece ser a de não interferência para promoção efetiva e direta de certo tipo cultural.

Para os liberais, o que prevalece é a autonomia privada de cada sujeito e para os republicanos é a autonomia pública, ou o que se denomina de soberania popular, polarização bem conhecida de todos os ligados ao tema<sup>40</sup>. E a proposta de Habermas vem no sentido de superar essa divergência, de forma que o Estado só venha a exigir do cidadão um civismo consoante os princípios políticos do próprio estado de direito, lastreado na Carta Constitucional de cada país, mais sensível às diferenças (as mais variadas possíveis, como culturais, étnico-raciais, entre outros) e que permita a inclusão do outro, isto é, do diferente, do que não é ou representa o próprio ser.

Para que isto funcione Habermas utiliza-se de um modelo constitucional aberto, com acesso cidadão regulado por procedimentos claros, exigindo-se do cidadão a aceitação da Carta Constitucional nos moldes desenhados. Habermas desenvolve esta ideia compreendendo o dispositivo constitucional como um constructo dinâmico, em contínuo movimento e mutação, como um desenho inconcluso e sem fundo essencialista, substancialista, justamente porque não se vincula a nenhuma concepção de vida boa.

Para que o Estado não se destrua existe uma necessidade de compensação que só é suprida por uma democratização progressiva<sup>41</sup>, isto é, a constituição vista como um projeto na qual a sociedade civil pode influir sobre si mesma e no projeto por meio de processos discursivos. Para ele, este tipo de acordo constitucional é que torna possível a multiplicação de identidades diversas, compatíveis com apenas uma lealdade, qual seja, a constitucional (princípios universais fundamentais e direitos humanos).

Realizando uma leitura atenta do tema, percebe-se que o Estado Democrático não consegue ser neutro diante das concepções de bem, pois há nele, congenitamente, uma substância ética, qual seja, os direitos humanos e os princípios universais, baseados e respeitados a partir do Patriotismo Constitucional. Nesse sentido, esse modelo de política e de sociedade é somente mais um modelo, mas que o autor entende ser o razoável às sociedades modernas, mas não necessariamente boa para todos os povos.

Uma dificuldade que se apresenta para o Patriotismo é a sua baixa carga emocional (diante, por exemplo, da construção de nação, que apela fortemente ao coração, vez que

<sup>39</sup> O ético diz respeito à concepção de bem que se deve seguir.

<sup>40</sup> SILVA, Ricardo. Visões da liberdade: republicanismo e liberalismo no debate teórico contemporâneo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, p. 181-215, 2015. Neste artigo instigante o autor apresenta a diferenciação de ambas as correntes em relação ao conceito de liberdade, apresentando-o como conceito “essencialmente contestado”. Portanto, ajuda a esclarecer um pouco mais essa diferenciação entre as correntes, mesmo que no final o autor porá em xeque algumas das ideias dominantes, pontuando, com prudência, que ambas as visões de liberdades têm os seus próprios méritos e que não se apagam (uma a outra).

<sup>41</sup> MONICA, Eder Fernandes. “A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Aplicação no Brasil”. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, p. 5-22, 2007, p. 11.

pautadas historicamente em uma constante construção), que procura ser compensado com um esforço maior na argumentação racional.

Mas se as razões, logo, os processos discursivos, precisam ser vinculadas às emoções, a fim de permitir uma mobilização dos diversos agentes sociais, o Patriotismo Constitucional tem por tarefa recuperar a linguagem das virtudes do civismo, essas, por sua vez, pautadas no amor às instituições políticas e ao modo de vida que dá conteúdo à liberdade dos cidadãos<sup>42</sup>.

Arroyo aponta que uma democracia participativa tem de estar unida ao sentimento de amor à pátria, revivendo o que sustentava A. Tocqueville: “o melhor modo de fazer os homens se interessarem por sua pátria é o fazê-los participar em seu governo<sup>43</sup>”<sup>44</sup>. A lealdade à Constituição será tanto mais forte à medida que os cidadãos mais se fizerem presentes no processo de formação e discussão público-políticos, suscitando uma responsabilidade partilhada com todos. A Constituição é essa carta que consagra um espaço de liberdade no qual os cidadãos tornam-se protagonistas da gestão e da fiscalização dos temas públicos, definindo também o que seja público e o que não se encaixa como tal, sendo claro que não há liberdade plena, completa, quanto ao texto constitucional (lembre-se que Habermas não advoga a supremacia da vontade do povo), mas conferindo esse aspecto contingente ao texto, sendo uma boa Constituição aquela que seja sensível à convivência humana, diferente por natureza.

Arroyo conclui suas ideias sobre a temática delimitando a sua concepção republicanista de política, como sendo um mínimo denominador comum, no qual se afinam ideologias e culturas diversas. Para o autor, no caso da Espanha, é convincente o patriotismo da pluralidade, pois por meio de um republicanismo da multiplicidade seriam movimentados sentimentos identitários no conjunto dos cidadãos, fazendo por emergir uma cultura pública plurinacional e pluriétnica<sup>45</sup>.

### 3 PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

#### 3.1 As contribuições de Maia

Aliado à proposta que estabelecemos para o artigo, qual seja, a de tentar aplicar o Patriotismo à realidade brasileira, invoca-se primeiramente Antônio Cavalcanti Maia, para só depois apresentarmos a nossa contribuição. Maia propõe que este conceito no país deveria assumir uma abordagem mais radical, já que a nossa Constituição Federal de 1988 é progressista, contendo em seu bojo variados direitos sociais, funcionando como pauta para

<sup>42</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 35.

<sup>43</sup> MONICA, Eder Fernandes. “A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Aplicação no Brasil”. Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, p. 5-22, 2007, p. 13.

<sup>44</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 1ª ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 179: “o meio mais eficaz e talvez o único que nos resta de interessar os homens pela sorte da sua pátria é fazê-los participar de seu governo”. A citação do original nesta tradução é essa.

<sup>45</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. “Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004, p. 207.

demandas políticas distributivas, fundamentais para a realidade brasileira, vergastada pela imensa e cruel desigualdade sócio-econômica entre as classes<sup>46</sup>.

Ainda é preciso salientar que a Carta de 88 é motivo de orgulho para os brasileiros, eis que representa um momento de transição entre governos autoritário-ditatoriais para o regime democrático e que a auto-estima é um elemento não presente na cultura nacional, podendo o Patriotismo ser um modo de superar esta falha<sup>47</sup>.

Ele as afasta de Habermas quando afirma que no Brasil deve-se buscar o Patriotismo com paixão e discursos retóricos, talvez por haver necessidade de um impulso maior, diante da precariedade do sistema nacional. O autor é ainda muito otimista quando vê o Brasil como miscigenado racialmente, não sendo necessariamente vinculante o patriotismo com racismo/xenofobia, com base no nacionalismo integrativo<sup>48</sup>.

Maia afirma a necessidade de rearticulação da própria história nacional com base em uma reflexão de auto-consciência nacional coletiva, a partir de dois parâmetros: (i) um externo e (ii) outro interno. O externo, diante das dimensões continentais do país e das diferenças nas regiões, sobretudo as econômicas, não se pode abandonar a imprescindibilidade de criar valores compartilhados, que permita um engajamento cívico e a realocação de recursos para seguir o interesse republicano. No segundo se apresenta a vontade nacional de ser voz ativa forte no plano internacional, atendendo as reivindicações culturais minoritárias<sup>49</sup>.

Defende ainda a desvinculação do Patriotismo e Nacionalismo das características adquiridas durante a Ditadura Militar. Portanto, postula um nacionalismo reflexivo, nos moldes apresentados aqui.

Com base nisso, alia-se a um autor indiano Aijaz Ahmad, quando este advoga que nem o Brasil e nem a Índia são capazes de se ajustarem às teorias de nação e nacionalismo

---

<sup>46</sup> E com perspectivas de piorar, diante das reformas trabalhistas que almejam retirar direitos mantidos durante os longos com muita resistência e luta, que aparecem na contramão das relativas conquistas que se vinham alcançando de uns para cá neste campo social, em algumas áreas, sobretudo a partir de 2003, quando Luís Inácio Lula da Silva assumiu a presidência do país. Vide, por exemplo, o combate a pobreza e a relativa melhora no campo da educação.

<sup>47</sup> MAIA, Antônio C. "Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional". In: *Diversidade Cultural Brasileira*: Edições Casa de Rui Barbosa. 2005, Rio de Janeiro, p. 17.

<sup>48</sup> Para pensamentos contrários, ver, dentre muitos: Costa, Sérgio. *Dois Atlânticos – Teoria Social, Anti-racismo e Cosmopolitismo*. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=-7p4w8tGqFcC&oi=fnd&pg=PA7&dq=dois+atlanticos+sergio+costa+&ots=wu1aJ0U\\_Sx&sig=s6rk5SfBgXGQ7iulbgY3p0LcPMw](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=-7p4w8tGqFcC&oi=fnd&pg=PA7&dq=dois+atlanticos+sergio+costa+&ots=wu1aJ0U_Sx&sig=s6rk5SfBgXGQ7iulbgY3p0LcPMw)>. Acessado em 01 de julho de 2017.

<sup>49</sup> MAIA, Antônio C. "Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional". In: *Diversidade Cultural Brasileira*: Edições Casa de Rui Barbosa. 2005, Rio de Janeiro, p. 6 e 7.

vindas da Europa<sup>50</sup>. E uma busca crescente de afastar os nacionalismos racistas do final do século XIX e primeira metade do XX<sup>51</sup>.

Portanto, diante da também experiência negativa com a constatação de fatos históricos, os brasileiros não devem se fixar em originalidades construídas historicamente, mas sim que se busque o futuro, permeado da noção de constituição como um projeto de sociedade e não somente de juristas, cientistas, filósofos, letrados em geral.

O nacionalismo brasileiro deve se expressar em dois eixos fundamentais, já delineados linhas acima, um cultural e um político-jurídico. Para o primeiro os bens culturais singulares não podem ser mercadorias; e para o segundo, Maia adota a possibilidade de adaptar o Patriotismo às atividades desenvolvidas na Europa.

No caso brasileiro, se não tomar cuidado, você pode ficar depressivo, diante dos níveis assustadores de exclusão<sup>52</sup> e considerando que o nosso processo histórico-cultural é recente. A globalização, bem como as discussões do multiculturalismo, contribui para o enfraquecimento dos vínculos de identidade, o que não impede a busca pelos demais grupos que respeitam as diversidades culturais.

Cabe-nos perguntar se o modelo de luta por reconhecimento em sociedades pós-convencionais é razoável e aceitável. Este modelo pode ser reconhecido nos casos das lutas feministas ou raciais, por exemplo, acusando a democracia e o seu modelo.

Para ele, não haveria reconhecimento das identidades modernas dos indígenas na política deliberativa, pois a conservação desta forma de vida dependeria de três alternativas, que são inaceitáveis: (i) negar a vida quando se desintegra da comunidade; (ii) negação da forma de vida pela participação política e adoção de um modelo alheio de política; ou (iii) muitos teriam que participar dela, fomentando o primado da decisão de cada um.

Mesmo no caso de defender o direito dos indígenas, eles teriam que utilizar-se de um modelo normativo do estado democrático de direito para fazer esta escolha. Por estes motivos que Durão concluiu que o modelo habermasiano mostra-se não suficiente para apresentar resposta para grupos ou etnias que, com boas razões, não podem adotar a substância ética do estado democrático de direito<sup>53</sup>. Algo nesse sentido que será também falado no tópico seguinte.

Salientamos mais uma vez que o modelo foi cunhado na Europa, particularmente na Alemanha, o que marca bem a sua existência e não deve ser desconsiderado. O Brasil não restou desfigurado no pós II Guerra Mundial, havendo necessidade de se criar um contexto histórico, no qual Patriotismo deve ser visto com ressalvas aqui nas terras latinas do sul.

---

<sup>50</sup> Muito provavelmente porque estes países possuem outros contextos históricos, sendo mesmos, durante um considerável período, colônias de países europeus, que foram os responsáveis pela criação destes conceitos para as suas próprias realidades históricas, geográficas, institucionais. A mera tentativa de reproduzi-los ou copiá-los sem realização de um filtro perante as nossas especificidades, levar-nos-á, novamente, a crise dos colonizados, isto é, a aparente “certeza” de que sempre serão inferiores aos seus colonos, que exerceram e exercem uma dominação epistemológica forte, incisiva e ainda assim muitas vezes imperceptível.

<sup>51</sup> MAIA, Antônio C. “Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional”. In: *Diversidade Cultural Brasileira: Edições Casa de Rui Barbosa*. 2005, Rio de Janeiro, p. 7.

<sup>52</sup> MAIA, Antônio C. “Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional”. In: *Diversidade Cultural Brasileira: Edições Casa de Rui Barbosa*. 2005, Rio de Janeiro, p. 1.

<sup>53</sup> DURÃO, 2002, p. 74-6, apud MONICA, Eder Fernandes. “A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Aplicação no Brasil”. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, p. 5-22, 2007, p. 16.

Antônio Maia fez uma interpretação deste modelo de Habermas de forma mais republicanista, tentando adaptá-lo a nossa realidade. Ainda assim o Estado Democrático de Direito não consegue resolver todos os problemas da sociedade contemporânea e por este motivo, nem os modelos que se servem dele para apontar os problemas existentes nos contextos.

### 3.2 Balanços Parciais

Diante de todo o exposto no artigo, tentou-se encontrar teorias para lidar com a diversidade e a inclusão, plausível em termos democráticos, valendo-se principalmente da teoria do Patriotismo Constitucional de Habermas, que advoga a aplicação imparcial do direito democrático à pluralidade, garantindo que o próprio direito realize normativamente as diferenças, objetivando a lealdade dos cidadãos diante da Carta Constitucional, especialmente, quanto aos direitos humanos e os princípios fundamentais.

Apresentou-se a noção do conceito chave elaborado por Habermas, depois por Arroyo, numa perspectiva mais republicanista e por fim, a aplicação no Brasil do Patriotismo feito por Maia e algumas breves considerações nossas, diante dos recentes fenômenos nacionais de ordem política e social.

Acredita-se que essa preocupação é fundamental no contexto da América da Latina, colonizada por diferentes países, e que busca delinear o seu papel na história e o que ela é (ou representa), resultando disso a importância do estudo do tema, mesmo que atualmente haja outros tópicos de maior interesse geral dos acadêmicos.

Não obstante a nossa diversidade e as críticas elaboradas, advoga-se pelos pontos positivos de se criar vínculos identitários fortes e coerentes, mesmo que sobre as bases da Carta Constitucional (Direitos Humanos e Princípios Fundamentais), fazendo frente a homogeneização cultural da globalização, mas também em razão do Capitalismo Oligopolista atual.

Como salientado, razoável é entender que muitos outros problemas que afligem a vida pública de uma coletividade não são resolvidos tão somente com uma forte lealdade à Constituição, mutável e contingente por excelência.

Os anos se passaram, mas os desafios quanto à pluralidade e o respeito permanecem. Portanto, interessante que todo aquele que pesquisa a temática, jurista ou não, debruce-se sobre o tema, a fim de alcançarmos compreensões mais abrangentes destes fenômenos, para então propostas de resolução mais efetivas e completas.

### 4 É REALMENTE POSSÍVEL APLICAR ESTE CONCEITO NO BRASIL?

Neste ponto do artigo, após analisadas brevemente as posições de Habermas, de Arroyo e de Maia, nos é lícito apontarmos algumas questões fáticas que não parecem bem resolvidas para a aplicação desta teoria no Brasil, sendo imprescindível considerar estas peculiaridades nacionais, sob pena de falhar consideravelmente. Feita esta nota introdutória prossigamos para o objetivo deste escrito.

Como ter patriotismo constitucional com (i) uma constituição anacrônica em muitos casos, ora defendendo A e ora anti-A e (ii) com os atuais processos judiciais penais, como a Lava Jato e suas derivações, nas quais não se respeita os procedimentos e garantias constitucionalmente estabelecidas, como o devido processo, a imparcialidade do julgador, as normas quanto às provas, sendo que, para agravar a situação, recebem estas operações e os seus conseqüentes o apoio de número significativo da população? Há espaço efetivo para um patriotismo constitucional no Brasil?

Nas Manifestações de 2013 (ou Jornadas de 2013), na qual houve uma tentativa de radicalizar a democracia, com as pessoas nas ruas, apresentando as suas demandas, exercendo a titularidade do Poder Constituinte<sup>54</sup>, legítimo e democrático e por parte do Estado vem uma resposta de repressão e autoritarismo?

#### 4.1 A Democracia como um decisivo valor constitucional

Continuando o tema da Democracia, é claro que ela própria é considerada um valor constitucional a ser seguido, tendo ainda forte relação com a Soberania, como não poderia deixar de ser, mas limitemo-nos ao seu aspecto de valor constitucional e nesse sentido, que possui uma carga altamente considerável para todos os cidadãos patriotas, que desejam dar cumprimento a esse novo modelo de Patriotismo Constitucional.

O novo modelo permitiria gerar “uma cultura cívica em favor da Democracia”. No Brasil, se a população vai às ruas em busca de Democracia, ou melhor, tentando praticá-la, é impiedosamente massacrada e submetida a agressão do Estado, por meio dos agentes, que sempre atuam sob a chancela e o comando dos nossos representantes, nesse caso do Poder Executivo, que, em tese, seriam os representantes do povo.

Mas se o povo quer ir para ruas, exercendo diretamente a democracia e, portanto, afastando desde já os poderes dos representantes (um argumento lógico-dedutivo), como esses representantes da população manifestam-se de forma contrária, isto é, coibindo, direta ou indiretamente, esse desejo, essa vontade da população, em que sentido esse Patriotismo Constitucional fortaleceria a cultura democrática no país?

A necessidade de aculturação política parece que primeiro passaria pelos representantes da população, que por vezes têm amnésia quanto à natureza das suas funções, bem como a quem eles devem satisfação.

### ■ CONCLUSÃO: DE QUEM DEPENDE O PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL?

O patriotismo constitucional se dependesse somente da população talvez fosse mais fácil se expressar, pois parece existir realmente um movimento deveras plural (a partir dos

<sup>54</sup> Para saber mais a respeito deste conceito de Poder Constituinte, ver NEGRI, Antônio. O Poder Constituinte: Ensaio Sobre as Alternativas da Modernidade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lamparina, 2015. Tradução de Adriano Pilatti.

vários coletivos que são fundados no país, sob as mais diferentes bandeiras) cujo objetivo geral seria a concretização dos direitos constitucionais exarados na Carta Magna do País.

Mas quando há a necessidade (*se é que esta necessidade existe*) de vinculação institucional, isto é, dos aparelhos burocráticos do Estado, pode ser que venha a ser dificultado esse processo de patriotismo, considerando as imensas falhas das instituições nacionais.

Como ser patriota se os próprios agentes estatais não o são? Vide a Lava Jato novamente. Vide as ações policiais diante das populações socioeconomicamente vulneráveis, que habitam em comunidades e que normalmente também são negras<sup>55</sup>.

A necessidade, para nós, é real e deve ser apreciada, considerando que (i) os próprios agentes estatais são primeiramente cidadãos e como segundo aspecto (ii) a própria noção de Estado e do seu papel tanto para a vida pública quanto para a vida privada do país, pois a forma de atuação estatal repercute diretamente na formação de um sentimento patriótico em todos aqueles que compõem o elemento povo, justamente por ser ele um instrumento agregador, unificador e mesmo facilitador em vários sentidos, como o é neste de criar este sentimento, que se empodera indubitavelmente quando o próprio Estado, por meio dos seus agentes, cumpre e respeita os valores constitucionais.

Entendemos que a vinculação aos Direitos Humanos estabelecidos na Carta Constitucional deve ser tarefa de todos, agentes estatais ou não, abarcando os cidadãos. No Brasil, pelo menos, acredito estarmos muito distantes dessa vinculação a princípios de direitos fundamentais, em que pese haver uma série de pessoas, instituições e grupos que lutam diariamente por uma sociedade mais justa, utilizando o Direito como um instrumento na efetivação das garantias constitucionalmente previstas para todos os cidadãos<sup>56</sup>.

Há ainda um longo caminhar a trilhar, com fortes obstáculos a vencer, considerando factualmente a nossa realidade sócio-política-cultural, mas em tese e se considerarmos o Patriotismo Constitucional como meta a ser alcançada, talvez seja um conceito que possa vir a ser útil para a realidade brasileira.

Do contrário, poderemos estar apenas executando uma importação teórica acriticamente, como reiteradamente fazemos (vide a nossa história constitucional e político-jurídica), talvez por falsamente acreditarmos que as produções teóricas da Europa são necessariamente melhores do que as nossas, nacionais ou da América do Sul em geral (países colonizados), pelo simples fato de terem saído das antigas Metrôpoles e que talvez ainda sejam metrôpoles epistêmicas, culturais, teóricas e filosóficas para todos nós, de *terrae brasilis*.

---

<sup>55</sup> Dentre muitos textos, artigos e livros, consultar BARÓN, Francho. As favelas se levantam contra a violência policial. *Jornal El País*, 19 de abril de 2014. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/20/politica/1397952771\\_527057.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/20/politica/1397952771_527057.html)>. Acesso em 13 de agosto de 2017.

ZACCONE, Orlando. "Para combater a violência na cidade, produzimos violência nas favelas": depoimento. [15 de setembro de 2017]. Rio de Janeiro: Revista Carta Capital. Entrevista concedida a Débora Melo. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/para-combater-a-violencia-na-cidade-produzimos-violencia-nas-favelas>>. Acesso em 13 de outubro de 2017.

<sup>56</sup> Dentre os vários existentes, cito, à título de exemplo, os Coletivos atuantes e militantes em favor dos direitos das minorias, como o NAJUP Luiza Mahin (Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular), o Coletivo Negro Patrice Lumumba e o CADHu – Coletivo de Advogados de Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS

ARROYO, J. C. V. *“Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”*. In: Revista de Estudios Políticos, nº 125, 2004. Disponível em: <<http://digital.csic.es/bitstream/10261/9809/1/republicanismo%20%2c%20constitucionalismo.pdf>>. Acessado em 08 de Julho de 2017.

BARÓN, F. *As favelas se levantam contra a violência policial*. Jornal El País, 19 de abril de 2014. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/20/politica/1397952771\\_527057.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/20/politica/1397952771_527057.html)>. Acesso em 13 de agosto de 2017.

BUNCHAFT, M. E. *A Integração do Conceito de Patriotismo Constitucional na Cultura Política Brasileira*, 2005. Publicado em Revista Direito, Estado e Sociedade da PUC-Rio. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/download/281/254>>. Acessado em 07 de Julho de 2017.

COSTA, S. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-rascismo e cosmopolitismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

FAVARIM, F. N. *Limites da Tolerância Nos Conflitos Entre Grupos Religiosos*. 2007. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo. 2007.

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

HABERMAS, J. *Identidad Nacional y Identidad Postnacional-entrevista com Jean Marc Ferry*. In: HABERMAS, Jürgen. *Identidades Nacionales y Postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B5DgQx9G3Yu2cGx5SmRFV3pqZms/view>>. Acessado em 08 de Julho de 2017.

\_\_\_\_\_. *A Inclusão do Outro*. Tradução George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002. Disponível em: <[https://auriusfilosofia.files.wordpress.com/2013/11/habermas\\_a\\_incluso\\_do\\_outro\\_-\\_\\_.pdf](https://auriusfilosofia.files.wordpress.com/2013/11/habermas_a_incluso_do_outro_-__.pdf)>. Acessado em 08 de Julho de 2017.

\_\_\_\_\_. *O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização*. In: Novos Estudos CEBRAP, n. 43, novembro de 1995. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-43/>>. Acessado em 07 de Julho de 2017.

HONNETH, A. *Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Editora 34, 2003.

LEISTER, M.; TREVISAN, E. *A Tolerância às Diversidades: Base da Efetivação da Sociedade Democrática*. In: Ana Maria Viola de Sousa; Noe Lopes Zuñiga; Grasielle Augusta Ferreira Nascimento. (Org.). *Direitos Humanos e Minorias*. 1edição. Lorena: UNISAL, 2015, v. 4, p. 1-12.

MAIA, A. C. *“Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional”*. In: *Diversidade Cultural Brasileira: Edições Casa de Rui Barbosa*. 2005, Rio de

Janeiro, p. 115-156. Disponível em:

<[http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/DiversidadeCultural/Antonio\\_Cavalcanti.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/DiversidadeCultural/Antonio_Cavalcanti.pdf)>. Acessado em 07 de Julho de 2017.

MELO, D. *Ernst Nolte e a Hitoriografia Revisionista*. Disponível em:

<<http://blogjunho.com.br/ernst-nolte-e-a-historiografia-revisionista/>>. Acessado em 07 de julho de 2017.

MIGUEL, L. F. *Consenso e conflito na teoria democrática: para além do "agonismo"*. Lua Nova (Impresso), v. 92, p. 13-43, 2014.

MONICA, E. F. "A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Aplicação no Brasil".

Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, p. 5-22, 2007. Disponível em:<<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/102>>. Acessado em 07 de Julho de 2017.

NEGRI, A. *O Poder Constituinte: Ensaio Sobre as Alternativas da Modernidade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lamparina, 2015. Tradução de Adriano Pilatti.

SILVA, G. J.; SOUZA, J. L. *Educar Para a Diversidade Étnico-Racial e Cultural: Desafios da Educação Inclusiva no Brasil*. Disponível em:

<<https://www.revistas.ufg.br/interacao/article/view/4256/4180>>. Acessado em 08 de Julho de 2017.

SILVA, R.. *Visões da liberdade: republicanismo e liberalismo no debate teórico contemporâneo*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 181-215, 2015.

TOCQUEVILLE, A de. *A Democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 1ª ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. [Coleção Folha: livros que mudaram o mundo; v.16].

WALZER, M. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ZACCONE, O. "Para combater a violência na cidade, produzimos violência nas favelas": depoimento. [15 de setembro de 2017]. Rio de Janeiro: Revista Carta Capital. Entrevista concedida a Débora Melo. Disponível em: <

<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/para-combater-a-violencia-na-cidade-produzimos-violencia-nas-favelas>>. Acesso em 13 de outubro de 2017.



# INTEGRAÇÃO REGIONAL COMO AMPLIAÇÃO SIMBÓLICA DO TERRITÓRIO BRASILEIRO PARA ALÉM DE SUAS FRONTEIRAS

REGIONAL INTEGRATION AS SYMBOLIC ENLARGEMENT OF THE BRAZILIAN TERRITORY BEYOND THEIR FRONTIERS

ALBERT VINICIUS ICASATTI\* | WASHINGTON CESAR SHOITI NOZU\*\*

## RESUMO

Geograficamente, o Brasil é o maior país da América do Sul, possui um território que se estende por cerca de quarenta e sete por cento da porção centro-oriental do continente sul-americano. Além disso, o Brasil possui 23.102 km de fronteiras, sendo 15.735 km terrestres e 7.367 Km marítimas. As fronteiras são regiões onde há o encontro entre dois ou mais países, com interconexões entre eles, seja de ordem econômica, social ou cultural. A realidade vislumbrada nestes locais se afasta daquelas cotidianas do interior do país. Para viabilizar e preservar uma relação amistosa entre os países, assim como dos moradores, aqueles pactuam entre si acordos, para organizarem os espaços sem interferência da soberania, assim como para promover o desenvolvimento econômico-social de ambas as partes, uma vez que pensada a integração regional para tanto. O presente trabalho, adotando o método dedutivo e a revisão bibliográfica, apresenta de maneira sistemática e analítica os efeitos que as políticas públicas de integração causam na comunidade, em especial com relação ao sentimento simbólico de extensão do território nacional para além das fronteiras.

**Palavras-chave:** Território; soberania; acordos; integração; fronteiras.

## ABSTRACT

Geographically, Brazil is the largest country in South America and has a territory that extends for about forty seven percent of the central-eastern portion of the South American continent. In addition, Brazil has 23,102 km of frontiers, with 15,735 km of land and 7,367 km of sea. Borders are regions where there is a meeting between two or more countries, with interconnections between them, whether economic, social or cultural. The reality glimpsed in these places departs from those everyday in the interior of the country. In order to make feasible and preserve a friendly relationship between the countries, as well as the inhabitants, the countries agree to organize spaces without interference of sovereignty, as well as to promote the socio-economic development of both parts, once the regional integration. The present work, adopting the inductive method and the bibliographical revision, presents in a systematic and analytical way the effects that the public policies of integration cause in the community, especially with respect to the symbolic feeling of extension of the national territory beyond the borders.

**Keywords:** Territory; sovereignty; agreements; integration; borders.

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).  
Mestrando em Fronteiras e Direitos Humanos pela UFGD.  
*albert\_ksat@hotmail.com*

\*\* Professor Adjunto da UFGD. Doutor e Mestre em Educação pela UFGD.  
Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).  
*washingtonnozu@ufgd.edu.br*

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



## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO; 1 INTEGRAÇÃO REGIONAL COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

#### ■ INTRODUÇÃO

A população que vive em área situada geograficamente num ponto de encontro com outro país, local denominado zona de fronteira, experimenta uma realidade bastante peculiar e diferente daquela que se vislumbra em qualquer região menos tangente aos seus limites territoriais.

As zonas de fronteira entre diferentes países proporcionam diversas formas de interação entre os povos estrangeiros (pessoas que vivem em regiões que extrapolam os limites territoriais do país de origem), tais como interação cultural, comercial, familiar, social, econômica.

Para viabilizar essa interação, quebrando os efeitos maciços da burocracia, são realizados pactos, acordos, tratados entre os países de modo a facilitar a interação entre os habitantes e promover o desenvolvimento local. Tais documentos também são obstinados a atender necessidades de organização e segurança do Estado, principalmente para preservar a soberania.

Por esta razão, o presente trabalho analisa sistematicamente a consequência da adoção de políticas públicas de integração local por meio de acordos, convenções ou tratados, representando uma ampliação simbólica do território nacional dos países que se interconectam e inter-relacionam para além de suas fronteiras, sob a perspectiva de que a integração está relacionada às políticas públicas que visem superar crises e estabelecer processos de desenvolvimento econômico<sup>1</sup>.

#### 1 INTEGRAÇÃO REGIONAL COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

Num primeiro momento, antes de adentrar na análise do impacto que as políticas públicas adotadas nas zonas de fronteiras causam na comunidade local, é necessário compreender com clareza o conceito de alguns institutos que auxiliam na exegese da problemática trazida no bojo do presente estudo.

São relevantes para o desdobramento do conteúdo e para o alicerce da pesquisa desvendar o significado de termos como território, soberania, fronteiras, políticas públicas, integração e acordos/pactos, para que ao final sejam todos eles contextualizados num mesmo cenário de modo a elucidar o intento deste trabalho.

---

<sup>1</sup> PINTO, Hugo Eduardo Meza. A Estratégia de Integração Econômica Regional na América Latina. Curitiba: Juruá, 2012. p 25.

De forma estratégica e didática, inicialmente, apresentar-se-ão apontamentos acerca do território. Numa concepção tradicional da geografia política o território é compreendido como o ambiente onde se exerce poder do Estado. Deste modo, ele traduz a soberania do governo, tanto por meio da legislação como da jurisdição, sobre sua dimensão terrestre. Além disso, se reconhece que são formações constituídas historicamente<sup>2</sup>.

Pela transcrição acima realizada é possível perceber que todos os significados mencionados fazem interconexão com um espaço terrestre e o poder que se exerce dentro de seus limites, ou seja, a ordem imposta nesta região pré-estabelecida.

A noção mais compartilhada de território (nos estudos geográficos especialmente) é aquela que leciona a divisão administrativa para exercícios das funções do Estado. Para preservar as relações de poder, são criadas fronteiras entre países, regiões, estados, municípios, bairros e até mesmo áreas de influência de um determinado grupo<sup>3</sup>.

Analisando o pensamento de Friedrich Ratzel, geógrafo e etnólogo alemão, Jörn Seemann sustenta que o território simboliza parcela terrestre sob o domínio de alguém, alguma comunidade ou Estado. Adotando este sentido, a definição e caracterização de território se tornam mais ampla e abrangente que a de Estado-Nação, pois qualquer ambiente definido e delimitado, considerando as relações de poder sobre ele exercido, poderá ser caracterizado como território. Nesse contexto, uma análise sistemática, jurídica e geopolítica, por exemplo, leva à conclusão que um consulado ou uma embaixada em diferentes países, seja considerado como parte de um território de outra nação, dentro do qual exerce sua soberania<sup>4</sup>.

Percebe-se que o Brasil aceita este entendimento, quando até na aplicação de suas normas de direito penal, civil, entre outras, preserva a sede das repartições consulares e a elas atribui imunidades, por entender que elas representam espaço e território de outro país.

Logo, o território não fica adstrito ao limite imposto pelos marcos fronteiriços, pois para além desse conceito, pode ser conhecido e reconhecido pela compreensão de posse e poder, o que, por sua vez, representa um ambiente social, adequado para os moradores, sem que seja necessária vinculação com a extensão territorial.

Segundo Jean Gottmann:

Território é uma porção do espaço geográfico que coincide com a extensão espacial da jurisdição de um governo. Ele é o recipiente físico e o suporte do corpo político organizado sob uma estrutura de governo. Descreve a arena espacial do sistema político desenvolvido em um Estado nacional ou uma parte deste que é dotada de certa autonomia. Ele também serve para descrever as posições no espaço das várias unidades participantes de qualquer sistema de relações internacionais. Podemos, portanto, considerar o território como uma conexão ideal entre espaço e política. Uma vez que a distribuição territorial das várias formas de poder político se

<sup>2</sup> MORAES, A. C. R. Condicionantes do Planejamento no Brasil: uma Pontuação Genética das Dificuldades para a Gestão Ambiental. In: Meio Ambiente e Ciências Humanas. São Paulo, SP: Annablume, 2005a, p. 13-27.

<sup>3</sup> Idem 2

<sup>4</sup> SEEMANN, Jörn. Friedrich Ratzel entre Tradições e Traduções. *Terra Brasilis* (Nova Série) [Online], 1, nov. 2012.

transformou profundamente ao longo da história, o território também serve como uma expressão dos relacionamentos entre tempo e política<sup>5</sup>.

Assim, para Gottmann<sup>6</sup>, o território “é um dispositivo psicossomático necessário para preservar a liberdade e a diversidade de comunidades separadas em um espaço acessível independente”.

Já para Marcos Aurelio Saquet, o conceito de território envolve, para além do tempo e do espaço, forças econômicas, políticas e culturais, que se relacionam e o efetivam como processo social, no e com o espaço geográfico, produzido na e da territorialidade cotidiana dos indivíduos e das coletividades. Nessa perspectiva, o território é tomado e construído socialmente, resultado e condição do processo de territorialização; é produto do processo de apropriação e domínio social, inscrevendo-se num campo das relações de poder<sup>7</sup>.

No que concerne à apreciação da soberania, Mauri da Silva e Maurício Gonçalves Saliba entendem que o Estado soberano é aquele ente que tem controle sobre o seu território nacional e no direito internacional este poder é irrevogável<sup>8</sup>.

Para Denis Machado:

É a soberania estatal, por conseguinte, que propicia suficiente coesão aos elementos essenciais do Estado moderno. Por conta dela, nos limites do seu território e em relação aos indivíduos que nele habitam, o Estado detém o monopólio da força configurada no poder jurídico-político<sup>9</sup>.

Ressalta-se que, não obstante a soberania se revele como exercício de poder, ao Estado também são atribuídas responsabilidades/deveres, tais quais o de garantir aos administrados o gozo de seus direitos, vida em sociedade harmônica e pacífica e o bem-estar social.

A fronteira chancela o começo e o fim da soberania. O Estado exerce sua soberania de maneira plena, o que não significa dizer irrestrita. Assim, a limitação do exercício da soberania, no sentido de autoridade, tem como barreira a fronteira, ou seja, o poder estatal só vai até a fronteira, não além dela. Por esta razão, as situações jurídicas que se desenrolam do outro lado, por mais próximo ou tangente à fronteira, não é alcançada pelo poder do Estado, tendo em vista estar afastada da sua competência territorial, respeitando-se assim a soberania do Estado vizinho<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> GOTTMANN, Jean. A evolução do conceito de território. *Boletim Campineiro de Geografia*, v. 2, n. 3, p. 523-545, 2012.

<sup>6</sup> Idem, p. 543.

<sup>7</sup> SAQUET, Marcos Aurelio. As diferentes abordagens do território e a apreensão do movimento e da (i)materialidade. *Geosul*, Florianópolis, v. 22, n. 43, p. 55-76, jan./jun. 2007.

<sup>8</sup> SILVA, Mauri; SALIBA, Maurício Gonçalves. Globalização e direito: Perda de soberania do Estado e reforma constitucional na periferia do capitalismo. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, p. 85-103, jul.-dez. 2015.

<sup>9</sup> MACHADO, Denis. Dilemas do Estado moderno: soberania, globalização, e direitos humanos. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 1, 11-24, mar. 2012.

<sup>10</sup> Idem 9.

A gênese e o desenvolvimento dos Estados modernos trouxeram a necessidade de coabitação entre estes variados entes políticos artificiais, cada um com sua própria organização e exercício de sua soberania. Contudo, esses Estados necessitaram estabelecer vínculos, seja para viabilização de comércio, garantia de livre circulação das populações ou até mesmo para reconhecer a autonomia política dos demais<sup>11</sup>.

Nesse contexto estabeleceram-se as fronteiras. Marcio Augusto Scherma aduz que

Para analisarmos o conceito de fronteira, é preciso recorrer à geografia, ou mais especificamente, à geopolítica, disciplina que tem trabalhado com maior afinco o tema, e que, portanto, tem sido a fonte conceitual para muitos acadêmicos e *policy makers* quando o assunto é fronteira<sup>12</sup>.

O autor complementa,

Como epiderme, a fronteira corresponderia a uma linha divisória, que separa os ambientes interno e externo. Contudo, alguns autores enxergam a existência de uma faixa de fronteira, ou seja, um dado espaço territorial de transição, no qual convivem ainda características físicas, políticas e sociais de ambos os lados<sup>13</sup>.

Como se vê, a região de fronteira pode ser compreendida pela ótica das Relações Internacionais. Ademais, para se chegar a um conceito sobre fronteira é essencial a elucidação de outros conceitos dos quais a fronteira deriva, quais sejam: Estado, território, soberania, entre outros, que estão sendo esclarecidos no trabalho.

Aldomar Arnaldo Rückert e Claude Grasland esclarecem que

Algumas fronteiras, entendidas como mutáveis, móveis e fluidas que passam por constantes processos de abertura/fechamento (“debordering/ rebordering”), relacionam-se a processos de transfronteirizações e à construção de novas regiões transfronteiriças. Estes processos são entendidos como diferenciações territoriais associados a relações interestatais, à travessia de fronteiras e a micro regionalismos envolvendo atores e poderes de dois ou mais Estados. Entretanto, deve-se ressaltar que semelhantes processos localizam-se em cenários onde há mesmo um pessimismo sobre as fronteiras (entende-se hoje na União Europeia que o Espaço Schengen tornou as fronteiras “porosas demais”), movimentos de restabelecimentos de fronteiras e novos controles sobre elas<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> SCHERMA, Marcio Augusto. As fronteiras nas relações internacionais. *Monções – Revista de Relações Internacionais da UFGD*, v. 1, n. 1, p. 112-132, 2012.

<sup>12</sup> Idem 10.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> RÜCKERT, Aldomar Arnaldo; GRASLAND, Claude. Transfronteirizações: possibilidades de pesquisa comparada América do Sul-União Europeia. *Revista de Geopolítica*, v. 3, n. 2, p. 90-112, jul./dez. 2012.

É comum associar a noção de fronteira com a ideia de limite, de obstáculo, que determina territórios e estabelece descontinuidades, impedindo a livre comunicação e contato entre os povos que habitam esses espaços.

Durkheim, em sua obra *As Regras do Método Sociológico*, categoriza a fronteira como um fato social<sup>15</sup>. Nessa direção, Fabio Régio Bento (2012) aduz que:

Ela é uma coisa criada (feita) pelos seres humanos. Coisa social, exterior, que se impõe (coercitiva) a dada coletividade. Porém, mesmo sendo reais, nem sempre as fronteiras são visíveis, pois além de fronteiras físicas, sedentárias, como as fronteiras geográficas entre os Estados - fronteira stricto sensu -, podemos pensar também em fronteiras lato sensu, fronteiras nômades, espaços de encontro entre sujeitos diferentes no miolo dos Estados e não exclusivamente em suas bordas físicas. Se dois grupos culturais diferentes se encontram no miolo do Estado, tal encontro há um quê de encontro de fronteira (cultural), mesmo não ocorrendo nas bordas físicas do Estado<sup>16</sup>.

Percebe-se na literatura científica que a fronteira representa, majoritariamente, um limite, momento ou espaço que corresponde ao fim ou ao começo do poder estatal, podendo ser física ou simbólica, presente nos mais variados segmentos da natureza e/ou da cultura. Com olhar problematizador, Homi K. Bhabha atenta-se à potencialidade e à produtividade desta área intersticial, já que “a fronteira se torna o lugar a partir do qual algo começa a se fazer presente”<sup>17</sup>.

Elucidados os conceitos acima, mais relacionados a uma ideia de separação, passamos então àqueles que visam à integração, com postura ativa do Estado. A Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Estado do Paraná disponibiliza em sua página virtual documento que elucida a concepção de políticas públicas, vejamos:

Políticas públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais<sup>18</sup>.

A máquina estatal movimenta suas engrenagens com objetivo de administrar o seu regular funcionamento de modo a alcançar progresso no desenvolvimento econômico e

<sup>15</sup> DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>16</sup> BENTO, Fábio Régio. Fronteiras, significado e valor – a partir do estudo da experiência das cidades-gêmeas de Rivera e Santana do Livramento. *Revista Conjuntura Austral*, v. 3, n. 12, p. 43-60, Jun-jul 2012.

<sup>17</sup> BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMS, 2013.

<sup>18</sup> PARANÁ (Estado). Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos. *Políticas Públicas*. Disponível em: <[http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O\\_que\\_sao\\_PoliticPublicas.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticPublicas.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2017.

social. Precisa garantir ao povo, vinculado juridicamente ao Estado pelo instituto da nacionalidade, o gozo de uma vida com dignidade.

Maria Helena Oliva Augusto ensina que a expressão política pública traduz:

As possibilidades e os limites da intervenção estatal, uma vez que sua existência não cria, necessariamente, expectativas de alterações de âmbito estrutural. Trata-se, antes, da imposição de uma racionalidade específica às várias ordens de ação do Estado, um rearranjo de coisas, setores e situações<sup>19</sup>.

Para Denis Palumbo, a política é tida como “uma série histórica de intenções, ações e comportamentos de muitos participantes. Por isso é complexa, invisível, alusiva, dinâmica, normativa, contraditória e conflitual”<sup>20</sup>. Para tanto o Estado precisa adotar diversas estratégias, por meio de programas, planos, projetos, diretrizes de ação governamental que condicionam sua execução, para atingir com satisfatoriamente suas metas e, em especial, a finalidade para qual existe.

Importante repisar que o ambiente fronteiriço é consideravelmente rico, no aspecto de permitir à comunidade local experiências variadas de interação entre os nacionais e estrangeiros que juntos convivem. Mesclam-se as culturas, ampliam-se as relações interpessoais, promove-se o comércio, ou seja, o povo divide o mesmo espaço, em que pese duas soberanias distintas imponham suas regras de modo a “proteger” o Estado nacional.

O ambiente fronteiriço se revela um terreno fértil ao intercâmbio de experiências e favorece trocas transnacionais e interculturais. Contudo, nem sempre a relação é amistosa ou de integração, podendo se apresentar como ponto de conflito e combate.

Fábio Régio Bento acrescenta que

Assim como a propriedade privada, as fronteiras também são objeto de condenação de posições políticas utopistas. E, assim como a propriedade privada, a nosso aviso o problema não seria a fronteira em si, mas a forma como ela funciona, expressão do tipo de relações que há entre os vizinhos fronteiriços<sup>21</sup>.

Para que os moradores de regiões limítrofes (de fronteiras) possam gozar experiências positivas, no aspecto socioeconômico, é salutar que os Estados confinantes adotem posturas diplomáticas, em especial socorrendo-se a políticas públicas que visem integralizar as populações envolvidas, atentando-se para trocas materiais e imateriais que acontecem em decorrência dos fluxos transfronteiriços de bens, pessoas e símbolos.

Nota-se que a natureza da integração dos povos, além de outras perspectivas, tem cunho assistencialista, pois visa atender às necessidades elementares da sociedade e econômica, considerando o enfoque principal no desenvolvimento social da comunidade que

<sup>19</sup> AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. *Tempo Social*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 105-119, 1989.

<sup>20</sup> PALUMBO, Dennis J. A abordagem de política pública para o desenvolvimento político na América. In: *POLÍTICA de capacitação dos profissionais da educação*. Belo Horizonte: FAE/IRHJP, 1989, p. 35-61.

<sup>21</sup> BENTO, Fábio Régio. *Op. cit.*, p. 45.

vive em regiões de fronteira, motivo pelo qual vários países tem se socorrido a ela como forma de solução de alguns problemas elementares, tais como a exclusão social de estrangeiros, xenofobia, exploração de mão-de-obra.

Fábio Régio Bento indica que a integração é percebida majoritariamente como vantajosa, já que há negociação cotidiana de interesses em tal espaço peculiar, binacional. Associado a isso, há, também, a experiência dos casamentos binacionais, o que ocorre constantemente e há décadas, com a criação de famílias diferentes das que vivem nos miolos dos Estados, famílias fronteiriças, binacionais, que fortalecem a integração de fato, onde a diferenciação não é um paradoxo de tal integração, mas uma sua característica constitutiva<sup>22</sup>.

É importante destacar que a realidade encarada no interior de um Estado é bastante diferente da vida social que se visualiza numa área de intersecção entre dois países, pois neste cenário é possível haver amistosidade (integração) ou conflito. Isso porque, de acordo com Bhabha, nestes espaços híbridos, tidos como entre-lugares, os valores, prioridades e significados podem ser consensuais, mas também antagônicos e até mesmo incomensuráveis<sup>23</sup>.

No entanto, a localização geográfica das fronteiras permite a observação de situações corriqueiras na vida social dos habitantes, quais sejam: o trânsito da população pelos países sem qualquer burocracia, o comércio indiscriminado entre pessoas de nacionalidades diferentes, realização de contratos que envolvem elementos ligados a ambos os países (pacto num país e execução no outro), dentre as mais diversificadas situações.

Para regular todas essas ocorrências são realizados os tratados ou acordos internacionais, os quais, conforme Francisco Rezek, são resultantes da “convergência das vontades de dois ou mais sujeitos de direito internacional, formalizada num texto escrito, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no plano internacional<sup>24</sup>”.

Como se vê, as populações que vivem nas fronteiras possuem um ponto de contato, uma integração antecedente às políticas públicas de integração (pactos, acordos, convenções, etc), porém, como foi dito, estas são fortalecimento com a elaboração e concretização de planos de ação voltados para esta finalidade.

Para promover integração os países precisam elaborar planos de trabalho, de modo a indicar quais os meios irão utilizar para alcançar o fim desejado. A esse procedimento dá-se o nome de política. Veja-se que no caso em estudo tratamos de política externa brasileira, uma vez que os pontos discutidos não dizem respeito à esfera doméstica, senão ao seu limite e territórios alheios.

Para Carlos R. S. Milani e Letícia Pinheiro, o arranjo atualmente imposto potencializa a reflexão política acerca dos diversos meios e métodos para inserir o Brasil no cenário regional e global, independentemente de se adotar a distribuição constitucional de competências ou optando-se por criar instrumentos para coordenar a maneira de encarar matérias de cunho transversal<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> BENTO, Fábio Régio. *Op. cit.*

<sup>23</sup> BHABHA, Homi K. *Op. cit.*

<sup>24</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>25</sup> MILANI, Carlos R. S.; PINHEIRO, Letícia. Política Externa Brasileira: os desafios de sua caracterização como política pública. *Contexto Internacional*, v. 35, n. 1, p. 11-41, jan./jun. 2013.

Nesse sentido, infere-se que os países limítrofes estão, muitas vezes, com dificuldades justamente com desenvolvimento do plano político para tais regiões. Lia Osório Machado identifica que

O que está ocorrendo na atualidade é a dificuldade crescente dos estados nacionais lidarem com a real fluidez dos agrupamentos humanos e, mais ainda, com a formação de redes políticas, econômicas, identitárias e sociais transnacionais superpostas aos limites dos estados territoriais<sup>26</sup>.

Contudo, quando se consegue compreender e operar as políticas públicas no ambiente fronteiriço, observando e respeitando as peculiaridades regionais é possível favorecer o estabelecimento de articulação entre as cidades que estão nos extremos de seus respectivos países, sendo limitadas pela faixa de fronteira, para promover benefício de mão dupla (para ambos os países), socorrendo-se às potencialidades de ambos os confinantes.

A fronteira é um terreno fértil para o desenvolvimento socioeconômico das comunidades que nela vivem, embora nem sempre seja encarada como ambiente de integração, mas sim de divisão, desprezando-se os potenciais desses entre-lugares.

Dentre outras alternativas, o comércio exterior tem potencial para promover crescimento econômico numa região. Aldomar Arnaldo Rückert e Bruno de Oliveira Lemos salientam que

Com a globalização e o desenvolvimento do meio técnico-científico informacional, processos representados pela perda de controle por parte dos Estados sobre a gestão financeira e sobre o fluxo de capitais, a partir de sua desregulamentação, o crescimento econômico de um país se realiza muito mais com base do desenvolvimento de seu comércio exterior do que de seu mercado interno<sup>27</sup>.

Os Estados descortinam a cooperação binacional como um aspecto positivo, isso porque a cooperação traz ganhos econômicos resultantes de sua inserção no outro país e o acesso sem restrições a um novo mercado, além de uma aproximação necessária no contexto geopolítico atual, em que pese existentes argumentos contrários<sup>28</sup>.

Constata-se que tanto os atores das esferas internacional, nacional e local possuem demandas na cooperação binacional, motivo pelo qual encontram na integração uma possibilidade de sobrevivência no atual mundo globalizado. Essas demandas se refletem em políticas que têm especiais impactos sobre as zonas de fronteira.

<sup>26</sup> MACHADO, Lia Osório. Cidades na fronteira internacional: conceitos e tipologia. In: NUÑES, Angel; PADOIN, Maria M.; OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. *Dilemas e diálogos platinos*. Dourados: Editora UFGD, 2010.

<sup>27</sup> RÜCKERT, Aldomar Arnaldo; LEMOS, Bruno de Oliveira. A região transfronteiriça Sant'Ana do Livramento-Rivera: cenários contemporâneos de integração/cooperação. *Revista de Geopolítica*, v. 2, n. 2, p. 49-64, jul./dez. 2011.

<sup>28</sup> GADELHA, Carlos Augusto Grabois; COSTA, Laís. A política nacional de integração e desenvolvimento das fronteiras: o Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira – PDFF. In: OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de (Org.). *Territórios sem limites: Estudos sobre fronteiras*. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2005.

Por meio do tratado os sujeitos de direito internacional – principalmente os Estados nacionais e as organizações internacionais – estipulam uns aos outros, reciprocamente, direitos e obrigações.

Segundo Carlos Augusto Grabois e Gadelha e Laís Costa:

As características da faixa de fronteira variam bastante ao longo de todo o território abrangido, conforme referência anterior. Fora as peculiaridades que marcam o território do extremo norte ao sul do país, há também diferenças ditas ‘horizontais’. Cidades limítrofes com países vizinhos, sendo gêmeas ou não, são mais diretamente afetadas por questões políticas, econômicas e diplomáticas dos países envolvidos.

No planejamento de políticas que demandam ações regionalizadas, casos que englobam prevenções diversas (saúde, meio-ambiente, defesa-civil, etc.), provisão de bens e serviços que precisam de maior escala para sua viabilidade ou até questões como a troca de informações e promover a cidadania para a população residente na zona de fronteira, residentes em um ou outro país, demandam ainda iniciativas específicas<sup>29</sup>.

A elaboração de planos sustentáveis visando o fortalecimento e avanço socioeconômico das fronteiras pode exigir esforço conjunto de ambos os países, uma vez que as situações a serem encaradas podem exigir a transposição das barreiras burocráticas e territoriais impostas pela soberania estatal.

Diante disso são necessários instrumentos com cláusulas especiais, particulares e típicas de funcionamento e organização, denominados tratados/acordos que podem ser bi ou multilaterais.

Feitas estas explanações, resta cristalina a importância de tal instituto para o desenvolvimento das regiões de fronteira, principalmente pelo benefício que a integração pode causar para os indivíduos e para as comunidades.

Para exemplificar o que foi exposto nos parágrafos anteriores importante trazer à baila alguns instrumentos celebrados entre o Brasil e outros países, onde estão regulamentadas situações enfrentadas nas fronteiras, a saber:

- a) *Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile* (promulgado pelo Decreto n. 6891, de 02/07/2009). Visa promover e intensificar a cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, a fim de assim contribuir para o desenvolvimento de suas relações de integração;
- b) *Acordo sobre Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do Mercosul* (promulgado pelo Decreto n. 6086, de 19/04/2007). Estabelece que os nacionais, cidadãos e residentes habituais de cada um dos Estados Partes gozarão, no território dos outros Estados Partes, em igualdade de condições, dos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais;

<sup>29</sup> Idem 26.

- c) *Acordo Regional de Cooperação Científica e Tecnológica (Convênio-Quadro) entre os Países Membros da Associação Latino-Americana de Integração (Aladi), firmado pelo Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, de 19 de outubro de 1993* (promulgado pelo Decreto n. 1132, de 03/05/1994). Tem por objetivo promover a cooperação regional orientada tanto para a criação e desenvolvimento do conhecimento quanto para a aquisição e difusão da tecnologia e sua aplicação, procurando, ao mesmo tempo, a especialização, interdependência e complementação das ações levadas a cabo pelos países-membros no âmbito da integração.

Além destes, outros foram celebrados e estão em vigor, assim como alguns estão em fase de negociação, sejam eles relacionados a auxílio financeiro, ao atendimento do serviço público, tal como o acesso à saúde pública aos estrangeiros, construção de rodovias, ferrovias, pontes e qualquer outra via de acesso.

A compreensão da temática da integração é relevante, pois o Estado contemporâneo está sujeito a dois tipos de tensões: de fragmentação e de integração. As tensões de fragmentação têm causa fundamentalmente em políticas e se relacionam com o ressurgir dos nacionalismos sub-estatais<sup>30</sup>.

Por sua vez, as tensões de integração reconhecem motivações, principalmente, econômicas vinculadas com o processo de globalização. Nota-se que foram indicadas posturas que podem ser adotadas pelos diferentes países, sendo alguns mais nacionalistas, bairristas e separatistas, os quais possuem pouco interesse com a aproximação com seus vizinhos, enquanto outros são mais amistosos e enxergam na integração oportunidade e potencial para desenvolvimento regional.<sup>31</sup>

Nesse contexto, cabe destacar o significado de integração regional para Andrés Malamud:

Ésta puede entenderse como un intento de reconstruir las erosionadas fronteras nacionales a un nivel más elevado. Por lo tanto, cabe interpretarla como una maniobra proteccionista por parte de aquellos Estados que no pueden garantizar por sí mismos sus intereses y objetivos y procuran hacerlo en conjunto con otros<sup>3233</sup>.

<sup>30</sup> LOPES, Juliano Alves. Estado e soberania na perspectiva da integração regional. *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.36, n. 2, p. 144-161, jul./dez. 2010.

<sup>31</sup> Idem 28.

<sup>32</sup> MALAMUD, Andrés. Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional. *Revista BJIR*, Marília, v.1, n.3, p. 367-397, set./dez. 2012.

<sup>33</sup> Tradução livre: Esta pode ser entendida como uma tentativa de reconstruir as degradadas fronteiras nacionais a um nível mais elevado. Portanto, cabe interpretá-la como uma manobra protecionista por aqueles Estados que não podem garantir por eles mesmos os seus interesses e objetivos, procurando fazê-lo em conjunto com outros.

Segundo Tullo Vigevani e Haroldo Ramanzini Junior, por muito tempo predominou no Brasil o patriotismo e o individualismo, enraizando a ideia do fortalecimento nacional e determinando muitas batalhas políticas internas<sup>34</sup>.

Essa discussão demonstra que, em correntes importantes do pensamento brasileiro da segunda metade do século XX e do início do século XXI, o tema da integração regional não esteve no núcleo das reflexões, no plano político, econômico ou cultural<sup>35</sup>.

A partir de 1980, quando se começa a fortalecer o debate sobre integração regional, o paradigma do nacional muda e vê-se na integração, e não no individualismo, um instrumento do próprio fortalecimento interno.

Ainda de acordo com Tullo Vigevani e Haroldo Ramanzini Junior:

É possível notar que todos os processos de integração partem do pressuposto de que serão benéficos para o país e para toda a sociedade. Entre os autores e as escolas de pensamentos estudados, pode-se afirmar que há certa predominância da teoria realista de relações internacionais; isto é, a cooperação vista como um objeto de fortalecimento nacional que pode dar-se na perspectiva do interesse comum<sup>36</sup>.

Dessa forma, compreende-se que o cerne da questão da integração regional é o desenvolvimento, caracterizando-se enquanto um processo por meio do qual os Estados nacionais se misturam, confundem e fundem voluntariamente com seus vizinhos, de tal modo que perdem certos atributos fáticos de soberania, uma vez que adquirem novas técnicas para resolver conjuntamente seus conflitos.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo exposto no trabalho apresenta um ponto de encontro entre diferentes soberanias estatais, as quais impõem regras àqueles que estão dentro de seu campo de atuação, ou seja, dentro de seu território. Entretanto, nos espaços limítrofes onde há compartilhamento de culturas, serviços, hábitos, famílias, economias, comércios e tantos outros institutos que integram uma sociedade, é relevante a aproximação mais difundida, sistematizada e organizada dos países vizinhos para contribuir para o avanço econômico e social da região, sobretudo para aprofundar as relações interpessoais locais entre os brasileiros e seus vizinhos.

Como explanado, referida aproximação ocorre por meio de convenções estabelecidas entre Estados soberanos, onde cada qual apresenta suas normas de ordem pública e, de forma ponderada e equilibrada, estipulam as regras que deveram ser observadas

<sup>34</sup> VIGEVANI, Tullo; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo. Pensamento brasileiro e integração regional. *Contexto internacional*, [online], v. 32, n. 2, p. 437-487, jul./dez. 2010.

<sup>35</sup> Idem 32.

<sup>36</sup> Ibidem.

e cumpridas por ambos, com a finalidade precípua de garantir o bem-estar social à comunidade da fronteira.

As políticas públicas de integração e aproximação além de atender necessidades locais, de organização e controle, potencializam suas habilidades econômicas e a virtude social, favorecendo, portanto, um ambiente fraternal, o que por sua vez, implica diretamente no desenvolvimento econômico e, quiçá, humano.

Estas afirmações auxiliam na demonstração de que o estabelecimento, realização, prática de acordos de integração, causam uma ampliação simbólica do território nacional, sem implicar de fato em abrangência da soberania sobre os países vizinhos.

Isso porque, quando um nacional transita em solo estrangeiro, onde seus direitos continuam garantidos e preservados como se cidadão daquele local fosse, sendo tratado sem diferenças, sem cobrança adicional pelo fato de pertencer a outro Estado e ainda protegido por um pacto, é possível reconhecer que, de forma simbólica, o seu território de origem o acompanha, havendo verdadeiro prolongamento do solo nacional.

## REFERÊNCIAS

- AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. *Tempo Social*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 105-119, 1989.
- BENTO, Fábio Régio. Fronteiras, significado e valor – a partir do estudo da experiência das cidades-gêmeas de Rivera e Santana do Livramento. *Revista Conjuntura Austral*, v. 3, n. 12, p. 43-60, Jun-jul 2012.
- BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013.
- DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GADELHA, Carlos Augusto Grabois; COSTA, Laís. A política nacional de integração e desenvolvimento das fronteiras: o Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira – PDF. In: OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de (Org.). *Territórios sem limites: Estudos sobre fronteiras*. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2005.
- GOTTMANN, Jean. A evolução do conceito de território. *Boletim Campineiro de Geografia*, v. 2, n. 3, p. 523-545, 2012.
- MACHADO, Denis. Dilemas do Estado moderno: soberania, globalização, e direitos humanos. *Espaço Jurídico*, v. 12, n. 1, 11-24, mar. 2012.
- MACHADO, Lia Osório. Cidades na fronteira internacional: conceitos e tipologia. In: NUÑES, Angel; PADOIN, Maria M.; OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. *Dilemas e diálogos platinos*. Dourados: Editora UFGD, 2010.
- MALAMUD, Andrés. Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional. *Revista BJIR*, Marília, v.1, n.3, p. 367-397, set./dez. 2012.

- MILANI, Carlos R. S.; PINHEIRO, Letícia. Política Externa Brasileira: os desafios de sua caracterização como política pública. *Contexto Internacional*, v. 35, n. 1, p. 11-41, jan./jun. 2013.
- MORAES, A. C. R. *Condicionantes do Planejamento no Brasil: uma Pontuação Genética das Dificuldades para a Gestão Ambiental*. In: Meio Ambiente e Ciências Humanas. São Paulo, SP: Annablume, 2005a, p. 13-27.
- PALUMBO, Dennis J. A abordagem de política pública para o desenvolvimento político na América. In: *POLÍTICA de capacitação dos profissionais da educação*. Belo Horizonte: FAE/IRHJP, 1989, p. 35-61.
- PARANÁ (Estado). Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos. *Políticas Públicas*. Disponível em: <[http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O\\_que\\_sao\\_PoliticPublicas.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticPublicas.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2017.
- PINTO, Hugo Eduardo Meza. *A Estratégia de Integração Econômica Regional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2012. p 25.
- PRIBERAM. *Dicionário de Língua Portuguesa*. Disponível em: <[www.priberam.pt/DLPO/](http://www.priberam.pt/DLPO/)>. Acesso em: 28 ago. 2017.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RÜCKERT, Aldomar Arnaldo; LEMOS, Bruno de Oliveira. A região transfronteiriça Sant'Ana do Livramento-Rivera: cenários contemporâneos de integração/cooperação. *Revista de Geopolítica*, v. 2, n. 2, p. 49-64, jul./dez. 2011.
- RÜCKERT, Aldomar Arnaldo; GRASLAND, Claude. Transfronteirizações: possibilidades de pesquisa comparada América do Sul-União Europeia. *Revista de Geopolítica*, v. 3, n. 2, p. 90-112, jul./dez. 2012.
- SAQUET, Marcos Aurelio. As diferentes abordagens do território e a apreensão do movimento e da (i)materialidade. *Geosul*, Florianópolis, v. 22, n. 43, p. 55-76, jan./jun. 2007.
- SCHERMA, Marcio Augusto. As fronteiras nas relações internacionais. *Monções – Revista de Relações Internacionais da UFGD*, v. 1, n. 1, p. 112-132, 2012.
- SEEMANN, Jörn. Friedrich Ratzel entre Tradições e Traduções. *Terra Brasilis (Nova Série)* [Online], 1, nov. 2012.
- SILVA, Mauri; SALIBA, Maurício Gonçalves. Globalização e direito: Perda de soberania do Estado e reforma constitucional na periferia do capitalismo. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, p. 85-103, jul.-dez. 2015.
- VIGEVANI, Tullo; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo. Pensamento brasileiro e integração regional. *Contexto internacional*, [online], v. 32, n. 2, p. 437-487, jul./dez. 2010.