

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 17, número 2, mai./ago. 2022



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 17, número 2, mai./ago. 2022

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 17, n. 2 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – mai./ago. 2022



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Mestre Iuri Simões Mota

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)
Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 17, n. 2 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – mai./ago. 2022 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2022– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

SUMÁRIO

A ARBITRAGEM NA JUSTIÇA ESTADUAL BRASILEIRA. Ewerton Ricardo Messias e André Luis.Cateli Rosa	11
THOMAS HOBBS E O POSITIVISMO JURÍDICO: da nova ciência da política à rejeição da ética das virtudes clássica. Rodrigo Couto Gondim Rocha, Daniel Damasceno Leitão e Rafael Cronje Mateus.....	32
ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS: perspectivas pós reforma (Lei nº13.467/17). Mirella Franchini de Almeida Prado Salum	51
A RENDA MÍNIMA NO BRASIL E NA FRANÇA. Anderson Orestes Cavalcante Lobato e Kalinca Gonçalves Leite.....	66
AS <i>SMART COMMUNITIES</i> E AS POTENCIALIDADES DE EMPODERAMENTO SOCIAL LOCAL: uma análise a partir da teoria do convivialismo. Cleide Calgaro e Ricardo Hermany	81
TRATADOS INTERNACIONAIS E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL. Aylle de Almeida Mendes e Marcus Vinícius Pinto Santos	105
A VIDA COMO BEM JURÍDICO DISPONÍVEL: uma reflexão acerca da colaboração ao suicídio e à automutilação. Giovanni Vidal Guaragni	121
<i>IT ALL STARTS AND ENDS WITH LEGITIMACY: the relation between power and consensus, norm and politics.</i> Carolina Archanjo Portes Ferreira.....	145
O TRANSPLANTE JURÍDICO DO ACORDO CRIMINAL: uma análise comparatista. Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos.....	168
A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 2018 E O NOVO PARADIGMA DE DESCENTRALIZAÇÃO EM MOÇAMBIQUE. Edson da Graça Francisco Macuácuá	189
O LIMBO DA PROMULGAÇÃO DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO: o caso da PEC 70/2011. Ariel Uarian	209

EDITORIAL

Nesse momento festivo para a Faculdade Santo Agostinho, em que o Curso de Direito foi laureado com o Selo OAB Recomenda, em sua 7ª edição (2022), faz-se importante explicar o que esse reconhecimento significa. Este Selo foi instituído pelo Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB há mais de 20 anos, esse indicador é mais uma das ferramentas que a OAB institucionalizou com o objetivo de promover a educação jurídica de qualidade no país. Junto com o Exame de Ordem Unificado (EOU), a chancela atribuída pelo Selo é um dos instrumentos fundamentais para a garantia da qualificação dos profissionais de direito no Brasil. Através do selo OAB Recomenda a Ordem recomenda 23 cursos no nosso estado de Minas Gerais. Somente 10% das instituições no Brasil conseguiram esse reconhecimento. É uma alegria anunciarmos que somos uma dentre essas instituições recomendadas. Uma dentre, apenas, 23 cursos de Direito de Minas Gerais que foram, igualmente, recomendados! No Norte de Minas, somente nós e a Unimontes, nossa parceira do ensino público, alcançamos essa recomendação. E somos a única instituição privada no Norte de Minas com essa confirmação de qualidade. Desde a sua criação, a Faculdade Santo Agostinho anunciou que sua máxima é uma educação de qualidade e excelência.

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 17, número 2, referente ao quadrimestre de 2021, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 17, número 2, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pelo prof. Ms. Diego Coelho Antunes Ribeiro.



Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 15 de agosto de 2022.

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos se consolidou academicamente por trazer profundas reflexões sobre os institutos jurídicos nas suas mais diversas facetas e interlocuções.

Em um momento onde se põe em dúvida a importância da ciência e da pesquisa, o presente periódico traz contribuições inequívocas para um amadurecimento e evolução do Estado e de suas instituições enquanto um sujeito de efetivação do regime democrático.

A presente edição inicia sua publicação com o artigo **A ARBITRAGEM NA JUSTIÇA ESTADUAL BRASILEIRA** de autoria dos professores Doutores **Ewerton Ricardo Messias** e **André Luis Cateli Rosa**, onde os autores analisam a existência de um estado de caos na Justiça Estadual brasileira e a possibilidade de sua reversão por meio da arbitragem.

O Doutorando **Rodrigo Couto Gondim Rocha** e os Mestrados **Daniel Damasceno Leitão** e **Rafael Cronje Mateus** fazem um ensaio interessante sobre a política, a ética e o direito, reconhecendo que o abandono da ética clássica e o renascimento de uma ética subjetivista são os fatores centrais para o surgimento de uma concepção coercitiva e puramente estatal da ordem jurídica. O artigo é intitulado **THOMAS HOBBS E O POSITIVISMO JURÍDICO: da nova ciência da política à rejeição da ética das virtudes clássica**.

Preocupada com a reforma trabalhista, a Especialista **Mirella Franchini de Almeida Prado Salum** analisa a lei de arbitragem e a estabelece como sendo uma ferramenta útil na resolução de conflitos entre empregado e empregador. O trabalho é intitulado: **ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS: PERSPECTIVAS PÓS REFORMA (LEI Nº 13.467/17)**.

Através de uma perspectiva comparada, o Pós Doutor **Anderson Orestes Cavalcante Lobato** e a Mestre **Kalinca Gonçalves Leite** escrevem sobre **A RENDA MÍNIMA NO BRASIL E NA FRANÇA**. No texto, os autores analisam os projetos de renda mínima nos respectivos países e demonstram de forma elucidativa como os programas de renda mínima contribuem para o alcance dos objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Com brilhantismo e numa discussão moderna, os Pós Doutores **Cleide Calgaro** e **Ricardo Hermany** escrevem sobre **AS SMART COMMUNITIES E AS POTENCIALIDADES DE EMPODERAMENTO SOCIAL LOCAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO CONVIVIALISMO**. O presente artigo teve como objetivo verificar as potencialidades de empoderamento da sociedade local a partir das *smart communities*.

Reflexões importantes também foram apresentadas no artigo intitulado **TRATADOS INTERNACIONAIS E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL** de autoria da Mestre **Aylle de Almeida Mendes** e do Mestrando **Marcus Vinícius Pinto Santos**. O presente trabalho buscou discutir e amadurecer os efeitos da rigidez constitucional perante os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, caso exista eventual incompatibilidade entre eles.

Adotando concepções jurídicas liberais, o Mestre **Giovanni Vidal Guaragni** faz apontamentos significativos sobre **A VIDA COMO BEM JURÍDICO DISPONÍVEL: UMA REFLEXÃO ACERCA DA COLABORAÇÃO AO SUICÍDIO E À AUTOMUTILAÇÃO**. No texto, o autor rechaça as estratégias penais moralistas e paternalistas que encontram na figura do perigo abstrato o único refúgio possível à legitimação da criminalização da colaboração ao suicídio.

Fazendo uma relação entre poder e consenso, normas e política, a Mestre **Carolina Archanjo Portes Ferreira** desenvolve uma abordagem sociológico-institucionalista a partir de aspectos políticos e normativos nas Organizações Políticas Internacionais, aplicados ao sistema global de proteção dos direitos humanos através do artigo intitulado: **IT ALL STARTS AND ENDS WITH LEGITIMACY: THE RELATION BETWEEN POWER AND CONSENSUS, NORMAND POLITICS**.

O Mestre e Doutorando **Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos** aborda o fenômeno dos “transplantes jurídicos” na área criminal - expressão vinculada aos acordos criminais introduzidos no processo penal - e discute ainda a “americanização” do direito e as influências que o sistema *common law* têm desempenhado nos sistemas processuais penais dos países de tradição *civil law*. A interessante discussão está presente em **O TRANSPLANTE JURÍDICO DO ACORDO CRIMINAL: UMA ANÁLISE COMPARATISTA**.

Por sua vez, o Doutor em Direito **Edson da Graça Francisco Macuácu**a aborda a revisão constitucional de 2018 e o modelo de descentralização em Moçambique, com o título: **A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 2018 E O NOVO PARADIGMA DE DESCENTRALIZAÇÃO EM MOÇAMBIQUE**, refletindo sobre os desafios emergentes.

Por fim, o Mestre **Ariel Uarian** traz uma importante e interessante contribuição ao analisar a PEC 70/2011 - que visava alterar o rito de tramitação das Medidas Provisórias (MP) editadas pelo Presidente da República -, já que o processo de deliberação da mesma já se encerrou, mas não foi realizada a promulgação do texto com Emenda Constitucional. No artigo intitulado **O LIMBO DA PROMULGAÇÃO DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO: O CASO DA PEC 70/2011**, o autor nos chama a atenção para a existência de uma lacuna constitucional sobre o tema, a qual fragiliza o processo e o próprio Poder Legislativo e busca investigar esse instituto e as distorções existentes em seu âmbito.

Reafirmando-se como importante veículo de fomento da pesquisa e da ciência, a Revista Brasileira de Estudos Jurídicos propõe ao seu público profundas reflexões da sociedade contemporânea.

Tenham uma boa leitura.

Professor Me. Diego Coelho Antunes Ribeiro.

ARTIGOS

A ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS NO ACESSO À JUSTIÇA

THE ARBITRATION AS JURISDICTION UNDER BRAZILIAN RULES AND ITS PRACTICAL CONSEQUENCES ON ACCESS TO JUSTICE

Isabela de Assis Godoy¹
Eveline Gonçalves Denardi²

SUMÁRIO

Introdução. 1. Conceito de jurisdição e a natureza jurídica da arbitragem. 2. A construção brasileira da arbitragem como jurisdição. 3. Consequências práticas da jurisdicionalidade da arbitragem no acesso à justiça. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo se propõe a analisar a construção normativa da arbitragem como jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro e as consequências práticas dessa caracterização no que tange ao direito de acesso à justiça. Através de estudo bibliográfico e por meio da análise da legislação nacional e de precedentes, a jurisdicionalidade da arbitragem será abordada dentro de um recorte temporal de 30 anos, desde 1990 até 2020. Inicialmente, procura-se demonstrar a importância e impacto da arbitragem no Brasil através de pesquisas quantitativas realizadas em Câmaras Arbitrais com sede brasileira. Num segundo momento, uma vez comprovada a relevância da arbitragem e evidenciados os elementos relevantes a este instituto, a análise realizada se debruça na conceituação de jurisdição e da natureza jurídica da arbitragem, cuidando de três correntes doutrinárias: privatista ou contratualista; híbrida ou mista; e jurisdicional. Em seguida, será brevemente demonstrado dentro do recorte temporal proposto como a arbitragem se

¹ Pós-graduada em Direito Digital e Compliance (2020) pelo Instituto Damásio de Direito (Damásio) Graduada em Direito (2018) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Mestranda em Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos pela Escola Paulista de Direito (EPD).

² Docente na Escola Paulista de Direito (EPD), no programa de mestrado Soluções Extrajudiciais de Conflitos Empresariais, disciplina Metodologia de Pesquisa e Ensino do Direito e na Fundação Instituto de Administração (FIA), nos cursos de MBA e pós-graduação *lato sensu* em Gestão de Fraudes e *Compliance*, disciplina Metodologia de Desenvolvimento de Projetos. Pesquisadora do CNPq pelo Núcleo Dignidade Humana e Garantias Fundamentais na Democracia, da Faculdade de Direito da PUC-SP. Consultora acadêmica para a elaboração de textos científicos e revisora técnica-profissional neste segmento. Doutora (2012) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) com as pesquisas “A responsabilidade do jornalista – aspectos jurídicos e éticos” e “O direito constitucional ao sigilo na relação entre jornalistas e fontes de informação”, respectivamente. Graduada em Direito (2004) e em Jornalismo (1998), ambos pela PUC-SP. Foi Diretora da Divisão de Comunicação Institucional da PUC-SP (onde trabalhou por 15 anos) e Coordenadora do editorial jurídico da Editora Saraiva (durante 6 anos).

construiu como atividade jurisdicional no Brasil. Finalmente, depois de visitados todos estes momentos e características da arbitragem, a reflexão última será a respeito das consequências práticas da arbitragem como jurisdição no acesso à justiça, concluindo-se pela necessidade de criação de mais alternativas relativas à acessibilidade.

Palavras-chave: Jurisdição. Arbitragem. Brasileira. Acesso à Justiça. Acessibilidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the construction of arbitration as jurisdiction under the Brazilian legal system and the practical consequences of this characterization in regard to the right of access to justice. Through a bibliographic study and through the analysis of national legislation and precedents, the jurisdiction of arbitration will be addressed within a 30-year timeframe, from 1990 to 2020. Initially, it seeks to demonstrate the importance and impact of arbitration in Brazil through quantitative research carried out in Arbitral Chambers with Brazilian headquarters. In a second moment, once the relevance of the arbitration has been proven and the elements relevant to this institute have been evidenced, the analysis carried out focuses on the conceptualization of jurisdiction and the legal nature of the arbitration, taking care of three doctrinal currents: privatist or contractualist; hybrid or mixed; and jurisdictional. Then, it will be briefly demonstrated within the proposed timeframe how arbitration was constructed as a jurisdictional activity in Brazil. Finally, after visiting all these moments and characteristics of arbitration, the last weighting will be on the practical consequences of arbitration as jurisdiction in the access to justice, concluding for the need to create more alternatives regarding accessibility.

Keywords: Jurisdiction. Arbitration. Brazilian. Accessibility. Access to Justice.

INTRODUÇÃO

A arbitragem enquanto meio de solução de conflito criou no Brasil um mercado bilionário, movimentando mais de R\$ 167,09 bilhões somente entre os anos de 2017 e 2018³. A pesquisa Arbitragem em Números e Valores realizada por Selma Ferreira Lemes no ano de 2019 com levantamento referente ao período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018, em consulta a 8 Câmaras arbitrais brasileiras⁴ mostrou:

³ LEMES, Selma Ferreira. **Pesquisa – 2019. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos.** Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.), p. 02. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 23/11/2020

⁴ Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM); Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo- CIESP/FIESP; (CAM-CIESP/FIESP).

Câmara de Arbitragem do Mercado – B3 (CAM-BOVESPA); Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – (CCI); Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM- FGV); Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); Câmara de Arbitragem Empresarial- Brasil (CAMARB).

No ano de 2017, os valores envolvidos em arbitragem nas oito Câmaras pesquisadas eram de R\$85,65 bilhões (R\$ 85.657.008.014,75) e em 2018 foi de R\$81,44 bilhões (R\$81.443.377.482,02).

Nesta mesma pesquisa foram levantadas as matérias mais recorrentes submetidas às Câmaras, sendo as principais societária, construção civil e energia, contratos empresariais e contratos de fornecimento de bens e serviços⁵.

Apesar dos altos valores envolvidos e da complexidade dos litígios cujas matérias têm natureza muito particular ao caso concreto, a arbitragem brasileira se mostra extremamente eficiente com uma média de duração dos procedimentos arbitrais de 18,8 meses⁶.

Este sistema que julga com velocidade casos complexos e vultosos ganhou muito espaço no mercado brasileiro em grande parte graças à promulgação da Lei de Arbitragem⁷, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio ferramentas como o princípio *kompetenz-kompetenz*⁸, que, de certo modo, privilegia a arbitragem em relação ao sistema judiciário, colocando o árbitro como primeiro julgador da causa sendo inclusive o árbitro, ou tribunal arbitral, competente para decidir a respeito de sua própria competência para julgar a lide.

A alteração do Código de Processo Civil de 2015 também auxiliou na alavancagem desse meio de resolução de conflitos dentro do Brasil garantindo eficácia das decisões arbitrais ao reafirmar seu status de título executivo judicial⁹.

Fato é que, embora hoje a arbitragem mostre consolidação no mercado, ganho de espaço econômico e legal, além da confiança dos usuários dos meios de solução de conflito, legisladores e juristas, sua construção e permanência não foram nem são pacíficas, sendo constante alvo de necessários questionamentos e revisões para conseguir prevalecer.

⁵ LEMES, Selma Ferreira. **Pesquisa – 2019. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos.** Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.), p. 03. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 23/11/2020

⁶ LEMES, Selma Ferreira. **Pesquisa – 2019. Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos.** Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.), p. 05. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 23/11/2020.

⁷ BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem.** Diário Oficial da União. 24 de setembro de 1996.

⁸ “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” Princípio Competência-competência. BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. Artigo 8º, Parágrafo único. **Dispõe sobre a arbitragem.** Diário Oficial da União. 24 de setembro de 1996.

⁹ “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral;”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Artigo 515, inciso VII. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União. 16 de março de 2015.

A relevância internacional da arbitragem é incontestável. Em pesquisa conduzida pela *Queen Mary University of London* e a *School of International Arbitration*, realizada entre outubro e dezembro de 2017 e conduzida por diversos juristas, dentre eles professores, pesquisadores, advogados, acadêmicos e atuantes da arbitragem em geral, 99% dos respondentes recomendariam arbitragem para solução de conflitos internacionais¹⁰. Além disso, 97% dos respondentes expressaram que a arbitragem internacional é seu método favorito para resolução de disputas internacionais¹¹.

Assim, o que a comunidade arbitral demonstra é um interesse por este meio de solução como adequado para causas específicas: complexas, vultuosas, urgentes, e/ou que envolvam nacionalidades diversas.

De todo modo, para que este meio seja eficaz, além de sua adequação para solucionar o conflito imediato, são necessárias ferramentas que possibilitem a exequibilidade das decisões arbitrais.

Dentre os respondentes da pesquisa da *Queen Mary* encontrava-se um grupo diverso de praticantes da área arbitral dentre variados papéis (advogados, acadêmicos e atuantes da arbitragem em geral), com experiência e níveis hierárquicos variados, incluindo respondentes de 30 países e de 42 cidades de todos os continentes (exceto a Antártica).

Questionado sobre quais seriam três características mais importantes na arbitragem internacional, este grupo diverso e conhecedor do tema elegeu a exequibilidade das sentenças como característica mais importante, com 64% dos votos¹², mais importante inclusive que evitar sistemas e cortes nacionais específicos e até a flexibilidade e confidencialidade.

A construção do arcabouço legislativo e jurisprudencial que hoje permite que a arbitragem possua dentro do sistema brasileiro essas características tão preciosas foi longa e ainda não alcançou a pacificação doutrinária.

¹⁰ "An overwhelming 99% of respondents would recommend international arbitration to resolve cross-border disputes in the future." QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. **2018 International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration**, p. 05. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

¹¹ "97% of respondents expressed that international arbitration is their preferred method of resolving cross-border disputes." QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. **2018 International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration**, p. 05. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

¹² "64% of respondents indicated that "enforceability of awards" is the most valuable characteristic of arbitration." QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. **2018 International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration**, p. 07. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

Em grande parte, a evolução desse meio de solução se deve à sua consolidação como jurisdição, cuja construção histórica será aqui demonstrada seguida das consequências práticas decorrentes da concessão desse status.

1 CONCEITO DE JURISDIÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Para os efeitos deste artigo é de suma importância delimitar os conceitos aqui utilizados para definir jurisdição e arbitragem, uma vez que o entendimento a respeito do primeiro, principalmente, não é uniforme na doutrina brasileira.

Jurisdição é palavra derivada do latim, composta pelas palavras *juris* e *dicere*, que conjuntamente postas significa “dizer o direito”. Um conceito popular de jurisdição explica que ela é o poder individual que determinado Estado tem para aplicar o direito em um caso concreto¹³.

Para os estudiosos do direito processual civil a jurisdição é a função, a atividade e o poder do Estado de aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação ao caso concreto (seja expressando autoritariamente o preceito, seja realizando efetivamente o que o preceito estabelece)¹⁴.

Em paralelo, Carlos Alberto Carmona conceitua a arbitragem no seguinte:

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual, um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Essa característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser impostas às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)¹⁵.

Cruzando esses conceitos a doutrina brasileira se divide entre aqueles que entendem que a natureza jurídica da arbitragem é privatista ou contratual; mista ou híbrida; ou jurisdicional.

Para o primeiro grupo a arbitragem é instituto contratual que vincula apenas as partes, sendo a jurisdição monopólio do Estado. Nas palavras de Sérgio Bermudes:

¹³Significado. Disponível em: <https://www.significados.com.br/jurisdicao/>. Acesso aos 23/11/2020.

¹⁴Cintra, Grinover e Dinamarco, **Teoria Geral do Processo**, p. 83, São Paulo, Ed. RT, 1986; Ada P Grinover, **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, p. 77 e ss., São Paulo, José Bushatsky Editor, 1975.

¹⁵CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei .307/96**. 3.ed. São Paulo: Atlas, p 31-32

A jurisdição só o Estado pode exercê-la. Trata-se de um atributo da sua soberania. Giuseppe Chiovenda a vê, corretamente, como uma atividade substitutiva. No exercício da jurisdição, o Estado substitui por sua vontade, coativamente imposta, a vontade das partes em lide ou – diga-se por extensão – a vontade do titular da pretensão concernente à matéria de relevância social. Pode acontecer, como acontece no mais das vezes, que a vontade do Estado coincida com a de um dos litigantes ou com a do titular do interesse não conflituoso. Todavia, não é a vontade deles que prevalece, senão a vontade do Estado, enunciada no ato pelo qual ele presta a jurisdição. A vontade jurisdicional do Estado é substitutiva da vontade das partes, ainda quando parte seja o próprio Estado por um dos componentes do seu imenso e formidável organismo¹⁶.

Já o segundo grupo entende que, embora a decisão do árbitro possa se equivaler à sentença judicial, pois juiz e árbitro concorrem para formação da decisão da controversa, a falta do poder de execução na arbitragem a desqualifica enquanto atividade totalmente jurisdicional. Dentre os que compõe esta corrente está Alexandre Freitas Câmara, que afirma:

Sendo a arbitragem um procedimento que se realiza obrigatoriamente em contraditório (o que, aliás, é determinado de forma cogente pela lei de arbitragem, que impõe a observância de tal princípio no procedimento arbitral), faz-se presente o 'módulo processual', devendo-se considerar, pois, que a arbitragem é um processo.

Não, porém, um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado. Ademais, não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz. Não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social. Com isto, coloco-me numa posição publicista frente à arbitragem, negando a tese de quem vê neste instituto uma figura exclusivamente regulada pelo direito privado¹⁷.

Finalmente, a corrente jurisdicional que prevalece na redação da Lei de Arbitragem, especialmente por serem os principais redatores da lei aqueles que a defendem, trata a arbitragem como atividade de natureza jurisdicional. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

¹⁶BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

¹⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 15.

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. [...]

O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem¹⁸.

Todas as correntes enxergam na jurisdição duas características, primeiro a declaratória, aquela de dizer o direito e depois a executória, aquela de fazer valer a decisão declarada.

Para a corrente contratual essas características são interdependentes, não havendo natureza jurisdicional nas atividades que deixem de atender aos dois critérios. Assim, não havendo executoriedade impositiva na arbitragem, deixa essa de possuir status jurisdicional.

A corrente híbrida concorda que a arbitragem atende à característica declaratória da jurisdição, porém não concede jurisdicionalidade integral ao meio por lhe faltar a executoriedade característica da jurisdição.

Por último a corrente jurisdicional entende que as características declaratória e executória da jurisdição são alternativas, sendo que as atividades que detenham somente o primeiro elemento, podem ser integralmente consideradas jurisdicionais, sendo a arbitragem, deste modo, jurisdicional, ainda que dependa do Judiciário para conseguir força executória e obrigatoriedade de cumprimento.

É possível perceber que embora as conclusões sejam diversas, há muito campo em comum entre os diversos estudiosos do tema. Todos parecem concordar em aspectos gerais sobre o que é e o que compõe o conceito de jurisdição, entendem que a arbitragem atende a parte desse conceito, divergindo apenas quanto à questão da executoriedade.

¹⁸CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei .307/96**. 3.ed. São Paulo: Atlas, p 26-27.

Veja-se, nem mesmo a corrente que defende a natureza jurisdicional da arbitragem pretende conceder ao instituto a executoriedade que a corrente contratual prefere tão fortemente deixar sob monopólio do Estado. Todas estão de acordo que a execução impositiva permaneça a cargo do Estado e ainda assim há discordância quanto à natureza da arbitragem.

Há tão mais em comum entre as doutrinas que a diferenciação traz pouco impacto prático, pois embora a jurisdicionalização da arbitragem tenha lhe trazido mais eficiência, em qualquer outra das interpretações este meio ainda teria a eficácia necessária para prevalecer.

Ainda assim, vencendo a jurisdicionalidade arbitral, sobrevieram consequências práticas positivas e negativas relacionadas a este meio de solução. Posteriormente serão tratados estes desdobramentos relativos à Lei de Arbitragem e a jurisprudência a respeito do tema, mas antes é importante abordar a construção histórica do entendimento da arbitragem como jurisdição.

2 A CONSTRUÇÃO BRASILEIRA DA ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO

Embora já houvesse debates e legislações relativos à arbitragem no Brasil muito anteriores aos que precederam a Lei de Arbitragem promulgada em 1996, para os fins desse artigo o recorte temporal mais interessante se restringe ao período de 1990 até 2020.

Nestes anos que antecederam a redação e promulgação da Lei de Arbitragem vigente, doutrinadores como Carlos Alberto Carmona, que depois participaria da elaboração da legislação, já traziam ao debate fundamentos sobre seu posicionamento acerca da arbitragem como jurisdição.

Em artigo publicado em 1990, Carmona apresentou forte defesa ao entendimento de que a arbitragem é atividade jurisdicional, arguindo que a atividade desempenhada na arbitragem está contida dentro do conceito de jurisdição e que a atividade realizada pelo árbitro e juiz são equivalentes, por isso se tratando de atividade jurisdicional:

O fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do Estado não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem. Trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4.º, da Constituição Federal e encontra respaldo no seu § 1.º do artigo 1.º. Basta lembrar, em reforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no

mesmo artigo 153 da Constituição Federal, é baluarte da participação popular a nível jurisdicional e que a atividade realizada pelo árbitro e juiz são equivalentes.¹⁹

Comparando-se as atividades desempenhadas por juízes e árbitros, a similitude se amplificada, respaldando ainda mais a caracterização da jurisdicionalidade arbitral. Por um lado, o juiz é investido no cargo e na função cuja capacidade para exercício da jurisdição decorrente de investidura legítima vem de atribuição Estatal. Do outro, a investidura do árbitro nasce do compromisso arbitral, ato das partes interessadas que nomeiam um terceiro de confiança que poderá solucionar o conflito e estabilizam a matéria da demanda sobre a qual incidirá a atividade do árbitro julgador:

só haveria jurisdição na atividade declaratória, isto é, quando o juiz declara qual a norma que incidira no caso concreto. Diante desta colocação, qual seria a diferença entre a atividade do juiz e a do árbitro? Intellectualmente, nenhuma: ambos analisariam o fato à luz dos cânones jurídicos para perquirir a verdade e declarar a norma aplicável à espécie; ambos colheriam provas, resolveriam questões e profeririam a decisão final. Ambos, portanto, declarariam o direito²⁰.

A competência jurisdicional do juiz emana, segundo Carmona, do Estado, enquanto a arbitral advém da escolha conjunta das partes em voluntariamente postularem seu conflito àquele que consideram mais apto e imparcial para a solução da demanda.

O juiz ao decidir uma lide respeita um determinado processo legal e se fundamenta em legislação específica, do mesmo modo que o árbitro respeita um processo arbitral e se baseia na legislação eleita pelas partes.

Então, dada a convergência de características das atividades judicial e arbitral, Carmona defende a jurisdicionalidade da arbitragem, ainda que destituída de executoriedade:

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. Volume 58/1990. p.33-40. Abril a Junho. Thomson Reuters. 1990. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963877/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20Arbitragem%20e%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso aos 23/11/2020

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. Volume 58/1990. p.33-40. Abril a Junho. Thomson Reuters. 1990. Revista dos Tribunais Online. p.2. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963877/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20Arbitragem%20e%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso aos 23/11/2020

sendo inegável o caráter jurisdicional da execução quando encarada do ponto de vista da substitutividade, não se afasta a jurisdicionalidade encontrável na arbitragem: vê-se apenas que o árbitro não tem, à diferença do juiz togado, competência funcional para executar suas próprias decisões.²¹

A corrente jurisdicional defendia esta natureza arbitral não apenas por entendê-la contida dentro do conceito de jurisdição, mas também e principalmente pelo benefícios que a concretização dessa natureza traria (e trouxe) para a arbitragem.

Promulgada a Lei de Arbitragem, este meio de resolução de conflitos foi então elevado a status jurisdicional. A primeira consequência interessante dessa caracterização é o duplo efeito da jurisdição arbitral: efeito negativo, diz-se da derrogação da jurisdição Estatal em razão de compromisso arbitral; efeito positivo, diz-se da submissão à jurisdição arbitral.

Este efeito se evidencia na Lei de Arbitragem no já mencionado artigo 8º, parágrafo único, que atribui ao árbitro competência para decidir questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória²².

O duplo efeito da jurisdição arbitral levantou e ainda levanta diversos questionamentos sobre a acessibilidade do instituto e até inferências doutrinárias sobre inacessibilidade à justiça. Como a arbitragem, custosa, é priorizada em relação judiciário, que tem a possibilidade de gratuidade, partes poderiam ser impedidas de buscar a resolução heterocomposta por não conseguirem arcar com as custas arbitrais.

Esse e outros questionamentos imperaram com grande força sobre a Lei de Arbitragem nos seus primeiros anos de promulgação, levantando dúvidas sobre a constitucionalidade da lei brasileira que a enfraqueciam.

Somente em 2001, durante o julgamento da Sentença Estrangeira (SE 5206)²³ quando foi levantada a questão e declarada a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, pôde então o instituto verdadeiramente começar a crescer.

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. Volume 58/1990. p.33-40. Abril a Junho. Thomson Reuters. 1990. Revista dos Tribunais Online. p, 5. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963877/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20Arbitragem%20e%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso aos 23/11/2020

²² BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. Artigo 8º, Parágrafo único. **Dispõe sobre a arbitragem**. Diário Oficial da União, 24 de setembro de 1996.

²³ SUPREMO Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 12/12/2001. Ano 2001. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso aos 24/11/2020.

Este *leading case* tratava de uma sentença arbitral espanhola que precisava ser homologada no Brasil para cumprimento. Até então a legislação brasileira exigia que a sentença (à época ainda chamada de laudo) arbitral estrangeira fosse homologada pelo juízo do país da arbitragem, no caso, a Espanha. Todavia essa mesma exigência não existia na Espanha, de modo que se chegou a um entrave sobre a homologação da sentença no Brasil: por um lado a legislação Espanhola não exigia homologação interna da arbitragem, por outro o Brasil se recusava a reconhecer a sentença sem a homologação espanhola.

Nesta oportunidade, debatendo sobre o caso e a Lei de Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da lei, embora ainda com ressalvas como as dos ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves que entenderam que a Lei de Arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, segundo eles direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Ainda assim, o ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que a lei trata de direitos patrimoniais disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça, sendo que o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.

O então presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, após o término do julgamento, comentou a decisão dizendo esperar que seja dada confiança ao instituto da arbitragem e, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática “pegue no Brasil também.”²⁴. E, como já visto, pegou.

Essa construção interna da arbitragem como jurisdição foi um processo longo e turbulento e ainda precisava de um elemento a mais para aceitação internacional do instituto. A ratificação brasileira da Convenção de Nova York e promulgação interna por meio do Decreto nº 4.311 de 23 de Julho de 2002²⁵ foi um ajuste necessário para que a comunidade arbitral internacional se voltasse ao Brasil.

²⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação)**. Notícias STF. Ano 2001. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em 24/11/2020

²⁵ BRASIL. Lei n. 4.311, de 23 de julho de 2002. **Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras**. Diário Oficial da União. 23 de julho de 2002.

Depois disso, mais consolidada a ideia de arbitragem como jurisdição, sobrevieram com a Lei 13.129 de 26 de maio de 2015²⁶, alterações que reforçam a jurisdicionalidade do instituto e mitigam a falta de executoriedade da arbitragem implementando ferramentas de parceria entre ela e o judiciário, jurisdicionado que detém poder executório. É o que faz a ferramenta da Carta Arbitral²⁷, por exemplo.

A arbitragem consolidou sua natureza jurisdicional na legislação e na jurisprudência, ganhando estabilidade e executoriedade, ainda que intermediada, suficientes para alavancar sua utilização no Brasil ao nível do mercado bilionário que hoje a movimenta. Ainda assim, persistem problemas como os que já eram levantados antes mesmo dessa construção e consolidação que não podem ser esquecidos.

3 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM

O princípio *kompetenz-kompetenz* implementado pela Lei de Arbitragem, acaba suscitando questões relativas ao acesso à justiça, como inclusive foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento daquela Sentença Estrangeira (SE 5206).

Conforme já explorado anteriormente, a caracterização da arbitragem como atividade jurisdicional gera efeito negativo sobre a competência Estatal, retirando a causa do Judiciário, ao mesmo tempo que ocorre o efeito positivo de atração do conflito para a arbitragem.

Em outras palavras: havendo compromisso arbitral o conflito deve ser submetido à arbitragem, ainda que seja para questionar a existência, validade ou eficácia desse compromisso. Isto é, mesmo que apenas para se dizer incompetente, deve-se acionar primeiramente o árbitro para, somente após declaração de incompetência, procurar solução no Judiciário.

O princípio *kompetenz-kompetenz* e os efeitos da jurisdição priorizam a arbitragem, mas não sem questionamentos. Primeiro porque, conforme a própria Lei de Arbitragem, a sentença arbitral é nula se for nula a convenção de arbitragem²⁸. Segundo porque os efeitos negativo e positivo

²⁶Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Artigo 515, inciso VII. **Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Diário Oficial da União. 16 de março de 2015.

²⁷BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. Artigos 22-C e 22-C, Parágrafo único. **Dispõe sobre a arbitragem.** Diário Oficial da União. 24 de setembro de 1996.

²⁸BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. Artigos 32, inciso I. **Dispõe sobre a arbitragem.** Diário Oficial da União. 24 de setembro de 1996.

geram conflitos de competência entre Estado e arbitragem. Terceiro porque essa obrigatoriedade de ingresso primordial na arbitragem gera conflitos que podem acarretar a inacessibilidade da justiça.

O primeiro problema parece ser resolvido através do próprio arcabouço legislativo, sendo possível a anulação da sentença por meio de ação anulatória caso o Judiciário, enfrentando a questão, entenda pela nulidade da convenção arbitral. De todo modo haveria um prejuízo temporal pelo período dispendido entre no procedimento arbitral e no processo judicial.

O segundo problema sobre conflitos de competência também parece ter encontrado uma solução adequada. O *leading case* nesse caso foi o Conflito de Competência 111.230-DF do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu ser possível a existência de tal conflito e que estes devem ser dirimidos dentro da Corte Superior: “A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral!”²⁹.

Julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça ainda citam a decisão exarada pela Ministra Nancy Andrighi e continuam defendendo a jurisdicionalidade da arbitragem e a possibilidade de conflito de competência a ser dirimido:

A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

[...] A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

[...] Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

[...] A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

²⁹ SUPERIOR Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 111.230/DF**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, DJ 03.04.2014. Ano 2014.

Embora reconhecida a possibilidade de conflitos de competência entre as partes e embora exista ferramenta para dirimir essa questão, ainda assim persiste o terceiro caso relacionado ao acesso financeiro à justiça. Uma problemática que ainda precisa ser enfrentada com cautela.

A arbitragem é instituto privado de solução de conflitos, assim o sendo, envolve custos próprios que vão desde o pagamento mínimo de um árbitro único *ad hoc*³⁰ escolhido para julgar a causa, até custos institucionais, pagamento de honorários arbitrais de um tribunal completo e honorários advocatícios. Em qualquer dos casos a arbitragem costuma ser conhecida por ser extremamente custosa.

A título exemplificativo, no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), uma causa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) gera custas institucionais de mais de R\$ 170.000,00 para cada uma das Partes³¹ na hipótese de um tribunal composto por três árbitros. Isso sem considerar ainda honorários contratuais advocatícios para representação no procedimento e eventuais honorários sucumbenciais.

Esse custo voluptuoso da arbitragem pode gerar inacessibilidade em dois momentos: no ingresso da lide, ou no decorrer do procedimento. Isto porque além da necessidade de pagamento das próprias custas é comum que as partes sejam obrigadas a arcar também com as custas de seu adversário, caso esse não realize o pagamento da lide, sob pena de suspensão³².

O questionamento sobre a impossibilidade de ingresso da lide por si só já é problemático suficiente, isto porque em razão do duplo efeito da jurisdicionalidade da arbitragem a parte requerente será recusada no sistema judiciário ao mesmo tempo em que não terá fundos para arcar com as custas arbitrais, se vendo impedida de ingressar também neste sistema. Existe aqui uma forte e válida crítica permeando o direito de acesso à justiça. Mesmo dentro dos moldes do julgamento da SE 5206 sobre o acesso ao Judiciário tratar-se de direito e não dever, neste cenário poderia a parte ser cerceada completamente da possibilidade de uma solução heterocomposta, ainda que buscando exercer seu direito.

³⁰ Diz-se do árbitro independente, contratado diretamente pelas partes sem a intermediação de uma Instituição Arbitral como são as Câmaras de Arbitragem.

³¹ Cálculo realizado utilizando a calculadora online do CAM-CCBC. Valor da disputa informado R\$ 1.000.000,00. Valor total para um Tribunal com 3 árbitros para Requerente R\$ 174.625,00 e para a Requerida mais R\$ 170.625,00. CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. **Calculadora e Tabela de Despesas 2019**. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>. Acesso aos 23/11/2020

³² A título exemplificativo, os Artigos 12.10, 12.10.1 e 12.10.2 do Regulamento do CAM-CCBC. CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. **Regulamento de Arbitragem | 2012**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 20 maio 2020.

O segundo problema é uma das diversas táticas de guerrilha³³ que podem e tem sido utilizada no universo arbitral para forçar partes adversas a arcarem com custos elevados na tentativa de retardar ou até mesmo inibir o procedimento arbitral.

Embora exista na arbitragem a possibilidade e até cultura de financiamento de terceiros, essa é uma ferramenta extremamente limitada³⁴ que não servirá para reestabelecer o acesso à justiça a todos aqueles que enfrentarem problemas financeiros.

As consequências da consolidação da jurisdicionalidade da arbitragem vão se percebendo ao longo do tempo e precisam de reflexão para que se alcance uma acessibilidade aceitável dentro da arbitragem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Introdutoriamente foi apresentado com brevidade o atual recorte mercadológico da Arbitragem, trazendo pesquisa quantitativa referente aos valores envolvidos em causas submetidas a Câmaras Arbitrais com sede no Brasil. Considerando apenas esses valores, já é possível perceber que a arbitragem se tornou um meio de solução bilionário de alto impacto econômico.

Além da demonstração do crescimento da arbitragem no Brasil, foi apresentada pesquisa qualitativa que mostra a exequibilidade como característica mais valiosa da arbitragem para todos aqueles que compõe a comunidade dentro desse universo.

Uma vez destacado o atual crescimento do método de solução e seu claro impacto no Brasil, além do seu elemento característico principal, a análise se voltou à conceituação de jurisdição e arbitragem e à intersecção destes.

Conforme explorado, a natureza jurídica da arbitragem não é doutrinariamente pacífica no ordenamento jurídico brasileiro, se subdividindo em três grandes grupos: privatista ou contratualista; híbrida ou mista; e jurisdicional.

³³ JAMES JOES, Anthony. *Guerrilla Warfare*, ed. Robin Hingham, Westport: Greenwood Press, 1996, 4 apud PFEIFFER, Robert; WILSKE, Stephan. Chapter 1, § 1.01: An Etymological and Historical Overview in: HORVATH, Gunther J; WILSKE, Stephan (eds.). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. Kluwer Law International, 2013, p.1.

³⁴ BETTS, Megan. KASIORA, Evanthia. **The Impact of the COVID-19 Pandemic on Third Party Funding and Security for Costs in International Commercial Arbitration**. Kluwer Arbitration Blog. 30 de julho de 2020. Ano de 2020. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/30/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-third-party-funding-and-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration/>. Acesso aos 23/11/2020.

Todos os grupos em um primeiro momento concordam que a jurisdição tem dois elementos: declaratório e executório. O primeiro sendo a competência, capacidade e/ou obrigação decidir um caso. O segundo se tratando da possibilidade de fazer valer, ainda que impositivamente, a decisão exarada.

As três correntes concordam até certo ponto que a atividade arbitral é similar à judicial de modo que atende ao elemento declaratório da jurisdição. A caracterização natureza da arbitragem como jurisdicional diverge entre elas no que tange ao segundo elemento, a executoriedade.

Para a primeira, a executoriedade é elemento essencial da jurisdição e monopólio do Estado, de modo que, sem este elemento, não pode a arbitragem ser considerada uma atividade jurisdicional. Para a segunda corrente também não há executoriedade na arbitragem, de modo que ela não completa o conceito de jurisdição e por isso teria natureza híbrida. A terceira corrente entende que declaração e execução são elementos alternativos, assim, atendendo ao primeiro a arbitragem já pode ser considerada jurisdição.

No recorte temporal apresentando na sequência em relação à construção da arbitragem enquanto jurisdição no Brasil, foi evidenciado que antes mesmo da promulgação da Lei de Arbitragem doutrinadores da terceira corrente já apresentavam bons argumentos para fundamentar seu entendimento a respeito da natureza jurídica arbitral.

Dentro do período proposto foram trazidos entendimentos doutrinários, legislações e precedentes que mostram a construção e evolução da arbitragem como jurisdição. Começando por um breve período anterior à promulgação da Lei de Arbitragem, passando pela consolidação da natureza jurídica jurisdicional após a lei e confirmação de sua constitucionalidade por meio de julgamento do Supremo Tribunal Federal, até as reformas de 2015 que adicionaram ferramentas à arbitragem que aceleraram sua conquista bilionária no mercado brasileiro.

Uma vez demonstrado que a natureza jurídica da arbitragem como atividade jurisdicional vêm se consolidando no Brasil, passou-se à análise das consequências práticas acarretadas por esse entendimento, especialmente em relação ao acesso à justiça. Enquanto a jurisdicionalidade trouxe mais exequibilidade (elemento considerado mais importante pela comunidade envolvida nesse meio de solução) às decisões arbitrais, também acarretou problemas relativos à acessibilidade da justiça.

Este artigo não pretende aqui debater o conceito nem princípio de acesso à justiça, tampouco se debruçar sobre o entrave doutrinário travado entre acesso à justiça ou judiciário.

Fato é que, mesmo utilizando o conceito de acesso à justiça mais abrangente possível, o duplo efeito da natureza jurisdicional da arbitragem traz problemas práticos à acessibilidade. Conforme demonstrado, a arbitragem é uma solução costumeiramente muito custosa, de valores voluptuosos e por isso, não atoa, um mercado bilionário.

Essas custas, porém, dificultam (para não dizer que impedem totalmente) o acesso à arbitragem. Sendo essa a forma de justiça escolhida pelas partes, levanta-se o questionamento se a inacessibilidade por falta de fundos seria mera responsabilidade dos próprios litigantes, ou se deve sobrevir solução que possibilite o enfrentamento da lide noutra porta³⁵.

Como explorado, existem dois momentos em que a falta de fundos pode afetar a acessibilidade ao procedimento arbitral: no início, referente às custas de ingresso; e durante, na manutenção do procedimento. A segunda sendo, inclusive, causa de utilização de táticas de guerrilha que tentam retardar ou até mesmo suspender o procedimento arbitral, quando uma das partes propositalmente deixa de recolher suas custas para forçar a outra a arcar com sua quota parte buscando onerar demasiadamente um polo ou até suspender o procedimento.

Em ambos a arbitragem parece apresentar soluções ainda insuficientes. A utilização de terceiros financiadores, comum no universo arbitral, é uma saída muito limitada. Embora a busca e concessão de fundos tenha aumentado nos últimos anos³⁶, os critérios solicitados pelas financiadoras podem não ser atingidos pela parte que solicita fundos e assim se ver impedida de ingressar na arbitragem ao mesmo tempo que não pode se valer do judiciário.

O efeito negativo da jurisdição arbitral se tornou tema ainda mais relevante no ano de 2020, em razão da crise mundial econômica causada pela pandemia de COVID-19³⁷. Nesse momento de impacto financeiro abruço, muitas empresas que já estavam em procedimentos arbitrais custosos ou passaram a precisar recorrer à arbitragem pelas quebras decorrentes da própria pandemia, se encontraram em meio a problemas de caixa que impactam diretamente sua possibilidade de continuar ou buscar uma solução para seus conflitos.

³⁵Do conceito de Sistema Multiportas apresentado na palestra de abertura da Pound Conference, em 1976, em Saint Paul, Minnessotta, conforme explica Frank Sander em: Diálogos entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas, in Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. (Org.) CRESPO, Maria Hernandez. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012, p. 31.

³⁶INTERNATIONAL Council for Commercial Arbitration; QUEEN Mary University of London. **Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. The ICCA Reports no. 4. 2018. Disponível em: https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Acesso aos 23/11/2020.

³⁷BETTS, Megan. KASIORA, Evanthia. **The Impact of the COVID-19 Pandemic on Third Party Funding and Security for Costs in International Commercial Arbitration**. Kluwer Arbitration Blog. 30 de julho de 2020. Ano de 2020. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/30/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-third-party-funding-and-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration/>. Acesso aos 23/11/2020.

Simplesmente negar às partes o acesso à justiça Estatal por haver uma convenção arbitral prévia parece uma forma muito abrupta de negar a uma das partes seu direito de socorro, e pior, proteger aqueles que desrespeitaram o direito e agora se valem da falta econômica da contraparte para evitar uma decisão desfavorável.

Caso os financiamentos de terceiros se tornem uma prática irrestrita, abarcando causas de valores menores, esta poderia ser uma solução adequada ao problema do acesso, uma vez que a análise dos fundos se baseia justamente na possibilidade e probabilidade de provar-se o direito da parte financiada.

No mais, enquanto os fundos se restringirem a causas de valores extremamente elevados, se reduzindo a disputas muito específicas e com critérios de concessão de financiamento muito minuciosos, a jurisdicionalidade da arbitragem precisará ser repensada para que a acessibilidade não se torne um impedimento intransponível.

Isto porque, mesmo com a existência de Câmaras Arbitrais mais acessíveis, ou a possibilidade de julgamentos *ad hoc* que podem ser mais baratos, os eventos de 2020 relacionados à COVID-19 e seus impactos econômicos mostraram que a imprevisibilidade mercadológica afeta diretamente o acesso à arbitragem.

Conclui-se, assim pela necessidade de criação de novas ferramentas que viabilizem o acesso à arbitragem ou melhoria daquelas já existentes, alternativamente à revisão dos conceitos de jurisdicionalidade arbitral e o duplo efeito dessa natureza.

REFERÊNCIAS

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BETTS, Megan. KASIORA, Evanthia. **The Impact of the COVID-19 Pandemic on Third Party Funding and Security for Costs in International Commercial Arbitration**. Kluwer Arbitration Blog. 30 de julho de 2020. Ano de 2020. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/30/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-third-party-funding-and-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration/>. Acesso aos 23/11/2020.

BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. 24 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**: 26 de maio de 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Artigo 515, inciso VII. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. 16 de março de 2015.

BRASIL. Lei n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial da União**. 23 de julho de 2002. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Artigo 515, inciso VII. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**. 16 de março de 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo. Volume 58/1990. p.33-40. Abril a Junho. Thomson Reuters. 1990. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1963877/mod_resource/content/1/Artigo%20CAC%20-%20Arbitragem%20e%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso aos: 23/11/2020

CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. **Regulamento de Arbitragem | 2012**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 20 maio 2020.

CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. **Calculadora e Tabela de Despesas 2019**. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>. Acesso aos 23/11/2020

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Ed. RT, 1986 in GRINOVER, Ada P. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1975.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

CRESPO, Maria Hernandez; ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2012.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FITCHNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na reforma da lei de arbitragem. *In*: ROCHA, Caio Vieira; SALOMÃO, Luis (coord.). **Arbitragem e mediação – a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

INTERNATIONAL Council for Commercial Arbitration; QUEEN Mary University of London. **Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration**. The ICCA Reports no. 4. 2018. Disponível em: https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Acesso aos 23/11/2020.

JAMES JOES, Anthony. *Guerrilla Warfare*, ed. Robin Hingham, Westport: Greenwood Press, 1996, 4 apud PFEIFFER, Robert; WILSKE, Stephan. Chapter 1, § 1.01: An Etymological and Historical Overview in: HORVATH, Gunther J; WILSKE, Stephan (eds.). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. Kluwer Law International, 2013.

LEMES, Selma Ferreira. Pesquisa – 2019. **Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos. Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.)**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>. Acesso em 23/11/2020

QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. 2018 **International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

ROCHA, Caio Vieira; SALOMÃO, Luis (coord.) **Arbitragem e mediação** – a reforma da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SARDA, Fábio W. Arbitragem – uma solução para nosso judiciário. **Blog Migalhas de Peso**. 26 mar. 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/56876/arbitragem-uma-solucao-para-nosso-judiciario>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SUPREMO Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 12/12/2001. Ano 2001. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso aos 24/11/2020.

SUPREMO Tribunal de Justiça. **Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação)**. Notícias STF. Ano 2001. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em 24/11/2020

SUPERIOR Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência nº 111.230/DF**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, DJ 03.04.2014. Ano 2014.

THOMAS HOBBS E O POSITIVISMO JURÍDICO: DA NOVA CIÊNCIA DA POLÍTICA À REJEIÇÃO DA ÉTICA DAS VIRTUDES CLÁSSICA

Universidade de Lisboa

Universidade Federal do Ceará

Rodrigo Couto Gondim Rocha¹

Daniel Damasceno Leitão²

Rafael Cronje Mateus³

RESUMO: Thomas Hobbes é o grande filósofo político da modernidade, cuja influência vai muito além da ciência política e transborda para o direito contemporâneo. Partindo do seu pensamento ético, investiga-se a possibilidade de o *Leviatã* ser o marco fundador do positivismo jurídico moderno. Este artigo divide a análise em três partes consecutivas e interligadas: Política, Ética e Direito. Conclui-se que o abandono da ética clássica e o renascimento de uma ética subjetivista são os fatores centrais para o surgimento de uma concepção coercitiva e puramente estatal da ordem jurídica.

Palavras-chave: Thomas Hobbes. Filosofia moral. Ciência política. Positivismo jurídico.

ABSTRACT: Thomas Hobbes is a modern political philosopher whose influence goes far beyond political science and overflows into contemporary law. Based on his ethical thinking, the possibility of *Leviathan* being the founding landmark of modern legal positivism is investigated. This article divides the analysis into three consecutive and interconnected parts: Politics, Ethics and Law. It is concluded that the abandonment of classical ethics and the rebirth of a subjectivist ethics are the central factors for the emergence of a coercive and purely state-based conception of the legal order.

Keywords: Thomas Hobbes. Moral philosophy. Political Science. Legal positivism.

¹ Doutorando em Ciências Histórico-Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (início em 2015). Graduado em Direito (2007) e Mestrado em Direito Constitucional (2015) pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Ex-professor da pós-graduação (*lato sensu*) da Universidade de Fortaleza. Fundador do Canal Politeia. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito da UFC – Dikaion. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1421655580567687>

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (início em 2020). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2018). Cofundador do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito da UFC – Dikaion. Estagiário de Pós-Graduação da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9641340038617912>

³ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (início em 2021). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2019). Fundador do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito da UFC – Dikaion. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2868708183861257>

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, Thomas Hobbes de Malmesbury (1588-1679) foi a figura paradigmática por excelência do pensamento absolutista, personificando o Estado na pessoa do Soberano. Nascido na Inglaterra, defendeu o trono do rei inglês. Não raras vezes foi acusado de ser o primeiro teórico do totalitarismo, ao constranger a liberdade dos súditos em favor da paz social e do poder do reino.

Sem embargo, a intrincada trama teórica da obra hobbesiana, em especial *Do cidadão* (1642) e *Leviatã* (1651), despertou o interesse de filósofos políticos do século XX, preocupados em conter o avanço de regimes totalitários ao mesmo tempo em que manter a harmonia dentro das sociedades liberais. Estudiosos contemporâneos como Quentin Skinner, Norberto Bobbio, Reinhart Koselleck e Sean Coyle apelaram muito mais para o aspecto descritivo da obra do filósofo inglês do que, propriamente, para os seus contornos normativos, é dizer, para as proposições ou propostas de como a comunidade política *deveria ser*, já que ele estava interessado em descrevê-la como realmente era.

A opção por essa abordagem metodológica fez que inúmeras incompreensões fossem perpetradas contra o autor, que foi rotulado desde “filósofo liberal” a “teórico do totalitarismo”. Provar a aplicação dessas categorias a sua obra exige um esforço consciente e rigoroso, sem juízos apressados e pouco honestos a respeito do pensador estudado, guardando a devida reverência à obra escrita e consagrada.

É nesta esteira que este artigo pretende se encaixar, ao entender o contexto em que seus livros foram escritos e extrair daí as perguntas que o filósofo tentou responder a partir dos profundos desacordos morais existentes nas sociedades do século XVII. Para tanto, assenta-se nas interpretações abalizadas de Leo Strauss, Eric Voegelin e Lima Vaz, as quais, embora não promovam leituras preconceituosas, não estão isentas de erros. Elas foram adotadas, porém, por apresentarem argumentos razoáveis em meio a variadas interpretações e desvelarem aspectos importantes da teoria política hobbesiana.

Apoiados nos autores citados, estudaremos primeiro a antropologia política de Hobbes (seção 2), para depois passar a sua ética (seção 3). Por fim, correlaciona-se a sua visão moral ao conceito de direito, confrontando-o ao paradigma da filosofia clássica (seção 4). Sem abandonar o viés crítico, o presente trabalho avalia o grau com que a obra hobbesiana afetou a forma como os sujeitos modernos entendem e interpretam o mundo. O método é o histórico-comparativo e o objetivo conclusivo-descritivo.

1 A ANTROPOLOGIA FISCALISTA DE THOMAS HOBBS: UM CONVITE AO VOLUNTARISMO POLÍTICO?

A passagem do pensamento clássico para o pensamento moderno não significa, em primeiro lugar, uma mudança nos termos filosóficos empregados para definir seus objetos, mas, acima de tudo, uma transformação na própria forma de pensamento, a partir da qual o horizonte de compreensão da realidade não se encontra mais no universo (*kósmos*) e sim no homem (*anthrôpos*). O ser das coisas passa a ser pensando não desde a objetividade do mundo, mas partindo da subjetividade do indivíduo pensante (OLIVEIRA, 1996, p. 157-158, n. 1-4).

Voegelin explica que esse subjetivismo está ligado à transferência das substâncias para os conceitos da ciência, criados pelo indivíduo, iniciada pelo Nominalismo. A busca da ordem da realidade a partir do homem é a busca a partir das ideias humanas, ao contrário da visão antiga, seja a da tese platônica da substância como existente no Fundamento Transcendente do *cosmos*, seja a da aristotélica da substância como existente no ente Imanente (VOEGELIN, 2015, p. 333-335).

Hobbes foi, efetivamente, quem deu o passo decisivo na desconstrução da ética teleológica clássica ao adotar um modelo excessivamente atomista, de feição mecanicista, na concepção do ser humano e na compreensão do seu agir. Essa asserção rejeita radicalmente o finalismo da ideia do Bem, eixo de sustentação do pensamento ético ocidental desde Platão, e explica as atividades humanas em termos de exclusiva satisfação das necessidades materiais individuais (VAZ, 2012, p. 23).

O mais inovador na nova ciência política hobbesiana é a concepção de um universo exclusivamente constituído por corpos e movimentos sem nenhuma finalidade. Em essência, o mecanicismo⁴ encontra explicação para os fenômenos no movimento dos corpos e no contato entre os corpos. Não se trata, portanto, de um ramo da física, mas sim de um esquema geral através do qual o funcionamento do mundo físico era concebido (GAUKROGER, 2007, p. 253, 323, 337).

Os escritos de Hobbes, além da influência do mecanicismo, apresentam a ideia as causas do todo estão nas causas de suas partes. Esse é o modo de afirmar uma concepção científica moderna: eventos macroscópicos são causados por ocorrências microscópicas. Hobbes levou essa

⁴Essa corrente de filosofia natural surgiu na década de 1630 e dominaria o pensamento científico até por volta de meados do século XVIII. Em sua versão pré-newtoniana, o mecanicismo tenta explicar os fenômenos macroscópicos através da ideia de corpúsculos microscópicos, derivada do atomismo

concepção aos seus extremos de materialismo e determinismo, com a criação de uma teoria política e até mesmo de uma teologia influenciada por esse paradigma (GAUKROGER, 2007, p. 283; MARTINICH, 1988, p. 206).

Com isso, a famosa doutrina de Galileu Galilei sobre o caráter meramente subjetivo das qualidades especificamente sensíveis é, pouco depois, retomada por Hobbes:

(...) como doutrina do caráter subjetivo da totalidade dos fenômenos concretos da natureza e do mundo em geral empiricamente intuitivos. Os fenômenos estão somente nos sujeitos; e estão neles tão só como consequências causais dos processos que ocorrem na verdadeira natureza, processos que, por sua vez, só existem em propriedades matemáticas. Se o mundo intuitivo da vida é meramente subjetivo, então são invalidadas todas as verdades da vida pré e extracientífica, que dizem respeito ao seu ser de fato. Estas verdades só não são destituídas de valor na medida em que, embora falsas, anunciam vagamente uma experiência possível que reside por detrás deste mundo, um em-si a ele transcendente (HUSSERL, 2012, p. 43).

Esta concepção de natureza manifesta-se na substituição de um modelo finalista por um mecanicista. Neste mundo que prescindia da dimensão sobrenatural e cujas explicações se concentram no nível puramente físico-temporal, a natureza do homem é agora encontrada não na sua finalidade última (Deus, salvação eterna, vida contemplativa), mas pelas causas das suas ações (vontade, instinto, desejo). O direito da natureza deixa de ser exigido pela preparação da cidade divina, para que decorra da manifestação das tendências cegas naturais do homem ou da necessidade de as garantir. Ao prescindir da ideia de finalidade, de ordenação do homem a algo que o transcende, esse novo pensamento fica limitado, nas suas referências, ao indivíduo (HESPANHA, 2018, p. 301).

Note-se que Hobbes não formula tudo isso inconscientemente. De forma bastante eficaz, exprime a nova atmosfera espiritual e sanciona, junto a Francis Bacon⁵ e René Descartes, o fim de uma era filosófica e o início de outra, fechadas as portas ao pensamento antigo e medieval, sem possibilidade de retorno. Em especial, observou o mérito de seu mestre Galileu e a necessidade de fundar uma nova ciência do Estado tendo como base esse modelo mecanicista. A intenção de ser o *Galilei da filosofia*, ou melhor, da ciência política, é evidente em várias partes dos seus escritos (REALE; ANTISERI, 2018, p. 390).

⁵ Antes de Hobbes, Bacon já havia abandonado o finalismo (causa final) nas ciências naturais. Coube a ele trazer essas consequências para as ciências humanas.

O fato de que o único conhecimento certo e disponível, segundo o autor do *Leviatã*, não estar voltado para qualquer fim, consistindo tão somente na comparação de figuras e objetos, agravou um preconceito já existente contra toda a tradição teleológica anterior. Inaugura-se uma visão materialista e mecânica do homem (STRAUSS, 2014, p. 207). A unidade do conhecimento científico em Hobbes depende de tal concepção, pois ela explica a passagem do campo da filosofia natural para os da filosofia moral e política.

Para compreender adequadamente essa nova concepção política é oportuno recordar que ela constitui a virada mais radical da clássica posição aristotélica. O Estagirita sustentava que o homem é constituído de tal modo que, para realizar sua própria natureza, é feito para viver com os outros numa sociedade politicamente estruturada, desejando e evitando as mesmas coisas, dirigindo suas ações para fins comuns e se agregando espontaneamente. Hobbes contesta essa proposição, afirmando que cada homem é profundamente diferente dos outros e, portanto, deles separados como um átomo de egoísmo (REALE; ANTISERI, 2018, p. 399).

Esse era, além do “fracasso das definições”, o erro fundamental da tradição antecedente: a filosofia política tradicional supunha que o homem é, por natureza, um animal político ou social (*zôion politikón*). Era a tese aristotélica da radical sociabilidade humana, que atestava a conaturalidade da comunidade e a insuficiência da vida isolada: aquele que vive sem cidade (*pólis*) é um ser imperfeito (um animal inferior) ou está acima da humanidade (um semi-deus), comparável ao homem detestável por Homero: “Um ser sem lar, sem família e sem leis” (ARISTÓTELES, 2006, I, 2, 1253a, p. 4).

Ao rechaçar essa posição, Hobbes adere ao filósofo helenístico Epicuro: para quem o homem, originariamente, é um ser apolítico ou associal; e aceita a premissa de que o *bem* é fundamentalmente idêntico ao *agradável*⁶ (HOBBS, 2003, XV, p. 136-137). O uso dessa concepção apolítica tem, entretanto, um propósito político: introduzir na tradição do “idealismo” político clássico o estado de espírito hedonista; fundando, assim, o hedonismo político (STRAUSS, 2014, p. 203-204).

A tradição até então predominante havia definido a lei natural em vista do fim ou da perfeição do homem na condição de animal racional ou social. O que Hobbes fez – partindo do “realismo político” maquiavélico, contrário ao ensinamento ético tradicional – foi preservar a noção de direito natural, divorciando-a, porém, da ideia de perfeição humana. Apenas sob a condição de

⁶Essa doutrina que será desenvolvida por David Hume no século seguinte (HUSSERL, 2012, p. 70-79).

que essa lei pudesse ser deduzida do modo como os homens efetivamente vivem (da força determinante da ação humana) é que ela poderia ser eficaz e ter algum valor prático. Portanto, a base acabada da lei natural deve ser buscada não na finalidade “utópica” (ideal) do homem por meio da razão – o seu fim último e modelo de vida moral –, mas nas suas origens “reais”, na mais poderosa de todas as inclinações: a paixão, a *libido dominandi* (STRAUSS, 2014, p. 217-218).

Perdida ou atenuada a referência a uma ordem social natural, estabelece-se a nova ideia – com raízes antigas helenísticas – de que os vínculos e a disciplina social são fatos artificiais, correspondentes à criação da ordem política por um acordo de vontades. A vontade passa a ser a única fonte da disciplina política e civil – embora o voluntarismo radical seja temperado pela expectativa de que esta vontade fosse guiada pela razão calculadora (HESPANHA, 2018, p. 297).

O pensador inglês vai conceber a lei como a espada autoritária pela qual o Estado porá freios aos desejos humanos. A sua teoria política não pode ser compreendida se dissociada da sua antropologia, isto porque uma decorre da outra: para que haja um Leviatã, esse *deus mortal* ordenador dos impulsos egoístas humanos, antes é preciso reconhecer uma natureza humana depravada, incapaz de governar-se a si mesmo sem a influência de um Estado absolutista. Dada a natureza decaída dos homens – em sentido antropológico, não teológico –, o *homo homini lupus* (“o homem é o lobo do homem”) está no fundamento mesmo do seu contratualismo social (SILVEIRA, 2018, p. 312-313).

Evidentemente, para a teoria clássica, o homem não aderiria voluntariamente ao bem. É tanto que inúmeros indivíduos viviam alienados da sua própria inteligência, agindo de forma perversa e destoante da natureza. A diferença que há em Hobbes é a exclusão da teleologia, da noção de fim último, o qual todos os homens estão ordenados. Nesses termos, não é correto contrastar as antropologias antigas e modernas como “otimistas” e “pessimistas”, respectivamente, mas perceber o fim a que cada uma delas se dirige (BARZOTTO, 2018, p. 26-27).

Aquilo que se pode criticar como consequência da teoria política de Hobbes é, especificamente: o Estado bem ordenado e pacífico do Leviatã é o ambiente adequado para o desenvolvimento desinibido do indivíduo. Para além das leis positivas, não existem outras barreiras ou limites. Não existe uma direção mais ou menos legítima, ou um norte para a vida humana (KOSELLECK, 1988, p. 24). Do ponto de vista sociológico, inexitem corpos intermédios dotados de poderes disciplinares próprios (NISBET, 1962, p. 48 e ss.). Enfim, diversos autores entendem que esse é um dado geral do pensamento político moderno: o individualismo absoluto acompanha a autoridade política absoluta. No interior de sua esfera particular, o indivíduo é um soberano absoluto.

Desse modo, o problema central do pensamento político moderno não é o da configuração da sociedade enquanto realização natural do homem, mas o da própria constituição da sociedade, como associação de subjetividades. Daí resulta que não se pode mais falar em comunidade sem referência ao poder, à soberania e à liberdade como sua condição de possibilidade. Aqui se manifesta com clareza a reviravolta de mentalidade com relação à tradição clássica: o tema fundamental não é mais a justiça da sociedade, e sim a liberdade individual, causa última da instauração do poder estatal e origem de toda a atividade política histórica (OLIVEIRA, 1996, p. 97-98).

Com isso, “politizar” o homem não significa mais educá-lo moralmente; antes, consiste em introduzi-lo em uma disputa de interesses, pela autoconservação dos seus direitos individuais. A relação entre política e ética é enfraquecida, abrindo-se espaço para o questionamento das próprias noções de bem e de mal.

2 A DEPRECIAÇÃO DA ÉTICA, OU O ESQUECIMENTO DA VIRTUDE

A separação da ética e da política – e, posteriormente, da ética e do direito – é um dos traços distintivos da modernidade, com *O Príncipe* de Nicolau Maquiavel (1513) como a primeira e mais influente defesa do “realismo político”⁷ a partir de um relativismo moral. Considerado o primeiro moderno, ele não só libertou a ação política do jugo da moral, como revelou a realidade nua e crua da disputa ilimitada pelo poder. Derrocou, com isso, o ideal de excelência moral – que, embora raro, guiava as consciências de uma sociedade civilizada –, naturalizando as condutas imorais ao impedir a análise integrada do comportamento humano (PINHEIRO, 2016a).

Se Maquiavel abriu a senda do pensamento político moderno, é Hobbes quem vai primeiro articular e desenvolver uma teoria da política moderna. Machiavelli reduziu a *virtú* à virtude política do patriotismo, Hobbes a reduz à virtude social da paz. E se ela se identifica com a paz, o vício se assemelha aos maus hábitos ou paixões contrários à vida pacífica: algo essencialmente voltado ao malefício dos outros, mas indiferente quanto a si mesmo. A virtude, portanto, não merece ser escolhida por si mesma, mas apenas com vistas a atingir algum bem social ou evitar um mal coletivo. Ora, se a virtude se reduz às ditas liberais, então as virtudes consideradas “austeras” (temperança, fortaleza etc.) – porque voltadas para a disciplina pessoal do apetite

⁷“Na contramão da tradição clássica, o mérito de Maquiavel teria sido o “realismo” de quem descreve a política tal como ela efetivamente “é”, e não projeta como ela “deveria ser”, obscurecendo-a por “ideais” imaginários e inatingíveis. Seguida pelo pensamento político moderno, de Hobbes a Locke, de Rousseau a Marx, de Nietzsche a Gramsci, a inversão maquiavélica consiste em julgar os ideais pelos fatos, considerando “idealismo” prejudicial quem avalie os fatos pelos ideais de virtude” (PINHEIRO, 2016a).

interior – perdem a importância, tornando-se ociosas e desprezíveis; dando guarida a toda sorte de prazeres sensuais, porquanto irrelevantes para a manutenção da paz (STRAUSS, 2014, p. 227-229).

A partir da necessidade de obediência à lei civil independentemente da adesão interna, cria-se um solo fértil para a destruição do conceito de virtudes morais enquanto hábitos adquiridos individualmente sem qualquer interferência da coerção estatal, como também da percepção de dependência da ética pessoal do indivíduo com relação ao desempenho das suas atribuições técnicas em sociedade. É aqui onde a ética é aprisionada na esfera privada (liberdade positiva), totalmente desvinculada do direito, que é irradiado para a esfera pública (liberdade negativa).

Daí surge, gradativamente, a ideia de que a ética é subjetiva, de que cada indivíduo pode decidir a respeito da sua vida privada sem precisar justificar-se perante a sociedade a qual pertence. Os assuntos públicos, relativos à vida social dos homens, são regulados pelas leis do Estado, que garantem a liberdade moral dos indivíduos para a autodeterminação da vida privada. As virtudes tornam-se “valores”, a ética se transforma numa questão de gosto e conformismo moral, pois a bondade das ações não está mais no fim alcançado, mas na avaliação subjetiva de cada um, considerada indiscutível (PINHEIRO, 2016b).

Os nominalismo e naturalismo ingleses encampados pela filosofia hobbesiana conduzem à proposição de teses radicalmente contrárias às concepções teleológicas das éticas clássicas e, ainda – à parte do racionalismo cartesiano –, inauguram uma corrente radicalmente alternativa na história ocidental. A consequência imediata “é a demissão do juízo moral da política, a impossibilidade de se aquilatar seu aperfeiçoamento ou decadência, e a resignação diante da situação histórica do tempo presente” (PINHEIRO, 2016a), que é impropriamente elevada à condição universal e irresoluta do homem.

A relativização das noções de bem e mal, referidas unicamente ao modo de pensar de cada indivíduo, promoveu uma profunda ruptura com a tradição platônica da unidade do saber ético apoiada na objetividade do conhecimento do Bem (VAZ, 2012, p. 305), que, no Ocidente, se sagrou vencedora a duras penas após o combate dialético com os sofistas:

as palavras 'bom', 'mau' e 'desprezível' são sempre usadas em relação à pessoa que as usa. Não há nada que o seja simples e absolutamente, nem há nenhuma regra comum do bem e do mal que possa ser extraída da natureza dos próprios objetos. Ela só pode ser tirada da pessoa de cada um (quando não há república) ou então (numa república) da pessoa que a representa; ou também de um árbitro ou juiz que pessoas discordantes

possam instituir por consentimento, fazendo que a sua sentença seja aceita como regra (HOBBS, *Leviatã*, cit., VI, p. 48-49).

Na lógica do discurso hobbesiano, a virtude perde sua especificidade como hábito do bom agir (*eu prattein*) que constitui a excelência (*areté*) do virtuoso, identificando-se com o movimento voluntário (*paixão*) na medida em que se compõe das leis da natureza e, sobretudo, se predispõe à obediência desta lei e do pacto social (VAZ, 2012, p. 306).

Assim, a virtude é inteiramente relativa aos costumes, que são as “qualidades dos homens que dizem respeito à vida comum em paz e unidade”. Para este fim, “não existe o *finis ultimus* (fim último) nem o *summum bonum* (bem supremo) de que se fala nos livros dos antigos filósofos morais.” Já que a felicidade é uma contínua marcha do desejo, da obtenção de um objeto para outro (HOBBS, 2003, XI, p. 85). Este é um marco fundante da ética individualista moderna, cujo conceito de *felicidade* é inteiramente subjetivo, desligado de qualquer noção exterior ao sujeito⁸.

No contexto das guerras religiosas, havia um evidente desacordo quanto a questões morais, políticas e teológicas. Pela simples observação dos fatos, concluía-se pela divisão e diversidade de opiniões entre os homens. Era preciso dar uma explicação causal para essa realidade; por isso, a aproximação hobbesiana ao epicurismo⁹ não é arbitrária, mas proposital. Se as matérias atinentes ao espírito são fontes de dissensões, devem ser excluídas da filosofia natural, para cuidar somente daquilo que é corpóreo e material – fonte de certeza racional.

Nesse horizonte, não há espaço para o bem e o mal objetivos, isto é, valores absolutos. Dado que alguns homens desejam certas coisas que outros não, e alguns evitam determinadas coisas que outros não, decorre que bens e males são conceitos relativos. Logo, o bem é relativo à pessoa, ao lugar, ao tempo e às circunstâncias, como já sustentara o sofista Protágoras na antiguidade (REALE; ANTISERI, 2018, p. 398). Resolver o problema relacionado a esses desacordos político-morais é o objetivo das obras *Do cidadão* (1642) e *Leviatã* (1651), analisadas adiante.

⁸ É necessário notar que Hobbes não entende o *bem* como parte da filosofia moral, ou como problema da filosofia moral. Especificamente, o problema está no fato de que a descrição de “bem” apresentada por Hobbes não permite a identificação de um bem último, capaz de conferir direção à vida humana, ou de unificar a trajetória de um indivíduo. O bem depende das circunstâncias e predileções individuais.

⁹ Epicuro foi o principal discípulo do materialismo atomista e mecanicista de Demócrito, expandindo suas reflexões para a filosofia moral na Grécia antiga. Há, portanto, uma nítida guinada dos modernos contra o idealismo socrático, restaurando e coroando outros filósofos gregos no lugar de Platão e Aristóteles.

3 ANOVA CIÊNCIA JURÍDICA: ENTRE A POLÍTICA E A MORAL

A substituição da teleologia aristotélica por uma definição de virtudes segundo as paixões egoístas humanas não é tanto a mudança de um conjunto de critérios por um novo: pelo contrário, é um movimento em direção a uma situação na qual não há mais parâmetros bem definidos para o comportamento humano. Desse modo, racionalismo e intuicionismo moral ressurgem, e a única tábula de salvação é o recurso à obediência de normas morais vinculantes. A antiga casuística é abandonada em nome da estrita racionalidade (MACINTYRE, 2001, p. 395).

A partir da noção de uma razão como escrava das paixões, Hobbes promove uma diferente solução para a intrincada relação entre direito e moral, sendo a coerção o elemento distintivo fundamental das normas jurídicas. A partir de então, não havia ninguém apto a usar da prudência para a elaboração do conteúdo das leis e para o julgamento dos litígios, devendo essa autoridade ser definitivamente atribuída ao soberano, único capaz de conter as rebeliões entre os súditos e promover a paz social (TAXI, 2018, p. 110).

Com isso, o estudo dos fins (*télos*) é coerentemente substituído pelo estudo do poder: afinal, o uso adequado dos meios depende da prudência, cuja característica marcante é a inexatidão científica; logo, inútil para a causa política. A descrição dos direitos universais do soberano ganha especial relevo, já que são passíveis de exata definição, completamente indiferente a circunstâncias imprevistas ou emergenciais (STRAUSS, 2014, p. 236-237).

Desses poderes soberanos, um dos principais é o de estabelecer e declarar regras como critérios de medida geral, de tal modo que cada cidadão saiba o que é próprio (*meum*) e alheio (*tuum*), “justo e injusto, proveitoso e nocivo, bom ou mau, honesto e desonesto”. Essas normas são chamadas de leis civis ou da cidade, que “nada mais são do que as ordens de quem tem a autoridade principal na cidade, dirigindo as ações futuras dos cidadãos.” (HOBBS, 2002, VI, 9, p. 106).

Esta exaltação da lei minimizará o papel dos costumes e da jurisprudência (o “direito dos juízes”) como fontes do direito, já que fogem do selo da vontade soberana, identificando o direito exclusivamente com o direito estatal e, por conseguinte, este com o direito legislado (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004, p. 351).

Hobbes se insurge contra a tradição consuetudinária inglesa que o circunda. Não é o costume nem a jurisprudência, que farão as leis, mas o estatuto do soberano, o príncipe artificial. “O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que a

apenas Hobbes, como também Ockham, Suárez e Grócio, já eram, em certa medida, positivistas (VILLEY, 2009, p. 725-727), antes mesmo do seu nascimento. O estabelecimento dessa ordem social justa dependerá menos da formação moral dos indivíduos nela inseridos que do planejamento minucioso e estratégico das instituições políticas (STRAUSS, 2014, p. 232-235).

O positivismo de Hobbes consiste na alegação de que os ditames da razão são mais claros na forma de disposições legais de direito civil, pois as avaliações individuais da razão vão em direções diferentes e incompatíveis. As relações sociais harmoniosas só podem ser mantidas pelo acordo de considerar como expressão autoritária das leis da natureza os comandos expressos pelo soberano, independentemente das considerações privadas sobre a validade dessas interpretações.

As leis da natureza e do direito civil são, por conseguinte, coextensivas no sentido de que as primeiras são asseguradas através da formulação positiva neste último, onde, de outra forma, haveria apenas interpretações controversas e conflitantes. A instituição da autoridade civil através do contrato social é uma continuação das leis da natureza em vez de uma substituição delas (COYLE, 2003, p. 254).

Com efeito, se a vontade assume precedência sobre a sabedoria prática, o justo por natureza só é eficaz – para não ser arbitrário – quando se transforma em sujeição ao soberano, que foi feito “juiz de todos” pelo pacto fundamental. Consequentemente, o centro da soberania não está mais na deliberação ou no raciocínio, mas no comando ou na vontade; e as leis não são justas em função da verdade ou razoabilidade que possuam, mas por força da autoridade ou do contrato que as impõem¹⁰ (STRAUSS, 2014, p. 225).

Senão, vejamos: “As noções de certo e de errado, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça.” (HOBBS, 2003, XIII, p. 111). “E a definição da *injustiça* não é outra senão *o não-cumprimento de um pacto*. E tudo o que não é injusto é justo” (HOBBS, 2003, XV, p. 124, grifado no original).

Portanto, para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto” (HOBBS, 2003, XV, p. 124).

¹⁰ Perceba-se que, mesmo no interior da tradição anterior, o comando da autoridade política surgia como condição para a realização do direito natural, exercendo a positividade da lei uma função importante na organização da sociedade. Tanto Aristóteles quanto Cícero falam em mais de um direito, além do *ius naturale*: porém, a justiça política não é garantida pura e simplesmente pela vontade do soberano, pois está submissa à razão natural, que é combatida por Hobbes.

sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta.” (HOBBS, 2003, XXVI, p. 230).

Essa passagem é fundamental para compreender a relação entre Hobbes e a *common law*. A tradição consuetudinária fala sobre uma “razão artificial”, e esta é odiada por ele. Por isso mesmo, faz uma defesa de outra espécie de razão. A motivação do ataque hobbesiano à doutrina repousa no fato de que ele desejava tanto negar que o conteúdo da lei poderia ser descoberto através da consideração racional sobre a forma do direito natural quanto lutar contra a crença de que o *common law* consiste em uma perfeição artificial da razão como distinta das ilimitadas possibilidades da razão natural (COYLE, 2003, p. 248).

Essa hostilidade foi reformulada por Jeremy Bentham no século XVIII, em um ataque geral à tradição do direito comum. Para este, as proposições putativas do direito contidas dentro dos tratados legais eram meras reflexões utópicas dos gostos morais e predileções de seus autores. As únicas proposições legais genuínas eram aquelas consagradas dentro dos estatutos ou na regra estabelecida por um tribunal para as partes em disputa antes dela (COYLE, 2003, p. 262-263).

Destarte, a lei régia não pode ser alvo da injustiça, tampouco irracional, porque fruto da autoridade principal. O direito reconhecido pelos súditos através do pacto não pode ser riscado pelos precedentes, nem alterado pela doutrina dos juriconsultos. As antigas fontes do direito romano só têm validade na medida mesma em que o imperador as aceitar (VILLEY, 2009, p. 748-749).

A lei, em sentido jurídico, não procedia mais da natureza, mas da autoridade: “A lei é a ordem do legislador, e essa ordem é a manifestação de sua vontade: não há portanto lei, a menos que se manifeste a vontade do legislador, o que ele faz promulgando-a.” E, quanto ao seu significado: “se alguma dúvida houver a respeito, deve ser dirimida por aqueles a quem a autoridade suprema confiou o julgamento das causas e processos: pois julgar nada mais é que aplicar as leis, interpretando-as, aos casos particulares.” (HOBBS, 2002, XVI, 13, p. 225-226).

Invertendo a doutrina aristotélico-tomista, Hobbes reduz o direito à imposição da vontade soberana a cada cidadão: “o que faz a lei não é aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, a república, e suas ordens.” (HOBBS, 2003, XXVI, p. 230). A criação da ordem jurídica, por conseguinte, é reservada ao Estado, limitando as fontes do direito.

A lei deixa de ser uma aventura intelectual dentro de uma ordem cósmica natural e passa a ser obra de uma autoridade civil constituída, na forma de uma regra expressa e escrita. Nesse sentido, não

Partindo desse ceticismo ético, não existe um critério objetivo e natural para distinguir o justo do injusto; e, excluídos os estatutos positivos, é justo tudo o que alguém faça segundo o próprio impulso ou interesse pessoal. O ato pelo qual os homens saem do estado de natureza consiste precisamente no acordo para atribuir a um único indivíduo – o soberano – o poder de estabelecer o que é justo e injusto, sendo justo o que o soberano determinar e injusto o que ele proibir.

Nesse cenário, podemos falar em uma obrigação moral de obedecer às leis, pois estas encontram seu fundamento no pacto estipulado pelos contratantes, sobre o qual se funda todo o direito e que, se não for cumprido, arruinará toda a paz social dele advinda (BOBBIO, 1995, p. 228)

Aqui desaparece o preceito fundamental da lei natural (*buscar o que é bom e evitar o que é mal*) para ser substituído pelo novo mandamento liberal republicano: “fazer o que a lei permite e não fazer o que ela proíbe”; independentemente da sua conformidade moral. Obedecer à lei não impacta na liberdade dos cidadãos, uma vez que a liberdade consiste exatamente na segurança da violência contra os outros: uma segurança que só a lei, com seus comandos gerais, abstratos e rígidos, pode oferecer (GROSSI, 2010, p. 68).

Para resolver esse conflito, a sociedade livre identifica a lei positiva à lei natural. O direito natural é, então, legitimado e assimilado pelo direito positivo, de modo que a vontade geral toma o lugar da lei natural. O resultado dessa tentativa é a substituição final da virtude pela liberdade política, ou a concepção segundo a qual não é a virtude que torna o homem livre, mas sim a liberdade que o torna virtuoso (STRAUSS, 2014, p. 341-347).

Em outras palavras, Hobbes concebe que o súdito, independentemente do que crê, deve obedecer fielmente às normas públicas, de modo a haver uma separação entre a esfera do foro privado do indivíduo (interno) e a esfera do foro coletivo da sociedade (externo). Só esta última importa para o Estado, para que o Leviatã tenha força e poder para impedir a “guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*).

Igualmente, os magistrados devem se ocupar de observar as leis promulgadas e constituídas pelo soberano, já que a matéria legal está dada pela autoridade e os fatos pelas testemunhas. Logo, “não há inconveniente [nas palavras da lei] que possa justificar uma sentença contrária à lei. Porque o juiz do certo e do errado não é juiz do que é conveniente ou inconveniente para a república”¹¹ (HOBBS, 2003, XXVI, p. 239-240).

¹¹Poucas linhas depois, Hobbes parece se contradizer ao descrever as aptidões necessárias para um bom julgador: “As coisas que fazem um bom juiz, ou um bom intérprete da lei, são, em primeiro lugar, *uma correta compreensão* daquela lei principal de natureza a que se chama equidade, a qual não depende da leitura das obras de outros homens, mas apenas da sanidade da própria razão e meditação natural de cada um, e, portanto, deve-se presumir existir em maior grau nos que têm maior oportunidade e maior inclinação para sobre ela meditar. Em segundo lugar, o

A base da validade das interpretações não foi entendida nem em termos de valores internos à própria lei nem de padrões transcendentais da razão natural, mas sim da autoridade soberana (COYLE, 2003, p. 262). É inegável que, por trás dessa compreensão semântica do direito e reducionista do papel interpretativo do juiz, se encontra uma genuína preocupação com a igualdade de todos perante a lei como uma tentativa de evitar que o direito se torne arbitrário (TAXI, 2018, p. 114).

No passado, o arbítrio judicial foi fonte de inúmeras injustiças, devido ao favorecimento de grupos de pessoas em detrimento de outros. Todavia, a igualdade formal surge não apenas como forma de impedir novas injustiças, mas também de esvaziar o papel interpretativo do julgador, mediante a aplicação fria e seca da lei, que não pode possuir variações a depender das circunstâncias concretas do caso.

Acontece que, segundo o mestre de Malmesbury, os filósofos não encontraram até o momento nenhum remédio para o fato de uma má ação poder ser chamada de virtude, ou uma boa ação ser chamada de vício, a depender do observador, pois “eles não foram capazes de notar que a bondade das ações consiste em elas se subordinarem à paz, e o mal em se relacionarem à discórdia” (HOBBS, 2002, III, 32, p. 73).

Erigiram uma filosofia moral completamente distinta da lei moral, sem consistência interna, pois queriam que a natureza das virtudes fosse uma “certa mediocridade entre dois extremos, os quais seriam os vícios – o que é, evidentemente, falso” (HOBBS, 2002, III, 32, p. 73).

Ao contrário do que pode parecer, Hobbes não rejeitou completamente a necessidade de fundamentação racional do conteúdo imanente das normas legais; porém, queria colocar severas restrições à atividade interpretativa, em vista do ambiente europeu de forte desacordo ético. Esse cenário é o ponto de partida para a compreensão da sua teoria política e moral (KOSELLECK, 1988, p. 28-29).

Entretanto, há uma desconstrução da doutrina tradicional que via nas virtudes morais formas de excelência humana, ligadas ao apetite concupiscível e irascível, um alicerce para o bom exercício das virtudes intelectuais, relativas ao raciocínio. Na tradição jurídica ocidental, o primado das leis escritas sobre os julgamentos arbitrários dos juízes sempre encontrou ampla aceitação, sem que isso significasse, no entanto, uma tentativa de impedir que os julgadores interpretassem e avaliassem moralmente aquilo que estavam julgando. Muito pelo contrário, um dado complementava o outro (TAXI, 2018, p. 111).

Com a cisão entre público e privado, rompe-se a intrínseca carga humana e moral que o próprio direito implicava para os antigos. Não havia como separar a moral do direito, naquela época, nem como esperar que um juiz que não fosse um homem justo pudesse ditar sentenças justas apenas aplicado as leis em abstrato para os casos concretos. Essa ruptura da unidade do ser moral, própria da idade pré-moderna, trouxe consequências deletérias para a compreensão do direito, plantando solo fértil para o florescimento do positivismo moderno (RUIZ, 2014, p. 105).

Dessa cisão sistemática entre foros interno e externo, decorre que, por exemplo, para um juiz obter sucesso no seu cargo, não é mais necessário se preocupar em adquirir uma formação nas virtudes humanas, mas tão apenas dominar a técnica jurídica de aplicação do direito, porque o seu conteúdo é exterior ao agente. Estão plantadas as bases para a moderna divisão entre moralidade e interpretação, virtude e aplicação, tribunal da consciência e tribunal da razão, fazendo com que os positivistas viessem a assumir uma visão estritamente técnica do intérprete, que não é influenciado por sua conduta moral interior ao interpretar as leis: pois estes âmbitos seriam intangíveis, ou seja, intocáveis.

A justiça permanece virtude, embora seu sentido tenha sofrido uma modificação radical. “Se o único fato moral incondicional é o direito natural de cada um à sua própria preservação, e se todas as obrigações para com os outros surgem de um contrato, a justiça se torna idêntica ao hábito de cumprimento dos contratos.”¹² (STRAUSS, 2014, p. 227) Já não consiste em atender padrões independentes da vontade humana, cuja validade é intrínseca. As obrigações materiais surgem do acordo entre os contratantes e, em última instância, da vontade do soberano.

Quanto à prudência, perde-se a característica de hábito ou disposição intelectual para a tomada da decisão adequada, esvaziando todo componente metafísico ao limitar-se a uma mera investigação mecânica de fatos históricos, capazes de gerar expectativa quanto aos seus desdobramentos imediatos. Com o descrédito total em relação ela e ao indivíduo natural, o respeito quase sacral à legislação torna-se fundamento inquestionável do Estado, que, se não possuir leis claras e distintas, entrará em perigo de guerras civis intermináveis. Em Hobbes, é bem verdade, não havia uma ciência jurídica plenamente construída. O que há é uma ciência da política, apontando um caminho a ser seguido pelo direito rumo à sua autonomia (TAXI, 2018, p. 91, 96 e 111).

¹²Paradoxalmente, Hobbes chama de justo quem cumpre as leis naturais (HOBBS, 2002, III, 30, p. 71). Isso porque o autor não explora o conceito de justiça de forma consistente, existindo duas interpretações sobre o problema do justo natural no autor: i) nos *Elements of Law*, a justiça apenas nasce com um pacto ou contrato, e, portanto, inexistente o “justo por natureza”, já que no estado de natureza inexistam ajustes de vontades. A vítima da injustiça é sempre parte de um pacto; ii) na 2ª edição de *De Cive*, a postura de Hobbes parece mudar, pois afirma que aquilo que é injusto é injusto para todas as pessoas, e não apenas para aqueles que são partes em um ajuste. O *Leviã*, no entanto, parece repetir a ideia dos *Elements of Law Natural and Politic* (MARTINICH, 1988, p. 152-153).

A completa identificação do direito à lei positiva dar-se-á apenas alguns séculos mais tarde. Mas o caminho já estava trilhado: o direito cessa de ser antecedente ao Estado; e a lei deixa de ser “valorada”, pois deve ser aceita como emanção do legislador supremo. Ao fim desse percurso, o único direito verdadeiro – objeto da ciência jurídica, para Jean Bodin – é a lei humana, reconhecida pelo monarca. Ainda que o apelo retórico ao direito natural permaneça, esses direitos nada mais são do que valores exógenos e estranhos ao poder soberano (PRODI, 2005, p. 168-172) do monarca absoluto de Hobbes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem é sociável por natureza, ele precisa dos demais para se desenvolver, para emular os seus hábitos e encontrar modelos em que se inspirar. Ele não “nasce” bom nem mal, mas aprende atos pela imitação das características da comunidade. O mito de Reno é falacioso, precisamente porque o ser humano precisa do outro para se comunicar. O individualismo moderno apregoa uma caricatura da humanidade, fragmentada e isolada dos seus pares, com pretensões unicamente egoístas e conflitivas. Ao partir de premissas tão erradas, é difícil acreditar que Hobbes chegará a conclusões corretas.

O exercício de unir ética, política e direito não é tarefa mais fácil. Poucos pensadores se aventuraram, com maestria e êxito, à investigação conjunta destas ciências. Hobbes, ao tentar aplicar as recentes descobertas científicas à política e à moral, promoveu soluções indesejáveis e com consequências um tanto quanto desastrosas. Por outro lado, embora essas ideias pareçam equivocadas do ponto de vista filosófico, sob um viés pragmático, é certo que elas exercem influência até hoje e podem ter contribuído para garantir estabilidade às nações liberais burguesas.

A constituição descrita por Hobbes é enxuta, mínima: a única preocupação da *commonwealth* é a garantia do pacto que encerrou o estado de natureza, em função da impossibilidade de alcançar um consenso ou unanimidade sobre as bases da associação política. O efeito desse reconhecimento é o de reduzir esses fundamentos a um mínimo denominador comum: a garantia da paz. Não havia ainda a pretensão onicompreensiva (racionalista) da Era dos Códigos, mas tão somente a sua gênese política.

Coerentemente, o Estado de Direito (*rule of law*) incipiente, com o seu legalismo intrínseco, expulsou as virtudes do campo jurídico, por considerá-las geradoras de incertezas e dissensões. A demarcação moral do direito foi abolida, não havia mais espaço para a solução dos problemas político-sociais por meio do exercício da virtude, que são muitas e variadas. Logo, é historicamente fundamentado apontar o filósofo político britânico, Thomas Hobbes, como pedra

angular de um longo processo de desnaturação das virtudes clássicas na ética ocidental, levando ao seu quase desaparecimento pelo positivismo científico.

Não é de se estranhar que esse pensamento eco até os dias atuais no senso comum teórico jurídico, haja vista a significativa escassez de estudos sobre a influência direta – e não indireta ou meramente reflexa – da ética na capacidade decisória dos magistrados. Pouco se questiona acerca da aptidão prática de um julgador que contenha hábitos nitidamente viciosos, tais quais luxúria, embriaguez, ganância ou vaidade.

Todas essas desordens interiores não são mais vistas como empecilho para que o *técnico* ou o *perito* encontre a solução correta, porque os imperativos da legalidade estariam fora dessa esfera estritamente privada. A boa notícia é que as virtudes gozam hoje de notável ascensão, graças às recentes tentativas de resgate da tradição na qual elas foram o objeto central da pesquisa legal e jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. 1. 12. ed. Trad. Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, verbete “Direito”.

COYLE, Sean. Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, London, v. 16, n. 2, jul. 2003, p. 243-270.

GAUKROGER, Stephen. **The emergence of a scientific culture**: science and the shaping of modernity, 1210–1685. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GROSSI, Paolo. **A history of European law**. Trans. Laurence Hooper. Chichester: Willey-Blackwell, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2018.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. 3. ed. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUSSERL, Edmund. **A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental**: uma introdução à filosofia fenomenológica. Trad. Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

KOSELLECK, Reinhart. **Critique and crises enlightenment and the pathogenesis of modern society**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1988.

MACINTYRE, Alasdair C. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

MARTINICH, A. P. **A Hobbes dictionary**. Malden Massachusetts: Blackwell Publishing, 1988.

NISBET, Robert A. **Community and power**. New York: Galaxy Books, 1962.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça**: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHEIRO, Victor Sales. **A herança de maquiavel**. Jornal O Liberal, Belém, 20 de mar. de 2016a. Disponível em: <<https://www.dialetico.com.br/2018/10/11/a-heranca-de-maquiavel/>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. **A codificação da moral e a sabedoria das virtudes**. Jornal O Liberal, Belém, 04 de set. de 2016b. Disponível em: <<https://www.dialetico.com.br/2018/10/11/a-codificacao-da-moral-e-a-sabedoria-das-virtudes/>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **Filosofia: idade moderna**. v. 2. 2. ed. Trad. de José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2018.

RUIZ, Rafael. **O sal da consciência: probabilismo e justiça no mundo ibérico**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2014.

SILVEIRA, Sidney. A despótica quimera de Thomas Hobbes. In: **Cosmogonia da desordem: exegese do declínio espiritual do ocidente**. Rio de Janeiro: Edições C.I., 2018.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Trad. Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de filosofia iv: introdução à ética filosófica 1**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

VOEGELIN, Eric. **Ordem e história: Platão e Aristóteles**. v. 3. 3. ed. Trad. Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS TRABALHISTAS: PERSPECTIVAS PÓS REFORMA (LEI Nº 13.467/17)

Mirella Franchini de Almeida Prado Salum¹

RESUMO: O presente trabalho traz como destaque a Lei de Arbitragem aplicada como ferramenta de resolução de conflitos entre empregado e empregador. A arbitragem é um instrumento salvaguardado pela Lei nº 9.307/1996, e tem se mostrado eficiente e célere em processos que envolvem questões onde se dispensa a interferência direta do Estado. O objetivo é realizar uma análise da evolução em curso da arbitragem, a partir da reforma trabalhista. À conclusão se refere positivamente sobre a arbitragem em casos onde o Estado não precise se fazer presente, durante as relações conflituosas de ordem trabalhista entre empregado e empregador.

Palavras-chave: Arbitragem. Reforma trabalhista. Lei da arbitragem.

ABSTRACT: This paper highlights the Federal Arbitration Act of Brazil as a tool for conflict resolution between employer and employee. The Arbitration Act is an instrument safeguarded by the Law No. 9307/1996, and has been shown to be efficient and swift in processes involving issues where direct State interference is dispensed with. The objective is to analyze the ongoing evolution of the Arbitration Act, based on labor reform. At the end, this papers refers positively to the arbitration act when it comes to being applied in cases where the State does not need to be present, during conflicting labor relations between employee and employer.

Keyword: Arbitration. Labor reform. Arbitration law.

INTRODUÇÃO

Os mecanismos de resolução de disputas são criados e evoluem de acordo com as características de uma determinada sociedade.

O enunciado tem base no que escreve Mancuso (2020), acerca de quem tem a responsabilidade sobre a resolução de disputas. Nos casos em que a sociedade é organizada de acordo com o Estado de direito, a criação e administração de mecanismos de resolução de disputas é principalmente uma função do Estado, particularmente de seu Poder Judiciário, que atua tanto como um

¹Advogada. Professora na Faculdade de Ensino Superior Santa Bárbara de Tatuí. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Mestranda em Direito na Escola Paulista de Direito.

amortecedor entre governantes e governados, quanto como árbitro e aplicador de normas legais nas relações privadas. (MANCUSO, 2020).

Assim, mecanismos de resolução de conflitos podem ser criados para atender a necessidades específicas que não são atendidas pelo Judiciário, seja por seus custos, ineficiências ou outros motivos que são importantes o suficiente para levar as partes interessadas a pensar sobre alternativas. (BRANDT; JUNIOR, 2018).

Um desses mecanismos criados pelo Estado, para a resolução de conflitos, e que é o assunto nuclear deste artigo, é o da arbitragem.

As relações de trabalho, na ausência de organização dos trabalhadores, são marcadas pela diferença de poder entre o empregador e o empregado. Nesse sentido, o uso de mecanismos unilaterais para resolver disputas trabalhistas individuais pode favorecer os empregadores, por terem esses supostamente melhores recursos e possibilidades. A arbitragem atuará com imparcialidade na resolução dos conflitos entre as partes (MALLET, 2018).

Parece não ser possível compreender a arbitragem como ferramenta de resolução de conflitos trabalhistas sem antes rastrear o que foi a reforma trabalhista no Brasil e o que a tornou tão influente e ao mesmo tempo polêmica em se tratando de requisitos de arbitragem.

De acordo com Vital (2017), antes da reforma trabalhista, o Brasil ocupava o lugar de país com um considerável número de processos trabalhistas. Até final de 2017, os processos trabalhistas em todo país eram de 2 milhões de ações ao ano. A abordagem judicial reflete uma legislação rígida e uma tradição que incentiva o funcionário a tentar a sorte contra o empregador na Justiça. (JORNAL DO BRASIL, 2020).

Nesse contexto, o governo propôs, e o Congresso Nacional aprovou, a reforma trabalhista, que entrou em vigor em 11 de novembro 2017 por meio da Lei 13467/17. (LACAZ, 2019).

A reforma tem como principal pilar a possibilidade de que a negociação entre empregador e empregado prevaleça sobre a lei - resguardando direitos constitucionais -. As novas regras também preveem, entre outros pontos, o fim da cota sindical obrigatória e a flexibilização da jornada de trabalho. (KREIN; OLIVEIRA; FILGUEIRA, 2019).

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 não permitia relações de trabalho já comuns no país, como o trabalho em casa (home office), ou o plantão (diário ou por jornada de trabalho) ou

dias de até 12 horas, no cumprimento de até 48 horas semanais, divulgadas em empresas de vigilância e hospitais. Agora, a reforma trabalhista regulamentou esses contratos. (MORAIS, 2020).

Ao desvelar a arbitragem como mecanismo de auxílio em resolução de conflitos, e, sendo um assunto ainda muito atual, este trabalho apresenta como justificativa o interesse em monitorar o que já existe em literatura e que está relacionado com a situação da arbitragem trabalhista e, a partir disso favorecer a comunidade com um estudo de abordagem atual, ao mesmo tempo em que fomenta a comunidade acadêmica em continuar explorando e trabalhando sobre o tema em futuras pesquisas.

O objetivo deste artigo é analisar a evolução em curso da arbitragem laboral no Brasil, a partir da reforma trabalhista. O trabalho exploratório que foi desenvolvido em ordem à elaboração deste artigo se baseou em artigos científicos que tiveram relação com o tema, assim como portais online, livros e revistas. Explorou-se, além disso, plataformas de busca como Google Scholar e Scielo, considerando que estes canais de pesquisa brindam com uma diversificada possibilidade de achados na literatura.

À conclusão se faz referência ao modo como a reforma do trabalho influenciou a prática da arbitragem trabalhista no Brasil, e a partir disso se elabora comentários sobre o problema de pesquisa levantado.

1 A ARBITRAGEM NO BRASIL E SEU MODUS OPERANDI

No Brasil, parece ser que a arbitragem, como mecanismo de resolução de conflitos, tem evoluído continuamente. O Brasil tem implementado uma regulamentação jurídica considerada adequada para a arbitragem, que tem se mostrado útil, estratégica e eficiente na resolução de conflitos.

O principal marco da arbitragem no Brasil foi a promulgação da Lei de arbitragem, em 1996. Essa norma determinou a natureza vinculante das sentenças arbitrais, e regulamentou alguns aspectos essenciais da arbitragem, que deram origem à inserção efetiva da arbitragem brasileira no contexto econômico global, como os acordos de arbitragem e as questões elegíveis para a arbitragem. (YOSHIDA, 2021).

De acordo com a Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, uma convenção de arbitragem, seja na forma de uma cláusula compromissória ou de uma apresentação arbitral, deve ser feita por escrito. Pode ser incluída no contrato principal ou inserida em instrumento separado. A convenção de arbitragem é independente do contrato objeto, portanto, se esse contrato for

considerado nulo e sem efeito, isso não invalida necessariamente a convenção de arbitragem. (BRASIL, 1996).

As partes são livres para escolher a lei aplicável à convenção de arbitragem, e também devem incluir em sua convenção de arbitragem um número ímpar de árbitros junto com as regras para sua nomeação. As partes podem consultar as regras das instituições de arbitragem para a nomeação de árbitros. No entanto, também podem concordar mutuamente em não se vincular às regras das instituições de arbitragem que preveem a seleção dos especialistas de suas listas de árbitros. Se as partes não especificarem como nomear seus árbitros, os tribunais têm o poder de determinar isso. (YOSHIDA, 2021).

A anulação de uma sentença arbitral pode ser solicitada nos tribunais brasileiros dentro de 90 dias após o seu processamento. A invalidade da convenção de arbitragem, a falta de capacidade, independência e/ou imparcialidade do árbitro e o descumprimento dos requisitos formais constituem os principais motivos de anulação nos termos da lei. (NUNES, 2016).

Após a promulgação da Lei ocorreu um debate no Supremo Tribunal Federal, sobre os seus aspectos constitucionais, que durou cerca de seis anos. O STF apreciou casos envolvendo dispositivos aparentemente conflitantes nos interesses entre a Lei de Arbitragem e o artigo 5º, § XXXV da Constituição Federal. O debate chegou a um acordo em 12 de dezembro de 2001, e a partir daí, se espalhou por todo o país. (PEREIRA, 2018).

No ano seguinte, o Brasil tornou-se signatário da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras — Convenção de Nova York— por meio do Decreto Presidencial 4.311 de 23 de julho de 2002, dando ainda mais credibilidade ao Brasil como país em favor da arbitragem. (FREITAS, 2002).

A receptividade da doutrina e o apoio dos tribunais nacionais foram fatores decisivos para a consolidação da arbitragem no país. Durante o período de amadurecimento da arbitragem brasileira, juristas e tribunais endossaram, em diversas ocasiões, sua validade, garantindo o respeito à autonomia contratual das partes e o fortalecimento da arbitragem como método eficaz de resolução de conflitos.

2 A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

Não é intenção deste trabalho esmiuçar toda a complexa lista de mudanças que a reforma trabalhista trouxe para a realidade laboral do Brasil; contudo, como se deseja compreender bem o

tema construtor deste artigo, tornar-se importante explorar a estrutura básica da reforma, bem como conhecer algo sobre a sua origem e trajetória, considerando toda a transformação que vem causando no cenário trabalhista.

A fase embrionária de consolidação dos direitos trabalhistas, despontou no Brasil, com o fim da escravidão, em 1888, época em que começaram as primeiras discussões sobre direitos trabalhistas e como resolver conflitos entre empregadores e funcionários. (MAIOR, 2017).

As primeiras regras de proteção aos trabalhadores surgiram na última década do século XIX. Em 1891, o decreto n. 1.313 visou regulamentar o trabalho de menores. (Brasil, 2021). Em 1944, surgia a lei da sindicalização rural (Reis, 2018), e em 1907 a lei que fiscalizava a sindicalização de todas as profissões. (BRASIL, 2021).

A primeira tentativa de criação de um Código do Trabalho foi de Maurício de Lacerda, deputado federal no final de 1800, com data de 1917 (Júnior, 1960). No ano de 1923 foi criado o Conselho Nacional do Trabalho, vinculado ao então Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. (CABRAL, 2019).

Mas foi depois da Revolução de 1930, com a ascensão ao poder de Getúlio Vargas, que a Justiça do Trabalho e a proteção dos direitos dos trabalhadores realmente surgiram. (Ney; Gonçalves, 2020). Nesse cenário histórico, em 1943 nascia a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) brasileira, com base nas matrizes italianas inspiradas na Carta do Estado Novo, nas quais se reunia toda a legislação trabalhista brasileira existente. pela primeira vez em um único documento. Surgida como uma necessidade constitucional, após a criação da Justiça do Trabalho, essa nova lei tinha como objetivo principal regular as relações individuais e coletivas de trabalho. (VIEIRA, 2020).

74 anos após os eventos acima mencionados, a sociedade mudou, as necessidades sociais mudaram, assim como os valores e métodos de negociação da força de trabalho: a dinâmica das relações sociais, a velocidade da comunicação e o desenvolvimento das tecnologias, deram origem a um nova forma de organização das relações sociais e, com isso, também se mudou a forma de trabalhar.

Novos tipos de acordos com a força de trabalho; novas formas de trabalho; novos tipos de contratos de trabalho, como home office ou teletrabalho; a necessidade de flexibilizar o horário de trabalho, ou de privilegiar a negociação direta para que a vontade das partes prevalecesse sobre a

imposição legislativa, passou a exigir a modernização da legislação. (MORAIS, 2020).

Para atender às novas e urgentes necessidades de trabalhadores e empresas, em 2016, o Presidente da República, Michel Temer, apresentou o Projeto de Lei 6.787 à Câmara dos Deputados. Projeto que, após inúmeras revisões e alterações ao texto original, foi apresentado ao Senado Federal, por meio da PLC 38/17, a qual foi aprovada, na redação final da lei, em abril de 2017. A 13 de junho de 2017, o Presidente da República sancionou o último texto do PLC 38/17 e decretou a Lei 13467/17, com *vacatio legis* de 120 dias. A partir de 11 de novembro de 2017, a nova legislação trabalhista entrou em vigor em todo o Brasil. (JUNIOR, 2018).

Como toda mudança dessa magnitude, a reforma trabalhista brasileira tem enfrentado resistências e gerado debates acalorados entre quem aprova e quem não aprova. Mas, no final das contas, a reforma está acontecendo, e beneficiará a todos os envolvidos. Por um lado, reduzindo significativamente os encargos e riscos trabalhistas, o que em última instância pode trazer ganhos econômicos para as empresas. Por outro lado, tende a impulsionar significativamente a geração de empregos. Para que isso ocorra, as organizações precisam adequar suas práticas de gestão de pessoas à nova lei - e contar com o apoio de fornecedores especializados pode fazer uma grande diferença.

Conforme Martins (2018), um dos principais pilares da nova lei é a modernização. Com flexibilidades, como permitir que as empresas contratem trabalhadores autônomos, pode-se gerar uma redução nos custos e riscos trabalhistas.

Outro aspecto importante da nova lei é o citado por Lisbôa (2019), sobre a possibilidade que ela dá de proteger os trabalhadores que atualmente trabalham na informalidade. Com relação a isso, Alvarenga (2021), assevera que pouco mais de 30 milhões de Brasileiros estão trabalhando atualmente de carteira assinada, o que coloca todos os demais fora da legislação empresarial e trabalhista. A situação do mercado de trabalho informal reduziu as oportunidades de emprego formal.

Essa flexibilidade também traz os profissionais de home office e os empregos com horários flexíveis sob a proteção da lei. Neste último caso, as empresas podem manter seus funcionários trabalhando por menos horas, se necessário. Também ajuda a evitar demissões durante a baixa temporada. (MARTINS, 2018).

A reforma trabalhista acabou com a contribuição sindical obrigatória. Depois de esperadas controvérsias e debates, de acordo com o texto da Medida Provisória 873/2019, o pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado

(sindicalizado ou não). Tal autorização deve ser individual, expressa e por escrito, não sendo permitida a autorização tácita, coletiva ou a necessidade de oposição para evitar o pagamento. (BATISTA, 2020).

De acordo com Lisbôa (2019), é considerada nula qualquer regra ou cláusula normativa que estabeleça a cobrança obrigatória, aos empregados ou empregadores, ainda que avalizada por negociação coletiva, assembleia geral ou outras formas previstas no estatuto do sindicato. Assim, mesmo que inserida no âmbito da negociação coletiva, a cláusula que exige o pagamento da contribuição é cancelada.

Outro fator importante para a redução dos processos trabalhistas promovida pela reforma é a tendência crescente dos tribunais do trabalho de aplicar o conceito de repercussão geral às reclamações trabalhistas repetitivas, resolvendo pacotes de disputas semelhantes de maneira mais ágil e eficiente. (LISBÔA, 2019).

No que se refere ao mercado jurídico, os litigantes trabalhistas e as empresas voltadas para o contencioso foram severamente afetados pela reforma, que levou a uma queda significativa de processos e à conseqüente queda da receita. Inúmeras empresas decidiram mudar seu foco para áreas de prática mais ativas abrindo novos departamentos, enquanto outras optaram por diferentes abordagens, e estão se concentrando no lado da consultoria do mercado de trabalho. (PEREIRA, 2018).

A reforma trabalhista ambiciona proporcionar acesso a empregos e benefícios a uma grande massa de profissionais - mas exige ajustes tanto dos empregados quanto dos empregadores. Espera-se que as empresas consigam diluir custos e manter seus funcionários. Conforme Martins (2018), em tempos de depressão econômica, a alternativa às dispensas pode ser, por exemplo, a redução das horas trabalhadas, mantendo assim bons profissionais no emprego.

3 A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO TRABALHO

Conforme se viu, a reforma trabalhista estabelecida pela Lei 13.467/17, e atualmente em vigor, tem construído uma forte influência no relacionamento entre empregadores e funcionários. A Lei constitui um importante dispositivo que é o de reconhecer como possível um entendimento razoável entre empregados e empresas, quando lhes toca a resolução de conflitos.

Não há dúvidas de que a reforma democratizou as leis do trabalho, enquanto deliberou para as partes envolvidas a liberdade de poder resolver em comum acordo as querelas de ordem laboral que antes eram arbitradas pela presença do Estado. Com a nova Lei, o protagonismo se encontra

entre empregados e empregadores, e o Estado agora pode ser acionado em última instância, quando os recursos bilaterais entre eles se esgotam e se torna necessária a atuação de uma instância que atue com plena imparcialidade, em ordem a resolver os impasses causados. (MARTINS, 2018).

Visto isso, a legislação do trabalho prevê expressamente que, ao ser acionado, o Estado deve fazer uso da arbitragem para a resolução das disputas que envolvem os direitos do trabalhador e do empresário. A utilização deste recurso é prevista no artigo 507-A da CLT, que assim se lê:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 2017).

O artigo mencionado enaltece a instituição da arbitragem quando da possibilidade de que esta atue nas situações de conflitos laborais entre funcionários e empregadores. Também apresenta outros dois requisitos.

O primeiro requisito a ser destacado aqui é o de que a oferta de salário do funcionário tenha como montante um valor corrigido equivalente a duas vezes o máximo determinado para os benefícios regulamentados pela Previdência Social, ou seja, para que a arbitragem, nos moldes do artigo 507-A seja aplicada, será necessário que o trabalhador perceba rendimento mensal em torno de 13 mil reais. (ESTEVES, 2020).

Nesse sentido, Almeida (2021) aduz que o legislador teve como critério basilar tão somente o poder econômico para submeter o direito de arbitragem individual do empregado. A presunção da Lei que afere ao funcionário que detém rendimentos superiores a duas vezes o teto máximo de benefícios do INSS, a independência para resolver assuntos dirimentes de contratos em privado com o empregador, apenas apresenta uma didática fundamentada em critérios econômicos.

De fato, nos dizeres de Esteves (2020), considera-se que, a quantidade de cidadãos brasileiros que são remunerados mensalmente com valores similares ao teto máximo de benefícios previdenciais determinados pelo Estado, é ínfima. Trata-se de um dispositivo jurídico que beneficia só a um grupo seletivo de pessoas que já se localizam em um lugar razoavelmente confortável na sociedade, em se tratando de poder de compra e vantagens que só o dinheiro oferece, e que por Lei, são

amparadas pela exclusiva possibilidade de verem seus problemas laborais, ao serem submetidos a processos arbitrais, brindados com uma maior rapidez na execução e confidencialidade. (ESTEVEVES, 2020).

O outro requisito discutido por autores como Pipek e Dutra (2018) é que a aplicação da arbitragem, tal qual convencionada no artigo em destaque, seja assinada por meio de uma cláusula compromissória, que deve ser consolidada quando empregado e empregador celebram o acordo contratual de trabalho. Os autores discordam justificando que em casos trabalhistas, a arbitragem deveria ser tomada a partir de um compromisso bilateral no âmbito da arbitragem individual, e não por meio de uma cláusula compromissória. (PIPEK; DUTRA, 2018).

Sobre essa questão, Cassar (2017) concorda com Pipek e Dutra (2018) ao asseverar que a localização de cláusula compromissória em meio ao pronunciamento de vontade emitido pelas partes não deveria implicar uma obrigatoriedade para o procedimento de arbitragem; embora não esteja extinguida a possibilidade de que o procedimento seja impetrado a partir de vontade expressa dos envolvidos, e, somente neste caso, a arbitragem se torna válida, já a manifestação da vontade das partes interessadas seria suficiente, uma vez que o conflito seria extrajudicial.

Desse modo, no âmbito da legislação do trabalho, que protege os trabalhadores devido ao desequilíbrio de poder existente nas relações laborais, estas disposições foram pensadas para permitir a utilização de métodos alternativos de resolução de litígios apenas quando empregador e empregado estejam de acordo com a conclusão mediada de disputas, seja devido às características da função do empregado na empresa ou em razão de seus benefícios trabalhistas. (MARTINS, 2018).

Nesse sentido Lacaz (2019) corrobora ao aduzir que se torna mandatário ao empregador e empregado, o estabelecimento de acordos bilaterais de conciliação, de tal modo que se evitem disputas fora do âmbito de suas relações trabalhistas. O autor assevera ainda que, o desarmamento ideológico recíproco das partes, pode vir a resolver as situações que atingem malsinadamente os interesses mútuos.

Ao facultar a possibilidade de aplicação da arbitragem apenas em situações onde a cláusula compromissória demande uma razoável importância, sendo por todos tida em acordância, e assinada convenientemente, é que a Lei garante que não existam abusos de poder proveniente do empregador, causando desagradados de ordem legal ao funcionário, quando da atuação, por parte do empregador, de imposição de critérios particulares de mediação nos conflitos. (JÚNIOR, 2020).

Com a reforma trabalhista, a instituição da arbitragem após a instauração do conflito, e não antes dele, só ocorre quando já se encontram as partes envolvidas adequadamente concordes em submeter a situação para disputa mediada sob caráter litigioso.

Além disso, segundo Esteves (2020), o procedimento arbitral proporciona às partes diversas vantagens não previstas em uma ação, como o fato de ser um procedimento geralmente mais rápido.

Sobre isso Júnior (2020) vai dizer que o procedimento de arbitragem é mais especializado, onde as partes escolhem um ou mais árbitros especializados nas questões da reivindicação que desejam discutir, como uma discussão envolvendo opções de ações, e etc; além disso, Martins (2018) assevera que a arbitragem é, pela própria natureza de sua constituição, dotada de confidencialidade, na medida em que o acesso de terceiros ao processo, documentos, sentença, entre outros, não é possível, o que faz com que prevaleça um desejo de acordo entre as partes.

No que se refere à questão dos custos processuais, a arbitragem pode se mostrar mais vantajosa, pois, embora tenda a ser mais onerosa em relação às ações judiciais, a Reforma Trabalhista também introduziu taxas recíprocas por perda de processo trabalhista, fator que afeta consideravelmente os valores envolvidos. (MARTINS, 2018).

Segundo Almeida (2021), a arbitragem pode ser acordada por convenção de arbitragem, firmada com base na autonomia da vontade das partes, que estipulam que, em caso de conflito, serão assistidas por tribunal arbitral, e não pelo Judiciário.

Com a existência de convenção de arbitragem, cria-se uma suposição negativa, de forma que se uma das partes entrar com uma ação judicial apesar de já ter celebrado convenção de arbitragem com a outra parte, esta última poderá levantar a existência de tal suposição negativa, que implicará a extinção do processo sem resolução de mérito, a menos que seja demonstrado que o consentimento em submeter eventuais litígios a jurisdição arbitral está eivado de vício, o que implicaria a sua anulação. (RIBEIRO; LIMA, 2020).

Conforme Junior (2020), um outro modo de se ver realizada a arbitragem é por meio do Acordo de Arbitragem ou Compromisso Arbitral. Após a ocorrência do conflito, a arbitragem é submetida a um ou mais árbitros. Quando se inicia o processo arbitral, para que o procedimento seja válido, é necessário observar todas as regras da própria arbitragem, a saber, as diretrizes da Lei nº 9.307/96, como a confirmação da capacidade das partes envolvidas, objeto da arbitragem (direitos de propriedade alienável), entre outros.

Entre os cuidados para que a validade da arbitragem trabalhista não seja posteriormente questionada, recomenda-se também a existência de documento pelo qual o empregado tome a iniciativa de iniciar o procedimento arbitral ou manifeste sua expressa concordância com a medida. Ao final do procedimento arbitral, o (s) árbitro (s) emitirá (ão) sentença arbitral, a qual constituirá instrumento judicial executório, sendo irrecorrível e passível de cumprimento no juízo competente. (RIBEIRO; LIMA, 2020).

Antes da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), a jurisprudência dos tribunais não permitia que o empregado pudesse optar pelo procedimento arbitral para resolver litígios individuais, a esse respeito invocando, entre outros argumentos, o fato dos direitos de os trabalhadores serem indisponíveis e, portanto, incompatíveis com arbitragem. Porém, quando o assunto é analisado sob o enfoque constitucional, não há vedação legal à realização da arbitragem na esfera trabalhista em litígios individuais, até porque a arbitragem é autorizada na forma infraconstitucional. (MORAIS, 2020).

Assim, embora expressamente autorizado por lei, a utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos envolvendo litígios individuais, por empregados que recebem remuneração superior ao dobro do limite máximo do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), é um processo relativamente novo, que pode até encontrar alguma resistência por parte da doutrina e até mesmo da jurisprudência, porém já é uma realidade, e não encontra nenhum obstáculo de natureza constitucional e/ou infraconstitucional.

Desse modo, as sentenças arbitrais envolvendo conflitos trabalhistas, devem ter sua validade reconhecida pela Justiça do Trabalho, desde que o processo não seja eivado de vício, visto que em caso de erro no procedimento a própria Lei de Arbitragem, em seu Art. 33, prevê a possibilidade de anulação da sentença arbitral junto ao Poder Judiciário competente.

CONCLUSÃO

As questões aqui incluídas demonstram que a Reforma Trabalhista promulgada pela Lei nº 13.467/2017 tem uma tendência fortemente liberal e busca dar prevalência às regras negociadas pelas próprias partes (tanto na esfera coletiva quanto individual) sobre as regras estatutárias.

Em outras palavras, a reforma visa claramente reduzir a interferência do governo nas relações de emprego. Representa um claro esforço, no que se refere às relações de trabalho, no sentido de deixar o público para o setor privado, o que é - de certa forma - muito arriscado em um país ainda marcado por extrema desigualdade social e onde os trabalhadores geralmente não negociam em igualdade de condições com a outra parte contratante.

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) incluiu o artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o qual prevê que empregados cuja remuneração supere o dobro do teto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), podem celebrar convenções arbitrais, desde que por iniciativa própria ou por meio de acordo expresso, nos termos da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

Com isso, a arbitragem que antes só era aceita pela Justiça do Trabalho nas hipóteses de dissídio coletivo, também passa a ser admitida nas ações envolvendo conflitos individuais. Essa mudança fez com que surgissem novas câmaras de arbitragem, em todo o Brasil, para tratar especificamente do assunto, com regras e especificidades próprias.

Assim como as reivindicações judiciais, a arbitragem é uma forma de resolução de conflitos autônoma, pela qual um terceiro é nomeado para resolver a disputa entre as partes. A diferença, porém, reside no fato de que, nas ações judiciais, a nomeação do terceiro resulta da lei, enquanto na arbitragem a escolha é feita por nomeação conjunta das partes ou através dos regulamentos das câmaras especializadas.

A questão a ser respondida é se o uso da arbitragem prejudicará os empregados, considerando a diferença de poder nessa relação. Na maioria dos casos, isso pode ser verdade, especialmente quando os representantes dos trabalhadores não participam do projeto do sistema de resolução de disputas.

A proibição total da arbitragem para litígios trabalhistas individuais, entretanto, não parece ser a melhor opção, pois pode haver aspectos positivos para seu uso em circunstâncias específicas, como com trabalhadores altamente especializados ou a alta administração.

A arbitragem pode desempenhar um papel importante nos mecanismos de resolução de disputas trabalhistas individuais, mas para o mercado se desenvolver é necessário primeiro que esse mecanismo seja permitido, e legalmente seguro, o que depende de como os tribunais interpretam seu uso no Brasil. No entanto, se permitido, os tribunais poderiam controlar as situações em que o uso da arbitragem fosse injusto, ainda protegendo os funcionários mais fracos sem prejudicar o desenvolvimento de mecanismos alternativos de resolução de disputas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maira Souza. A constitucionalidade da via arbitral para dirimir conflitos individuais trabalhistas. **Revista Direito, trabalho e política social**, Cuiabá, v.7, n.12. p.314, 2021.

ALVARENGA, Darlan. Número de brasileiros com carteira assinada é o menor desde 2012, mostra IBGE. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/numero-de-brasileiros-com-carteira-assinada-e-o-menor-desde-2012-mostra-ibge.ghtml> Acesso em: 16 abr. 2021.

BATISTA, Flávio Roberto. Financiamento sindical, direito do trabalho e crise: aproximações empíricas ao tema da funcionalidade do direito do trabalho para o capitalismo. Rev. Direito Prax. Rio de Janeiro, v.11, n.4, 2020.

BRANDT, Laís Michele; JUNIOR, Lauro Brandt. A mediação como forma alternativa para as soluções dos conflitos familiares. **Prolegómenos**, Bogotá, v21. n. 42. Dez/2018.

BRASIL, Artigo 507A do Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943 CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/173000098/artigo-507a-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943> Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL, Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL, Decreto nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html> Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm Acesso em: 16 abr 2021.

CABRAL, Dilma. Conselho Nacional do Trabalho. 2019. Disponível em: mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/810-conselho-nacional-do-trabalho Acesso em: 14 abr. 2021.

CASSAR, V. B. **Comentários à reforma trabalhista: lei 13467, de 13 de julho de 2017**. São Paulo: Método, 2017.

ESTEVES, Juliana Teixeira. A contrarreforma da previdência, crise do capital e da previdência privada. Rev. Direito Prax. Rio de Janeiro, v.11, n.4, 2020.

FREITAS, Fernanda. Arbitragem e a ratificação da convenção de Nova York pelo Brasil. 2002. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/arbitragem_ratificacao_convencao_york. Acesso em: 16 abr. 2021.

JORNAL DO BRASIL. Número de novas ações trabalhistas no país caem 32% dois anos após reforma, 2020. Disponível em: <https://www.jb.com.br/economia/2020/01/1021394-numero-de-novas-acoes-trabalhistas-no-pais-caem-32--dois-anos-apos-reforma.html> Acesso em: 16 abr 2021.

JÚNIOR, Arnaldo. Reforma trabalhista. São Paulo: Rideel, 2018.

JÚNIOR, Cesarino. Codificação das leis sociais no Brasil. Tucumán: CNDT, 1960.

JÚNIOR, L. A. S. Arbitragem: mediação, conciliação e negociação. São Paulo: Forense, 2020.

KREIN, Dari José.; OLIVEIRA, Roberto Véras de.; FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As reformas trabalhistas: promessas e impactos na vida de quem trabalha. CA. CHR, São Paulo, v.32, n. 86, 2019.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro. A (Contra) Reforma Trabalhista: lei 13.467/2017, um descalabro para a Saúde dos Trabalhadores. **Ciência. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v.24, n.3, 2019.

LISBÔA, José Lucio Munhoz. Reforma trabalhista. Rio de Janeiro: LTR, 2019.

MAIOR, Jorge. **História do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTR, 2017.

MALLET, Estêvão. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. **RILB**, São Paulo, v.4, n.6, pp. 847-901, 2018.

MANCUSO, Roberto. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Juspodium, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. Reforma Trabalhista. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAIS, Maria. O contexto das reformas trabalhistas do governo Temer: precarização do trabalho no Brasil. **Serviço social em perspectiva**, v.2, n.1, 2020.

NEY, Marcia Silveira; GONÇALVES, Carlos Alberto Grisólia. Reformas administrativas e o desmonte neoliberal do estado brasileiro: desafios para o enfrentamento ao novo coronavírus. **Physis**, v.30,n.3, 2020.

NUNES, Caio de Faro. Arbitragem aos olhos do judiciário brasileiro. Revista de doutrina, Porto Alegre, n.72, v.3, 2016.

PEREIRA, Ariane Lopes. **O juízo arbitral como alternativa para conter o crescimento das demandas judiciais**. Trabalho de conclusão de curso (Direito Processual Civil). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

PIPEK, A.; DUTRA, A. **Reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Blucher, 2018.

REIS, Mário. Crédito Rural: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIBEIRO, Ludmila.; LIMA, Flora Moara. Será que vai virar processo? Determinantes da elucidação dos homicídios dolosos em uma cidade brasileira. Opin. pública, Campinas, v.26, n.1, 2020.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Trabalho e cuidado no Direito: perspectivas de sindicatos e movimentos feministas. Estud.av. São Paulo, v.34, n.98, 2020.

VITAL, E. 98% dos processos trabalhistas de todo o planeta estão no Brasil, 2020. Disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/458885251/98-dos-processos-trabalhistas-de-todo-o-planeta-esta-no-brasil#:~:text=98%25%20dos%20processos%20trabalhistas%20de%20todo%20o%20planeta%20est%C3%A3o%20no%20Brasil> Acesso em: 16 abr 2021.

YOSHIDA, M. A nova arbitragem trabalhista. São Paulo, Dialética, 2021.

A RENDA MÍNIMA NO BRASIL E NA FRANÇA

Kalinca Gonçalves Leite¹

Anderson Orestes Cavalcante Lobato²

RESUMO: Com o presente trabalho, busca-se analisar os projetos de renda mínima no Brasil e na França. O programa de renda básica no Brasil foi assinado em 2004. Instituiu um abono universal para todos os brasileiros, que se inicia pelos mais necessitados. Na França, a *Revue Minimum d'insertion* vigorou entre 1988 e 2009, sendo então substituída pelo programa de Renda de Solidariedade Active, havendo uma mudança significativa na filosofia e uma ampliação da população atingida. Com efeito, este trabalho busca demonstrar que os programas de renda mínima contribuem para o alcance dos objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Renda mínima, Brasil, França, programas de transferência de renda.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze minimum income projects in Brazil and France. The basic citizenship income program in Brazil was signed in 2004. It instituted a universal allowance for all Brazilians, starting with the most needy. In France, *Revue Minimum d'insertion*, which was in force between 1988 and 2009, being then replaced by the Active Solidarity Income program, with a significant change in philosophy and an expansion of the affected population. Indeed, this work seeks to demonstrate that minimum income programs contribute to the achievement of the objectives of a Democratic State of Law.

Keywords: Minimum income, Brazil, France, cash transfer programs.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais em um primeiro estágio assumiram o caráter de direitos negativos, importando uma restrição à ação do Estado. Posteriormente, passaram a assumir uma postura ativa, exigindo ações positivas do Estado. Nesse sentido, parece razoável fazer um silogismo entre os ideais de liberdade, igualdade e solidariedade e os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões.

¹ Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande, Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio de Jesus, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, Pós-Doutor pela Université Sorbonne Nouvelle, Doutor e Mestre em Direito Público pela Université de Sciences Sociales de Toulouse. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O Estado Constitucional estabelece princípios vinculados a valores e a opções políticas. No caso brasileiro, existe a preocupação, pelo menos na norma, com a redução das desigualdades sociais com vistas à superação de um grave quadro social em que a população, em sua maioria, não consegue exercer, em plenitude, sua dignidade e sua cidadania.

O fenômeno de constitucionalização do Direito, identificado com o Neoconstitucionalismo, representa a expansão dos valores presentes nos princípios e regras constitucionais para o restante do ordenamento jurídico. Por essa razão, a aplicabilidade direta da Constituição a um leque maior de situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, o que é mais importante, a interpretação das normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição, significam um maior apreço pelos direitos fundamentais e, principalmente, pela garantia de um mínimo existencial por meio da erradicação da pobreza. É tempo, pois, de dar maior importância a termos que costumam aparecer nas constituições, como “sociedade livre, justa e solidária.”

O mínimo existencial pode ser considerado como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Benefícios de cunho social, como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada exercem papel essencial tanto para a redução de desigualdades como para a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Por se tratar de indivíduos vivendo no limite ou abaixo da linha da pobreza, encontram-se em estado de vulnerabilidade social e têm dificuldade de acesso à assistência jurídica.

Para além desses benefícios, existem políticas de caráter universal, que visam a redução das desigualdades, tais como o programa de Renda Mínima Universal para todos, no Brasil ou o programa *Revenu Minimum d'insertion* (RMI), na França.

O presente estudo tem como objetivo evidenciar o caráter de direito fundamental dos benefícios de renda mínima como concretizadores do mínimo existencial e densificadores de princípios constitucionais expressos, como a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza, em prol de um Estado Democrático de Direito.

Para atingir os objetivos propostos, apresentou-se revisão de literatura em que se relaciona os programas de Renda Mínima no Brasil e na França. Ainda em perspectiva teórica, buscou-se destacar a natureza de direito fundamental dos benefícios de renda mínima. Por fim, traçou-se um panorama do tratamento às questões envolvendo políticas de alívio à pobreza em prol da redução das desigualdades sociais e regionais.

1 A RENDA MÍNIMA NO BRASIL

Os benefícios de renda mínima constituem elemento essencial para a garantia do mínimo existencial. Celso Bastos (1988), destaca que o Direito brasileiro considera a desigualdade social como um problema de relevância constitucional (art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988). É preciso, pois, buscar formas de combater a pobreza e assegurar condições mínimas para o indivíduo, não se concebendo que a riqueza sirva apenas para alguns, enquanto outra grande parte da população careça de condições mínimas de sobrevivência.

1.1 A incondicionalidade do Programa

A definição de renda básica universal (RBU) adotada no presente trabalho é a mais aceita e comumente usada, tendo sido sugerida por Van Parijjs e Vanderbrought (2017, p. 395), e conhecida pelas expressões análogas de “renda básica de cidadania”, “renda básica incondicional”, “renda mínima universal”, “dividendo territorial”, “demogrant”, “benefício universal”, entre outras. A renda básica universal é um pagamento feito em dinheiro, periodicamente, individualmente a todos os cidadãos em determinada sociedade.

O direito ao benefício não é determinado através de condicionalidades, como exemplo, provas de insuficiência econômica, frequência escolar, busca ativa por emprego etc. Ou seja, a renda básica universal difere da maioria dos benefícios sociais atualmente existentes no Brasil, como por exemplo o Bolsa Família, o qual possui um série de condicionantes.

Nesse sentido, a renda básica universal vai ao encontro das seguintes premissas: a) para todos dentro de uma comunidade política definida; b) individualmente; c) independente do rendimento ou riqueza do beneficiário; d) sem condicionantes e; e) sem referência à quaisquer contribuições anteriores de histórico de trabalho (2017, p. 94).

No Brasil, o perfil dos cidadãos potenciais beneficiários dos programas de renda mínima indica que são pessoas de baixa escolaridade, vivendo no limite ou abaixo da linha da pobreza. Possuem, assim, uma inerente dificuldade de mobilização para buscar assistência judiciária. Não têm consciência de seus próprios direitos e, quando têm, não sabem a quem recorrer.

Assim, em 2004, foi introduzido o programa Bolsa Família, o qual é todo com um dos casos e sucesso entre os programas de transferência e renda existentes no mundo. Tal programa foi implementado através da Lei 10.836 de 9 de janeiro de 2004 e regulamentado pelo Decreto 5209 de 17 de setembro de 2004. Em sua versão mais recente (2020), o programa estabelece como

nível de renda mínima per capita o valor de R\$ 89,00 mensais, sendo dividido em benefício básico e benefício variável.

Diferente da renda básica universal, o Bolsa Família é um programa de transferência de renda que possui condicionalidades na área da saúde e educação para as famílias que recebem o benefício variável, além da prova da insuficiência econômica. Tais condicionantes fazem com que o programa seja constantemente fraudado, conforme dados apresentados pela Corregedoria Geral da União (2017) e, para além das fraudes em relação à renda, o programa também apresenta problemas no acompanhamento das condicionalidades impostas.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Bolsa Família apresenta algumas falhas, conforme será a seguir abordado, sendo que tais falhas poderiam ser corrigidas com a introdução de uma transferência de renda incondicional e universal como a renda básica universal.

1.2 Os Direitos e Obrigações

Conforme destacado anteriormente, o Brasil possui programas de transferência de renda, como o Bolsa Família e o Benefício de Prestação Continuada (BPC), os quais possuem uma série de condicionantes. Uma das exigências para a pertinência do Bolsa Família, por exemplo, é a matrícula escolar de crianças maiores de 6 anos e frequência mínima de 85% às aulas para crianças de 6 a 15 anos e de 75% para alunos entre 16 e 17 anos.

Silva Lucas aponta alguma das questões envolvidas na evasão escolar de alunos beneficiários do Bolsa Família e aponta como uma das dificuldades enfrentadas pelos alunos, o sistema utilizado para o acompanhamento da frequência escolar e das faltas.

Fruto da burocratização da gestão das políticas sociais, inflexibilidade e falta de articulação entre as políticas sociais, normalmente a única forma de que as faltas sejam abonadas nas escolas se faz mediante a apresentação de atestado médico em casos de doença, de forma geral, muitas vezes são desconsideradas situações em que haja alguma problemática familiar ou de vulnerabilidade social, estes fatores além de não humanizados, acabam por dificultar a situação de famílias diante do acesso ao programa de transferência de renda (SILVA LUCAS, 2017, p. 14).

Dessa forma, além da inflexibilidade apresentada nesse processo de verificação da presença dos alunos em relação às questões diversas que estão presentes no cotidiano desses alunos, ignora também algumas particularidades e deficiências apresentadas pela falta de infraestrutura no país. Nas regiões mais pobres é comum que a dificuldade de locomoção seja um entrave para a ida à escola. Sendo assim, famílias inteiras podem ser prejudicadas, tendo o direito ao benefício

suspensão ou cancelado, mesmo que se tenha a intenção de cumprir com as condicionalidades impostas.

Outra condicionante existente no Bolsa Família se refere à área da saúde. A verificação do cumprimento dessa contrapartida relacionada à saúde apresenta-se como uma tarefa complexa, envolvendo diversos setores do governo, e complicados processos de gestão, além do atendimento precário. Nesse sentido, conforme estudo realizado por Moraes e Machado (2017, p. 129), a existência de condicionantes não parece ser suficiente para atingir o objetivo que é utilizado como justificativa para a existência das mesmas, o de favorecer o acesso à saúde como forma de quebrar o ciclo intergeracional da pobreza. Para os autores:

É fundamental avançar na reorganização dos serviços e no envolvimento dos profissionais, para que as ações de sociais sejam ofertadas de forma articulada e com qualidade para as famílias beneficiárias. No último caso, um caminho mais promissor do que a ampliação do gerenciamento de condicionalidades para as famílias pobres que recebem benefícios monetários seria avançar a expansão dos serviços públicos, na redução das desigualdades e na consolidação do SUS. (MORAES e MACHADO, 2017, p. 139).

Ainda, Cobo apresenta outro argumento contrário às condicionalidades, especialmente no contexto de países em desenvolvimento, como o Brasil:

A imposição de condicionalidades os países em desenvolvimento também gera bastante discussão, uma vez que, se por um lado, está intrinsecamente relacionado com a oferta dos serviços de saúde e educação (geralmente insatisfatória nesses países), por outro, impõe pesados custos de administração e controle dessas condicionalidades, que podem comprometer o custo benefício dos programas implementados. (COBO, 2010, p. 48).

Saúde e educação são direitos constitucionalmente previstos, sendo assim, atrelá-los a condicionalidades nada mais é que uma visão paternalista, na qual deduz-se que caso não fossem uma obrigatoriedade os mais pobres optariam por não acessar esses serviços oferecidos pelo governo, negando problemas, tal como a dificuldade de locomoção, que dificultam o cumprimento das condicionantes.

Sendo assim, conclui-se que o Bolsa Família foi benéfico para o país e constituiu uma importante forma de reduzir a pobreza no país, no entanto, acredita-se que a substituição do programa pela renda básica universal acabaria ou diminuiria problemas apresentados pelo

programa (fraudes, dificuldades associadas ao cumprimento das condicionalidades, estigma, dentre outros) e poderia contribuir para a formação de uma nova coesão social, mais forte e igualitária, representando um importante passo para o alcance dos direitos estabelecidos na Constituição Federal.

Com efeito, em 2 de abril de 2020, foi publicada a Lei 13.982, posteriormente revisada pela Lei 13.998 de 14 de maio de 2020. Estas leis dispõem acerca do chamado auxílio emergencial. Nos termos da lei 13.982/202:

Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos:

I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes;

II - não tenha emprego formal ativo;

III - não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família;

IV - cuja renda familiar mensal **per capita** seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos;

V - que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e

VI - que exerça atividade na condição de:

a) microempreendedor individual (MEI);

b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; ou

c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV.

Tal norma consolida a existência de um programa de transferência de renda, ainda com condicionalidades, mas que amplia os programas de Bolsa família e Benefício de prestação continuada. Todavia, o auxílio emergencial possui lapso temporal de vigência, dependendo-se dos interesses políticos atuais a sua consolidação. Nesse sentido, aduz-se que a Medida Provisória n 1000 de 2 de setembro de 2020, ampliou o lapso temporal de vigência da lei, porém, reduziu o valor do benefício, que passou de R\$ 600,0 (seiscentos reais) para R\$ 300,00 (trezentos

reais), por quatro meses. Verifica-se, pois, estar a população sujeita à boa vontade política para a consolidação do auxílio emergencial, criado durante a pandemia de SARS -COV-2.

Pode-se concluir que no Brasil, não existe o Programa de Renda Básica Universal, havendo apenas benefícios de transferência de renda condicionados a fatores de miserabilidade, tais como o supracitado Bolsa Família.

2 A RENDA MÍNIMA NA FRANÇA

Na França, por sua vez, existe um programa de transferência de renda chamado *Revenu Minimum d'Insertion* (RMI), o qual se propôs a atacar não somente o problema de recrudescimento da pobreza derivada da crise econômica, mas também da desestabilização das estruturas familiares advindas em seu bojo. Apresenta-se, para tanto, como uma ruptura na tradição das políticas sociais francesas (de cunho assistencialista), inaugurando um novo modelo de intervenção pública, tendo como fundamento o resgate dos princípios fundamentais de cidadania.

2.1 Os Beneficiários e Recursos

A Renda Mínima de Inserção (RMI) é uma prestação de auxílio social a cargo do Estado, oferecida em forma de uma prestação monetária mensal no valor de 2.000 F para uma única pessoa, 3.000 F para casal e mais 300 F por dependente, destinada a pessoas sem recursos suficientes para custear suas despesas básicas. Pode-se afirmar que o RMI é um direito atribuído, automaticamente, desde que o beneficiário atenda às condições de acesso: nacionalidade, idade, residência fixa, carência de recursos.

Vale ressaltar que esta é uma renda diferencial e complementar, ou ainda, nas palavras de Milano “uma expressão da solidariedade nacional em relação aos mais necessitados, sendo financiada pelo Estado (e pela coletividade local, que arca com 20% do desembolso do Estado), através de um imposto de solidariedade sobre a fortuna (MILANO, 1988, p. 23).

O RMI é considerado, ainda um direito integral e objetivo não limitado por qualquer condição de oportunidade ou qualquer contrapartida, sendo a inserção social, profissional e econômica o indivíduo um “imperativo nacional”. Ademais, estando inserido no contexto do sistema de proteção social, o RMI permite ao beneficiário ter acesso a programas locais, bem como aos demais direitos adquiridos, tais como, saúde, moradia, educação etc.

Em termos gerais, o público contemplado pelo RMI é uma população nova, diferenciada

daquela prioritariamente atendida pelos serviços sociais profundamente heterogênea. Pode-se traçar um perfil estatístico da população beneficiária do RMI como tendo: idade média em torno de 35 anos; é uma população individual: 75% a 80% são indivíduos sozinhos, e 50% a 70% são beneficiários sem crianças (o grupo dominante é, portanto, de adultos solteiros. É uma população distanciada do emprego: a maior parte não está em qualquer atividade profissional há 2 anos e 20% nunca trabalharam. É uma população pouco qualificada (2/3 têm nível inferior a terceira série) (NEPP, 1994).

2.2 Os Direitos e Obrigações

Os beneficiários do RMI podem ser divididos em quatro categorias (GONÇALVES, 1996, p. 40-41):

- a) Excluídos do Emprego: constituem 2/3 dos inscritos. São indivíduos que, apesar do seu baixo nível de qualificação, encontravam ou reencontravam emprego na conjuntura dos anos 70;
- b) Excluídos Sociais: eventualmente cobertos pela RMI. Pessoas em situação de grande pobreza;
- c) Excluídos da Economia: são excluídos do sistema econômico atual, não logrando sequer viver decentemente. Como os “excluídos sociais”, também pouco cobertos pela RMI;
- d) Grupo das pessoas cujos riscos ainda mal cobertos pelo sistema de proteção social. ; É o segundo grupo mais atingido.

Como visto, o público alvo é jovem e constituído majoritariamente por uma população pouco qualificada. Ademias, uma derivação importante a ser feita da lógica deste programa é a de que as pessoas que se situam nos grupos com mais possibilidades de emprego tem mais facilidade de acesso ao dispositivo.

Apesar de seu intuito de reduzir a pobreza, o RMI é amplamente criticado, sobretudo no que tange à tese de que este seria um caminho mais eficaz no combate à pobreza crescente na França. Verificou-se, pois, que o dispositivo do RMI se coloca sob dois campos: da proteção social e da política de emprego, teoricamente conflitantes.

A primeira posição ignora que, no contexto atual da crise aguda e estrutural de emprego, esses indivíduos, considerados *a priori* como pouco ou não empregáveis, provavelmente não encontrarão emprego. Assim, a prestação da RMI permite apenas sobreviver durante um período limitado de tempo. Nessa linha de raciocínio, coloca-se a questão de como vincular a concessão

do benefícios à inserção, sobretudo profissional do indivíduo, se esta última não depende dele, estando intimamente ligada não apenas à questão da revolução da base tecnológica sob a qual se desenvolve a economia do país, mas também o atual cenário de desenvolvimento do capitalismo.

A segunda posição sustenta o inverso, ou ainda, que considerar o RMI como uma prestação de subsistência é desnaturar o programa, desvinculá-lo de sua originalidade e reforçar o aspecto assistencialista do sistema de proteção social; que o pano de fundo do RMI deve ser o de redução da dependência dos indivíduos em relação a Estado, com desdobramentos secundários até mesmo sobre a questão do déficit público. O Estado, neste caso, atuaria como um facilitador ou mesmo um impulsionador desses indivíduos, dadas as suas posições desfavoráveis a uma reinserção nos moldes dos novos paradigmas de mercado (GONÇALVES, 1996, p. 42):

Segundo Milano (1988, p. 123), o RMI deve ser considerado como um direito, razão pela qual não poderia estar condicionado a qualquer contrapartida. Ademais, o autor ressalta como dificuldades do RMI a questão da incerteza da prestação monetária, a qual seria evidenciada por três aspectos: por um nível contestável em relação às modalidades de determinação da base de recursos e pela impossibilidade de ajustar seu nível às necessidades reais; por ser uma prestação al focalizada e; por manter uma relação pouco transparente com os mecanismos convencionais de assistência social, o que transforma a RMI em uma competência departamental, ao mesmo tempo, submetida ao governo central no que se refere à concepção, financiamento e à decisão.

Por fim, Milano enfatiza a análise a partir da qual o RMI multiplica o risco da assistência, limitando, ao mesmo tempo, a possibilidade de inserção. Segundo o autor, este programa atuaria preenchendo lacunas do sistema de proteção social, dado que 80% da população atendida pertence a categorias que têm acesso aos auxílios familiares. De outro lado, 80% são de desempregados de longa duração, não indenizáveis pelo seguro-desemprego (sobretudo jovens), tendo, pois, necessidade de inserção profissional.

3 RENDA MÍNIMA INCONDICIONAL

O debate sobre universalizar ou focalizar benefícios sociais naqueles que mais precisam perpassa algumas décadas. Nos anos 1970 e 1980, muitos países pobres e de renda média deslocaram-se das políticas sociais mais amplas, que enfatizavam benefícios universais, para programas destinados à fração da população que satisfazia determinados critérios. Nos países ricos, essa transformação se deu sobretudo nos anos 1990, por meio da adoção de critérios cada vez mais rígidos para o recebimento de benefícios.

3.1 A supressão das Regras Burocráticas

Como se viu, no Brasil e na França existem programas de transferência de renda com uma série de condicionantes. Nesse sentido, Bernard Friot (2020) propõe a existência de um salário vitalício, diferentemente da RMI, pois difere-se do conceito de renda.

De acordo com o supracitado autor:

A renda mínima garantida inscreve-se nessa representação alienada. É verdade que seu caráter garantido faz dela um atributo da pessoa, ao passo que a lógica do mercado de trabalho supõe que são os postos de trabalho, não as pessoas, os suportes dos direitos salariais. Mas precisamente não se trata de um direito salarial, no sentido de que salário pela qualificação e cotizações sociais construíram o salário como afirmação da qualidade das pessoas como únicos produtores, contra o mercado do trabalho e o direito de propriedade lucrativa. Trata-se pelo contrário de um direito à renda mínima, que confirma essas duas instituições do capital. Sendo renda, ela é, segundo seus promotores, tirada do patrimônio coletivo constituído pelo trabalho das gerações passadas ou pelo trabalho informal que não pode apropriar-se do capital: não saímos do direito à propriedade lucrativa. Sendo mínima, ela remete à representação alienada das pessoas como seres de necessidade, que está no coração de sua desqualificação, no capitalismo, implicando assim a necessidade de um “segundo cheque”, que cada um irá buscar no mercado de trabalho, caso não se contente com o mínimo. Longe de ser enfraquecido – como pretendem aqueles que acham que o primeiro cheque dará um poder de negociação diante dos empregadores –, o mercado do trabalho será reforçado por essa alocação indenizatória, da qual fará parte, com o direito individual à formação, o direito a um regime complementar de saúde e o direito ao plano de carreira, um arsenal de “direitos portáteis” que os trabalhadores transportarão consigo de emprego em emprego, arsenal flexicuritário que esboça o catastrófico acordo de janeiro de 2008, chamado “de modernização do mercado de trabalho. (FRIOT, 2010)

O salário vitalício proposto por Friot (2010) é universal duplamente, no sentido de que é para todos e para tudo. Ele substitui o mercado de trabalho e o direito de propriedade lucrativa. É um direito político que recusa a impostura do capital como ator econômico e que qualifica as pessoas, colocando-as como as únicas produtoras e fazendo dos produtores atores políticos. Ou seja, cada um a partir da sua entrada em um coletivo de trabalho até a sua morte terá direito a uma qualificação e ao salário irrevogável que vem com ela.

Essa é uma forma de institucionalização de um programa de “renda mínima” incondicionada, uma vez que todos aqueles que forem cidadãos de um Estado, pelo simples fato de existirem receberão parcela de riqueza deste Estado, a fim de garantirem sua subsistência, ou ainda, para utilizarem da forma que entenderem ser razoável. Com efeito, ver-se-á, a seguir, a viabilidade de uma renda mínima incondicionada no Brasil.

3.2 A Viabilidade de uma Renda Mínima Universal no Brasil

A Renda Mínima de Inserção (RMI), adotada na França através de lei promulgada em dezembro de 1988, se propõe a atacar não somente o problema do recrudescimento da pobreza derivada da crise econômica, mas como, também, da desestabilização das estruturas familiares advindas em seu bojo. Apresenta-se, para tanto, como uma ruptura na tradição das políticas sociais francesas (de cunho assistencialista), inaugurando um novo modo de intervenção pública, tendo como pano de fundo o resgate dos princípios fundamentais de cidadania.

Os programas de transferência de renda, no Brasil, estão frente a uma nova lógica, especialmente no que tange à fixação do auxílio emergencial no período da pandemia no ano de 2020.

Nesse sentido, cumpre referir que ao longo do início o século, o Brasil apresentou evolução positiva em diversos indicadores, tais como: a taxa de mortalidade infantil; a expectativa de vida; a escolaridade; o IDH; o acesso à água potável, ao saneamento básico e à eletricidade; queda na taxa de desemprego e aumento no grau de formalização no mercado de trabalho; aumentos reais no salário mínimo, entre outros.

Todavia a estratégia adotada para a erradicação da pobreza é altamente sensível à condição da economia. Nesse contexto a renda básica universal (RBU) parece ser uma solução para amenizar a pobreza no país, garantindo um nível mínimo de segurança econômica para essa parcela da população. Dessa forma, estar-se-ia impedindo que a instabilidade macroeconômica seja um fator determinante de sua vulnerabilidade.

São inúmeros os benefícios da introdução da RBU no Brasil, podendo-se destacar: a diminuição da desigualdade e da pobreza; a promoção da igualdade e da cidadania; a colaboração para o crescimento do desenvolvimento econômico; a promoção do bem estar social; o aumento na arrecadação do governo sem acarretar em aumento nos gastos públicos; a promoção do emprego através da dinamização da economia, a eliminação da armadilha do desemprego e da pobreza; além de contribuir para melhorar a qualificação do trabalhador brasileiro.

O custo do benefício é viável no momento em que este deve ser uma política redistributiva, taxando-se os 10% mais ricos e redistribuindo essa renda em forma de um pequeno pagamento mensal para uma grande parcela da população, que, atualmente, não é elegível para o recebimento de transferência de renda feita pelo governo.

O programa Bolsa Família foi um passo importantíssimo e na direção correta para o desenvolvimento no Brasil. No entanto, é preciso expandi-lo, finalmente introduzindo a Renda Básica de Cidadania, fazendo vigorar a lei de autoria de Eduardo Suplicy. “Quando será plenamente implantada? Quando todos compreenderem a suas vantagens e sua racionalidade e disserem ao presidente: trata-se de um instrumento de bom senso que vai ajuda o Brasil a se tornar uma nação justa.” (Suplicy, 2008).

Ademais, os programas condicionais de transferência de renda retiram as condições de luta popular por direitos e subordinam uma boa parte da população. Esses programas representam a pobretologia, a cargo de aparelhos privados de hegemonia, os quais se conhece, como o todos pela educação, por exemplo.

A pobretologia representa o rebaixamento das conquistas constitucionais de políticas universais à condição de políticas pobres para os pobres, e, com isso coloca a disposição do mercado, planos de saúde e escolas privadas complementares, para além de receberem os recursos públicos para gerirem instituições públicas (PEREIRA, 2010, p. 260-282). Note-se, é uma política para o capital, e não para as classes trabalhadoras. É uma política de prevenção da possibilidade de lutas e não de melhoria da qualidade de vida.

As condicionalidades que tais políticas envolvem, significam em muitos casos reduzir a autonomia organizativa das classes trabalhadoras, principalmente aquelas que se encontram em situação de desemprego, e favorecerem atitudes subservientes para que se consiga receber as migalhas. Em outras palavras, impedir que tais atividades ou ações mitigadoras de sofrimento se convertam em direitos de fato, e aquelas que já eram direitos de fato, como educação e saúde pública, que fossem reduzidas a uma saúde pública e uma educação pública para pobres.

Além disso, estimularam fortemente o endividamento público, para financiar aqueles que se diziam os filantropos da saúde e da educação pública, que além de receber os recursos públicos ainda iam receber financiamentos públicos, e ainda mais, vender esses financiamentos abusivos, como foi, por exemplo, o caso do FIES, que envolve um financiamento direto, que sequer é um financiamento público, embora seja o público que financia. Nesse caso, o Estado fornece os recursos através do sistema bancário financeiro que recebe e repassa esses recursos e também ganha a sua cota parte. Repare-se, esta é uma política de redistribuição de venda as avessas, que

retira dos mais pobres aquilo que eles tinham direito e desloca para as classes dominantes, como é o caso das demais políticas de redistribuição de renda condicionadas.

Hoje, tem-se a discussão acerca do programa Renda Cidadã, o qual pretende ser um substituto do bolsa família, com parcelas de valores ínfimos, incapazes de garantir a dignidade da pessoa humana, não sendo, nada mais, que outra política de redistribuição de renda condicionada, que visa não a redução das desigualdades, mas sim, a captação de votos do povo nordestino para o governo atual. Assim, o programa renda cidadã pode ser visto como uma política em favor das classes dominantes, que não retira os desfavorecido da situação de pobreza extrema que assola o país, apenas dá migalhas a uma parcela que necessita.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo evidenciar o caráter de direito fundamental dos benefícios de renda mínima como concretizadores do mínimo existencial e densificadores de princípios constitucionais expressos, como a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza, em prol de um Estado Democrático de Direito.

Para atingir os objetivos propostos, apresentou-se revisão de literatura em que se relaciona os programas de Renda Mínima no Brasil e na França. Ainda em perspectiva teórica, buscou-se destacar a natureza de direito fundamental dos benefícios de renda mínima. Por fim, traçou-se um panorama do tratamento às questões envolvendo políticas de alívio à pobreza em prol da redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse sentido, a renda básica universal (RBU) parece ser uma solução para amenizar a pobreza no país, garantindo um nível mínimo de segurança econômica para a população. Dessa forma, estar-se-ia impedindo que a instabilidade macroeconômica seja um fator determinante de sua vulnerabilidade.

Outrossim, são inúmeros os benefícios da introdução da RBU no Brasil, podendo-se destacar: a diminuição da desigualdade e da pobreza; a promoção da igualdade e da cidadania; a colaboração para o crescimento do desenvolvimento econômico; a promoção do bem estar social; o aumento na arrecadação do governo sem acarretar em aumento nos gastos públicos; a promoção do emprego através da dinamização da economia, a eliminação da armadilha do desemprego e da pobreza; além de contribuir para melhorar a qualificação do trabalhador brasileiro.

Dessa forma, conclui-se que, enquanto nos países desenvolvidos as discussões sobre a renda básica têm maior preocupação em aliviar as consequências da indústria 4.0, nos países

subdesenvolvidos o papel da política é voltado para a redução da pobreza. Sendo assim, nos países mais ricos a renda básica universal teria valor mais alto, vez que substituta do emprego, de modo que a renda a ser partilhada é maior. Já nos países em desenvolvimento, como o Brasil, é possível gerar benefícios importantes a um custo relativamente muito inferior.

Acredita-se, pois, que a renda básica universal está ao encontro dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal, visando construir uma sociedade mais livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

COBO, B. **Políticas focalizadas de transferência de renda: contextos e desafios**. São Paulo: Cortez, 2012.

FRIOT, Bernard. “**A partir des retraites, imaginer un salaire à vie**” [Partindo da aposentadoria, pensar um salário vitalício], Les Blogs du Diplo, 8 set. 2010. Disponível em: <http://blog.mondediplo.net>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

FRIOT, Bernard. As aposentadorias: uma possibilidade de salário por toda a vida. **equipe Le Monde Diplomatique Brasil**, 2 de setembro de 2010. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/as-aposentadorias-uma-possibilidade-de-salario-por-toda-a-vida/>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

GONÇALVES, Marcio Santiago. **Programas de Renda Mínima: uma análise comparativa dos casos francês e brasileiro**. P. 40-41. UNICAMP, 1996. Disponível em: file:///Users/kalincalite/Downloads/Gonc%CC%A7alvesMarcioSantiago_TCC.pdf. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

MARTINELLI, Luke. IPR policy brief: assessing the case for a universal basic income. In: The UK. **Bath**: Institute for policy Research, University of Bath, 2017, 94 p..

MILANO, Serge.- "**Le Revenu Minimum Garanti: les idées, les faites, les choix**", Regards sur l'Actualité, Paris, n. 143, p. 19-31, jui. 1988-a.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Relatório de avaliação da execução do programa de governo número 75.** Programa Bolsa Família – Brasília, 2017.

MORAES, Verena Duarte de . MACHADO, Cristiani Vieira. **O Programa do Bolsa Família e as condicionalidades de saúde:** desafios da coordenação intergovernamental e intersetorial. SAÚDE DEBATE / RIO DE JANEIRO, V. 41, N. ESPECIAL 3, p- 129-143, Setembro 2017.

NEPP. Brasil: "**O gasto social e as despesas com programas focalizados na pobreza**". Campinas, 1994.

PARIJIS , Philippe Van; VANDERBORGHT, Yannick. **Basic income:** A radical proposal for a free society and a sane economy. Londres: Harvard University Press, 2017, 395 p.

PEREIRA, João Márcio Mendes. O Banco Mundial e a construção político-intelectual do "combate à pobreza". **Topoi (Rio J.)**, Rio de Janeiro , v. 11, n. 21, p. 260-282, dez. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-101X2010000200260&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 27 set. 2020.22

SILVA LUCAS, Barbara da. **Bolsa Família e suas condicionalidades: análise das motivações para evasão e infrequência escolar na vida dos adolescentes.** Rio de Janeiro. Fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/30694/30694.PDF>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

SOUZA, Pedro Bastos de. Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**, Brasília, v. 6, nº 1, 2016 p. 166-183.

SUPLICY, Eduardo. **Renda de cidadania – a saída é pela porta.** São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2008.

TEIXEIRA, Juliana Esteves. **A seguridade social no contexto de uma renda universal garantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo.** 2010. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3744> Acesso em 22 jul. 2020.

Rio Grande, segunda-feira, 11 de outubro de 2021

AS SMART COMMUNITIES E AS POTENCIALIDADES DE EMPODERAMENTO SOCIAL LOCAL: uma análise a partir da teoria do convivialismo

THE SMART COMMUNITIES AND THE POTENTIAL OF LOCAL SOCIAL EMPOWERMENT: an analysis from the theory of convivialism

Cleide Calgaro¹

Ricardo Hermany²

RESUMO: O artigo tem como objetivo verificar as potencialidades de empoderamento da sociedade local a partir das *smart communities* e da base teórica do convivialismo. Nesse sentido, o problema que ampara a construção deste artigo refere-se a: quais os limites e potencialidades de empoderamento da sociedade local - com base no referencial do convivialismo – podem se verificar na implementação das *smart communities*? Apresentam-se como objetivos específicos os de: a) analisar a interconexão entre o espaço local e o convivialismo a partir do cotidiano rural; b) averiguar a implementação das *smart rural communities*; c) e estudar as *smart rural communities* e a viabilidade de um novo empoderamento social rural. A pesquisa utiliza os métodos de procedimento monográfico e de abordagem analítico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica. Conclui-se que a sustentabilidade, a subsidiariedade e o convivialismo são a base estruturante para que se efetive o conceito de *smart rural communities*, pois o poder local, dentro das comunidades rurais, oportuniza o empoderamento e a deliberação na tomada de decisões, o que promove a sustentabilidade e a minimização dos problemas ambientais. Além disso, compreende-se que é necessário repensar os grandes conglomerados urbanos, de forma que eles estejam voltados aos espaços locais, os empoderando e que partam de um viés convivalista e de sustentabilidade. Para tanto, as comunidades rurais inteligentes, ou *smart rural communities*, exercem um papel importante, visto que permitem o fortalecimento da esfera local e do sentido de solidariedade, cooperação e sustentabilidade, esta última valorizando e efetivando o tripé econômico, social e ambiental.

¹ Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul - UCS. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” vinculado a Universidade de Caxias do Sul-UCS. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor Jurídico da Confederação Nacional de Municípios. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7923614119266328>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8520-9430>

Palavras-chave: Convivialismo. Empoderamento local. *Smart communities*. *Smart rural communities*. Sustentabilidade.

ABSTRACT: The article aims to verify the potential of empowerment of local society from the smart communities and the theoretical basis of user-friendly. In this sense, the problem that support the construction of this article refers to: what are the limits and potentialities of empowerment of local society - based on the conviviality framework – that can occur in the implementation of smart communities? Specific objectives are: a) to analyze the interconnection between the local space and convivialism from rural daily life; b) to investigate the implementation of smart rural communities; (c) and study the smart rural communities and the feasibility of a new rural social empowerment. The research uses the methods of monographic procedure and analytical approach, as well as the bibliographic research technique. It is concluded that sustainability, subsidiarity and user-friendliness are the structuring basis for the effectiveness of the concept of smart rural communities, because local power, within rural communities, opportunities for empowerment and deliberation in decision-making, which promotes sustainability and minimization of environmental problems. In addition, it is understood that it is necessary to rethink large urban conglomerates, so that they are focused on local spaces, empowering them and starting from a user-friendliness and sustainability bias. To this end, smart rural communities play an important role, as they allow the strengthening of the local sphere and the sense of solidarity, cooperation and sustainability, the latter valuing and effecting the economic, social and environmental tripod.

Keywords: User-friendly. Local empowerment. Smart communities. Smart rural communities. Sustainability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva verificar as potencialidades de empoderamento da sociedade local, com base no referencial do convivialismo, a partir das *smart communities* - seja no tocante a uma requalificação da relação entre a sociedade e os agentes públicos, no caso brasileiro das subprefeituras, seja na própria releitura da formação dos consensos locais com base na incorporação de tecnologias ao cotidiano. Assim o problema que ampara a construção deste artigo refere-se a quais limites e potencialidades de empoderamento da sociedade local - com base no referencial do convivialismo – podem se verificar na implementação das *smart communities*.

Ressaltam-se três objetivos específicos: a) analisar a interconexão entre o espaço local e o convivialismo a partir do cotidiano rural; b) averiguar a implementação das *smart rural*

communities; c) estudar as *smart rural communities* e a viabilidade de um novo empoderamento social rural.

O estudo utiliza como base a pesquisa exploratória, visto que propicia uma familiaridade maior com o tema que está sendo estudado e debatido. Para tanto, utilizou como método procedimento o monográfico, visando o estudo de determinados indivíduos, profissões, condições, instituições, grupos ou comunidades. Além disso, buscando a obtenção de generalizações, emprega-se o método de abordagem analítico, analisando os dados postos, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica, com base no levantamento e estudo das bibliografias acerca do tema proposto.

Desse modo, na primeira seção, estuda-se como se pode implementar as ideias do movimento convivalista no espaço rural, para que se tenha uma releitura do cotidiano rural. Já na segunda seção, examina-se como se dá a implementação das *smart rural communities*, cujos pressupostos sejam o poder local, as políticas públicas e a sustentabilidade. Por fim, na terceira e última seção do artigo, apresentam-se as potencialidades do empoderamento social rural a partir da implementação das *smart communities*, tendo como clara teoria de base os pressupostos do convivalismo.

Desta forma, demonstra-se que as *smart rural communities*, através de uma gestão municipal organizada e preocupada com os problemas socioambientais rurais, aliada à participação das populações locais e à implementação do direito à sustentabilidade em seu tripé – econômico, social e ambiental – podem ser o caminho para a retomada de um novo modelo de comunidade. Esta pode possibilitar novas estratégias e nova racionalidade, tanto aos cidadãos quanto aos governantes, o que se vislumbra numa interconexão com a ideia de convivalismo.

1 ESPAÇO LOCAL E OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO CONVIVALISMO: UMA RELEITURA DAS POTENCIALIDADES DA SOCIEDADE NO COTIDIANO RURAL

O movimento convivalista³ surgiu com a relação do colóquio de julho de 2011, o qual foi planejado por Ivan Illich e aberto por Allain Caillé, Patrick Viveret e Serge Latouche, seguido da publicação da obra *Manifeste Convivaliste*⁴: *Déclaration d'interdépendance*, divulgada em 19 de junho de 2013, publicação reuniu 64 pesquisadores franceses que propuseram os ideais, os

³“O ponto de partida é um colóquio organizado em julho de 2011 em Tóquio, em torno da herança de Ivan Illich. Havia especialmente três convidados franceses: Serge Latouche, que é um promotor do decrescimento, Patrick Viveret, que trabalhou muito sobre os novos indicadores de riqueza, e eu. E para minha grande surpresa, embora eu tenha muitas reticências em relação aos dois primeiros conceitos – especialmente o decrescimento que é uma palavra inutilmente desmancha-prazeres –, nós fomos capazes de ultrapassar as nossas divergências intelectuais para nos colocar de acordo sobre uma constatação: não podemos mais fundamentar o projeto democrático sobre uma perspectiva de crescimento infinito. A humanidade não sobreviverá a ele. A questão que se coloca então e para a qual

quais se concentram em, pelo menos, seis temas basilares (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 5-6, tradução nossa)⁵.

O primeiro estabelece o sentimento de urgência que foi criado entre os signatários, pois entenderam que é preciso evitar uma série de desastres, como os climáticos, ambientais, econômicos, sociais, militar, moral, culturais⁶. A segunda convicção estabelecida reside no fato de que esses desastres são decorrentes da imposição de uma hegemonia ideológica e material praticada em todo o mundo, em favor de um capitalismo rentável e especulativo, além de ser um

temos que encontrar um novo conceito é como, apesar das suas imperfeições, a palavra convivialismo se impôs a nós. Depois, no meu retorno à França, decidi escrever um livro Rumo a um manifesto do convivialismo reunindo pessoas – cerca de 40 nomes que eu gostaria de associar a este projeto. E para minha grande surpresa, todos eles aceitaram participar do projeto, sem nenhum confronto narcísico. Como se houvesse um sentimento de urgência diante do estado do mundo. Depois, com reuniões de trabalho em Paris e intercâmbios pela internet com outros amigos que se encontram nos Estados Unidos, no Japão e no México, chegamos a esse manifesto, um texto curto de 40 páginas, publicado pela editora Le Bord de l'Eau e que lançamos em Paris no dia 19 de junho. Eu estou muito orgulhoso com esse resultado, pois creio que soubemos manter um equilíbrio entre duas extremidades possíveis: o catastrofismo (o decrescimento) e uma versão irênica (o amor universal)” (IHU, 2013).

⁴“Le mot peut faire problème. D'ailleurs dès qu'on s'est réuni les deux tiers de participants ont dit: 'D'accord pour travailler ensemble, mais le mot ne nous va pas. Certains parce qu'il y avait le mot convivialité dedans et d'autre par ce qu'il y avait un 'isme'. Mais comme on n'a rien trouvé de mieux, on est revenu au point de départ. Moi, je tenais beaucoup au 'isme' pour une raison centrale : nous avons 36.000 solutions de politiques économiques, financières, écologiques à proposer mais ce qui nous manque à tous aujourd'hui, c'est un fonds doctrinal de philosophie politique commune. Et pour représenter cela, nous avons besoin d'un mot en 'isme' qui soit fédérateur. D'où cette définition que nous proposons du convivialisme, selon les travaux de Marcel Mauss: comment vivre ensemble en s'opposant sans se massacrer? C'est une question préalable, centrale dans toutes les sociétés humaines et indispensable à poser avant celle de savoir quel serait le bon régime politique (monarchie, république, empire, socialisme, etc...) où chacun peut avoir ses préférences”.

Tradução livre - A palavra pode ser um problema. Além disso, assim que nos conhecemos, dois terços dos participantes disseram: 'Tudo bem em trabalhar juntos, mas a palavra não nos convém. Alguns porque havia a palavra amizade nele e outros porque havia um 'ismo'. Mas como não encontramos nada melhor, voltamos ao ponto de partida. Fiquei muito apegado ao 'ismo' por uma razão central: temos 36.000 soluções de políticas econômicas, financeiras e ecológicas para oferecer, mas o que hoje nos falta hoje é um fundo doutrinário de filosofia política comum. E para representar isso, precisamos de uma palavra no 'ismo' que seja unificadora. Daí a definição que propomos de convívio, de acordo com as obras de Marcel Mauss: como conviver discordando sem se matar? Esta é uma pergunta preliminar, central em todas as sociedades humanas e essencial antes de se saber qual seria o regime político certo (monarquia, república, império, socialismo etc.), onde todos podem ter suas preferências (OLIVIER NOUAILLAS, 2013).

⁵ “En juin 2013, paraissait (au Bord de l'eau) un petit livre intitulé Manifeste convivialiste. Déclaration d'interdépendance. Signé par soixante-quatre intellectuels français ou étrangers (rejoints par une cinquantaine d'autres depuis), il a déjà été traduit, au moins sous sa forme abrégée, dans une dizaine de langues. Son premier mérite est d'exister. Sa parution montre qu'avec de la volonté il est possible de surmonter les clivages, trop nombreux et qui nous condamnent à l'impuissance, qui séparent encore tous ceux qui, partout à travers le monde, s'opposent pratiquement ou intellectuellement au règne du néolibéralisme et du capitalisme rentier et spéculatif en dessinant les contours d'un monde postnéolibéral”.

Tradução livre - Em junho de 2013, apareceu (na Orla) um livrinho intitulado Manifeste convivialiste. Declaração de Interdependência. Assinado por sessenta e quatro intelectuais franceses e estrangeiros (acrescido por cerca de cinquenta outros desde então), já foi traduzido, pelo menos em sua forma resumida, para uma dúzia de línguas. Seu primeiro mérito é existir. A sua publicação mostra que com vontade é possível superar as divisões, tão numerosas e que nos condenam à impotência, que ainda separam todos aqueles que, em todo o mundo, se opõem prática ou intelectualmente ao reinado do neoliberalismo e capitalismo rentista e especulativo desenhando os contornos de um mundo pós-neoliberal.

⁶“Tout d'abord, et c'est sans doute ce qui a été le plus déterminant, un très fort sentiment d'urgence. La certitude qu'il ne nous reste guère de temps pour tenter d'éviter, à la mesure de nos moyens et ne fût-ce qu'à une chance pour cent ou mille, toute une série de désastres: climatiques, environnementaux, économiques, sociaux, guerriers, moraux ou

sistema que atua contrário à humanidade e ao planeta, sendo ele o ápice de uma crise motivada pelo excesso e pela corrupção que assola a sociedade⁷.

Já no terceiro ponto, existe a análise da impotência daqueles atingidos pelas consequências do sistema capitalista vivenciado e que procuram um novo modelo de vida. Desse modo, essas vozes, que vêm de todos os lugares, levantam-se não apenas contra a pobreza, mas contra a corrupção das elites e dos governantes, buscando iniciativas para a defesa dos direitos humanos. Surgem movimentos como o *slow food*, *slow town* e *slow science*, o *buen vivir*⁸, a preocupação com os direitos da natureza, todos voltados à agroecologia e em oposição ao neoliberalismo (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 6-7).

Na quarta concepção desse manifesto está a análise da impossibilidade de continuação de modelos antidemocráticos, porque as diversas nações se mantêm afastadas dessa realidade, sem que haja perspectivas de crescimento no antigo modelo experienciado (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 7). Já a quinta perspectiva apresentada trata da urgência de abandono das ideologias políticas passadas e que não se mostram suficientes para a superação do modelo neoliberal imposto (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 8).

Por fim, na sexta concepção, Caillé e Chaniel (2014, p. 9, tradução nossa)⁹ defendem que “a única esperança de escapar de maneira civilizada a todas as ameaças que nos assaltam é aprofundar e

culturels, etc. Face à ces périls, il faut à tout prix surmonter les querelles de chapelle ou d'ego, les multiples narcissismes de la petite ou moyenne différence, individuelle ou organisationnelle”.

Tradução livre - Em primeiro lugar, e isso sem dúvida é o mais determinante, um sentido de urgência muito forte. A certeza de que não temos muito tempo para tentar evitar, na medida de nossas possibilidades e nem que seja com uma chance em cem ou mil, toda uma série de desastres: climáticos, ambientais, econômicos, social, belicoso, moral ou cultural etc. Diante desses perigos, devemos superar a todo custo os conflitos partidários ou de ego, os múltiplos narcisismos de pequena ou média diferença, individual ou organizacional.

⁷“La conviction qu'une partie de ces périls résulte de l'hégémonie à la fois idéologique et matérielle exercée dans le monde entier par un capitalisme rentier et spéculatif qui est devenu l'ennemi principal de l'humanité et de la planète, parce qu'il opère et représente une cristallisation paroxystique de la démesure (hubris) et de la corruption”.

Tradução livre - A convicção de que parte desses perigos resulta da hegemonia ideológica e material exercida em todo o mundo por um capitalismo rentista e especulativo que se tornou o principal inimigo da humanidade e do planeta, porque 'ele opera e representa uma cristalização paroxística de excesso (arrogância) e corrupção.

⁸“En effet, l'idée de Bien vivre conçoit par les intellectuels indigènes au sein de ce mouvement est une contestation anticapitaliste et communautaire qui cherche à valoriser la richesse hors de la logique de l'accumulation, de l'individualisme et de l'ethnocentrisme [Farah et Gil, 2012, p. 100]. Plus précisément, elle s'appuie et reprend une tradition communautaire ancienne et complexe pour soutenir une approche anticapitaliste qui ne refuse pas le marché mais réclame la possibilité d'autogouvernement pour affirmer une nouvelle manière de vivre”.

Tradução livre - “De fato, a ideia de bem viver concebida por intelectuais indígenas dentro desse movimento é um protesto anticapitalista e comunitário que busca valorizar a riqueza fora da lógica da acumulação, do individualismo e do etnocentrismo [Farah e Gil, 2012, p. 100]. Mais precisamente, desenvolve e adota uma tradição comunitária antiga e complexa para apoiar uma abordagem anticapitalista que não recusa o mercado, mas reivindica a possibilidade de o governo autônomo afirmar uma nova maneira de viver” (MARTINS, 2014, p. 82).

radicalizar o ideal democrático”. Com isso, há certa dificuldade, porque seria preciso acabar com o enriquecimento ilimitado e o desejo de onipotência para que se pudesse reestabelecer um equilíbrio entre os novos direitos a serem conquistados. Os autores entendem que

[...] uma vez que fica claro que não será capaz de se identificar com a promessa de opulência material para todos, uma vez que esta é uma sociedade pós-crescente para construir, nem para a multiplicação indefinida de direitos para todos, porque se trata de combater o excesso. Será necessário limitar pelo menos o “direito” ao “enriquecimento ilimitado” (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 9, tradução nossa)⁹.

As conclusões desse movimento encaminham-se para “uma arte de viver juntos (conviver) que valoriza o relacionamento e a cooperação e permite a oposição sem o massacre, cuidando dos outros e da natureza” (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 10, tradução nossa)¹¹. A base do movimento convivialista encontra-se em cinco questões centrais e quatro princípios básicos, sendo as primeiras¹²: moral, política, ecológica, econômica e espiritual. A moral corresponde ao que é permitido aos indivíduos e do que devem se abster; a política na análise de quais são as comunidades políticas legítimas; na questão ecológica cabe a pergunta de o que se pode tirar da natureza e o que se deve a ela devolver; na econômica questiona-se que quantidade de riqueza material é possível produzir e como permanecer consistente com as respostas dadas para as

⁹“La certitude, enfin, que le seul espoir d'échapper de manière civilisée à toutes les menaces qui nous assaillent est d'approfondir et de radicaliser l'idéal démocratique”.

A certeza, por fim, de que a única esperança de escapar de maneira civilizada de todas as ameaças que nos assolam é aprofundar e radicalizar o ideal democrático. (tradução livre)

¹⁰“Vaste programme, à l'évidence exigeant et compliqué, dès lors qu'il est clair qu'il ne pourra s'identifier ni à la promesse de l'opulence matérielle pour tous, puisque c'est une société postcroissantiste qu'il s'agit d'édifier, ni à la multiplication indéfinie des droits pour tous, puisqu'il s'agit de lutter contre la démesure. Il faudra bien limiter au moins le 'droit' à l'enrichissement sans limites.

Tradução livre - Programa vasto, obviamente exigente e complicado, pois é claro que não se identifica nem com a promessa de abundância material para todos, pois é uma sociedade em pós-crescimento que trata de construir, nem com a multiplicação indefinida de direitos para todos, pois se trata de lutar contra os excessos. É necessário limitar pelo menos o "direito" ao enriquecimento ilimitado.

¹¹“Le convivialisme comme la pensée ou la recherche 'd'un art' de vivre ensemble (con-vivere) qui valorise la relation et la coopération, et permette de s'opposer sans se massacrer, en prenant soin des autres et de la Nature”.

Tradução livre - “O convivialismo como o pensamento ou a busca de 'uma arte' de convivência (con-vivere) que valoriza a relação e a cooperação e permite se opor sem se matar, cuidando dos outros e da Natureza”.

¹²“La question morale: qu'est-il permis aux individus d'espérer et que doivent-ils s'interdire? La question politique : quelles sont les communautés politiques légitimes? La question écologique : que nous est-il permis de prendre à la nature et que devons-nous lui rendre? La question économique : quelle quantité de richesse matérielle nous est-il permis de produire, et comment, pour rester en accord avec les réponses données aux questions morale, politique et écologique? Libre à chacun d'ajouter à ces quatre questions, ou pas, celle du rapport à la surnature ou à l'invisible: la question religieuse ou spirituelle. Ou, dit autrement, la question du sens”.

Tradução livre - A questão moral: o que as pessoas podem esperar e o que não deveriam? A questão política: quem são as comunidades políticas legítimas? A questão ecológica: o que podemos tirar da natureza e o que devemos devolver? A questão econômica: quanta riqueza material podemos produzir e como nos manter em sintonia com as respostas dadas às questões morais, políticas e ecológicas? Cada um é livre para acrescentar a estas quatro questões, ou não, a da relação com o sobrenatural ou o invisível: a questão religiosa ou espiritual. Ou, dito de outra forma, a questão do significado.

questões morais, políticas e ecológicas; e, por fim, na questão religiosa ou espiritual, está o tema do significado (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 10, tradução nossa).

Quanto aos princípios que alicerçam o movimento convivalista, Caillé e Chaniel (2014, p. 11, tradução nossa)¹³ salientam que a única política legítima é que é inspirada por um princípio de humanidade comum, de comum socialidade”, individualização e oposição controlada¹⁴. Esses princípios¹⁵ são definidos como necessários para a humanidade de forma comum, posto que, independentemente das diversas diferenças.

Para Frémeaux (2014, p. 31, tradução nossa)¹⁶, esse movimento parte da constatação da urgência para a humanidade envolver-se em outro modelo econômico, político e social, levando em consideração que a continuação do cenário de negócios como de costume não deixará de causar catástrofes que fariam a humanidade voltar à barbárie¹⁷. Trata-se da proposição de uma nova

¹³“Le Manifeste rappelle le caractère 'entropique' [Georgescu-Roegen, 1971] de ces menaces qui pèsent sur notre monde: l'humanité augmente son désordre et c'est ainsi qu'elle va au désastre, l'entropie l'atteignant au travers des questions matérielles, techniques, écologiques, économiques, financières, voire morales. Les êtres humains, certes, continuent d'avancer – et de faire mille 'progrès' – depuis quarante ans, dans la construction de leur histoire, mais ils font en même temps monter les périls, crise après crise, donnant l'impression de se précipiter vers un mur, de se rapprocher d'une catastrophe terminale” (HUMBERT, 2014, p. 65).

Tradução livre - “O Manifesto recorda a natureza 'entrópica' [Georgescu-Roegen, 1971] dessas ameaças que pesam sobre o nosso mundo: a humanidade aumenta sua desordem e é assim que vai ao desastre, enquanto tal desordem atinge através questões materiais, técnicas, ecológicas, econômicas, financeiras e até morais. Os seres humanos, é claro, continuam avançando - e fazendo mil 'progressos' - por quarenta anos, na construção de sua história, mas ao mesmo tempo aumentam os perigos, crise após crise, dando a impressão de correr para uma parede, aproximando-se de um desastre terminal” (HUMBERT, 2014, p. 65).

¹⁴“Le Manifeste précise que la seule politique légitime est celle qui s'inspire d'un principe de commune humanité, de commune socialité, d'individuation et d'opposition maîtrisée”.

Tradução livre - O Manifesto especifica que a única política legítima é aquela inspirada por um princípio de humanidade comum, socialidade comum, individuação e oposição controlada.

¹⁵“Principe de commune humanité : par-delà les différences de couleur de peau, de nationalité, de langue, de culture, de religion ou de richesse, de sexe ou d'orientation sexuelle, il n'y a qu'une seule humanité, qui doit être respectée en la personne de chacun de ses membres. Principe de commune socialité: les êtres humains sont des êtres sociaux pour lesquels la plus grande richesse est la richesse de leurs rapports sociaux. Principe d'individuation: dans le respect de ces deux premiers principes, la politique légitime est celle qui permet à chacun d'affirmer au mieux son individualité singulière en devenir, en développant ses capacités, sa puissance d'être et d'agir sans nuire à celle des autres, dans la perspective d'une égale liberté. Principe d'opposition maîtrisée : parce que chacun a vocation à manifester son individualité singulière, il est naturel que les humains puissent s'opposer. Mais il ne leur est légitime de le faire qu'aussi longtemps que cela ne met pas en danger le cadre de commune socialité qui rend cette rivalité féconde et non destructrice. La politique bonne est donc elle qui permet aux êtres humains de se différencier en acceptant et en maîtrisant le conflit.” (CAILLÉ; CHANIAL, 2014, p. 11).

Tradução livre - Princípio da humanidade comum: além das diferenças na cor da pele, nacionalidade, idioma, cultura, religião ou riqueza, sexo ou orientação sexual, existe apenas uma humanidade, que deve ser respeitada na pessoa de cada um de seus membros. Princípio da socialidade comum: os seres humanos são seres sociais para os quais a maior riqueza é a riqueza de suas relações sociais. Princípio da individuação: respeitando estes dois primeiros princípios, a política legítima é aquela que permite a cada um afirmar melhor a sua individualidade singular ao tornar-se, desenvolvendo as suas capacidades, o seu poder de ser e agir sem prejudicar o dos outros, na perspectiva da igualdade de liberdade.

¹⁶“Pour le convivialisme tel que je le comprends, changer de modèle, c'est à la fois un objectif et une méthode. Une double dimension indissociable et au sein de laquelle la question des inégalités occupe une place centrale”.

Tradução livre - Para o convivalismo como eu o entendo, mudar o modelo é um objetivo e um método. Uma dupla dimensão indissociável em que a questão das desigualdades ocupa um lugar central.

visão de progresso, rompendo com o modelo de consumo desenfreado dos recursos não renováveis do nosso planeta¹⁸, de forma que o *convivialismo* defende um objetivo e um modelo a ser seguido, no qual a redução da desigualdade ocupa uma finalidade central.

A busca deste modo de vida é uma possibilidade para efetivar o novo cotidiano no âmbito rural, além do que - a partir dessa perspectiva e implementação das *smart rural communities* – pode permitir o empoderamento local. Evidente que é essencial avaliar inúmeras outras condicionantes, evitando-se aqui uma análise simplista e utópica dos inúmeros desafios a serem superados e que exigem nos casos concretos acompanhamentos próprios dos observatórios sociais.

2 A IMPLEMENTAÇÃO DAS SMART RURAL COMMUNITIES E AS POTENCIALIDADES DE UMA PERCEPÇÃO PRAGMÁTICA DO CONVIVALISMO

Para Ponce Solé (2018, p. 12-20, tradução nossa)¹⁹, as sociedades atuais estão instaladas em uma complexidade derivada da diversidade crescente, além dos avanços tecnológicos e da globalização, o que gera uma série de problemas que precisam de resolução, pois enfocam uma pluralidade de pontos. O Direito acaba sendo o regulador, por isso abordar o direito das cidades, o direito nas cidades e a tecnologia implica uma transdisciplinaridade.

O autor afirma que, com o uso do Big Data e da inteligência artificial no âmbito do setor público, há uma melhora nas políticas públicas, tornando-as empiricamente informadas e se pode ver a

¹⁷“Le Manifeste convivialiste part du constat qu'il est aujourd'hui plus qu'urgent, pour l'humanité, de s'engager sans tarder dans un autre modèle économique, politique et social, compte tenu des catastrophes que la poursuite du scénario 'business as usual' ne manquera pas de provoquer, des catastrophes qui nous feraient revenir à la barbarie”.

Tradução livre - O Manifesto convivialista parte da constatação de que agora é mais do que urgente que a humanidade se comprometa sem demora com outro modelo econômico, político e social, dadas as catástrofes que a continuidade do cenário *business as usual* não deixará de causar, catástrofes que nos fariam voltar à barbárie.

¹⁸“De fait, la démocratie ne survivra pas aux crises qui s'annoncent si nous ne sommes pas capables, dès maintenant, de rompre avec les logiques actuelles. Mais les raisons qui conduisent à changer radicalement de modèle ne sont pas seulement défensives. Il est non seulement nécessaire mais aussi souhaitable de changer radicalement les finalités de l'activité économique. L'enjeu n'est pas de renoncer au bien-être mais, au contraire, de proposer une nouvelle vision du progrès, en rupture avec un modèle dont la résilience est nulle parce qu'il suppose une consommation effrénée de ressources non renouvelables et provoque une déstabilisation bientôt incontrôlable des équilibres climatiques”.

Tradução livre - Na verdade, a democracia não sobreviverá às crises que se avizinham se não conseguirmos, agora, romper com a lógica atual. Mas as razões que levam a uma mudança radical de modelo não são apenas defensivas. Não só é necessário, mas também desejável, mudar radicalmente os propósitos da atividade econômica. O desafio não é abrir mão do bem-estar, mas, ao contrário, propor uma nova visão de progresso, rompendo com um modelo cuja resiliência é nula porque supõe um consumo desenfreado de recursos não renováveis e provoca uma desestabilização incontrolável dos equilíbrios climáticos.

¹⁹“Asimismo, la cuestión de las smart cities enlaz com el uso de big data e inteligencia artificial em el ámbito del sector público, para mejorar las políticas públicas, al hacerlas empiricamente informadas, y para la efectividad del derecho a una buena administración de los ciudadanos, ya aludido” (PONCE SOLÉ, 2018, p. 12-20).

efetividade do direito à boa administração dos cidadãos. À vista disso, a lógica empregada para a criação das cidades inteligentes²⁰ pode ser utilizada para que se programem as comunidades inteligentes – *smart communities* - com viés local e no âmbito rural.

Nesse contexto, portanto, as *smart rural communities* têm uma finalidade importante, visto que, para Juanes Benítez (2015, p. 3, tradução nossa)²¹, “a atratividade econômica de um território reflete sua capacidade de atrair recursos externos, produtivos e residenciais, que fortalecem e impulsionam as economias locais”. Dessa forma, “os diferentes instrumentos oferecidos pelo marketing territorial podem beneficiar esse tipo de dinâmica”. O autor ressalta que

[a] competição entre territórios rurais torna-se cada vez mais evidente na forma como são apresentados, mesmo que não possuam uma caracterização territorial muito limitada e determinada. Fatores como o desenvolvimento sustentável começaram a diferenciar territórios durante a primeira década deste século, dotando-os de singularidades relacionadas ao meio ambiente. Na segunda década, a chamada responsabilidade social está sendo introduzida como elemento diferenciador das estratégias de desenvolvimento territorial. Presumivelmente, o próximo elemento diferenciador será a capacidade dos territórios de acessar totalmente as novas tecnologias, o que realmente constituirá esse elemento definidor do território (JUANES BENÍTEZ, 2015, p. 3, tradução nossa)²².

Por conseguinte, observa-se que “a viabilidade das áreas rurais no futuro imediato será preencher as lacunas em relação aos espaços urbanos e tentar pelo menos equalizá-las”. Portanto, a forma como se constrói cada comunidade rural seria o que permite a essas “economias a capacidade de

²⁰“Tal y como ha señalado GÓMEZ JIMÉNEZ: a menudo, la noción de Smartcity ha sido vinculada a la mejora de las condiciones de movilidad en la ciudad, en otras ocasiones a la gestión eficiente de la energía. Esta indefinición normativa no ha impedido sin embargo la definición de políticas de financiación de actividades denominadas como smartcity. Para entender el fenómeno hay por tanto que relacionar los contenidos sobre régimen jurídico de aspectos sectoriales como sean la eficiencia energética, la sostenibilidad en el transporte, la movilidad sostenible, la mejora de cohesión social, y la integración de servicios electrónicos, así como la incorporación de instrumentos de medición del cumplimiento de parámetros de gestión eficiente de los recursos públicos en la incorporación de medidas de sostenibilidad urbana y edificatoria. A ello hay que añadir los principios de transparencia y de gobernanza desde la buena administración, proyectada en el ámbito local, que derivan de las disposiciones comunitarias y que se enmarcan en los nuevos paradigmas de la gestión pública” (SANTIAGO IGLESIAS, 2016, p. 5).

²¹ “El atractivo económico de un territorio refleja su capacidad para la captación de recursos externos tanto productivos como residenciales que fortalecen e impulsan las economías locales. Los diferentes instrumentos que ofrece el marketing territorial pueden beneficiar este tipo de dinámicas” (JUANES BENÍTEZ, 2015, p. 3).

²²“La competencia entre territorios rurales se hace cada vez más evidente en la forma de presentar los mismos, incluso si no poseen una caracterización territorial muy delimitada y determinada. Factores como el desarrollo sostenible han comenzado a diferenciar territorios durante la primera década de este siglo dotándolos de singularidades referidas al medio ambiente. En la segunda década estás siendo la llamada responsabilidad social la que ha llegado a introducirse como elemento diferenciador de estrategias de desarrollo territorial. Presumiblemente el siguiente elemento diferenciador será la capacidad de los territorios para acceder de una forma completa a las nuevas tecnologías lo que realmente constituirá ese elemento definitorio del territorio” (JUANES BENÍTEZ, 2015, p. 3).

enfrentar os desafios da perda de ativos da população, como jovens e mulheres, a base para o despovoamento e a desertificação de áreas importantes, especialmente no sul da União Europeia” (JUANES BENÉITEZ, 2015, p. 3, tradução nossa)²³.

Assim, quando se busca uma cidade inteligente e se amplia tal conceito a uma comunidade inteligente, “os cidadãos são elementos fundamentais do processo de participação, as administrações locais oferecem novos e melhores serviços”. Também, não se pode esquecer do papel essencial que “a eficiência energética e a sustentabilidade devem desempenhar, sendo ferramentas fundamentais e, acima de tudo, as tecnologias da informação e comunicação são o suporte e a ferramenta que facilita todo esse processo” (JUANES BENÉITEZ, 2015, p. 15).

Dessa maneira, um projeto de comunidade inteligente não deve ser concebido apenas como uma proposta de caráter tecnológico, mas deve fazer parte de um projeto abrangente, o qual visa inserir melhorias em serviços, segurança, mobilidade e eficiência, e que ao mesmo tempo, torne-se uma ferramenta facilitadora para o empreendedorismo local. Para isso, existe uma gama de tecnologias, como a disponibilidade de melhores comunicações, cobertura e conectividade em banda larga, tudo a baixo custo, para que todos os serviços possam ser incorporados e seja possível a promoção e realização de padrões que facilitem os processos (JUANES BENÉITEZ, 2015, p. 15).

Quando a lógica estabelecida para as cidades inteligentes é aplicada ao espaço local e comunitário, fica bem mais viável a concretização, visto que os cidadãos sabem os problemas socioambientais que precisam ser resolvidos. Além disso, a participação da sociedade na tomada de decisões e a solidariedade baseada em um viés do convivalismo permitem que haja o funcionamento dos estreitamentos de laços que efetivam a participação e a tomada de decisões, as quais geram leis e políticas públicas com a finalidade de instalação das *smart rural communities*.

Para que isso aconteça, na visão de Tomàs Fornés (2018, p. 59, tradução nossa), é necessário transformar o cidadão/consumidor em cidadão participativo e ativo e transformar comunidades locais capazes de recorrer ao uso e conteúdo da tecnologia. A comunidade inteligente no âmbito rural deve se pautar nessa forma de governança, em nível local, de modo que esses pressupostos devem ser analisados e implementados com o objetivo de obter resultados positivos.

²³“La viabilidad de los territorios rurales en un futuro inmediato pasará por completar las carencias frente a espacios urbanos e intentar al menos igualarlas. El modo de construcción de cada una de las comunidades rurales es lo que dotará a estas economías de capacidad para enfrentarse a los retos de pérdida de activos poblacionales como jóvenes y mujeres, base de la despoblación y desertización de áreas importantes, especialmente en el sur de la Unión Europea” (JUANES BENÉITEZ, 2015, p. 3).

A concretização das *smart communities*²⁴ no âmbito rural está atrelada a desafios advindos do avanço da tecnologia de informação e de seu emprego dentro da comunidade. Dessa forma, esse conceito de comunidade inteligente pode modificar as relações entre a administração pública e seus serviços com a sociedade civil local.

O avanço da efetivação das comunidades inteligentes busca um ruralismo racionalista que promova o zoneamento da esfera rural a partir de um planejamento e de um plano diretor que tracem delimitações e avanços. Estes permitem que toda a população possa participar e se sentir pertencente a esses espaços, com o intuito de buscar o viés da cidadania e do respeito à democracia nos espaços locais.

Os planejamentos tradicionais, com o auxílio das novas tecnologias, são um subsídio imprescindível para um novo modelo de comunidade rural, através das *smart communities*, visto que toda a estrutura motiva as comunicações pela rede, como as tecnologias de informação e de comunicação²⁵. A implementação desse modelo de comunidade somente é possível com uma mudança de percepção e de desenvolvimento, cujo elemento agregador deve ser a internet.

Outro aspecto está na visão governamental e de crescimento econômico das zonas rurais, além de se ter uma visão de sustentabilidade dessa forma de economia, não apenas no sentido ambiental, mas em uma economia que consiga dar continuidade a si mesma com o viés de agregação social e ambiental. A divisão das comunidades deve se dar de forma dimensional, de modo que se avaliem os contextos nos quais elas estão inseridas, quais sejam: a tecnologia, que se refere à inovação; a organização, que está vinculada ao gerenciamento; a política, ligada à promoção de um ambiente

²⁴ “Honduras Chapter in partnership with Red De Desarrollo Sostenible Azacualpa-Yamaranguila is a community isolated from development and connectivity suffering of limitations in education, health and economic growth. The inhabitants need to travel to the nearest city to access these services facing the lack of efficient transportation. The project aims to connect through a Internet community network 300 families in Azacualpa; to create articles or information on issues relevant to local problems; to promote the right to Internet access through the establishment of a telecentre and hotspots in different points of the community; to decrease the existing digital gap compared to the nearest city, La Esperanza, by at least 70%”.

Tradução livre - Capítulo Honduras em parceria com Red De Desarrollo Sostenible - Azacualpa-Yamaranguila é uma comunidade isolada do desenvolvimento e conectividade sofrendo limitações na educação, saúde e crescimento econômico. Os habitantes precisam viajar para a cidade mais próxima para acessar esses serviços, enfrentando a falta de transporte eficiente. O projeto visa conectar, através de uma rede comunitária da Internet, 300 famílias em Azacualpa; criar artigos ou informações sobre questões relevantes para problemas locais; promover o direito ao acesso à Internet através do estabelecimento de um telecentro e pontos de acesso em diferentes pontos da comunidade; diminuir a diferença digital existente em comparação com a cidade mais próxima, La Esperanza, em pelo menos 70%.” (INTERNET SOCIETY, 2020).

²⁵ “Hablar de *smart cities* es hablar de ciudades inteligentes, esto es, de ciudades que utilizan la tecnología de la información y la comunicación (TIC) para hacer más fácil la vida de los ciudadanos, favoreciendo - a l mismo tiempo - un desarrollo más sostenible de las ciudades a través de l uso eficiente y responsable de los recursos y servicios. Para referirse a este nuevo modelo de ciudad se ha acuñado el término Ciudad 4.0, que se basa en la conjunción de tres elementos básicos, como son la tecnología, la sostenibilidad y la innovación”. (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018, p. 124)

participativo e democrático; e a inclusão, que permite o acesso de todos a esse conjunto de práticas e dimensões²⁶.

Nesse contexto, a inovação da tecnologia vem a ser um mecanismo que proporciona seu melhor uso e o aperfeiçoamento de serviços, pelas mudanças ou atualizações que operacionalizam o desenvolvimento de capacidades gerenciais. Por isso, a inovação política é importante para resolver os problemas rurais de caráter institucional e não somente técnicos, criando as condições favoráveis ao desenvolvimento da comunidade local.

Quando se conjuga a inovação política com a tecnológica, e se envolve o setor público, pode-se combater a estagnação e a padronização dos processos de negócio, permitindo uma infraestrutura e um desenvolvimento alinhado com a gestão de processos e com as atribuições governamentais, o que leva à integração e ao compartilhamento, por isso, é importante uma liderança que seja adequada e serviços públicos eficientes.

Santiago Iglesias (2016, p. 27, tradução nossa)²⁷ apresenta alguns elementos realizados no âmbito das diferentes dimensões inteligentes, os quais auxiliam na execução das *smart rural communities*. O primeiro, um governo inteligente, que tenha como objetivo aumentar a participação do cidadão na gestão pública por meio do uso de TICs, melhorando a transparência no funcionamento da administração pública, disponibilizando mais informações aos cidadãos para a tomada de decisões e promovendo a prestação de contas das autoridades públicas sob sua gestão.

Outro elemento destacado por Santiago Iglesias (2016, p. 29-31, tradução nossa) é a mobilidade inteligente, como uma estratégia de implementação de rede de transporte de qualidade, eficiente, sustentável, segura e interconectada com a aplicação das TICs. Um meio ambiente inteligente é outro requisito importante para promover a sustentabilidade e, com isso, promover o uso de energias renováveis ou o uso das TICs para alcançar a operação com eficiência energética, e para monitorar os níveis de poluição ou melhorar a eficiência na prestação de certos serviços públicos,

²⁶“En particular, en la implementación de los proyectos de *smart cities* juega, papel importante la contratación pública innovadora. Según el Libro Blanco e las Smart Cities (elaborado por Enerlis, Ernst and Young, Ferrovial and Madrid Network en 2012), el nuevo modelo de gestión de servicios gira en torno tres ejes: integración de servicios (lo que permitirá generar economía de escala), caltdad (lo que implica el pago por resultados, conforme a unos criterios objetivos y medibles) e innovación (lo requierte la aplicadón continua de nuevas tecnologías). Estes tres ejes también forman parte de la Estrategia Europa 2020 y, en particular, de la Unión por la Jnnovación (que es una de las siete iniciativas que conforman dicha Estrategia): entre 2014 y 2020 se invertirán 70.200 millones de euros destinados a alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo”. (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018, p. 125).

²⁷“Las estrategias de gobierno inteligente son aquellas que tienen por objeto incrementar la participación ciudadana en la gestión pública através del empleo de las TIC, con el fin de mejorar la transparencia en el funcionamiento de las Administraciones públicas, ai poner a disposición de los ciudadanos una mayor cantidad de información para la toma de decisiones, y de fomentar la rendición de cuentas de los poderes públicos sobre su gestión”.

como iluminação, gerenciamento de resíduos ou abastecimento de água, e reduzir seu impacto ambiental²⁸. O estilo de vida dos cidadãos também deve ser inteligente, de modo que os “hábitos e comportamentos de consumo dos cidadãos sejam saudáveis e seguros, no âmbito de uma cidade que lhes oferece uma grande oferta cultural e altos níveis de coesão social”²⁹.

Além disso, os cidadãos devem ser inteligentes, buscando ações governamentais para melhorar a educação digital dos cidadãos, para que possam se apropriar das TICs e sejam incluídos socialmente, além de poderem participar das ações dos governos locais. A economia inteligente abrange todas as ações que visam promover o desenvolvimento econômico, através da aplicação das TICs na produção de bens, na prestação de serviços e no *design* de novos produtos e modelos de negócios (SANTIAGO IGLESIAS, 2016, p. 32, tradução nossa)³⁰.

3 SMART RURAL COMMUNITIES E A VIABILIDADE DE UM NOVO EMPODERAMENTO SOCIAL RURAL

Como foi analisado, as *smart rural communities* provocam uma mudança no modelo de governança, o qual se funda em um governo local, trazendo uma nova moldura de empoderamento a essas comunidades, visto que essa estrutura de governança é feita com a atuação de diversos atores na sociedade. Dessa forma, quando se busca a eficiência e o crescimento das políticas públicas, econômicas e sociais, uma relação entre o público e o privado é feita de forma interativa, uma relação exclusiva entre o público e a sociedade civil, pautada no respeito e transparência em uma escala local.

O diálogo do poder público com os cidadãos se gerencia de forma inteligente com um planejamento estratégico e com serviços públicos direcionados às atividades econômicas, sociais e ambientais, além da mobilidade e da administração com decisões qualificadas e de acordo com os anseios da população, cujas opiniões devem ser levadas em consideração. A busca pela melhor qualidade de vida, por sustentabilidade econômica e social e pela preservação ambiental se dá

²⁸ “El término medioambiente inteligente se refiere a todas aquellas medidas destinadas a mejorar la eficacia y eficiencia energética de una ciudad como, por ejemplo, el fomento del recurso a energías renovables o el empleo de las TIC para lograr el funcionamiento energéticamente sostenible de edificios, tanto públicos como industriales o de viviendas, para monitorizar los niveles de polución, o para mejorar la eficiencia en la prestación de determinados servicios públicos, como los de alumbrado, gestión de residuos o abastecimiento de agua y reducir su impacto medioambiental”.

²⁹ “En esta dimensión se comprenden aquellas iniciativas destinadas a lograr, através de la aplicación de las TIC, que los hábitos de consumo y el comportamiento de los ciudadanos sean saludables y seguros, en el marco de una ciudad que les ofrezca una gran oferta cultural y altos niveles de cohesión social”.

³⁰ “En esta dimensión se enmarcan todas aquellas actuaciones orientadas a impulsar el desarrollo económico de una ciudad y su imagen exterior, através de la aplicación de las TIC a la producción de bienes, a la prestación de servicios y al diseño de nuevos productos y modelos de negocio”.

através da criação de serviços aos cidadãos e novas formas eficientes de ação administrativa, permitindo que as *smart rural communities* sejam um sistema de empoderamento local e social.

Para Venier e Lucatti (2018, p. 204, tradução nossa)³¹, o cidadão não pode ser deixado sozinho, “as instituições e as empresas, de fato, devem desempenhar seu papel, acreditando-se como contrapartes credíveis e coordenadas, global e localmente”. Lladó Martínez (2018, p. 224, tradução nossa)³² destaca dois atores importantes para a comunidade inteligente, a saber: a tecnologia, ferramenta que possibilitará a expressão prática de ideias e conceitos, e, por outro lado, as instituições, com um papel de evidência, embora obviamente não seja único, das prefeituras e de outras administrações locais.

Lladó Martínez (2018, p. 226, tradução nossa) também defende que a participação por meios eletrônicos requer um grau de maturidade por parte do cidadão. Dessa maneira, para que haja participação efetiva das pessoas, é imprescindível estabelecer e colocar em funcionamento canais de comunicação entre a instituição e os cidadãos, porque os canais existentes na atualidade são instrumentos genéricos de comunicação que não respondem às necessidades das comunidades.

Ainda é preciso que seja percebido o nível de engajamento, o qual, para Lladó Martínez refere-se “à obrigação que a instituição contrata com os resultados das consultas com seus cidadãos”. Dessa forma, “sem essa implicação, a voz dos cidadãos por esse caminho não deixaria de ser simplesmente uma nova maneira de coletar opiniões, sem mais valor ou consequências do que uma pesquisa de uso” (2018, p. 227, tradução nossa)³³.

Segundo Lladó Martínez (2018, p. 227, tradução nossa)³⁴, o empoderamento eletrônico deve funcionar de tal maneira que “a própria administração adote um papel proativo para reunir a opinião do administrado, em vez de abrir o canal de comunicação e esperar contribuições”. Assim, “o governo deve aprender a motivar a participação do cidadão, tornando evidente e

³¹ “[...] le città diventino le Future Hall da cui governare il cambiamento negli interessi del pianeta e delle nuove generazioni, i cittadini non possono essere lasciati soli. Istituzioni e imprese, infatti, devono fare la loro parte, accreditandosi come controparti credibili e coordinate, sia a livello globale che a livello locale”.

Tradução livre - “[...] as cidades passam a ser os Salões do Futuro a partir dos quais regem as mudanças nos interesses do planeta e das novas gerações, os cidadãos não podem ser deixados sozinhos. As instituições e as empresas, de fato, devem desempenhar seu papel, acreditando-se como contrapartes credíveis e coordenadas, global e localmente”.

³² “Los otros dos grandes actores que dan forma al concepto son, por un lado, la tecnología, que se convierte en la herramienta que hará posible la plasmación práctica de las ideas y de los conceptos, y por otro lado las instituciones, con un papel destacado, aunque por supuesto no único, de los Ayuntamientos y resto de administraciones locales”.

³³ “El segundo concepto es el del e-compromiso (e-engaging), referido a la obligación que la institución contrae con los resultados de las consultas a su ciudadanía. Esto implica que, una vez establecidas las vías de acceso y transmisión de las opiniones, es necesario que éstas impliquen un grado a determinar de vinculación por parte de la administración. Sin esta implicación, la voz de la ciudadanía por esta vía no dejaría de ser simplemente una nueva forma de recoger opiniones, sin más valor ni consecuencias que una encuesta al uso”.

palpável que essas opiniões tenham efeito nas políticas públicas de tal modo que a participação ativa dos cidadãos será amplamente condicionada pela percepção de sua utilidade”³⁵.

Para alcançar esse objetivo são necessárias algumas medidas: em primeiro lugar, é fundamental a melhoria da transparência, observando os seguintes pontos: “a) desenvolvimento de legislação sobre liberdade de informação; b) estabelecimento de indicadores de desempenho e relatórios de desempenho das administrações públicas”, além da necessidade de “c) desenvolvimento de novas ferramentas *on-line* para acessar informações públicas; d) informações aos cidadãos sobre decisões futuras”³⁶.

Outro fator importante é a acessibilidade, que traz “a) modificação do regulamento do procedimento administrativo (simplificação) e acesso à informação (dados abertos); b) promoção da administração eletrônica” (GARCÍA NOVOA; SANTIAGO IGLESIAS, 2018, p. 418-419, tradução nossa)³⁷. O terceiro ponto a ser explorado é a receptividade, visto que é essencial promover “o uso de mecanismos para consultar os cidadãos para a tomada de decisões públicas, desenvolvendo ferramentas para a democracia eletrônica e a comunicação direta com as administrações e instituições públicas”^{38 39}.

Para Adam-Hernández e Harteisen (2020, p. 11, tradução nossa)⁴⁰, o domínio do desenvolvimento comunitário produziu uma conceitualização de comunidades urbanas e rurais resilientes altamente aplicável⁴¹. Os autores explicam que esse conceito de desenvolvimento comunitário é definido pelas Nações Unidas como “um processo no qual, membros de uma

³⁴“La noción de e-empoderamiento (e-empowering), que hace referencia a la potenciación desde la institución del uso de estos medios que en los estadios anteriores se han puesto en funcionamiento para facilitar la participación. La idea es que la propia administración adopte un rol proactivo para ir a recoger la opinión de los administrados, en lugar de abrir el canal de comunicación y esperar aportaciones sin más”.

³⁵ “Por descontado, los ciudadanos tienen también la máxima responsabilidad para una correcta aplicación y desarrollo del principio de participación. Es obvio que, si las personas no participan, los canales y las facilidades que se pongan a su disposición no tendrán el resultado que se espera; sin embargo, la administración debe aprender a motivar la participación del ciudadano haciéndole evidente y palpable que estas opiniones van a tener un efecto en las políticas públicas. La participación activa de la ciudadanía va a estar en buena parte condicionada por la percepción de su utilidad”.

³⁶“a) desarrollo de la legislación sobre la libertad de información; b) establecimiento de indicadores de desempeño e informes de rendimiento de las Administraciones públicas; c) desarrollo de nuevas herramientas en línea de acceso a información pública; d) información a los ciudadanos sobre decisiones futuras”.

³⁷“a) modificación de la regulación del procedimiento administrativo (simplificación) y del acceso a la información (datos abiertos); b) impulso de la administración electrónica”.

³⁸“Por último, en el ámbito de la receptividad: impulso de la utilización de mecanismos de consulta a los ciudadanos para la adopción de decisiones públicas, mediante el desarrollo de herramientas para la e-democracia y la comunicación directa con las Administraciones e instituciones públicas”.

³⁹“Asimismo, para la implementación de las actuaciones comprendidas en esta dimensión, resulta esencial el papel de la web institucional, a la que se deberían incorporar, por ejemplo: sindicación de contenidos; mecanismos que permitan a los usuarios valorar o puntuar los contenidos; instrumentos que permitan comentar las noticias publicadas en la web; la posibilidad de compartir los contenidos de la web, por ejemplo, a través de redes sociales como Facebook o de enviados por correo electrónico; crear foros; añadir encuestas sobre temas concretos para conocer la opinión de los ciudadanos; crear wikis para facilitar la colaboración de los ciudadanos en los contenidos”. (GARCÍA NOVOA; SANTIAGO IGLESIAS, 2018, p. 419).

comunidade se reúnem para resolver problemas comuns por meio de ação coletiva” (ADAM-HERNÁNDEZ; HARTEISEN, 2020, p. 13, tradução nossa)⁴².

Logo, quando se refere a comunidade nesse contexto, pode-se afirmar que é “uma organização social com um significado mais amplo que a soma dos indivíduos em um determinado espaço”. Assim, os membros da comunidade mantêm características sociais e relações econômicas e “compartilham ideias, valores, costumes, interesses, instituições e serviços com graus variados

⁴⁰ “For the conceptualisation of resilience in rural and more specifically in village development, a look at two disciplines seems necessary (Sánchez Zamora, Gallardo Cobos & Ceña Delgado, 2016) which in the course of the 20th century have dealt with it intensively: psychology and social ecology. Furthermore, it is worthwhile reviewing the realm of community development, which has produced a highly applied conceptualisation of resilient urban and rural communities”.

Tradução livre - “Para a conceitualização da resiliência no campo e, mais especificamente, no desenvolvimento das aldeias, parece necessário olhar para duas disciplinas (Sánchez Zamora, Gallardo Cobos & Ceña Delgado, 2016) que ao longo do século XX a trataram intensamente: a psicologia e ecologia social. Além disso, vale a pena revisar o domínio do desenvolvimento comunitário, que produziu uma conceitualização de comunidades urbanas e rurais resilientes altamente aplicável.”

⁴¹ “The concept of resilience comes from cybernetics. Cybernetics, according to its founding father Norbert Wiener, is the 'science of control and regulation of machines, living organisms and social organisations' and has been described as 'the art of controlling'. The Latin origin of the term (resilire: 'bounce back') describes the ability of a system to tolerate disturbance (Lukesch, Payer & Winkler-Rieder, 2010) and only reveals one of its possible interpretations. Consequently, resilience, understood as meaning robustness or persistence, puts the focus on maintaining the status quo and stability in the system examined. In addition, the initial effects of disturbance can be compensated for in the system by a kind of shock absorption and the system as a whole will 'spring back' to its original state. This rather static understanding of resilience was taken from the physical/technical notion in engineering and physics and introduced into psychology in the 1950s by Jack Block for describing a positive trait of personalities in dealing with a variety of challenges or stressful situations (Wunsch, 2013). As expounded below in this article, social ecology - largely through the work of the Canadian ecologist Crawford S. Holling - has further developed the concept of resilience in an interdisciplinary and systematic manner (Lukesch, 2016). Based on these developments, there is now a more dynamic understanding of the resilience concept that has placed the adaptability of systems or even their radical ability to transform into the focus of academic discussion”.

Tradução livre - “O conceito de resiliência vem da cibernética. Cibernética, de acordo com seu pai fundador Norbert Wiener, é a 'ciência do controle e regulação de máquinas, organismos vivos e organizações sociais' e tem sido descrita como 'a arte de controlar'. A origem latina do termo (resilire: 'saltar para trás') descreve a capacidade de um sistema para tolerar perturbações (Lukesch, Payer & Winkler-Rieder, 2010) e apenas revela uma de suas possíveis interpretações. Consequentemente, resiliência, entendida como significando robustez ou persistência, coloca o foco em manter o status quo e a estabilidade no sistema examinado. Além disso, os efeitos iniciais da perturbação podem ser compensados no sistema por um tipo de absorção de choque e o sistema como um todo retornará ao seu estado original. Essa compreensão bastante estática da resiliência foi extraída do conhecimento técnico-físico em engenharia e física e introduzida na psicologia na década de 1950 por Jack Block por descrever um traço positivo de personalidade ao lidar com variedade de desafios ou situações estressantes (Wunsch, 2013). Conforme exposto abaixo neste artigo, ecologia social - em grande parte através do trabalho do ecologista canadense Crawford S. Holling - desenvolveu ainda mais o conceito de resiliência em uma maneira interdisciplinar e sistemática (Lukesch, 2016). Com base nestes desenvolvimentos, existe uma compreensão mais dinâmica do conceito de resiliência que colocou a adaptabilidade dos sistemas ou mesmo sua capacidade radical de transformar-se no foco da discussão acadêmica” (ADAM-HERNÁNDEZ; HARTEISEN, 2020, p. 11).

⁴² “Community Development' is defined by the United Nations as 'a process in which members of a community come together to solve common problems through collective action' (United Nations, 2018). It is defined by the International Association for Community Development (IACD) as 'a hands-on profession and academic discipline that promotes participative democracy, sustainable development, human rights, economic opportunity, equality and social justice through the organisation, education and empowerment of people in rural or urban spaces regardless of whether they be local, identity-based or interest groups' (2017)”.

Tradução livre - O Desenvolvimento da Comunidade é definido pelas Nações Unidas como “um processo no qual os membros de uma comunidade se reúnem para resolver problemas comuns por meio da ação coletiva” (Nações

de conformidade e conflito (Uriarte, 2013)” (ADAM-HERNÁNDEZ; HARTEISEN, 2020, p. 13, tradução nossa)⁴³.

Diante desse fator, o desenvolvimento da comunidade resiliente permite que os recursos desta sejam diretamente executados, trazendo uma nova perspectiva e avanço para o meio rural, como o empoderamento das pessoas. O grau de resiliência também facilita a ação coletiva e processos de tomada de decisões que permitam um funcionamento adequado, superando o paradoxo perdedor-ganhador.

Desse modo, “a qualidade dos processos democráticos a nível local e regional seria crucial para a resiliência de uma vila”, situação em que as estruturas que são “politicamente legitimadas e a administração desempenham um papel muito importante”. Portanto, a “participação de uma ampla gama de atores com interesses diversos dentro da aldeia e a integração de conhecimentos e habilidades locais serviria como um recurso valioso para enfrentar os desafios presentes e futuros” (ADAM-HERNÁNDEZ; HARTEISEN, 2020, p. 28-29, tradução nossa)⁴⁴.

Além desses fatores, em uma vila, existe uma acentuada diversidade de moradores e de elementos econômicos, recursos ambientais e culturais que levariam a um maior grau de resiliência, além da diversidade, disparidade e do equilíbrio dos elementos do sistema. Estas diferenças também seria um objeto que traria uma riqueza de opções para enfrentar os desafios que prevalecem nas áreas

Unidas, 2018). É definido pela Associação Internacional para o Desenvolvimento da Comunidade (AICD) como “uma profissão prática e disciplina acadêmica que promove a democracia participativa, o desenvolvimento sustentável, os direitos humanos, as oportunidades econômicas, a igualdade e a justiça social por meio da organização, educação e empoderamento das pessoas em espaços rurais ou urbanos, independentemente de serem locais, baseados na identidade ou grupos de interesse” (2017).

⁴³“When we speak of community in this context, we mean a social organisation with a broader meaning than the sum of the individuals in a given space. Thus, the members of the community maintain characteristic social and economic relationships. They share ideas, values, customs, interests, institutions and services with varying degrees of conformity and conflict (Uriarte, 2013)”.

Tradução livre - Quando falamos de comunidade neste contexto, queremos dizer uma organização social com um significado mais amplo do que a soma dos indivíduos em um determinado espaço. Assim, os membros da comunidade mantêm relações sociais e econômicas características. Eles compartilham ideias, valores, costumes, interesses, instituições e serviços com vários graus de conformidade e conflito.

⁴⁴“Another key factor for a higher degree of resilience in the village would be to facilitate well-functioning collective action and decision-making processes. If a balance is found between autonomy, cooperation and dependence among the actors involved on different scales, these processes can be successfully managed. Such balanced systems are referred to in the literature as 'polycentric governance systems'. These build upon transparent and efficient communication and are the source of institutional diversity, broader participation, a strong culture of learning and experimentation, and improved system networking. Here, however, lies a major challenge in dealing with the conflicts of aims and interests that are carried out in the open, as well as with the winners and losers of the decisions taken. Accordingly, the quality of democratic processes at local and regional level would be crucial for the resilience of a village. Here, the politically legitimized structures and the administration play a very important role. The genuine participation of a wide range of actors with diverse interests within the village and the integration of local knowledge and skills would serve as a valuable resource for meeting present and future challenges”.

Tradução livre - Outro fator chave para um maior grau de resiliência na aldeia seria facilitar o bom funcionamento da ação coletiva e dos processos de tomada de decisão. Se for encontrado um equilíbrio entre autonomia, cooperação e dependência entre os atores envolvidos em diferentes escalas, esses processos podem ser gerenciados com sucesso. Esses sistemas equilibrados são referidos na literatura como "sistemas de governança policêntricos". Estes se baseiam em uma comunicação transparente e eficiente e são a fonte de diversidade institucional, participação mais

rurais (ADAM-HERNÁNDEZ; HARTEISEN, 2020, p. 28-29, tradução nossa)⁴⁵.

Portanto, a forma como os espaços rurais são incorporados espacialmente, seja no local ou no regional, geram uma situação estrutural a qual se reflete nas relações de poder político e social existentes, levando ao empoderamento e fortalecimento. É importante observar que a transformação de um território rural em uma comunidade inteligente é um processo complexo e demorado, que necessita de perfil territorial, demográfico, sociológico e análises dos pontos fortes e das debilidades. Santiago Iglesias (2015, p. 695-696, tradução nossa)⁴⁶ afirma que existem alguns critérios, tais como: um mecanismo para a recuperação dos dados necessários para a elaboração do perfil da comunidade; a definição dos objetivos; e, ainda, a identificação dos sujeitos envolvidos⁴⁷. Após, segue a autora, é preciso projetar um plano de ação, que conterà ambas as medidas a adotar para a transformação da cidade como mecanismos para serem usados para financiamento” (SANTIAGO IGLESIAS, 2015, p. 698, tradução nossa)⁴⁸.

Com base nesses aspectos, observa-se que a construção de uma comunidade inteligente na área rural acaba fortalecendo os espaços locais e os empoderando, permitindo, assim, que se possam concretizar as *smart rural communities*. Por conseguinte, existem várias ações que podem trazer o empoderamento das comunidades inteligentes na área rural. Essas comunidades têm a

ampla, uma forte cultura de aprendizagem e experimentação e rede de sistema aprimorada. Aqui, porém, reside um grande desafio em lidar com os conflitos de objetivos e interesses que se realizam abertamente, bem como com os vencedores e vencidos das decisões tomadas. Consequentemente, a qualidade dos processos democráticos a nível local e regional seria crucial para a resiliência de uma aldeia. Aqui, as estruturas politicamente legitimadas e a administração desempenham um papel muito importante.

⁴⁵“Moreover, in a village, a pronounced diversity of residents and of economic, environmental and cultural resources would lead to higher degree of resilience. The diversity, disparity and balance of system elements is the subject of analysis in the vast majority of the publications analysed. The diverseness of, for example, the age, background, culture, opinions, experiences or expertise of the villagers would provide a basis for division of labour, specialisation and innovation. This would also offer a wealth of options to face the challenges prevailing in rural areas”.

Tradução livre - Além disso, em uma aldeia, uma diversidade pronunciada de residentes e de recursos econômicos, ambientais e culturais levaria a um maior grau de resiliência. A diversidade, disparidade e equilíbrio dos elementos do sistema é objeto de análise na grande maioria das publicações analisadas. A diversidade de, por exemplo, idade, formação, cultura, opiniões, experiências ou especialização dos moradores forneceria uma base para a divisão do trabalho, especialização e inovação. Isso também ofereceria uma variedade de opções para enfrentar os desafios que prevalecem nas áreas rurais.

⁴⁶“Durante el proceso descrito, es necesario fomentar el debate y el intercambio de información a distintos niveles, empleando, para ello, mecanismos como los que se describirán a continuación. De un lado, se debe recurrir a fuentes externas al ente local para la obtención de los datos relativos a los extremos anteriores —como, por ejemplo, aquellos procedentes de otras Administraciones, de los concesionarios de servicios públicos o de las fuerzas y cuerpos de seguridad— e integrarlos, con el fin de ofrecer una visión completa y actualizada”.

⁴⁷“Las dimensiones del proceso de transformación de una ciudad en Smart city hacen que sea necesaria la participación de diversos agentes (Administraciones públicas, empresas, ciudadanos, etc...) que deben desempeñar un papel activo durante el mismo. Por ello, antes de poner en marcha una iniciativa de esta naturaleza, es importante identificar los sujetos implicados, definir el rol de cada uno de ellos y conseguir su compromiso con la misma, resultando clave la comunicación constante con los ciudadanos, que deben involucrarse en el proyecto y sentirse parte del mismo. Es muy importante que se genere un “ecosistema colaborativo”, que evolucione de forma constante dependiendo de los proyectos concretos y de las prioridades que, en cada momento, se definan”. (SANTIAGO IGLESIAS, 2015, p. 697-698).

⁴⁸“Una vez decidido el tipo de ciudad que se desea construir y tras definir los objetivos a alcanzar y los sujetos intervinientes en el proceso, es necesario elaborar un plan de actuación, en el que se contendrán tanto las medidas a adoptar para la transformación de la ciudad como los mecanismos que se emplearán para su financiación”.

possibilidade de atender critérios importantes, como a participação cidadã, a transparência da administração pública, o livre acesso à informação e a melhoria dos serviços prestados, através do uso da tecnologia, a eficiência de recursos e a valorização local. Além disso, há melhora na qualidade de vida das pessoas e um meio ambiente protegido e proativo, que leva a um viés de equidade e justiça social, efetivando os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

No entanto, evitando-se, conforme já referido, raciocínios simplistas, sugere-se, para que se consiga implementar e empoderar as *smart rural communities*, a criação de um observatório sócio-jurídico permanente para a concretização desses novos paradigmas a partir do referencial do convivialismo. O fortalecimento das zonas rurais, que refletem a esfera local, permite, através do convivialismo e da subsidiariedade, atingir os objetivos da sustentabilidade (ODS) e concretizá-los na sua integralidade, além de oportunizar uma visão convivalista de cooperação, solidariedade e bem viver.

Pode-se utilizar a ideia do Observatório Internacional de Regulação de Entidades do Setor Público (doravante, OIRESP), o qual se compõe de grupos de acadêmicos e profissionais que estudam as administrações públicas, em sentido amplo, bem como visam a uma divulgação possível dos resultados dessas ações, em benefício da sociedade global⁴⁹.

Com isso, o observatório atua em uma expectativa que serve como instrumento de gestão e de publicidade de dados, de informações para que haja transparência dos dados e que sejam criados relatórios de monitoramento nacional dos casos que são complexos e que permita que as comunidades rurais inteligentes impactem de modo social, econômica, ambiental, cultural, etc. dentro da sociedade. A ideia é promover a integração institucional, jurídica, econômica e social, a fim de propor de forma constante medidas concretas de aperfeiçoamento dessas comunidades, tendo sempre como objetivo o empoderamento social local a partir dos pressupostos teóricos do convivialismo.

CONCLUSÃO

Desse modo, o presente artigo centrou-se em verificar quais os limites e potencialidades de empoderamento da sociedade local - com base no referencial do convivialismo – podem se verificar na implementação das *smart communities*.

⁴⁹ “El OIRESP constituye una red internacional de investigación impulsada desde el Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado y la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela(OIRESP, 2020).”

A descentralização permite que o Estado possa delegar funções a outros entes da federação, os quais podem, por sua vez, atender de forma mais eficaz os problemas da comunidade, criando, assim, a possibilidade de alcançar de forma mais adequada a sustentabilidade, o empoderamento local e o convivialismo.

Desse modo, verificou-se, na primeira seção, como o espaço rural e o convivialismo podem ser definidos, para que se elabore uma releitura das potencialidades da sociedade no cotidiano rural e, com isso, se concretize a solidariedade e a subsidiariedade nas comunidades inteligentes. O movimento convivalista tem como base o fato de que a natureza e o ser humano são entendidos além do objeto de lucro e de interesse. O capitalismo é um problema na sociedade atual e o movimento é uma proposta de política filosófica contra a forma de progresso da sociedade.

O convivialismo é a arte de viver juntos e bem viver, o qual representa a integralização da comunidade, ser humano e natureza, sem negar a legitimidade do conflito, mas permitindo um fator de dinamismo, cooperação e criatividade. É uma forma de partilhar e responder às questões problemáticas existentes. O movimento permite responder o que é permitido e proibido às pessoas, que tipo de comunidade política é legítima, o que é permitido retirar da natureza e como restituir o que se retirou. No aspecto econômico, deve-se observar a quantidade de riqueza material viável de produzir e como se consegue unir os critérios econômicos com os sociais e ambientais.

Desse modo, a sustentabilidade, a subsidiariedade e o convivialismo são a base estruturante para que se efetive o conceito de *smart rural communities*, visto que o poder local, dentro das comunidades rurais, oportuniza o empoderamento e a deliberação na tomada de decisões, o que promove a sustentabilidade e a minimização dos problemas ambientais.

Já na segunda seção, analisou-se a viabilidade de implementação das *smart rural communities*, a partir de um estudo bibliográfico que busca elementos das *smart cities* para que se consiga concretizar as comunidades inteligentes e fornecer elementos para tal.

A partir do estudo, averiguou-se que é fundamental ampliar o conceito de *smart cities* para as *smart rural communities*, visto que todos esses pressupostos inseridos no âmbito local da municipalidade rural permitem que haja o funcionamento efetivo de uma comunidade inteligente. Ao conhecer os problemas das cidades inteligentes, consegue-se resolvê-los quando se insere a perspectiva no âmbito local, a partir da articulação com os conceitos referenciais desta tese, haja vista o impacto positivo de premissas da sustentabilidade e da subsidiariedade, em especial na dimensão horizontal e do convivialismo.

Por fim, analisou-se como as *smart rural communities* podem minimizar a problemática socioambiental no Brasil e na Espanha através de uma governança agrícola e da valorização do espaço local. Ao implementar as comunidades inteligentes na zona rural, permite-se que a população tenha acesso à tecnologia e a serviços que levam à redução de problemas existentes, além de trazer um novo modelo de comunidade que valorize o local, de modo que as pessoas se sintam pertencentes a esses espaços. Observou-se que existem assimetrias na implementação dessas comunidades, entretanto, é possível resolvê-las através de uma gestão municipal preocupada com sua comunidade e que valorize esse espaço.

Para a criação de comunidades rurais inteligentes, é fundamental passar por um processo que crie ferramentas e alternativas para fornecer a infraestrutura e o acesso às tecnologias e aos direitos universais a todos os cidadãos. Contudo, para isso, é necessário desenvolver habilidades que auxiliem os cidadãos da zona rural a serem incluídos, com base no acesso à inclusão digital e à tomada de decisões, através das políticas públicas, o que se concretiza pela educação e pela conscientização de seu espaço e de sua função dentro da comunidade. Existe a necessidade de adesão do poder público e de ações governamentais, as quais busquem incentivar, apoiar e dar suporte às populações locais na tomada de decisões e na resolução dos problemas que surgirem. Portanto, o incentivo dado à zona rural é importante, visto que busca alternativas de crescimento econômico, mas pautado na ecoeficiência, permitindo a geração de mais emprego e renda de maneira sustentável e com uma integração sistêmica com o meio ambiente.

Verifica-se que o poder local e a subsidiariedade, juntamente com o movimento convivialista, permitem que a sustentabilidade e a minimização dos problemas socioambientais sejam um caminho a ser executado pelas comunidades rurais inteligentes. As redes digitais e tecnológicas são um fator importante para a compreensão da forma de expansão do capital social, econômico e ambiental nessas comunidades.

Por fim, na terceira seção, fez-se um estudo de como as *smart rural communities* podem viabilizar o empoderamento social no âmbito rural, o que permite observar que a sua concretização pode minimizar os impactos dos problemas socioambientais existentes tanto no Brasil como na Espanha.

As diretrizes para as políticas públicas e para o Direito devem ser bem planejadas e pensadas. No caso das políticas sociais, estas devem ser concretizadas pelo Estado e não serem plataformas governamentais sob pena de mudarem a cada legislatura. O Direito é um dos caminhos para se verificar o uso da tecnologia e a não manipulação por grupos sociais e, com isso, permite que não haja exclusão e dominação nas comunidades inteligentes.

As políticas públicas são mecanismos importantes que os entes públicos possuem para produzir e garantir direito às populações por meio de projetos e iniciativas que abarquem questões políticas, sociais, ambientais, econômicas, culturais, etc. Com o aprimoramento e a continuidade dessas políticas pelas gestões governamentais, é possível influenciar a vida da população e criar oportunidades e melhorias na qualidade de vida, uma vez que o dinamismo e a eficiência promovem o desenvolvimento e impulsionam o progresso em seus vários vieses. No caso do Direito, suas diretrizes promovem uma ordenação das *smart communities*, a fim de que os direitos básicos dos cidadãos não sejam prejudicados, além de permitir a execução de outros direitos, os quais garantam a eficiência desse tipo de comunidade.

Desta forma, compreende-se que existe a necessidade de repensar os grandes conglomerados urbanos, de forma que eles possam se voltar aos espaços locais, que se empoderem e partam de um viés convivialista e de sustentabilidade. Com isso, há de se destacar a importância das comunidades rurais inteligentes, ou *smart rural communities*, as quais permitem esse fortalecimento da esfera local e do sentido de solidariedade, cooperação e sustentabilidade, esta última valorizando e efetivando o tripé econômico, social e ambiental, de modo que a comunidade se imbua de direitos e garantias, os quais permitam que a natureza tenha seus ciclos vitais preservados e o desenvolvimento econômico respeite tanto os cidadãos quanto à natureza.

REFERÊNCIAS

ADAM-HERNÁNDEZ, Alistair; HARTEISEN, Ulrich. *A Proposed Framework for Rural Resilience – How can peripheral village communities in Europe shape change?* Revista de Estudios sobre Despoblación y Desarrollo Rural y Journal of Depopulation and Rural Development Studies. ISSN 1578-7168, N°. 28, 2020, p. 7-42. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7275030>. Acesso em: 09 jun. 2020.

CAILLÉ, Alain. Quelques réponses à... *Revue Du Mauss*, Paris, v. 01, n. 43, p. 269-275, jan. 2014. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-du-mauss-2014-1.html>. Acesso em: 16 maio 2020.

CAILLÉ, Alain; CHANIAL, Philippe. Présentation. *Revue Du Mauss*, Paris, v. 01, n. 43, p. 05-22, jan. 2014. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-du-mauss-2014-1.html>. Acesso em: 16 maio 2020.

FRÉMEAUX, Philippe. La lutte contre les inégalités, un objectif et une méthode. *Revue Du Mauss*, Paris, v. 01, n. 43, p. 31-34, jan. 2014. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-du-mauss-2014-1.html>.

mauss-2014-1.html. Acesso em: 16 maio 2020.

GARCÍANOVOA, César; SANTIAGO IGLESIAS, Diana. *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*. 1. ed. Navarra: Aranzadi -Thomson Reuters, 2018.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. La construcción de las *smart cities* desde la contratación pública: la compra de bienes y servicios innovadores. In: AGUADO I. CUDOLÁ, Vicenç; PARISIO, Vera; CASANOVAZI I. IBÁÑEZ, Óscar. *El derecho a la ciudad: Smart Cities*. Barcelona: Atelier, 2018.

HUMBERT, Marc. Une indispensable offensive intellectuelle collective. *Revue Du Mauss*, Paris, v. 01, n. 43, p. 63-74, jan. 2014. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-du-mauss-2014-1.html>. Acesso em: 17 maio 2020.

INTERNET SOCIETY. *Honduras Chapter in partnership with Red De Desarrollo Sostenible*. Disponível em: <https://www.internetsociety.org/beyond-the-net/grants/2017/comunidades-inteligentes/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

JUANES BENÉITEZ, Francisco Javier. *Nuevas formas de transferir significado a lo rural desde la responsabilidad social y la inteligencia territorial delimitación del concepto de smart ruralities*. Tese de Doutorado. UNIVERSIDAD DE LEÓN. Departamento de Geografía y Geología. Dirigida por el Profesor Dr. D. José Luis Vázquez Burguete. León, Noviembre de 2015.

MARTINS, Paulo Henrique. La nature symbolique et les usages politiques du “bien vivre”. *Revue Du Mauss*, Paris, v. 01, n. 43, p. 75-87, jan. 2014. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-du-mauss-2014-1.html>. Acesso em: 17 maio 2020.

OLIVIER NOUAILLAS. La Vie (org.). *Alain Caillé: “Le convivialisme, une idée neuve pour éviter la catastrophe”*. 2013. Disponível em: http://www.lavie.fr/actualite/societe/alain-caille-le-convivialisme-une-idee-neuve-pour-eviter-la-catastrophe-17-06-2013-41474_7.php. Acesso em: 16 maio 2020.

PONCE SOLÉ, Juli. El derecho a la ciudad en la gestión inteligente del territorio: Planteamiento general. La transdisciplinariedad, el derecho a la ciudad y el reto de las *smart cities*. In: AGUADO I. CUDOLÁ, Vicenç; PARISIO, Vera; CASANOVAZI I. IBÁÑEZ, Óscar. *El derecho a la ciudad: Smart Cities*. Barcelona: Atelier, 2018.

SANTIAGO IGLESIAS, Diana. *Iniciativas para un futuro urbano sostenible: las smart cities*. In.: LÓPEZ, Tomás Quintana y Otros. *Urbanismo sostenible rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

SANTIAGO IGLESIAS, Diana. *La implementación de proyectos smart city en núcleos urbanos de tamaño medio: análisis de experiencias en Castilla y León*. Revista Jurídica de Castilla y León. Número 39. Mayo 2016. ISSN: 2254-3805. Hacia un urbanismo sostenible em Castilla y León.

TOMÀS FORNÉS, Mariona. El impacto de las smart cities en la governaza urbana y en rol de los derecho de los gobiernos locales. In: AGUADO I. CUDOLÁ, Vicenç; PARISIO, Vera; CASANOVAZ I. IBÁÑEZ, Óscar. *El derecho a la ciudad: Smart Cities*. Barcelona: Atelier, 2018.

VENIER, Stefano; LUCATTI, Edoardo. Future hall. le circular *smart city* come driver globau di uno sviluppo sostenibile e resiliente. In: AGUADO I. CUDOLÁ, Vicenç; PARISIO, Vera; CASANOVAZ I. IBÁÑEZ, Óscar. *El derecho a la ciudad: Smart Cities*. Barcelona: Atelier, 2018.

TRATADOS INTERNACIONAIS E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Marcus Vinícius Pinto Santos¹

Aylle de Almeida Mendes²

RESUMO: Trata-se de exposição na qual se verifica os efeitos da rigidez constitucional perante os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, caso exista eventual incompatibilidade entre ambas. A partir do entendimento do Supremo tribunal federal que conferiu status de norma supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos, verificar-se-á se, devido à relevância da matéria, é viável manter o rigoroso formalismo constitucional, a fim de se prestigiar a sua rigidez ou se a própria constitucionalidade inerente à matéria referente aos direitos humanos e fundamentais determina uma relativização do formalismo de forma a este ceder espaço para aqueles.

Palavras-chave: tratados internacionais, direitos humanos, supralegalidade, rigidez constitucional.

ABSTRACT: It is an exposition in which the effects of constitutional rigidity in the face of international treaties and conventions on human rights are verified, should there be any incompatibility between the two. Based on the understanding of the federal Supreme Court that has conferred supralegal rule status on international human rights treaties, it will be verified whether, due to the relevance of the matter, it is feasible to maintain the strict constitutional formalism in order to appreciate its rigidity or whether the very constitutionality inherent in the matter of human and fundamental rights determines a relativization of formalism in order to give space to those.

Keywords: international treaties, human rights, supralegality, constitutional rigidity

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz a lume as situações relacionadas e eventuais conflitos existentes entre os tratados e convenções internacionais e as normas constitucionais.

Centraliza-se o questionamento elaborado neste trabalho na decisão do Supremo tribunal

¹Mestrando da Universidade de Itaúna/UIT

²Meste pela Universidade de Itaúna/UIT

Federal(RE466343-SP³) que desconsiderou a constitucionalidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não obtivessem a respectiva aprovação do Congresso Nacional pelo mesmo quórum estabelecido para as emendas constitucionais. A decisão que prevaleceu em tal ocasião foi no sentido de conferir caráter supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional; isso com a finalidade de preservar a rigidez constitucional. A partir disso, é feito um questionamento a respeito da legitimidade de tal posicionamento diante de todo o contexto normativo existente. Além disso, cabe aqui verificar se o ordenamento constitucional permitiria posição diversa da que foi adotada pela Suprema Corte no sentido de se elevar a condição de tais tratados em razão da extrema relevância da matéria da qual os mesmos tratam.

Também será verificada a coerência do posicionamento prevalecente no STF com o princípio da segurança jurídica; tendo em vista ser este um dos principais postulados e fundamentos de todo o nosso sistema jurídico constitucional, torna-se pertinente avaliar a adequabilidade de tal princípio da segurança jurídica com a decisão contrária aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a fim de se verificar eventual impacto na ordem interna, caso a inadequação entre ambas fosse constatada.

Através de pesquisa bibliográfica, na presente exposição, verificar-se-á a conveniência em se sacrificar o puro formalismo para dar prevalência a um interesse da maior relevância que são os direitos humanos, analisando se há fundamentos fáticos e jurídicos para tanto.

1 TRATADOS INTERNACIONAIS E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

As lições mais básicas dos estudos do Direito nos remetem a conceitos que consagram a magnanimidade da Constituição Federal em relação às demais normas de um ordenamento jurídico. Há diversas classificações para os modelos de diplomas normativos que constituem um dado Estado Soberano; contudo, diante da tendência mundial de adoção da democracia como regime de governo, o documento normativo que emerge de tal processo é a Constituição. É preciso já frisar, nesse ponto, que boa parcela dessa tendência democrática mundial se deve ao comportamento dos órgãos internacionais e nações que aderem às normas internacionais estabelecidas. Isso porque aquela nação que não compactuar com determinados valores universais passa a sofrer com o seu consequente isolamento perante a comunidade internacional

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 466343. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de publicação DJE 05/06/2009 - Ata Nº 17/2009. DJE nº 104, divulgado em 04/06/2009. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>>. Acesso:05jan2019.

já estabelecida, podendo sofrer os efeitos decorrentes dessa marginalização nos campos sociais, culturais e econômicos. Atualmente, no mundo cada vez mais globalizado, o processo constante e permanente de integração de determinada nação com a comunidade internacional é determinante para a saúde econômica, social e cultural dos países; e estes se veem diante da premente necessidade de adequação e internalização de determinados postulados que são universalmente consagrados e amplamente reconhecidos como avanços da civilização. Nesse contexto, o documento normativo que se adequa à essa realidade dos países é uma Carta Constitucional na qual se estabeleçam direitos e obrigações não destoantes daqueles universalmente consagrados nos mencionados textos legislativos internacionais.

Tendo como premissa um documento soberano que constitui e organiza determinada nação e sendo o mesmo uma constituição originada da vontade popular, ainda que de forma indireta, cabe investigar como se dá a relação entre esse relevantíssimo documento constitucional e o, também crucial, ordenamento jurídico internacional. É fundamental que haja o devido esclarecimento a respeito das particularidades no processo de acolhimento do ordenamento jurídico internacional pela ordem jurídica interna de uma determinada nação, já que diversas consequências negativas podem advir da obscuridade de tal questão, a partir da própria insegurança jurídica nas relações com outros países, que sofrerão as consequências da inobservância dos compromissos internacionais assumidos pela nação inadimplente.

No tocante à relação da legislação interna com os Tratados Internacionais, há duas teorias a respeito, conforme menciona (JUBILUT, 2007, p.183): 1) Teoria Monista que entende que a ordem interna e a internacional estão contidas no mesmo ordenamento jurídico, formando ambas um só todo, consagrando assim a idéia de unicidade do Direito; nesse caso, não haveria necessidade de um procedimento específico para internalização de uma norma internacional para que esta possa gerar efeitos na ordem interna dos Estados; dentre aqueles que defendem a teoria Monista, os mesmos se dividem entre aqueles que entendem que, em caso de divergência entre as ordens jurídicas interna e internacional, a legislação interna deve prevalecer (em razão da primazia da história e tradição internas) e aqueles que defendem que a norma internacional deve prevalecer, em razão de ser fruto de um consenso entre Estados, fruto de um pacto plurilateral, não podendo a vontade de apenas um ter prevalência; 2) Teoria Dualista defende que a ordem interna e a internacional são diversas, independentes e apartadas e, para o ingresso da norma internacional no plano interno de determinada nação, seria necessário um procedimento formal para a sua recepção e aplicação interna. A doutrina e a jurisprudência entendem que o Brasil aderiu à Teoria Dualista (artigos 84, inciso VIII, 21 e 49 da CF/88 relativo à celebração e

internalização dos tratados e também pelo STF no Recurso Extraordinário Nº80.004⁴ e ADI 1490-3⁵). De fato, a redação dos mencionados dispositivos constitucionais nos aponta uma necessidade de aprovação dos tratados internacionais pelo Poder Legislativo para que tais atos normativos passem a ter validade, vigência e aplicabilidade no território brasileiro.

Quanto ao momento em que o tratado estará definitivamente incorporado ao nosso ordenamento, conforme dispõe o texto constitucional, isso ocorre com o Decreto de Promulgação pelo Poder Executivo. A ratificação de um tratado se inicia com a aprovação de um Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional, do qual usualmente consta o texto do tratado traduzido para a língua portuguesa. Em seguida, tal decreto é enviado ao Poder Executivo, representado pelo Presidente da República para que este promulgue tal decreto. Depois disso, o Presidente da República faz a ratificação internacional do tratado por meio da notificação da sua aceitação.

Nesse ponto, quanto ao caso específico da Carta Constitucional do Brasil de 1988, é oportuno fazer menção ao seu aspecto rígido; as normas inseridas no texto constitucional de 1988 leva-nos a concluir pela adoção do modelo rígido de constituição, tendo em vista que, para a alteração de norma constitucional, é previsto um procedimento mais criterioso e exigente (quórum qualificado para a proposição e aprovação das matérias), do que para a alteração da legislação ordinária infraconstitucional; aqui a característica da rigidez da Constituição Federal de 1988 ganha maior destaque porque, ao consagrar a superioridade formal dos dispositivos que nela estão inseridas, as demais normas que não forem formalmente incluídas no texto constitucional perdem tal status e deixa de existir uma possível paridade entre elas (norma internacional e Constituição Federal).

Sendo a Constituição a norma de maior força do País, a validade de todo o restante do ordenamento jurídico fica na dependência da sua compatibilidade com o texto constitucional, de forma que toda matéria que não for compatível com a Constituição Federal deve ser tida como não recepcionada (caso o texto legal questionado seja anterior à Constituição) ou como inconstitucional (caso o texto normativo impugnado seja posterior à Constitucional). Assim, no caso do Brasil o parâmetro de legitimidade de qualquer norma no País é a Constituição Federal de 1988. É preciso, contudo tecer algumas linhas sobre determinadas peculiaridades no tocante a essa matéria naquilo que diz respeito ao que se convencionou denominar como bloco de constitucionalidade; sendo este o conjunto de normas ao qual fica submetido a validade, eficácia e

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 80004. 2ª Turma. Relator: Min. Octavio Gallotti. Data de publicação dj 18/08/2000 - Ata nº 24/2000. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=80004>>. Acesso:04jan2019.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI1490. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão publicada, dj: DE 08/04/99. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1648496>>. Acesso:04jan/2019

vigência de qualquer texto normativo, nacional ou internacional que tenha a pretensão de vigor em determinado território. No Brasil, está contido nesse conjunto ou somatório de normas, que serve como paradigma para análise de validade do restante do ordenamento jurídico, as normas constitucionais e os tratados internacionais que passarem a possuir status constitucional, na forma como determina o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 : “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O dispositivo acima transcrito foi inserido na Constituição federal de 1988 pela Emenda Constitucional N°45/2004 e teve o mérito de conferir legitimidade constitucional a todos os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal pelo mesmo quórum exigido para aprovação das emendas constitucionais; ou seja, para que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam equiparados às emendas constitucionais, tais atos normativos devem passar pelo mesmo processo de aprovação; isso deve por efeito da adoção do caráter rígido da Constituição Federal de 1988.

O aludido dispositivo constitucional indica que tais normas internacionais, após o mencionado procedimento de aprovação, serão equivalentes às emendas constitucionais; convém ressaltar que o texto trazido pela Emenda Constitucional N°45/2004 não altera a natureza da norma internacional, mas apenas concede a esta força equivalente à da norma constitucional. Sendo assim, é possível dizer que o bloco de constitucionalidade detém um cunho predominantemente material, apesar da realização do processo de aprovação com quórum necessário para aprovação de emendas constitucionais. Esse quórum qualificado para internalização dos tratados e convenções pode justificar e fortalecer a exigência da submissão a um processo formal equivalente ao das emendas constitucionais, mas é possível verificar que tal argumento da imprescindibilidade do formalismo se enfraquece quando se constata que o requisito da legitimidade restrita para proposição de emenda constitucional não foi observado; se uma das razões à restrita observância do formalismo é a obediência ao princípio constitucional da simetria, pode-se dizer que não há coincidência absoluta entre o procedimento de internalização de um tratado sobre direitos humanos e aprovação de uma emenda constitucional. Sendo assim, no tocante à matéria relativa aos tratados de direitos humanos, diante da magnitude do interesse e do direito envolvido, o formalismo passa a parecer ser um detalhe secundário e o chamado bloco de constitucionalidade deveria caracterizar-se, prevalentemente, pelo conteúdo material da norma; até mesmo porque como bem menciona Piovesan(PIOVESAN, 2008, p.12) :

Os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quórum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

O fundamento da prevalência material do bloco de constitucionalidade coaduna com o posicionamento doutrinário de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos devem ter uma posição privilegiada no ordenamento jurídico do País, não podendo, de forma alguma, tais diplomas normativos internacionais, devido à sua extrema relevância, ocupar posição equivalente às das leis ordinárias.

Uma interpretação sistemática, teleológica, histórica e até literal da Constituição Federal de 1988 nos remete a um acolhimento sempre favorável e ampliativo das normas relativas aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. São vários os dispositivos constitucionais que denunciam a natureza humanista da Carta Constitucional de 1988; já no artigo 1º da CF/88, tem-se a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos, no artigo 3º tem-se como objetivo do Brasil promover o bem de todos, sem qualquer distinção (dentre elas, a origem), bem como o objetivo constitucional expresso de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O artigo 4º da CF/88 dispõe expressamente que o Brasil nas suas relações internacionais adotará como um dos princípios a prevalência dos direitos humanos. Enfim, são vários os dispositivos constitucionais, logo no início da Carta Magna de 1988, elevados à condição de princípios, que denotam o intento de ampla receptividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos; até a própria distribuição das matérias constitucionais no corpo do seu texto, com a aposição do capítulo dos direitos fundamentais logo no início do seu texto e anteriormente aos capítulos relativos à estrutura do Estado e repartição dos Poderes, nos permite concluir pela existência de um propósito protetivo ao ser humano nos desígnios do constituinte de 1988. Não bastasse esse denso arcabouço normativo, o parágrafo 2º do próprio artigo 5º da Constituição é expresso no sentido de recepção ampliativa dos direitos fundamentais: “ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Consequentemente, o aspecto puramente formal não pode se tornar um óbice intransponível para ampliação de direitos e garantias cuja compatibilidade a própria redação constitucional previa anteriormente

Tal aspecto formal do modelo constitucional adotado no Brasil pode ocasionar algumas imprecisões técnicas e jurídicas no sentido de se impingir, por um lado, o status constitucional a determinadas normas desprovidas de conteúdo constitucional e, por outro lado, afastar do bloco de constitucionalidade determinadas matérias que, apesar do evidente teor constitucional, não são formalizadas no texto constitucional.

2 RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Com relação aos tratados e convenções, após a vigência da parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a caracterização dos mesmos passou a poder ser analisada da seguinte forma: a) tratados e convenções internacionais sobre demais matérias distintas dos direitos humanos; b) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional N°45/2004; c) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional N°45/2004.

Já quanto à aplicação dos tratados pelo ordenamento interno, há dois pontos relevantes a serem verificados; um sendo quanto à hierarquia entre eles e entre estes e as normas internas do País e o segundo diz respeito ao momento no qual eles passam a vigorar em nosso ordenamento jurídico. Com relação à hierarquia, o STF em dezembro de 2008 seguiu o entendimento esposado pelo Ministro Gilmar Mendes ao conceder caráter supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Essa decisão se deu em desacordo com o voto do Ministro Celso de Melo que identificava status constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ainda que estes não se sujeitassem à aprovação prevista no parágrafo 3º da Emenda Constitucional 45/2004. Em decisão apertada na qual o Supremo Tribunal Federal fez prevalecer o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de atribuir uma condição supralegal aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; de acordo com esse posicionamento prevalente, os tratados e convenções sobre direitos humanos estão acima das leis ordinárias, porém continuam abaixo das normas constitucionais e, dessa maneira, não fazem parte do corpo normativo que serve como parâmetro para análise da constitucionalidade das normas; é dizer que os tratados e convenções internacionais que não passarem pelo procedimento de aprovação do quórum constitucional não fazem parte do bloco de constitucionalidade, mas encontram-se num plano legislativo acima das leis ordinárias. Essa decisão do STF, portanto, caracterizou os tratados e convenções internacionais da seguinte forma: a) tratados e convenções internacionais com status constitucional, sendo aqueles relativos a direitos humanos aprovados por quórum qualificado na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988; b) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, com eficácia supralegal, estes situados em plano hierárquico superior às leis ordinárias e abaixo

das normas constitucionais; c) tratados e convenções internacionais que dispõem sobre matérias distintas aos direitos humanos e que se situam no mesmo plano hierárquico normativo das leis ordinárias.

Esse entendimento que classifica em posição intermediária os tratados e as convenções sobre direitos humanos que não obtiverem aprovação pelo Congresso Nacional (na mesma forma do procedimento previsto para aprovação das emendas constitucionais) se deve à relevância da matéria inerente aos direitos humanos que, devido à indisponibilidade do interesse envolvido, não poderia se situar no mesmo plano hierárquico das leis ordinárias; tal conduta e entendimento adotado pelo STF, entretanto, revelam uma opção que se prestigia o formalismo puro em detrimento de uma matéria essencialmente constitucional; isso porque o não reconhecimento do status constitucional a tais normas internacionais acaba por dar preferência à preservação do caráter rígido da Constituição, ignorando e negligenciando diversos princípios explícitos e implícitos da Constituição, tais como o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos.

O entendimento que prevaleceu no STF quanto à hierarquia de tais tratados sem aprovação na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88 encontrou fortíssima e justificada divergência de posicionamento tanto na doutrina quanto internamente, no âmbito do próprio STF, tendo em vista que a decisão se deu por 5 votos a 4 dos Ministros da Suprema Corte; o voto vencido, do Ministro Celso de Mello, era no sentido de se equiparar os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional Nº45/2004 no mesmo plano hierárquico das emendas constitucionais. O juízo do Ministro Celso de Mello é compactuado pela doutrina mais autorizada no tema (Flávia Piovesan, Francisco Resek e Valerio Mazuolli) e, nitidamente, revela-se mais coerente e condizente com os principais postulados explícitos e implícitos da Constituição Federal, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos. Além disso, o entendimento que prevaleceu no STF também é contrário ao próprio texto expresso da Constituição Federal de 1988, parágrafo 2º do artigo 5º, que é expresso quanto à plena possibilidade de se reconhecer outros direitos fundamentais previstos em tratados e convenções internacionais que não aqueles que já constam na redação dos demais incisos do mencionado artigo 5º. Há até que se perscrutar se essa interpretação do STF não se traduz violadora até de cláusula pétrea da Constituição, tendo em vista que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas e, ao contrário da ampliação de tais direitos, a sua restrição é completamente vedada, isso conforme o próprio entendimento pacífico do STF que determina o reconhecimento de propostas de emendas constitucionais que visem a ampliar os direitos fundamentais; não bastasse isso, o próprio texto constitucional, no parágrafo 4º do seu artigo 60, é expresso ao vedar o projeto de emenda constitucional que visem apenas a abolir direitos fundamentais, sendo que a sua ampliação é notadamente permitida e até estimulada e encorajada. A desconsideração pelo

STF dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional N°45/2004 acaba por restringir e violar esse dispositivo tendo em vista que diminui a força dos direitos fundamentais e humanos internalizados por tratados internacionais e cria uma espécie de direitos humanos e fundamentais de “segunda categoria”, tendo em vista que estes passam a ter a sua aplicabilidade condicionada à inexistência de eventual norma contrária de hierarquia superior que possa limitar a validade da sua aplicação e validade.

Uma interpretação lógica, ou sistemática ou teleológica da Constituição Federal de 1988 nos leva a concluir que, no tocante à matéria de direitos humanos, deve prevalecer aquele texto normativo que for mais benéfico ao ser humano. Alguns dos princípios mais caros da ordem constitucional (dignidade da pessoa humana, máxima efetividade dos direitos fundamentais e prevalência dos direitos humanos) impediriam que, em caso de incompatibilidade entre tratados internacionais sobre direitos humanos e normas constitucionais, prevalecesse a norma menos benéfica ao ser humano; caso não fosse assim, estar-se-ia violando o princípio da vedação ao retrocesso ao restringir direitos humanos para preservação do puro formalismo constitucional; aliás, infelizmente, é o que parece ter ocorrido com o posicionamento oficialmente adotado pelo STF.

3 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Lição também básica dos estudos de Direito Constitucional é a que diz respeito ao caráter de absoluta superioridade inerente às normas constitucionais. A validade de todo o ordenamento jurídico pátrio depende da sua aceitação pela Carta Magna de 1988, através da sua recepção ou pela sua não declaração de inconstitucionalidade. Propositadamente, a competência para verificação da adequação à constituição de diversas normas que tentam ingressar no ordenamento jurídico brasileiro é conferida amplamente a diversos órgãos que deverão exercê-la a qualquer tempo, tendo em vista que a norma inconstitucional jamais se convalesce pelo decurso do tempo e nem é dada opção de não declaração de inconstitucionalidade a qualquer guardião da constituição nos casos em que ocorra a incompatibilidade constitucional. O fato de a norma constitucional ser a lei suprema do País, se situando no topo no plano hierárquico das normas, ensejou a criação de uma estrutura normativa específica para a proteção da constitucionalidade do ordenamento jurídico. Esse rigoroso controle incide tanto sobre o aspecto formal quanto material da norma cuja constitucionalidade é questionada. É salutar que seja aferido um controle formal como meio de se impedir proposições inconsequentes e irresponsáveis, desprovidas de legitimidade e de espírito democrático; todavia, é preciso reconhecer que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são o alicerce do ordenamento jurídico constitucional e as matérias relativas a tais temas não podem ser preteridas e ceder espaço para o puro formalismo; razoável seria o contrário

de tal afirmação no sentido de que o aspecto formal deve ceder espaço ao aspecto material e este deve prevalecer sobre aquele.

Essa justificável preocupação com o controle de constitucionalidade das normas decorre da sua rigidez e superioridade absoluta em relação a outras normas.

A Construção desse sistema de internalização das normas internacionais deflagra o caráter soberano e rígido da Constituição Federal. O fundamento de se desconsiderar a equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às normas constitucionais reside na preservação da supremacia constitucional, de forma a impedir que construções episódicas possam causar impacto nas normas constitucionais que, presumivelmente, foram amplamente deliberadas e fruto de um maior consenso; eis trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes :

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais⁶.

Segundo o mencionado voto do Ministro Gilmar mendes, além da proteção aos aspectos formal e rígido da constituição, a equiparação dos tratados sobre direitos humanos inviabilizaria até mesmo o controle formal e material de constitucionalidade pelo próprio STF. Não se pode, de fato, negligenciar a rigidez constitucional inerente à Carta Magna de 1988, tendo em vista que a mesma é resultante de um árduo processo histórico no qual muitos embates foram travados para que se obtivesse a conquista dos direitos que nela estão positivados. A Constituição Federal de 1988 é um documento sagrado para o exercício da cidadania, pois se traduz mecanismo de defesa, proteção e resguardo do cidadão em frente a eventuais abusos do Estado. Assim, é justificável que que haja extremo rigor nos controles formal e material das normas que pretendam modifica-la. Entretanto, o aspecto formal da constituição não pode preponderar sobre o seu caráter material e a recusa da equiparação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às normas constitucionais parece, de fato, violar textos explícitos e implícitos da Constituição que almejam a ampliação dos direitos humanos e fundamentais, além de diversos outros princípios e postulados consagrados na mesma e dela derivados. Não bastasse a razão que assiste à matéria relativa aos direitos humanos, não se pode ignorar os compromissos assumidos

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 466.343-1. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso . ATA Nº 33, de 03/12/2008 - DJE nº 236, divulgado em 11/12/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> . Acesso 03 jan. 2019.

internacionalmente pelo país que devem ser honrados nos planos externos e internos com a mesma integridade, sob pena de consequências extremamente negativas nas mais diversas áreas, tendo em vista que o país seria visto pela comunidade internacional como um país não confiável. Tais consequências nefastas são justas e apropriadas, tendo em vista que o país teve, num primeiro momento, a liberdade de se vincular e constituir a relação jurídica e, num segundo momento, a torpeza para transgredir aquilo a que se obrigou; como bem ensina (MAZZUOLI, 2018, p.41), no momento em que o Estado, com toda a liberdade, se vincula a compromissos internacionais sobre direitos humanos, o mesmo abre mão de parcela da sua soberania e, a partir disso, é inaceitável que o mesmo venha, injustificadamente, a descumpri-lo.

Além disso, é nítido o intento ampliativo do constituinte de 1988 quanto à ampliação dos direitos e garantias do cidadão e a sua negação por parte de tal decisão do STF representou restrição totalmente injustificada do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, bem como do inciso II do artigo 4º; de forma que a aplicação direta desses dispositivos levaria o intérprete a entender favoravelmente à norma sobre direitos humanos que melhor resguardasse os direitos e garantias dos cidadãos e demais seres humanos; portanto, em caso de divergência entre texto constitucional e tratados internacionais sobre direitos humanos aquela norma que fosse mais benéfica ao destinatário dela. Não haveria, assim, que aventar possíveis interpretações que restrinjam a aplicabilidade de normas relativas aos direitos humanos sob pena de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos e vedação ao retrocesso.

Fato jurídico dos mais imprescindíveis e que deve sempre ser levado em consideração em qualquer análise sobre preponderância de normas é o que diz respeito à segurança jurídica; de fato, é uma garantia básica e intocável proporcionada pelo ordenamento jurídico constitucional. A preocupação com a segurança jurídica é tão evidente que levou o legislador a editar norma sobre controle de constitucionalidade (Lei Federal Nº9868/1997) na qual, em nome dela(segurança jurídica), é possível ao julgador, na ação de controle, manipular o ordenamento jurídico constitucional de maneira a preservar as relações legitimamente constituídas e estabilizadas em determinado período de tempo, independente da constitucionalidade das mesmas; ou seja, em nome da segurança jurídica e da preservação das relações jurídicas constituídas em dado lapso temporal, o órgão julgador, através da modulação de efeitos prevista no artigo 27 da Lei federal Nº9868/1997, pode determinar a vigência de norma cuja inconstitucionalidade já tenha sido reconhecida e declarada.

Sendo a segurança jurídica algo tão inviolável, como se pôde demonstrar, é imprescindível que ela não seja negligenciada em nenhuma matéria e que tenha a mesma aplicabilidade em todos os campos do Direito. Assim é que, além dos demais argumentos favoráveis expostos, pode-se,

também, alicerçar a constitucionalidade dos direitos humanos internalizados pelos tratados e convenções internacionais no compromisso que se tem com a preservação da segurança jurídica de todas as relações jurídicas constituídas, inclusive aquelas constituídas no âmbito internacional.

4 FORMALISMO E SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme dito acima, a segurança jurídica é um dos princípios mais caros de todo o nosso ordenamento jurídico, tendo forças, inclusive, para alterar a ordem jurídica de forma para compatibilizá-la com as relações jurídicas constituídas. A modulação de efeitos na decisão em ação direta de inconstitucionalidade nada mais é do que a relativização do formalismo da ordem jurídica a fim de que se preserve as relações jurídicas anteriormente estabelecidas. No tocante à flexibilização do formalismo em predileção à realidade fática, cabe aqui fazer menção à recente Lei Federal Nº13665 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e introduziu nesta os artigos 20 a 30, os quais dispõem sobre a adoção de novos critérios de interpretação e o empenho à preservação da segurança jurídica das relações jurídicas estabelecidas regularmente.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não tem conteúdo de direito material nem processual, apenas regula a aplicabilidade das normas e, obviamente, não teria qualquer validade naquilo que contrariasse a Constituição federal de 1988; todavia, o conteúdo do dispositivo 20 dessa lei fornece mais um fundamento favorável à mitigação do formalismo em favorecimento à realidade fática material; eis o que dispõe o artigo 20 no seu caput: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Esse dispositivo recomenda a mitigação da aplicação de valores abstratos em nome da preservação das consequências no caso concreto, relativizando o puro formalismo a fim de este ceda espaço à realidade prática estabilizada, fazendo remissão às cláusulas abertas e aos princípios informadores do Código Civil da eticidade, concretude e socialidade os quais se dá margem ao aplicador do Direito para decidir com critérios discricionários de acordo com cada caso concreto. A discricionariedade e a proporcionalidade são elevados e promovidos enquanto há uma mitigação da legalidade e do formalismo.

Outra norma que também relativiza o aspecto formal da ordem jurídica para que este ceda lugar a uma realidade fática estável é o artigo 55 da Lei Federal Nº9784/1997 que dispõe sobre a convalidação do ato nulo, caso não haja prejuízo a terceiros nem a interesse público. Dispõe tal dispositivo legal que dos atos com defeitos sanáveis dos quais não se gere prejuízo a terceiros ou

ao interesse público, caberá a convalidação do ato que, num primeiro momento, seria nulo. Defeitos sanáveis, no caso, seriam os vícios de forma e de competência que poderiam ser convalidados pela retificação e confirmação, respectivamente.

Também o artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/1999, que prevê a possibilidade de modulação de efeitos de norma declarada inconstitucional em ação direta, é outra norma que claramente tem o intento de resguardar a segurança jurídica das relações de direito constituídas; esse último caso revela-se ainda mais marcante que os demais, tendo em vista que é o reconhecimento da regularidade de validade no ordenamento jurídico por determinado prazo de tempo de norma declarada inconstitucional; ou seja, é concedida ao guardião da constituição a faculdade de determinar a aplicabilidade de norma inconstitucional, por determinado período, a fim de resguardar uma realidade fática constituída legitimamente.

Naturalmente as mencionadas normas não vinculam a aplicação das normas constitucionais naquilo que contrariarem estas, entretanto, as primeiras fornecem mais um suporte e referência no trabalho interpretativo de conceder maior amplitude aos direitos humanos decorrentes de tratados e convenções internacionais anteriores à Emenda Constitucional Nº45/2004; todavia, ambas as normas determinam a predominância da segurança jurídica sobre o formalismo puro; inclusive tais normas (Lei Federal Nº9868/1997 e Lei federal Nº13665/2018) não estipulam qualquer limitação formal ou material para a prevalência da segurança jurídica, devendo esta ser observada em qualquer área.

As hipóteses legais de relativização do formalismo encorajam o intérprete a manifestar um desapego a este e a uma predileção pela melhor realidade fática possível. É preciso também ressaltar que o reconhecimento de status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, de forma nenhuma, é prejudicial ou violador da rigidez constitucional, tendo em vista que encontra guarida nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, na máxima efetividade dos direitos humanos e fundamentais e da prevalência dos direitos humanos. Além dos mecanismos legais de mitigação da legalidade e de modulação dos efeitos da norma constitucional, previstos inclusive na própria lei que dispõe acerca do controle de constitucionalidade, deve prevalecer a norma sobre direitos humanos que mais amplie esses direitos ao ser humano pelo fato de encontrar guarida nesse sentido dentro do próprio texto constitucional. Não bastassem tais justificativas, poder-se-ia, também, fundamentar tal tese na preservação da segurança jurídica no âmbito internacional, pois o País estaria descumprindo compromisso regularmente assumido perante toda a comunidade internacional, fato que, muito provavelmente, causaria um reflexo negativo imediato para o País nas mais diversas áreas, afetando negativamente, inclusive, na própria área econômica tendo em vista que o Brasil começaria a ser visto no âmbito internacional como um descumpridor dos pactos e contratos

assumidos, abalando totalmente a confiança de investidores externos e internos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pretendeu demonstrar, a rigidez constitucional é o fundamento da superioridade dessas normas e princípios. É plenamente justificável a defesa do aspecto soberano da ordem constitucional; comportamentos similares que demonstram predileção pela constituição sobre todo o restante do ordenamento jurídico são adequados e coerentes com o sistema constitucional democrático e devem se tornar exemplos a serem seguidos. O caráter rígido da constituição é o mecanismo de proteção mais eficaz para proteger o interesse dos cidadãos frente a possíveis investidas abusivas por parte do próprio Estado e/ou de grupos poderosos que muitas vezes pretendem usurpar bens e direitos pertencentes a toda a coletividade. Um critério mais exigente para alteração de normas constitucionais ainda consegue resguardar com alguma eficácia alguns direitos básicos da população; todavia, diante da relevância, pertinência e adequação das normas sobre direitos humanos (e em razão destas) com as normas constitucionais, não se pode dizer que eventual flexibilização dessa rigidez se traduz em violação formal da constituição.

A adoção de norma sobre direitos humanos mais benéfica à população é o próprio resultado da aplicação de norma constitucional ao caso concreto; no caso de eventual incompatibilidade entre norma constitucional e tratados internacionais sobre direitos humanos não se deve sequer hesitar para aplicar a norma que ofereça maior proteção ao ser humano, desconsiderando aquela norma que menos resguardo oferecer; isso em razão de dispositivos constitucionais que representam a exigência da aplicação do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, bem como a prevalência dos direitos humanos prevista no inciso III do seu artigo 4º; isso sem mencionar que interpretações sistemática, teleológica, histórica e até literal coadunam para a aplicação da norma no sentido de predominância da regra sobre direitos humanos mais favorável aos cidadãos.

Não bastassem os fundamentos acima elencados favoráveis ao reconhecimento de status constitucional aos tratados de direitos humanos, ainda há que se fazer menção à necessidade de preservação da segurança jurídica, cuja inobservância acarretaria efeitos nefastos ao Estado nas mais diversas áreas, tendo em vista que o mesmo perderia totalmente a sua credibilidade perante a comunidade internacional. A perda da confiança nesse caso impactaria negativamente em praticamente todas as áreas, principalmente na econômica, pois haveria um afastamento dos investidores nacionais e internacionais que, certamente, não se aventurariam a investir num país que não cumpre aquilo a que se obrigou anteriormente. Isso sem mencionar que as consequências da violação da segurança jurídica nesse caso de inobservância das normas internacionais sobre direitos humanos conduziriam o estado inadimplente ao isolamento perante a comunidade

internacional e prejuízos elevadíssimos em todas as áreas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das Ações Constitucionais. São Paulo: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4 ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 466343. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de publicação DJE 05/06/2009 - Ata Nº 17/2009. DJE nº 104, divulgado em 04/06/2009. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>>. Acesso:05jan2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 80004. 2ª Turma. Relator: Min. Octavio Gallotti. Data de publicação dj 18/08/2000 - Ata nº 24/2000. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=80004>>. Acesso:04jan2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI1490. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão publicada, dj: DE 08/04/99. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1648496>>. Acesso:04jan/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 466.343-1. Tribunal Pleno. Relator: Min. César Peluso. ATA Nº 33, de 03/12/2008 - DJE nº 236, divulgado em 11/12/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso 03 jan. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 20.ed.-2.reimpr.-São Paulo :2007

BARROSO, Luís, Roberto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubilut. - São Paulo : Método, 2007. 240p.

MAZZUOLI Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos/Valerio de oliveira Mazzuoli. 5. Ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF, 2008. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>> Acesso 03 jan.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre:livraria do advogado, 1998

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3 ed, 2 tiragem, revista ,a ampliada atualizada. São Paulo: Malheiros,1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade Dos Direitos Fundamentais:Uma Reconstrução Teórica à Luz Do Princípio Democrático. In: _____. Luis Roberto Barroso (org.) A nova interpretação constitucional, Mimeo 2007.

REZEK, José Francisco – Direito Internacional Público : curso elementar / Francisco Rezek .17ed.-São Paulo ; Saraiva 2018.

SILVA, José Afonso da. Ação Popular Constitucional. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

A VIDA COMO BEM JURÍDICO DISPONÍVEL: UMA REFLEXÃO ACERCA DA COLABORAÇÃO AO SUICÍDIO E À AUTOMUTILAÇÃO.

LIFE AS AN AVAILABLE LEGAL GOOD: A REFLECTION ON THE COLLABORATION WITH SUICIDE AND SELF-HARM

Giovanni Vidal Guaragni¹

RESUMO: Adotando concepções jurídicas liberais, comprometidas com a garantia da independência e autodeterminação individual, o texto rechaça estratégias penais moralistas e paternalistas, encontrando na figura do perigo abstrato o único refúgio possível à legitimação da criminalização da colaboração ao suicídio. Analise-se, em seguida, o tipo penal previsto no artigo 122, do Código Penal, em suas redações pré e pós Lei nº 13.968/2019. Após firmar alicerces conceituais, mediante o reexame da doutrina e a releitura do texto de lei revogado, examina-se cada ponto da reforma, tecendo considerações críticas ao trabalho do legislador.

Palavras-chave: bem jurídico; vida; disponibilidade; colaboração ao suicídio; automutilação.

ABSTRACT: Adopting liberal legal conceptions, committed to guaranteeing individual independence and self-determination, the text rejects moralistic and paternalistic criminal strategies, finding in the figure of abstract danger the only possible refuge to legitimize the criminalization of collaboration with suicide. Then, analyze the criminal type provided for in article 122 of the Penal Code, in its content pre and post Law nº 13.968/2019. After establishing conceptual foundations, by reviewing the doctrine and rereading the revoked law text, each point of the reform is examined, making critical considerations to the legislator's work.

Key-words: legal good; life; availability; collaboration with suicide; self-harm.

INTRODUÇÃO

A presente investigação se encaixa na temática geral da disponibilidade de bens jurídico-penais por parte da vítima. Num Estado de Direito democrático e plural, em que o legislador tem de se orientar pela premissa da liberdade como autodeterminação individual, a categoria do bem jurídico encontra sua melhor formulação no conceito de “*relação de disponibilidade de um*

¹Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); especializado em Direito Contemporâneo com ênfase no NCPC, pela Universidade Cândido Mendes; bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); licenciado em Filosofia, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Curitiba/PR, Brasil.

sujeito com um objeto” (ZAFFARONI, 2000, p. 466)². Correspondem assim a elementos objetivos constitutivos da liberdade dos sujeitos de direito, “entendida como meio para a autonomia, determinados materialmente e reconhecidos penalmente (ou seja, garantidos por meio da ameaça da pena); liberdade que de modo permanente e ativo se constitui através da prática do mútuo reconhecimento” (KAHLO, 2007, p. 58).

A noção de bem jurídico como relação de disponibilidade não permite formular a ideia de bens indisponíveis³, pois reconhecer a indisponibilidade de um bem jurídico é separar o inseparável (o sujeito do objeto), criando-se um direito com referência pura ao objeto. Sem alusão à vontade do titular, a formulação carece de sentido e torna o sujeito titular da relação um mero obrigado sujeito.

Sem embargo, o que pode ocorrer é o estreitamento de determinados âmbitos de disponibilidade, por motivos vários: um sujeito específico não ser reconhecido como titular ou único titular da relação de disponibilidade; o sujeito titular estar com turbação da capacidade, em abstrato ou concreto (enganos e coações, notadamente); a magnitude do objeto constante num dos polos da relação demandar restrições de disposição, etc. Assim, quando se está diante de um sujeito sem autonomia e, portanto, irresponsável, é que se pode concluir por sua impossibilidade de consentir quanto a lesões, enquanto integrante da relação sujeito-objeto que caracteriza o bem jurídico. Nestes casos, intervenções serão válidas, desde que fundadas na expectativa de que o destinatário da medida, caso “não estivesse em estado de vulnerabilidade, não aceitaria a lesão ao seu bem jurídico” (MARTINELLI, 2015, p. 223), e/ou de que o bem jurídico seja fundamental à preservação da autonomia futura do sujeito.

A inexistência de bens jurídicos indisponíveis, portanto, não afasta a necessidade de investigar eventuais estreitamentos de determinados âmbitos de disponibilidade; inexistindo, porém, restrição legal expressa, esta se presume (ROXIN, 1997, p. 521-522)⁴. A instigação ou auxílio ao suicídio e à automutilação (art. 122, CP) constitui um exemplo de restrição merecedor de atenção,

²O autor busca embasamento na obra de Peter Sina: SINA, Peter. **Die Dogmengeschichte des strafrechtliche Begriff “Rechtsgut”**. Basel: 1962.

³A distinção, aqui rechaçada, entre direitos/bens jurídicos disponíveis e indisponíveis é sustentada por parcela relevante da doutrina, como: ARRUDA; RODRIGUES, 2011, p. 63-105; BUSATO, 2013, p. 514-516; COSTA, 2019, p. 171, 174 e 303; COSTA, 2017, p. 144-145; GRECO, 2014, p. 185-197; HILGENDORF; VALERIUS, 2019, p. 157-158; MARTINELLI, 2015, p. 209-213; MINAHIM, 2008, p. 217-235; MIRANDA, 2018, p. 91-96.

⁴Nesse ponto, Roxin inverte a lógica sustentada por Binding, de que somente seria possível a disposição caso o legislador a autorizasse expressamente, havendo, na redação típica, a previsão do dissenso da vítima como elementar do crime. Nesses casos, o legislador, ao ponderar as dimensões do interesse social e da liberdade individual, estaria reconhecendo “um bem jurídico como digno e carecido de tutela penal se e na medida em que exista uma vontade individual de o proteger” (COSTA ANDRADE, 1991, p. 82). Não havendo, porém, autorização para essa disposição, presumia-se que o sopesar entre a autonomia da vítima e o interesse público/coletivo na persecução penal já tinha sido efetuado na etapa prévia à positivação, prevalecendo o interesse da coletivo (*Ibidem*, p. 77-84).

por se situar na seara de disposição que mais suscita debates e tentativas de restrição, relacionada às auto e heterolesões ao bem jurídico vida.

A abordagem da temática será feita em três etapas. Primeiramente, serão analisados os argumentos teóricos comumente utilizados para defender a punibilidade da colaboração ao suicídio ou da prática de homicídio a pedido. Vale ressaltar que a tese da indisponibilidade da vida não será analisada, pois, conforme pontuado, não se aceita a noção de bens jurídicos indisponíveis⁵.

Num segundo momento, aborda-se o antigo artigo 122, do Código Penal, que previa o tipo penal de “induzimento, instigação ou auxílio a suicídio”, vigente no ordenamento jurídico brasileiro até o dia 25/12/2019, em que foi revogado e substituído pelo crime de “induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação”, oriundo da Lei nº 13.968/2019, aprovada em 26/12/2019, objeto de análise final, constitutivo do terceiro e último item do texto.

1 DA COLABORAÇÃO AO SUICÍDIO: ASPECTOS TEÓRICOS

O suicídio assistido, criminalizado em países como Brasil, Espanha⁶ e Itália⁷, não se confunde com o homicídio a pedido, tipificado pelos Códigos Penais Alemão (§216)⁸ e Português (art. 134⁹). Enquanto aquele proíbe diretamente a participação no suicídio – que, na ausência do tipo

⁵Para um exame mais detido das razões pelas quais se rechaça a ideia de bem jurídico indisponível: GUARAGNI, Giovanni Vidal. **Autodeterminação e autorresponsabilidade: a atipicidade das lesões consentidas e oriundas de riscos assumidos pela vítima no direito penal**. 221f. Curitiba, 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

⁶O tipo penal brasileiro encontra parcial correspondência no artigo 143, do Código Penal Espanhol, que, no ano de 2019, serviu de base à prisão temporária de Ángel Hernández. O réu preparou uma substância letal (pentobarbital sódico) a María José Carrasco, sua esposa, que sofria de esclerose múltipla. Esta ingeriu o produto e faleceu. O caso repercutiu, culminando com a obtenção de mais de um milhão de assinaturas em favor da descriminalização da eutanásia, num país em que a contrariedade a este tipo penal já vinha se demonstrando há anos (BENITO, 2019; TROYA, 2019; BREÑA, 2019).

⁷Na Itália, foi recentemente julgado o caso envolvendo a morte de Fabiano Antoniani, conhecido como DJ Fabo. O músico havia ficado tetraplégico e cego, em virtude de um acidente de trânsito, ocorrido em 2014. No ano de 2017, Marco Cappato lhe ajudou a viajar até a Suíça, para a realização de suicídio assistido, o que ocorreu em fevereiro daquele ano. Ao retornar para a Itália, Marco Cappato comunicou o fato às autoridades policiais e iniciou uma campanha de desobediência civil junto à SOSEutanásia, tendo sido indiciado pela prática de auxílio ao suicídio, tipificado no artigo 580, do Código Penal Italiano. O processo judicial culminou com pedidos, tanto do Ministério Público, quanto da defesa, de absolvição e discussão da constitucionalidade do tipo penal de suicídio assistido. A Corte Constitucional Italiana se manifestou no sentido de que nem sempre quem ajuda alguém que passa por situação de sofrimento intolerável a se matar comete crime, abrindo as portas para que seja debatida eventual proposta de reforma legislativa. Após a decisão da Corte Superior, Marco Cappato foi absolvido pelo Tribunal de Milão, em acórdão que enfatizou o caráter livre da escolha de Fabiano Antoniani (ASSOCIAZIONE LUCA CONSCIONI, 2019; AFP, 2019; LAREPUBBLICA, 2019).

⁸§216. I. Cuando alguien sea determinado al asesinato satisfaciendo el deseo manifestado y sincero del muerto, será condenado a pena de privación de libertad de seis meses a cinco años (ENCINAS, 2000, p. 127).

⁹Art. 134. 1 - Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos. 2 - A tentativa é punível.

penal específico, seria impune, correspondendo à participação em conduta atípica¹⁰ –, este criminaliza a conduta do sujeito que comete um homicídio mediante pedido da vítima.

Não obstante as distinções, os principais fundamentos levantados para restringir a destruição da própria vida mediante a participação ou autoria de terceiros costumam ser os mesmos em ambos os casos: (i) incompreensão, não razoabilidade ou irracionalidade da vontade ou conduta suicida; (ii) relevância de tabus; (iii) irreversibilidade do resultado morte; e (iv) perigo abstrato de que o consentimento da vítima não esteja maduro. Dentre esses, somente o último se sustenta, sendo reforçado pelo terceiro.

Segundo Zaffaroni, nos casos de auxílio ao suicídio ou homicídio a pedido, a conduta do sujeito passivo é incompreensível, não sendo admissível que alguém possa se autorrealizar socialmente destruindo todos os seus bens jurídicos (ZAFFARONI, 2000, p. 241 e 521). Por essa via argumentativa, erige-se (i) um critério de racionalidade, que pode assumir características objetivas ou subjetivas, possibilitando intervenções paternalistas¹¹. Um parâmetro de racionalidade puramente objetiva estabelece padrões valorativos de conduta e bem-estar através de uma hierarquia heterônoma de interesses a serem tutelados de maneira ideal e objetiva (BROCK; BUCHANAN, 2009, p. 44), independentemente das vontades do sujeito concreto e de seu apreço pelos mesmos valores. Por seu turno, um critério de racionalidade subjetiva busca analisar a estabilidade das preferências e juízos valorativos do consenciente, autorizando a intervenção de caráter paternal nas situações em que a decisão se mostre descontínua para com os padrões valorativos e de comportamento prévios do mesmo sujeito (CARVALHO; DUMAS, 2017, p. 132).

A noção de racionalidade subjetiva inegavelmente promove maior respeito às preferências individuais, permitindo intervenções somente quando a decisão tomada não estiver concatenada a um retrospecto valorativo estável e, desse modo, sendo preferível ao critério objetivo (BROCK; BUCHANAN, 2009, p. 60-61; CARVALHO; DUMAS, 2017, p. 59). No entanto, continua sendo

¹⁰ “[...] o suicídio é um fato atípico e, como a participação requer uma acessoriedade mínima com o fato principal, ou seja, a adesão do partícipe deve ser uma conduta principal no mínimo típica, para punir quem participa dolosamente do suicídio houve a necessidade de criar um tipo penal específico” (COSTA, 2017, p. 179-180); “Não sendo incriminada a ação de matar-se ou a tentativa de suicídio, a participação em tais atos não poderia ser punível: não há participação punível senão em fato delituoso. Todavia, as legislações modernas, atendendo ao valor excepcional da vida humana, passaram a prever uma figura de delito *sui generis*, com a participação no suicídio que alguém pratique” (FRAGOSO, 1995, p. 68).

¹¹ A abordagem paternalista admite “a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões concernentes exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coercionada” (DWORKIN, 1972, p. 66, tradução livre). Aproxima-se do que Joel Feinberg denominou *princípio iliberal*, segundo o qual sempre há uma boa razão em favor de um comando ou proibição direcionada a prevenir um dano (físico, psicológico ou econômico) ao próprio agente (FEINBERG, 1986, p. 04).

inadequado, uma vez que abre espaço a intervenções paternalistas ilegítimas. O fato de incidir somente nos casos em que o indivíduo recusa à proteção normativa denota que seu método de aplicação parte de uma racionalidade objetiva não declarada. O intuito não é salvaguardar as preferências subjetivas do titular do bem jurídico, mas testá-las e pô-las em xeque quando afrontarem os parâmetros valorativos normativamente estabelecidos, conferindo maior relevância a esses, portanto. A título de exemplo, um paciente que aceite a realização de uma transfusão sanguínea mesmo sendo Testemunha de Jeová não terá sua decisão questionada; caso contrário, chegar-se-ia à conclusão de que se trata de uma opção irracional, pois destoante de suas *preferências de longo prazo*, que englobam crenças e princípios religiosos. Noutro sentido, a teoria da racionalidade subjetiva permitiria negar a validade da decisão da Testemunha de Jeová recém-convertida que, de maneira convicta e devidamente informada, recusa uma transfusão, sob o argumento de que não se trata de uma decisão baseada em valores estáveis.

A independência para a autodeterminação individual permite com que cada um seja responsável pela configuração de sua vida, de acordo com sua própria personalidade – “coerente ou não, mas de qualquer modo distintiva” (DWORKIN, 2003, p. 319). Aquele que “quer causar dano a si e até mesmo privar-se da vida, para se castigar, ou porque considera que a vida carece de sentido e a morte é uma libertação” (VALDES, 1998, p. 168, tradução livre), não pode ser considerado irracional, pelo simples fato de seu comportamento autodestrutivo ser incompreensível a partir da ótica de terceiros.

O que justifica a intromissão em condutas alheias é a falta de voluntariedade e não supostas irracionalidades, não sendo possível deduzir aquela a partir destas (FEINBERG, 1986, p. 106-113). A tomada de decisões em geral consideradas irracionais “faz parte do direito de cada um de poder conduzir a sua vida em conformidade com seus próprios projetos” (SIQUEIRA, 2019, p. 74, 238-239), razão pela qual se deve partir da premissa de que “adultos competentes são livres para fazer maus investimentos, desde que os outros não os enganem nem lhes sonquem informações” (DWORKIN, 2003, p. 315). Ignorar decisões individuais sob a justificativa de que são irracionais é aproximar-se de uma variante deturpada da ideia de liberdade positiva, a partir da qual se despreza o espaço de independência e liberdade negativa do indivíduo, em nome de uma *liberdade verdadeira*, que somente é atingida a partir do conhecimento e da subjugação do *eu irracional* ao *eu racional* (BERLIN, 1997, p. 212-226).

Se, por um lado, a ideia de irracionalidade do suicida legitima um paternalismo forte¹² ou faz presumir precipitada e descuidadamente sua incapacidade em razão da suposta não razoabilidade

¹²O paternalismo forte ou rígido (*hard*) admite intervenções mesmo em casos de sujeitos capazes para tomar decisões esclarecidas e assumir os riscos e danos oriundos de suas próprias condutas. Distingue-se do paternalismo fraco ou moderado (*soft*), que incide sobre indivíduos ou grupos cuja capacidade não seja aferível plenamente (MARTEL, 2010, p. 129).

de suas decisões, por outro, o (ii) apelo aos tabus contribui para o moralismo jurídico, segundo o qual o mero fato de certos padrões de comportamento constituírem a moral positiva de uma sociedade seria razão suficiente para que fossem objetos de proteção e reforço através da lei (HART, 1963, p. 23). A criação de tabus a respeito da morte de um terceiro, não justificada por legítima defesa, consolida o respeito pela vida humana e contribui para a proteção deste supremo bem jurídico (ROXIN, 1997, p. 529)¹³. Existiria um interesse geral comunitário na preservação da vida, excetuado apenas quando do suicídio de mão própria, sem a participação de terceiros. Quanto ao homicídio a pedido, a terceirização da conduta lesiva afastaria as inibições naturais envolvidas na execução do suicídio de mão própria, reclamando-se o tabu da intangibilidade da vida alheia como um contraestímulo (HIRSCH, 2002, p. 82-83).

O argumento serve à construção de um sistema comprometido com a proteção simbólica de valores e concepções de vida particulares. Vale lembrar, porém, que dentre as funções do conceito de bem jurídico, encontra-se o afastamento do moralismo puro, do paternalismo e da tutela penal de tabus, casos em que inexistente lesão a um terceiro não consenciente ou à coletividade. A preservação da moralidade, ademais, não coincide com a não alteração do código moral de uma sociedade (HART, 1963, p. 72). Sociedades são organizações dinâmicas, cujas estruturas, instituições e regras sofrem alterações ao longo do tempo, em virtude de estímulos internos, a partir dos quais práticas deixam de ser (des)valorizadas e perdem sua importância, ou em razão de intercâmbios com outros agrupamentos humanos, mediante os quais o processo dialógico e dialético para com o diferente permite repensar valores.

A terceira alegação remete à (iii) irreversibilidade do resultado obtido a partir do comportamento suicida ou do homicídio a pedido. Argumenta-se que, diante da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, não se pode correr o risco de levar a cabo uma decisão possivelmente embasada em motivação errônea ou momentânea (*Ibidem*, p. 83). A tese é válida, porém não possui o condão de justificar, sozinha, os tipos penais ora examinados. Todo ato de disposição (parcial ou total) de algo é irreversível. Ainda que se possa regredir no âmbito da disposição, tratar-se-á de uma nova situação e em um novo contexto, no qual o sujeito encontrará um leque maior de possibilidades de ação do que havia em um momento prévio. As circunstâncias anteriores, porém, não retornam, havendo somente a criação de novos ambientes em que o *status quo* pode se aproximar, mais ou menos, dos *status quo* de contextos já experimentados. Ademais, “é possível visualizar diferentes intervenções que, apesar de serem irreversíveis e implicarem a retirada permanente de partes saudáveis do corpo, representam o verdadeiro exercício da autonomia do paciente, como uma cirurgia de transgenitalização” (SIQUEIRA, 2019, p. 401).

¹³Posteriormente, o autor deixou de admitir esse argumento, uma vez que contrariava a autodeterminação individual e os limites impostos por um conceito crítico de bem jurídico (*apud* SIQUEIRA, 2019, p. 374-375).

O critério da irreversibilidade, entretanto, pode constituir um dos elementos relevantes à restrição do auxílio à disposição da própria vida, na medida em que esteja aliado ao critério da magnitude do objeto da relação e, sobretudo, sirva de reforço ao fundamento definitivo, correspondente ao (iv) risco de que os requisitos de exercício autônomo da disposição não estejam presentes. Sendo o suicídio um ato atípico, a participação em sua realização não deveria ser penalmente sancionável; o mesmo vale para o homicídio a pedido, que, segundo Jakobs, não passa de um suicídio com divisão de tarefas¹⁴. Assim, presentes a consciência e a vontade autônoma do suicida, não haveria porque qualquer contribuição com sua realização ser considerada criminosa. O único motivo para não permitir o consentimento válido quanto ao homicídio ou criminalizar o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, é não admitir o risco de que um consentimento ou uma conduta precipitada ou sujeita a alterações psíquicas possa causar danos irreparáveis (ROXIN, 1997, p. 529). Noutros termos, é o perigo abstrato de que pedidos de homicídio ou atos suicidas não maduros ou irrefletidos sejam, respectivamente, levados a cabo ou impulsionados/endossados por terceiros (JAKOBS, 2003, p. 47).

Ambos constituem crimes de perigo abstrato, que buscam proteger a vida de uma decisão potencialmente inválida, capaz de acarretar consequências drásticas e irreparáveis ao titular do bem jurídico. Ressalte-se, contudo, que se a vítima for nitidamente incapaz ou o agente a enganar ou constranger a cometer suicídio, mediante o emprego de violência ou ameaça grave, não se configura o crime analisado, mas o delito de homicídio através de autoria mediata (COSTA, 2008, p. 230; FRAGOSO, 1995, p. 72; JAKOBS, 1995, p. 299-302 e 769-771; PRADO, 2019, p. 781; ORDEIG, 2004, p. 85; ROXIN, 1997, p. 252; ROXIN, 2000, p. 185-187 e 253-257; RUDOLPHI, 1998, p. 65). Por outro lado, autores como Jakobs defendem que, caso se verifique que a decisão do suicida é madura e objetivamente razoável – em virtude das circunstâncias de penúria e sofrimento em que vive –, não haverá o perigo que fundamenta o tipo, impedindo-se sua incidência (JAKOBS, 2003, p. 39-43).

2 DA COLABORAÇÃO AO SUICÍDIO NO ANTIGO ART. 122, CP

A legislação penal brasileira, até 25 de dezembro de 2019, criminalizava o ato de induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o fizesse (art. 122, CP)¹⁵. O preceito secundário cominava pena de reclusão de dois a seis anos, se o suicídio de consumasse, ou de um

¹⁴«[...] o autor de um homicídio a pedido é também alguém que contribui com um suicídio, precisamente com um suicídio em divisão de tarefas. [...] o homicídio a pedido é unicamente uma variante do suicídio executado com divisão de trabalho» (JAKOBS, 2003, p. 23).

¹⁵O episódio mais recente envolvendo a suposta prática do crime em comento ocorreu em 05/10/2019, na região metropolitana de Curitiba/PR. A polícia militar tentava negociar com um potencial suicida, que subira no parapeito de um viaduto. Nesse ínterim, um ciclista que passava pelo local gritou: “Pula, pula, se mate vagabundo. Pula”. Ato contínuo, o rapaz saltou do viaduto, vindo a ser internado em estado grave. O ciclista foi preso em flagrante delito (TRIBUNADO PARANÁ, 2019).

a três anos, se da tentativa do suicídio resultasse lesão corporal de natureza grave. Ainda, seu parágrafo único previa a duplicação da pena caso o crime fosse praticado por motivo egoístico ou se a vítima fosse menor ou tivesse diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

A partir deste tipo penal, a doutrina majoritária afirmava que a vida era um bem indisponível e o suicídio um ato ilícito – vide o artigo 146, §3º, do Código Penal, que excetua da prática de constrangimento ilegal aquele que se valer de coação para impedir um suicídio – não obstante atípico – o que era justificado por razões puramente pragmáticas, correspondentes à ineficácia da função preventiva da pena em face de um suicida, e humanitárias, condizentes com a perversidade de submeter à pena um suicida malsucedido (BITENCOURT, 2007, p. 94; COSTA, 2008, p. 226-227; DELMANTO, 1998, p. 232; ESTEFAM, 2010, p. 125; FRAGOSO, 1995, p. 70; GRECO, 2018, p. 95; HUNGRIA, 1959, p. 227-228; JESUS, 2014, p. 100; MASSON, 2010, p. 53; MIRABETE, 2001, p. 82; NUCCI, 2007, p. 618; PEDROSO, 2008, p. 197-198; TELES, 2004, p. 155).

Dos autores citados, constituíam exceção os que apenas apontavam para a necessidade de resultado material, ignorando a classificação entre crime de dano ou perigo – que guarda relação com a lesão ao bem jurídico (MIRABETE, 2001, p. 86; PEDROSO, 2008, p. 211; TELES, 2004, p. 161). O entendimento pelo caráter material do delito advinha da concepção de que os resultados previstos no preceito secundário do artigo 122, do Código Penal – consumação do suicídio ou lesão corporal de natureza grave em razão de sua tentativa – constituíam elementos do injusto e não condição objetiva de punibilidade.

A maioria dos doutrinadores, entretanto, a partir do resultado naturalístico, concluía estar diante não somente um crime material, mas também de dano, incidindo em flagrante confusão entre as categorias de classificação que dividem crimes *materiais x formais x de mera conduta e de dano x de perigo*.

O entendimento que aqui se defende é outro. De início, cabe frisar que o suicídio não é alvo de sanção penal, não por meras questões pragmáticas relacionadas à teoria da pena, mas simplesmente pelo fato de que o suicídio não é um ato ilícito¹⁶. E não é ilícito em razão da disponibilidade constitutiva dos bens jurídicos e da primazia da autonomia e independência individual em face de modelos jurídicos paternalistas e moralistas.

¹⁶No mesmo sentido: PRADO, 2019, p. 780. O debate sobre a licitude do suicídio é imemorial e deixou marcas em todo o ocidente. Muitas das legislações europeias pré-modernas, na esteira da cristandade, declaravam suicidas infames e confiscavam seus bens, tendo sido fortemente criticada por autores iluministas. Em uma carta datada do início do século XVIII, Montesquieu afirmava que a única razão para a proibição do suicídio era a vaidade dos seres humanos, que se sentiam importantes a ponto de acreditarem que sua morte era algo relevante na ordem das coisas. O autor ainda questiona: “Quando estou acabrunhado de dor, de miséria, e de afrontas, por que querem obstar a que eu

O artigo 146, do Código Penal, estabelece o crime de constrangimento ilegal, nos seguintes termos: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. Se, por um lado, constranger alguém a não fazer o que a lei permite é proibido, por outro, todo cidadão está autorizado a exigir de outrem que não faça o que a lei proíbe. Encontra-se implícito, portanto, que comportamentos ilícitos podem ser impedidos.

Caso o suicídio fosse um ato ilícito, por qual razão o legislador precisaria prever expressamente que a coação exercida para impedi-lo não configura constrangimento ilegal, uma vez que o próprio tipo penal não veda que se impeça outrem de realizar condutas ilícitas? Distintamente do que sustenta a ampla maioria da doutrina penal brasileira, a exceção é necessária precisamente por ser o suicídio um ato lícito, de modo que, não fosse o artigo 146, §3º, do Código Penal, aquele que evitasse um suicídio estaria praticando constrangimento ilegal.

Portanto, concluir, a partir do artigo 146, §3º, do Código Penal, que a lei proíbe o cidadão capaz e competente de se matar, é não perceber que, se assim fosse, todo comportamento que a lei não permite deveria estar elencado como exceção, o que representaria uma técnica legislativa ociosa e desnecessária. Ao prever que “a coação exercida para impedir suicídio” não se enquadra como constrangimento ilegal, o legislador está, justamente, autorizando que alguém coíba momentaneamente o suicida (que não pratica ilícito algum, uma vez que pratica ato autorreferente, direcionado à lesão de bem jurídico individual de sua titularidade), em razão do perigo abstrato de que sua decisão não seja suficientemente madura e refletida e, ao fim e ao cabo, culmine em graves autolesões involuntárias.

O auxílio ou indução ao suicídio, conforme retro definido, sempre consistiu¹⁷ em um crime formal e de perigo abstrato – cujo âmbito de punibilidade havia sido circunscrito pela exigibilidade de condições objetivas de punibilidade, quais fossem, o suicídio consumado ou a lesão corporal grave derivada do suicídio tentado¹⁸ – e suas qualificadoras refletiam, por um lado, um maior

dê fim aos meus desgostos, e privar-me cruelmente de um remédio que está nas minhas mãos? [...] A vida foi-me concedida como um benefício; logo posso restituí-la quando deixa de sê-lo: cessando a causa, também deve cessar o efeito” (MONTESQUIEU, 2009, p. 118-119).

¹⁷Não que esta fosse a posição da doutrina ou do legislador da época, mas já se tratava da única maneira de interpretar e justificar a presença de tal tipo penal em um ordenamento jurídico minimamente comprometido com preceitos liberais. Caso contrário, a tipificação em comento conformaria uma intervenção paternalista e/ou moralista injustificável, pois precisaria buscar refúgio em fundamentos já rejeitados no item anterior do presente artigo.

¹⁸Também qualificavam a consumação do suicídio ou a lesão corporal grave derivada de sua tentativa como condição objetiva de punibilidade: CARVALHO; KASSADA, 2014; CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 340; GRECO, 2018, p. 103; HUNGRIA, 1959, p. 235-236; PRADO, 2000, p. 442; PRADO, 2019, p. 785-786. Em sentido diverso, afirmavam que os mencionados eventos são circunstâncias típicas que impedem a consumação do crime caso não se façam presentes: BITENCOURT, 2007, p. 95-96; ESTEFAM, 2010, p. 131-133; FRAGOSO, 1995, p. 72; JESUS, 2014, p. 96; MASSON, 2010, p. 56; MIRABETE, 2008, p. 210-211.

desvalor de ação, em virtude dos motivos egoísticos do autor, e, por outro, o perigo concreto que surgia quando o crime era praticado contra vítima menor¹⁹ ou que tivesse diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Condições objetivas de punibilidade são “circunstâncias que se encontram fora do tipo de injusto e da culpabilidade, mas de cuja existência depende a punibilidade do fato e a possibilidade de participação” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 602). Uma vez que não pertencem ao injusto, independem de elementos subjetivos, razão pela qual o dolo, a culpa e o erro do autor quanto a essas condições são irrelevantes (CARVALHO, 2008, p. 66-69; CARVALHO; KASSADA, 2014, p. 50; CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 339-340; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 602; ROXIN, 1997, p. 485, 980). Da mesma forma, quando sua presença ou ausência é analisada, “o crime já é perfeito, expresso em seu inteiro desvalor, mas por motivos de *oportunidade* e *conveniência* o legislador subordina sua punibilidade à verificação de determinada condição” (MANTOVANI, 1992, p. 814-815)²⁰.

O instituto costuma ser dividido em condições próprias e impróprias. Enquanto aquelas remetem apenas à necessidade político-criminal da pena, com vistas a restringir a categoria da punibilidade (CARVALHO, 2008, p. 118; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 598; PRADO, 2000, p. 442), essas operam como “causas encobertas de agravamento da pena” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 599), agravando a sanção, fundamentando a pena imposta e ampliando a punibilidade à revelia da imputação subjetiva (CARVALHO, 2008, p. 120-121; CARVALHO; KASSADA, 2014, p. 61 e 66; PRADO, 2000, p. 442), o que suscita incompatibilidades com o princípio da culpabilidade²¹.

¹⁹No ano de 2018, no município de Fazenda Rio Grande/PR, um jovem de dezessete anos saltou de uma passarela, na BR-116, km127, após um grupo de pessoas fazer um coro, incentivando-o a pular (BEM PARANÁ, 2018). Além disso, não raras são as notícias de grupos online em que os participantes incentivam menores de idade a atentarem contra a própria vida, seja de forma explícita, seja através de supostos jogos envolvendo desafios que, paulatinamente, vão assumindo um caráter pernicioso (LEMOS, 2018).

²⁰Há autores para os quais a punibilidade se qualifica como uma quarta categoria do delito, ao lado do injusto culpável. Nesses casos, o não preenchimento da condição objetiva de punibilidade impediria a consumação do crime. Na doutrina brasileira, tem-se como exemplo a teoria significativa da ação, defendida por Paulo César Busato, na qual a denominada pretensão de punibilidade integra o conceito analítico de crime junto das pretensões de relevância; de ilicitude; de reprovação. Segundo o autor, “as condições de punibilidade são elementos objetivos extrínsecos à ação ou à omissão, concomitantes ou sucessivos à execução do próprio fato e sem o concurso dos quais este não é punível porque não constitui crime” (BUSATO, 2013, p. 606).

²¹“Só as condições objetivas de punibilidade próprias – ou extrínsecas, na terminologia empregada pela doutrina italiana – são autênticas condições de punibilidade e podem, em princípio, integrar uma categoria autônoma: a punibilidade. Os elementos pertencentes à categoria das condições objetivas de punibilidade impróprias, porém, são exceções inadmissíveis ao princípio da culpabilidade e deveriam, *de lege ferenda*, desaparecer dos modernos ordenamentos jurídico-penais” (CARVALHO, 2008, p. 129).

Contra a ideia de que as condições objetivas de punibilidade serviriam para restringir o campo de punibilidade, sustenta-se que, se a falta das condições dá lugar à impunidade, sua presença também fundamenta a punição (PIERANGELI; ZAFFARONI, 1997, p. 773). O raciocínio é equivocado, na medida em que o que fundamenta a punição é o injusto culpável praticado, não a condição objetiva de punibilidade. Ao descrever uma conduta criminosa, a redação típica estaria, de qualquer modo, aliada a um preceito secundário de cominação legal de uma pena. Não fosse a restrição imposta pela condição de punibilidade, a sanção abarcaria uma gama muito maior de casos.

No delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o resultado morte ou lesão grave atuavam como condições objetivas de punibilidade. Eram restrições impostas não porque o comportamento típico era tolerado, mas pelo fato de que sua periculosidade abstrata devia “ficar demonstrada pelo resultado para poder ser suficientemente 'anômala' a efeitos de uma reação penal” (JAKOBS, 1995, p. 406). Buscava-se, por um lado, evitar a desproporcionalidade de penalizar amplamente uma classe de condutas abstratamente perigosas que, não obstante formalmente típica, materialmente não perturbassem de maneira insuportável o tecido social; e, por outro, impedir que uma espécie de comportamento comumente perigoso somente pudesse ser sancionada nos casos em que houvesse dano ou perigo concreto. Situação em que “a punição de uma colocação em perigo abstrato não é adequada em geral, mas sim quando se produz uma materialização do resultado independente da consumação: a materialização do resultado demonstra a necessidade da proibição da colocação em perigo abstrato” (*Ibidem*, p. 404).

Veja-se que tanto a consumação do suicídio, quanto a lesão corporal grave derivada de sua tentativa, constituíam condições objetivas de punibilidade próprias e independentes entre si. A conduta típica gerava perigo de dano tanto à vida, quanto à integridade física da vítima, que podia ser estimulada a praticar uma conduta irrefletida contra si. Assim, cada condição delimitava o âmbito de punição de cada modalidade de perigo, que seriam sancionáveis irrestritamente caso o legislador não tivesse circunscrito sua punibilidade.

Vale ressaltar, por fim, que mesmo que as consequências morte ou lesão grave fossem integradas ao injusto, perdendo seu caráter de condição objetiva de punibilidade, o delito continuaria a ser de perigo abstrato (não obstante passasse a ser de natureza material), uma vez que o resultado naturalístico não se confunde com o normativo, que já se realiza com o risco proibido.

3 DA COLABORAÇÃO AO SUICÍDIO E À “AUTOMUTILAÇÃO” NO NOVO ART. 122, CP

No dia 26/12/2019, foi publicada a Lei nº 13.968/2019, que modificou o tipo penal de induzimento, instigação e auxílio a suicídio (art. 122, CP), ampliando seu âmbito de incidência e modificando algumas das características do delito.

Para além da colaboração com o suicídio alheio, passou a ser crime o ato de induzir, instigar ou prestar auxílio material para que outrem se automutile. O preceito secundário comina pena de reclusão de seis meses a dois anos – não condicionada à superveniência de qualquer condição de punibilidade. Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resultar lesão corporal grave ou gravíssima, a pena será de um a três anos de reclusão (art. 122, §1º, CP), aumentando para dois a seis anos caso o suicídio se consuma ou a autolesão resulte em morte (art. 122, §2º, CP).

Primeiramente, deve-se atentar para a carga semântica do vocábulo *automutilação*. À palavra *mutilar* costuma-se atribuir o significado de *cortar* ou *danificar* algo²². Originário do latim, o termo *mutilare* remete a *cortar fora*, ao passo em que *mutilus* alude a *aleijado*²³. Automutila-se aquele que corta ou lacera partes do próprio corpo, podendo ou não chegar a amputá-las.

A nova lei dificulta o intento daqueles que, a partir deste tipo penal, concluíam que a vida seria um bem jurídico indisponível. Caso deseje manter esse entendimento, parte da doutrina terá de sustentar, igualmente, a indisponibilidade da integridade física, ou, ao menos, restringir sua disposição. Os fundamentos para isso, possivelmente, seriam buscados na frequentemente esquecida cláusula dos bons costumes, prevista no artigo 13, do Código Civil, segundo a qual “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Esse dispositivo, entretanto, não encontra correspondente no Direito Penal, razão pela qual, em virtude dos princípios da legalidade e da ofensividade (que exige a alteridade e discordância da lesão), bem como do caráter indeterminado e paternalista – senão moralista – que lhe subjaz, não deve incidir no âmbito criminal (SIQUEIRA, 2019, p. 399-411).

Os motivos subjacentes ao delito não guardam relação com a suposta indisponibilidade da vida ou da integridade física. A cominação de pena incondicionada àquele que praticar a conduta descrita no *caput* evidencia que o crime em exame é de perigo abstrato (e, conforme analisado, não teria como ser de outra forma). Seu objetivo é evitar que atos suicidas ou autolesivos não

²²Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=G9ZzZ>>. Acesso: maio de 2020.

²³Disponível em: <<https://origemdapalavra.com.br/palavras/mutilar/>>. Acesso: maio de 2020.

maduros ou irrefletidos sejam impulsionados por terceiros. No entanto, o perigo concernente à cooperação em um comportamento suicida não necessariamente estará presente nas hipóteses de automutilação.

Suicídios e autolesões não configuram ilícitos. Desse modo, estando o sujeito consciente e voluntariamente decidido a praticar tais condutas, eventuais colaboradores não poderiam ser sancionadas a qualquer título. No que tange ao suicídio, a justificativa para excetuar o raciocínio acima é tentar proteger a vida de uma decisão potencialmente inválida, capaz de acarretar consequências drásticas e irreparáveis. O mesmo nível de precaução, entretanto, não parece ser adequado no que diz respeito às automutilações.

Autolesões deliberadas são mais comuns do que condutas suicidas, sendo várias delas, inclusive, socialmente adequadas, integrando práticas sexuais sadomasoquistas, vídeos de humor²⁴, exposições artísticas²⁵, cirurgias estéticas²⁶, entre outros. Para além de gerarem menoscabos aquém da morte e frequentemente reversíveis, suas execuções não costumam estar associadas, na mesma medida que o suicídio, a transtornos psicológicos incapacitantes.

Noutros termos, o risco de que a pessoa que se automutila ou o solicita a outrem não esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais e, assim, prejudique-se involuntariamente, é inferior ao risco de que um suicida o faça.

As alterações promovidas pelo legislador intensificaram o controle penal sobre as práticas de colaboração com lesões autorreferentes, não somente por incriminarem amplamente auxílios à automutilação – algo que não encontra correspondência nos ordenamentos espanhol e italiano, em que somente a colaboração ao suicídio é criminalizada²⁷ –, mas também por transformarem as antigas condições objetivas de punibilidade em qualificadoras.

²⁴Servem de exemplo o programa *Jackass*, idealizado pelo norte-americano Johnny Knoxville, e o grupo brasileiro LaFênix, que produz vídeos com desafios para o YouTube.

²⁵A *body art* “é uma crítica pelo corpo das condições de existência. Oscila de acordo com os artistas e as *performances* entre a radicalidade do ataque direto à carne por um exercício de crueldade sobre si, ou a conduta simbólica de uma vontade de perturbar o auditório, de romper a segurança do espetáculo. As *performances* questionam com força a identidade sexual, os limites corporais, a resistência física, as relações homem-mulher, a sexualidade, o pudor, a dor, a morte, a relação com os objetos etc” (LE BRETON, 2013, p. 46). Stelios Arcadiou, conhecido por seu nome artístico Sterlac, se sobressai dentre os artistas que utilizam o próprio corpo como matéria prima de suas performances. Por diversas vezes, Sterlac realizou apresentações em que ficava nu e suspenso por ganchos de metal fixados em sua pele (Disponível em: <<http://stelarc.org/?catID=20316>>. Acesso em: dezembro de 2019).

²⁶Citam-se os célebres casos de cirurgias estéticas/modificações corporais realizados por Erik Sprague, o Homem-Lagarto, que realizou tatuagens, cerrou os dentes e bifurcou a língua (EFE, Agência, 2012), e Dennis Avner, o Homem-Gato, falecido no ano de 2012 (G1, 2012).

²⁷No ordenamento jurídico espanhol “se o terceiro dá à vítima um machado para que ampute sua própria mão, e a vítima o faz, aquele não responde penalmente por nada, já que se limita a participar em uma conduta atípica – em uma autolesão –, e já que o legislador no Título 'Das lesões' não criou um preceito especial que incrimine a indução ou cooperação à autolesão, ao contrário do que sucede nos delitos contra a vida, em que existe uma disposição expressa que castiga a indução e a cooperação ao *comportamento atípico* de suicídio” (GIMBERNAT ORDEIG, 2004, p. 77).

Ainda que o grau de sanção tenha permanecido o mesmo, os resultados lesão corporal grave e morte passaram a qualificar a conduta criminosa. Enquanto na lei anterior a prática da conduta descrita no *caput*, por si só, configurava o crime, mas não autorizava a punibilidade – condicionada aos eventos descritos no preceito secundário –, hoje o resultado somente agrava a situação anterior, pois o autor já estará sujeito à pena pela mera criação do perigo abstrato.

Note-se que as previsões dos §§1º e 2º não podem ser definidas como condições objetivas de punibilidade, uma vez que seriam impróprias e conflitariam com o princípio da culpabilidade. Assim, para elevar a pena, tais resultados deverão ser causados ao menos culposamente (art. 19, CP).

Ao lado da motivação egoística, o legislador acrescentou os motivos torpe ou fútil como causas de duplicação da pena (art. 122, §3º, inc. I, CP), tendo sido mantida a duplicação nos casos em que a vítima for menor ou tiver diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência (art. 122, §3º, inc. II, CP). Conforme já abordado, os fundamentos correspondem, respectivamente, ao maior desvalor de ação atribuído aos motivos citados e ao perigo concreto de incapacidade da vítima.

O magistrado poderá elevar a pena até o dobro se a conduta tiver sido realizada “por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real” (art. 122, §4º, CP). O legislador, através desta majorante, buscou responder a jogos²⁸ e grupos em redes sociais²⁹ que fomentam suicídios e/ou automutilações, principalmente por parte de crianças e adolescentes.

²⁸No ano de 2017, diversos veículos de comunicação divulgaram tentativas de suicídio e autolesões cometidas por participantes do jogo *Baleia Azul*, uma série de cinquenta desafios propostos por um administrador de grupos. As tarefas iniciais são simples, como assistir a um filme de terror sozinho ou desenhar uma baleia numa folha. Aos poucos, vão ficando mais perigosas, envolvendo o uso de objetos cortantes para escrever códigos, cortar os lábios ou desenhar uma baleia no braço com um gilete ou uma faca. Ao jogador era orientado enviar fotos para o administrador, comprovando a realização dos desafios. A quinquagésima e última tarefa determinava o cometimento de suicídio (BEDINELLI; MARTÍN, 2017; ORSI, 2017; TREVISOL, 2017). No ano de 2019, veio à tona a notícia de que pessoas estariam publicando imagens e vídeos da boneca *Momo* em sites infantis para incentivar as crianças e adolescentes se suicidarem. A informação repercutiu e causou certo alarde. Diversos meios de comunicação divulgaram casos de suicídio e automutilação supostamente relacionados à boneca. O Ministério Público da Bahia, inclusive, chegou a determinar a remoção das imagens de *Momo* das redes sociais Google e WhatsApp. Ocorre que, ao contrário do jogo *Baleia Azul*, a boneca *Momo* não passava de mais uma *fakenews* (TV BAHIA, 2019; ELER, 2019; FAUSTINO, 2019).

²⁹No ano de 2017, Molly Russel, uma adolescente de quatorze anos, suicidou-se na Inglaterra. O caso chamou atenção, principalmente após seus pais encontrarem imagens incentivando autolesões em suas redes sociais. Na época, o Instagram se comprometeu a remover conteúdos que fomentassem ou ensinassem às pessoas métodos de automutilação ou suicídio (CRAWFORD, 2019). Em janeiro de 2019, o político britânico Matthew Hancock, Secretário de Estado pela Saúde e Assistência Social desde 2018, afirmou que “o suicídio é a principal causa de morte em jovens com menos de 20 anos de idade. Os índices estão aumentando particularmente em torno de garotas adolescentes” (SAVAGE, 2019). Poucos meses depois, na cidade de Kuala Lumpur, na Malásia, uma adolescente de dezesseis anos, realizou uma enquete em suas redes sociais. A pesquisa questionava se ela deveria ou não se matar. Com quase setenta por cento dos votos de seus seguidores, a opção pelo suicídio foi vencedora, tendo a jovem pulado do terceiro andar de um shopping center (FULLERTON, 2019). No Brasil, o problema vem ganhando relevo nos últimos anos, ainda que nenhum caso em particular tenha tomado os noticiários: BOTTI; SILVA, 2018; CUMINALE, 2019; LEMOS, 2018.

Ressalte-se, porém, que o simples fato de a conduta típica ser praticada por meio virtual não justifica, porém, a majoração da pena. Essa poderá ocorrer somente quando a mensagem de incentivo à autolesão for amplamente veiculada na rede, para milhares de usuários. Aqui, o bem jurídico tutelado adquire a natureza individual homogênea característica da saúde pública³⁰, já que inúmeros indivíduos indeterminados são expostos ao perigo gerado pela conduta típica, o que demandaria uma sanção mais severa.

Se o autor for líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual, a pena será aumentada em metade (art. 122, §5º, CP). O dispositivo presume que, ao ocupar uma posição de liderança, o sujeito possuiria maior influência sobre o comportamento dos membros do grupo ou rede por ele administrada, razão pela qual os induzimentos ou instigações ao suicídio ou à automutilação dirigidos a integrantes subalternos reclamariam maior grau de reprovação.

Por fim, os §§ 6º e 7º, positivaram, respectivamente, as hipóteses de lesão corporal e homicídio por autoria mediata, praticados através da instrumentalização da vontade da vítima contra si mesma. Estará configurada a autoria mediata quando o crime for “cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, parâmetros que já vigiam na doutrina penal pátria (PRADO, 2019, p. 781).

À diferença da qualificadora do §3º, que prevê um aumento da pena em razão do perigo concreto de incapacidade da vítima, os §§ 6º e 7º mencionam hipóteses em que já não há mais perigo, mas certeza quanto à incapacidade e, portanto, quanto à inexistência de autorresponsabilidade da vítima, que vem a ser instrumentalizada contra si mesma pelo autor do delito.

³⁰ A adição do adjetivo *público* ao substantivo *saúde* não se dá em virtude das características típicas dos bens jurídicos difusos e coletivos, mas em razão de uma estratégia de proteção diversa de um mesmo objeto (as saúdes individuais), marcada pela “pluralidade e indeterminação dos titulares cuja saúde se põe em perigo (indeterminação do sujeito passivo da ação), que, em todo caso, são titulares de uma saúde individual” (PAIS, 1995, p. 343). A saúde pública possui “um caráter instrumental ou medial no sistema desenhado pelo legislador para a proteção de bens jurídicos individuais” (*Ibidem*, p. 348-349), sendo-lhes complementar e protegendo-os de perigos abstratos dirigidos a uma pluralidade de vítimas indeterminadas. Como “conjunto de condições que possibilita a saúde” (*Ibidem*, p. 352-353) (conceito que perpassa o direito sanitário, o sistema de saneamento básico, as diretrizes administrativas de segurança de alimentos e medicamentos, etc.), aproxima-se da categoria de bem jurídico mediato – que, a despeito de ter sido concebida para a disciplina dos delitos econômicos, encontra aqui um possível campo de aplicação –, meio através do qual se busca promover a realização de bens individuais, cuja afetação se dará em casos de criação massificada de perigo ao bem imediato/intermediário (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 158-164).

CONDISERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que o suicídio constitui um ato lícito no ordenamento jurídico pátrio e o crime de contribuição ao suicídio, desde sua antiga redação, somente encontrava justificativa razoável no perigo abstrato de que a decisão tomada pelo suicida não fosse suficientemente madura, e não na pretensa salvaguarda de um suposto bem jurídico inviolável e indisponível.

No que tange à reforma legislativa, trata-se de mudança em dois pontos elogiável. Primeiramente, tornou inequívoca a natureza de perigo abstrato do delito, que já anteriormente constituía o entendimento mais adequado, mas não majoritário. Em segundo lugar, o legislador buscou atualizar a política criminal do Estado, respondendo às urgências da sociedade tecnológica, ao especificar hipóteses de colaboração ao suicídio via internet, meio através do qual a ação se torna mais furtiva e o perigo dela derivado se dirige simultaneamente a uma pluralidade de vítimas, aumentando o grau de reprovação.

Não obstante, a estratégia adotada pelo legislador peca em diversos pontos. Merece reprovação, primeiramente, a indevida expansão da hipótese típica aos casos de automutilação, que, para além da redação vaga e imprecisa – que não permite saber, por exemplo, se o tipo objetivo já estaria preenchido com meros cortes superficiais ou exigiria o desmembramento de alguma parte do corpo –, afasta-se substancialmente do fundamento teórico referente ao perigo abstrato de incapacidade e falta de autodeterminação da vítima.

Some-se a isso o fato de que a pena destacada atribuída à mera incitação e independentemente do resultado naturalístico, apesar de contribuir para a correta identificação do delito como de perigo abstrato, acabou por converter as antigas condições objetivas de punibilidade (morte e lesão corporal grave) em qualificadoras. Ou seja, o legislador recrudescer a sanção de modo a recair na desproporcionalidade de penalizar amplamente um tipo de conduta abstratamente perigoso, mas que materialmente não perturba de maneira insuportável o tecido social. Melhor seria se tivesse apenas explicitado que os resultados materiais constituíam condições objetivas de punibilidade, deixando de atribuir uma pena independente à mera instigação, indução ou auxílio.

REFERÊNCIAS

AFP. **Assisting a suicide is not always a crime, rules Italian court.** The Guardian, Rome, 25/09/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/society/2019/sep/25/assisting-a-suicide-is-not-always-a-rules-italian-court>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ARRUDA, Talita da Fonseca; RODRIGUES, Giselly Campelo. Consentimento do ofendido: breves considerações de dogmática penal e suas consequências na relação jurídica médico-paciente. **Revista de Ciências Penais**, vol. 14/2011, jan-jun/2011.

ASSOCIAZIONE LUCA CONSCIONI. **The Cappato Trial Step by Step**. Disponível em: <<https://www.associazionelucacoscioni.it/the-cappato-trial-step-by-step/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

BEDINELLI, Talita; MARTÍN, María. **Baleia Azul: o misterioso jogo que escancarou o tabu do suicídio juvenil**. El País, São Paulo/Rio de Janeiro, 02/05/2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/politica/1493305523_711865.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

BEM PARANÁ. **Polícia investiga caso de indução ao suicídio em Fazenda Rio Grande**. Bem Paraná, 07/02/2018. Disponível em: <<https://www.bemparana.com.br/noticia/policia-investiga-caso-de-inducao-ao-suicidio-em-fazenda-rio-grande-#.XgDOJmRKhPY>>. Acesso em: dezembro de 2019.

BENITO, Emilio de; JAN, Cecilia. **Idoso é preso por ajudar esposa a fazer eutanásia após 30 anos de luta contra esclerose múltipla**. El País, Madri, 04/04/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/04/internacional/1554365744_092895.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **The Proper Study of Mankind: an anthology of essays**. London: Chatto & Windus, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratando de direito penal: parte especial, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOTTI, Nadja Cristiane Lappann; SILVA Aline Conceição. Uma investigação sobre automutilação em um grupo da rede social virtual Facebook. **SMAD – Revista eletrônica de saúde mental álcool e drogas**, v. 14, n. 14, 2018.

BREÑA, Carmen Morán. **Um milhão de assinaturas para descriminalizar a eutanásia na Espanha**. El País, Madri, 12/07/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/11/internacional/1562859484_327711.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

BROCK, Dan; BUCHANAN, Allen. **Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada**. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas: Programa de Maestría y Doctorado em Filosofia: Fónodo de Cultura Económica, 2009.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. As condições objetivas de punibilidade (im)próprias e sua (in)compatibilidade com o princípio de culpabilidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal, processo penal e constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

CARVALHO, Gisele Mendes de. DUMAS, Camila Cristina de Oliveira. **Quando o paciente diz não: uma análise da recusa de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro**. Birigui: Boreal Editora, 2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e acordo em Direito Penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. **A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal: a intervenção da vítima no fato criminoso**. 333f. Salvador, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

_____. **Heterocolocação em perigo consentida em condutas imprudentes de trânsito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CRAWFORD, Angus. **Molly Russel: Instagram extends self-harm ban to drawings**. BBC News, 28/10/2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-50129402>>. Acesso em: dezembro de 2019.

CUMINALE, Natalia. **Aumentam os casos de automutilação entre jovens**. Veja, 07/08/2019 (Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/aumentam-os-casos-de-automutilacao-entre-jovens/>>. Acesso em: dezembro de 2019).

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist**, v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972.

EFE, Agência. **'Homem-lagarto' diz não se arrepender de transformações**. G1, 24/10/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/10/homem-lagarto-diz-nao-se-arrepender-de-transformacoes.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ELER, Guilherme. **Por que o retorno da boneca Momo em vídeos infantis não passa de b o a t o . Super Interessante, 20/03/2019**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/por-que-o-retorno-da-boneca-momo-em-videos-infantis-nao-passa-de-boato/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

ENCINAS, Emilio Eiranova (Coord.). **Código penal alemão StGB – Código procesal penal alemão StPO**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAUSTINO, Marco. **Crianças estão sendo vítimas de suposto “Desafio da Momo”?** E-Farsas, 25/03/2019. Disponível em: <<http://www.e-farsas.com/criancas-estao-sendo-vitimas-do-suposto-desafio-da-momo.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial: volume I – arts. 121 a 212 do CP**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FULLERTON, Jamie. **Teenage girl kills herself 'after Instagram poll' in Malaysia.** The Guardian, Bangkok, 15/05/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2019/may/15/teenage-girl-kills-herself-after-instagram-poll-in-malaysia>>. Acesso em: dezembro de 2019.

G1. **Americano conhecido como 'homem-gato' morre aos 54 anos.** G1, São Paulo, 13/11/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/11/americano-conhecido-como-homem-gato-morre-aos-54-anos.html>>. Acesso em: dezembro de 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, Enriqué. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología.** Bogotá, 2ª Época, nº extraordinário 2, 2004.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Víctima, consentimento e imputação objetiva. **Revista de Ciências Penais**, vol. 01/2014, jul-dez/2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** Niterói: Impetus, 2018.

GUARAGNI, Giovanni Vidal. **Autodeterminação e autorresponsabilidade: a atipicidade das lesões consentidas e oriundas de riscos assumidos pela vítima no direito penal.** 221f. Curitiba, 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Law, liberty and morality.** Stanford: Stanford University Press, 1963.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal: obras completas – Tomo III.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal, vol. IX, Arts. 250 a 361.** Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación.** Madrid: 1995.

_____. **Suicídio, eutanásia e direito penal.** Barueri: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte geral.** Granada: 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial, v. 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio.** São Paulo: Saraiva, 2014.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

LA REPUBBLICA. **Dj Fabo, assolto Marco Cappato dopo la Consulta: “Il fatto non sussiste, non fu aiuto al suicidio”.** La Repubblica, Milano, 23/12/2019. Disponível em: <https://milano.repubblica.it/cronaca/2019/12/23/news/dj_fabo_marco_cappato_eutanasia_consulta_processo_milano-244187815/>. Acesso em: dezembro de 2019.

LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade.** Campinas, SP: Papyrus, 2013.

LE MOS, Vinicius. **Polícia investiga grupos no Facebook suspeitos de incitar suicídio de jovens no Brasil.** BBC Brasil, Cuiabá, 22/05/2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44077271>>. Acesso em: dezembro de 2019.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale: parte generale.** Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1992.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida.** 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais.** São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte general.** Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2007.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. **Revista de ciências jurídicas**, n. 6, v. 1, jan/jun. 2008.

MIRANDA, Marine Carrière. **Reflexos da vítima dogmática no consentimento em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Cartas persas**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal – parte geral – parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, UNED, nº Extraordinario 2, 2004.

ORSI, Carlos. **Jogo da Baleia Azul: até que ponto devemos nos preocupar?** BBC Brasil, São Paulo, 29/04/2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39753889>>. Acesso em: dezembro de 2019.

PAIS, Antônio Doval. **Fraudes alimentarios: evolución histórica y elementos esenciales del sistema de protección penal**. 623f. Valência, 1995. Tesis (Doctorado em Derecho) – Facultad de Derecho de la Universitat de València.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal, parte especial, v. 2: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2008.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. **Revista dos Tribunais**, v. 776, jun., 2000.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

_____. **Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SAVAGE, Michael. **Health secretary tells social media firms to protect children after girl's death**. *The Guardian*, 26/01/2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/politics/2019/jan/26/matt-hancock-facebook-social-media-suicide-self-harm-young-people>>. Acesso em: dezembro de 2019.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212, volume 2**. São Paulo: Atlas, 2004.

TREVISOL, Elias Guilherme. **O jogo da Baleia Azul: consequências penais**. Justificando, 24/04/2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/04/24/o-jogo-da-baleia-azul-consequencias-penais/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

TRIBUNAL DO PARANÁ. **Homem é preso após gritar “Pula!” para jovem que ameaçava se jogar de viaduto na Grande Curitiba**. Tribuna, Curitiba, 05/10/2019. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/curitiba-regiao/homem-e-preso-apos-gritar-pula-para-jovem-que-ameaca-se-jogar-de-viaduto-na-grande-curitiba/>>. Acesso em: dezembro de 2019.

TROYA, María Sosa. **Idoso que ajudou esposa a morrer: “Os policiais diziam: teríamos feito o mesmo”**. *El País*, Madrid, 05/04/2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/05/internacional/1554461402_394602.html>. Acesso em: dezembro de 2019.

TV BAHIA. **MP-BA notifica Google e WhatsApp para que removam imagens da boneca 'Momo' das redes sociais.** G1, 18/03/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/03/18/mp-ba-notifica-google-e-whatsapp-para-que-removam-imagens-da-boneca-momo-das-redes-sociais.ghtml>>. Acesso em: dezembro de 2019.

VALDES, Ernesto Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante, nº 5, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General.** Buenos Aires: EDIAR, 2000.

**IT ALL STARTS AND ENDS WITH LEGITIMACY:
the relation between power and consensus, norm and politics**

Carolina Archanjo Portes Ferreira¹

ABSTRACT: This article's proposition is to present a sociological-institutionalist approach from political and normative aspects in International Political Organizations, applied to the Global System of Human Rights Protection (GSHRP). The analysis will consider not only the institutional environment in the form of rules, roles, bylaws, or normative aspects alone, but also broader impacts that world polity might have over and inside such international political organizations, such as power distribution (configuration and perception) and the unit's identity. Some institutional factors might affect the nature of decision-making as well as its degree of politicization. The emphasis, though, is on how (and if) the institutional arrangements on international political organizations from the GSHRP combines the challenges of framing an institutional scope that attends to the expectations raised by States' power and identity in producing consensus – whilst also attending to several demands on legitimacy over both the political process and its outcome.

Key-words: legitimacy, morality, legality, power, consensus

When facing the very apparent contradiction of creating and protecting solidarist values in a more pluralist than solidarist international society, the first questioning that comes to mind on the Global System of Human Rights Protection (GSHRP) law-making and law-application processes concerns legitimacy. Set aside international society's diversity on definitions for justice, human dignity, and human rights (SATO, 2003, p. 162; SUGANAMI AND

¹Mestre e Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Atualmente é Membro da International Studies Association (ISA). Tem interesse em estudos e pesquisas sobre legitimidade, design institucional, organizações internacionais, e a relação entre norma e política / poder e consenso em ambientes institucionalizados. Seu mestrado foi obtido em setembro de 2020, tendo a dissertação escrita em inglês e intitulada "Crisis in Multilateralism and Progress in International Society: Rationalism As The Desirable End-state Of International Affairs", tendo sido orientada pelo Professor PhD Jorge Mascarenhas Lasmar. Possui quatro apresentações feitas à ISA em 2021. Fez parte do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos (GEDI-DH) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em 2019 e do Grupo de Estudos de Religião e Relações Internacionais (RELIGERI) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) de 2019 a 2021. Durante seu período de formação, estagiou na disciplina Análise de Política Brasileira, tendo sido orientada pela Professora Dra. Fátima Anastasia, e elaborou itens para a avaliação interdisciplinar dos alunos da graduação em Relações Internacionais da PUC Minas, bem como pareceres para revistas científicas. Possui formação complementar nas áreas de Direito Internacional dos Direitos Humanos pela UFMG, Oficial de Apoio Judicial e Gestão Pública pela Fundação Estudar.

LINKLATER, 2006, p. 8, 132), and the challenge that it represents in itself when providing universal human rights, there is also politicization. The lack of specific and coercive rules opened the leeway, allowing politicization in several outcomes in the HRC, harming its authority and effectiveness. From deliberately general and ambiguous rules (LASMAR, 2011, p. 34-46), high degrees of politicization (BUERGENTHAL, 2006, p. 791), to the only sanction being scrutiny or moral condemnations (SATO, 2003, p. 167), the Human Rights Council needs to evolve if it is to properly fulfil its institutional role. In this article I present how legitimacy claims are actually at the beginning and the end of complexities involving norm and politics, and analyze how the dynamics of power and consensus in international society might impact the (mis)functioning of political International Organizations.

In section 1 I present what is legitimacy and why legitimacy is so important to International Organizations (IO)' authority and effectiveness, by explaining the Legitimation Process (Legality, Constitutionality and Morality); in section 2, I analyze the relation between legitimacy and the dynamics of consensus; in section 3, I then turn to the relation between legitimacy and the dynamics of power; to, finally enter section 4, where the highly complex relation on norm and politics is illustrated. As will be seen, the conclusion is that legitimacy stands at the beginning and at the end of any political-normative attempt.

1 WHAT IS LEGITIMACY AND WHY LEGITIMACY IS SO IMPORTANT TO INTERNATIONAL ORGANIZATIONS' AUTHORITY AND EFFECTIVENESS

Authority is a sociological attribute, whilst effectiveness is a practical and technical one according to one's performance given certain pre-defined parameters on success². Legitimacy is also a parameter that is applied to evaluate conduct, yet, unlike effectiveness, legitimacy parameters are more related to rules, norms and values, than to expected outcomes or technicalities. When considering IO's dysfunction, most accusations generally will rest upon legitimacy in some way. And when the legitimacy of a system with low enforcement and weak means of coercion is jeopardized, its authority and effectiveness are already under threat, because legitimacy is the foundational attribution of any normative arrangement.

² Let it be clear that what I mean here when referring to effectiveness, is that, even though the process of selecting the parameters that will be used to measure one's performance might be political, the application of such parameters is not.

The Cambridge Dictionary defines legitimacy as: “the [quality](#) of being legal; the quality of being reasonable and acceptable; the [fact](#) of being allowed by law or done according to the rules of an organization or activity; the state of being fair or honest” (LEGITIMACY, 2020). Legal, reasonable, in correspondence with the law, fair, just: legitimate.

As proposed by Avant, Finnemore and Sell (2010), the “link between legitimacy and authority is not simple or automatic. We cannot assume that the governed accept an authority or her actions as legitimate” (p. 360). Questionings on established authorities, however, generally comes in the form of legitimacy's claims, whether the governor's function is been well exercised or not in relation to the governed expectations. Whilst authority is a social construction (BARNETT, FINNEMORE, 2004, p. 20), “legitimacy has both a normative and a sociological meaning. To say that an institution is legitimate is to assert that it has the right to rule. (...) An institution is legitimate in the sociological sense when it is widely believed to have the right to rule” (BUCHANAN AND KEOHANE, 2006, p. 405). According to Ian Hurd (1999), legitimacy is a normative belief hold by agents

that a rule or institution ought to be obeyed. It is a subjective quality, relational between actor and institution, and defined by the actor's perception of the institution. (...) A shared belief in the legitimacy of an institution is what gives it an apparent independent existence (p. 381).

Therefore, the notion of authority as being granted from states to International Organizations is sociological, since the term “authority” applies to IO as long as it is perceived and accepted by the agents (states) as so. As seen, states grant IO the “right to rule”.

Legitimacy's claims, on the other hand, are not only sociological, but also juridical, moral and political, and might be linked to effectiveness and expertise in common wisdom's perception, according to the governed expectations on that organization's activities (BUCHANAN AND KEOHANE, 2006, P. 405; AVANT, FINNEMORE, SELL, 2010, P. 9-14; CLARK, 2005). It means that both, authority and legitimacy are impacted by others' perception of one's right to rule, but whilst authority is sociological, the perception on legitimacy is broader. Authority might be granted to an agent given a social position, or a role, recognized by others if that agent occupies that hierarchically high social position (AVANT, FINNEMORE, SELL, 2010, p. 9-14; BARNETT AND FINNEMORE, 2004, p. 20-29). Notwithstanding, IO's authority, like traditional international law, is got more levels of complexity since it is limited by states sovereignty and state-consent-dependence (LASMAR, 2011, p. 36; 39-40).

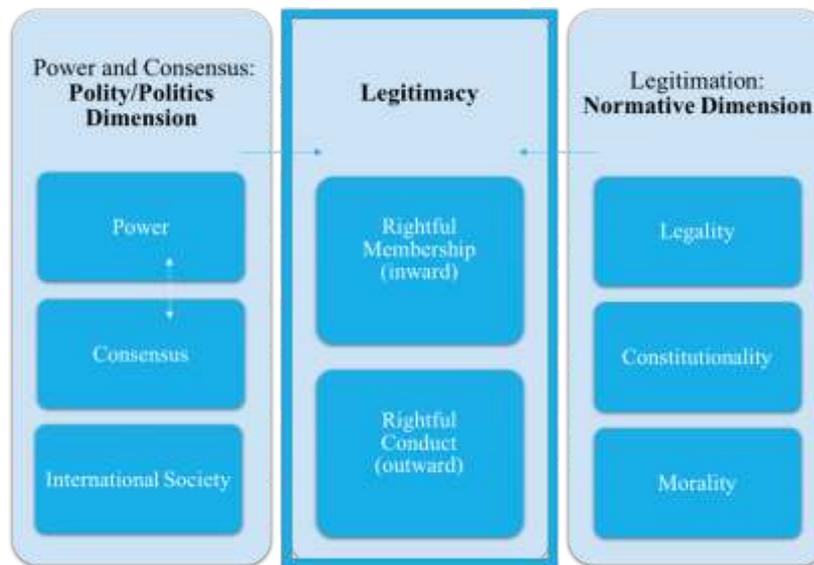
To Ian Clark (2005), legitimacy concerns how the authority exercises the tasks entrusted to it and the correspondence of the authority's actions to the law, the governed expectations, and morality's claims. Many times, the perception over an IO or an individual's legitimacy of actions reinforces or weakens the perception of its authority. This makes legitimacy an attribute that, like authority, is also conferred by others; however, it is conferred through performance judgments imposed on the one whose activity is under evaluation, based not on technicalities, yet on the current norms, others' expectations and morality. Beyond being a conferred attribute after judging an organization's bylaws, intentions and/or actions, legitimacy is designed on a certain way, which means the definition on what is legitimate will vary according to the current notion of what is legitimate.

Although Ian Clark (2005) analyzes legitimacy, in my perspective, he also brings a theoretical framing on how politics and norm relate. He considers from more subjective and individualistic concerns (e.g. internal attributes from agents, like morality), passing through more structural concerns (e.g. legality and external attributes from agents, like power), to relational aspects (e.g. consensus and constitutionality). That is why I will choose Clark's (2005) contributions on defining legitimacy, the legitimation process and the dynamic of power and consensus.

In brief, Clark (2005) sees legitimacy as the current notion of legitimacy adopted by international society on that specific moment in history, reflected in:

- i. the dynamics of power in that international society;
- ii. how consensus can be achieved in that society; and
- iii. the (dis)approval of actions based on the three dimensions in the process of legitimation: legality, constitutionality and morality. These dynamics together configure the development of two central concepts to his thesis: rightful membership and rightful conduct (CLARK, 2005, p. 25-30), as depicted in Frame 11.

Frame 1 – Ian Clark's Political-Normative Analytical Scope in “Legitimacy in International Society” (2005)



Source: developed by the author based on Clark's analytical scope (2005)

1.1 The Legitimation Process: Legality, Constitutionality and Morality

The first level in the process of legitimation is legality, related to following existing and consolidated rules. Legality is, thus, conformity to the law. It is “law-rationality” (CLARK, 2005, p. 19). One of Clark's (2005) main arguments is that legality and legitimacy are not synonymous (p. 210). The breaking of the law is not necessarily a sign of illegitimacy, for some actions might be deemed illegal and still be legitimized, like the case of the Kosovo War in 1999 (CLARK, 2005, p. 211-216). Although the legal/juridical appeal generally sounds as possessing a higher degree of morality (KOSKENIEMMI, 2012), problems appear in two fronts:

- i. **The Law:** the law can be unjust (CLARK, 2005, p. 209), considering:
 - a. who designed the law;
 - b. how the law was designed;
 - c. to which purpose determinate rules were created;
 - d. if is there someone the law is benefiting/harming, and, if there is, who, how and why;
 - e. if the law in itself attends to the demands of impartiality and justice (even before its application).

It is really easy to states who designed the rules and/or are benefiting from the present rules and standards to insist that other states comply with such rules. On the other hand, states who see themselves in some sort of disadvantage concerning the current law, might appeal to certain circumstances as alibis to justify why it is difficult for them to comply with the law.

This is evident in the case of US's and Venezuela's speech to the General Assembly in 2019 concerning the annual report on the Human Rights Council (GA, 2019). US, as an example of the first, mentioned its dissatisfactions with the Council using arguments related to the “states that abuse human rights being members and receiving a platform to criticize others; (...) member states perverting institutional mechanisms to avoid responsibility for their own violations; (...) partiality in not treating all states equally” (John Giordana, US representative. GA, 2019). Venezuela, as an example on the second, on the other hand, pointed to the “instrumentalization of human rights”, exemplified by the “criminal policy of regime change by the USA and its European allies”; mentioned sanctions to the country as a humanitarian crime, arguing that “challenges facing Venezuela have to be seen in light of unilateral sanctions, which operate like a bombing campaign but without the media attention”; and, related to the HRC, sustained that “international engagements on related issues must be constructive and consider each state's historical and social situation” before condemning states for violations (Henry Alfredo Suárez Moreno, Venezuelan representative. GA, 2019).

- ii. **Legality:** since legality is conformity to the law, ideally, one should first be certain of the laws' legitimacy beforehand. Either way, however, legality shows merely how much an action comes close to complying with the law.

This level of legitimation generally should follow very specific patterns and parameters as to determine whether or not an action was legal. But, especially concerning political decisions (not technical), the bigger the leeway in the law, the bigger will also be the flexibility and argumentative possibilities to both justify or condemn an action. Furthermore, even when principles of morality, such as justice and impartiality, are not the matter in question on law, law can be ambiguous, relative, unclear, unspecific and non-coercive, besides subjected to political/argumentative maneuvers (LASMAR, 2011, p. 37; TALMON, 2005, p. 176).

The second level in Clark's (2005) process of legitimation is Constitutionality, and corresponds to the expectations that states have on each other's behavior, that transcends the expectation for behavior due following established legal rules (CLARK, 2005, p. 209). In Clark's (2005) own words, constitutionality issues

arise where there are expectations created about forms of political conduct, often within political institutions that are more or less 'sticky'. Critically, in this case, the norm is based—not upon legal nor moral notions—but upon a sense of what is politically appropriate, rooted in expectations rather than in rules (CLARK, 2005, p.19)

Constitutionality, thus, is more connected to a relational/sociological aspect than to a juridical one. The problem with constitutionality is that it is more related to norms than to rules, which makes a definition and clarity very difficult, bringing a certain degree of interpretivism (i.e. like “reading between the lines”) on what states' expectations would be, since it escapes the institutional arrangement and the formal rules. It is a very necessary dimension on legitimacy, however, especially if a state wants to “break the rules” in a legitimate way. A good example on that is what happened in Iraq in 2003. The whole UN system suffered criticism for its failure in preventing the US-led unilateral invasion in Iraq (LYON et. al., 2020, p. 205). The effectiveness, credibility and legitimacy of international law and institutions were shaken by this event.

Falk (2005, p. 41-44) mentions that both the cases in Kosovo (1999) and Iraq (2003) were cases of disobedience to the law, both illegal. However, whilst Kosovo was illegal, the situation in Iraq was also illegitimate. To Falk (2005), however, even the existence of the “possibility of retrospective legitimation opens wide the door to abuse of the legality/legitimacy approach.” (FALK, 2005, p. 43-44).

Clark (2005), on the other hand, sees the case in Iraq as a conflict not between legality and legitimacy, but between legality and constitutionality, claiming that what harmed the legitimacy in Iraq's case and not in Kosovo's case was the element of multilateralism: in Kosovo, US acted through NATO and collective action authorized the invasion through consensus; yet in Iraq, the US acted solo, it was an unilateral action by the United States (CLARK, 2005, p. 220-225). That not only put in check the legitimacy of the US's actions, as well as the credibility of the UN System as a whole. This shows that the legitimacy of the action was questioned not because of the breaking of the international law, but because other states expected the US to act supported by international organizations, which, as a consequence, would also reaffirm the legitimacy and credibility of these organizations, and hence of the US leadership in international order.

The third level is Morality, that in common sense corresponds to justice and fairness (CLARK, 2005, p. 209). Clark (2005) defends that “contemporary international society views legitimacy as a political accommodation between competing norms” (i.e. legality, morality and constitutionality) “with no greater prior commitment to any. All are equally in play, although international society may be more responsive to one or other in any given situation” (p. 217). Clark (2005) affirms that situations that challenge legitimacy based on moral terms, generally are

not contrasting legitimacy with morality, yet legality with morality: actions might be legal, yet immoral (such as the Iraq War in 1991, seen generally as a legitimate war) (p. 217). The problem with morality is it is subjective and inapprehensible at times, hard to measure, especially on universal referential-deficient societies or societies with multiple parameters on ethics and morals, whose membership is heterogeneous, like the international society.

From the *legitimation process* that has been explained above, we come to the *practice of legitimacy*, which, according to Clark (2005), is a process of consensual empowerment. This is very similar to Lasmar's (2011, p. 34-46) process of institutionalization of values and norms into rules, and “describes the political negotiation amongst the members of international society as they seek out an accommodation between those seemingly absolute values, and attempt to reconcile them with a working consensus to which all can feel bound” (CLARK, 2005, p. 29-30). To say the practice of legitimacy is a process of consensual empowerment, means that it accrues from a point of “political equilibrium” (p. 255-256), and shows how consensus and power impact directly on how legitimacy will be applied.

2 LEGITIMACY AND CONSENSUS

Based on the condition of contemporary international order as a constitutional order (IKENBERRY, 2000, p. 29-32), the role that consensus plays in the arrangement of international society since the end of the Second World War is essential:

Consensus is fundamental to social order because it is itself the product of the shared values of a society. (...) This is a clear statement of the claim that, as a dimension of legitimacy, consensus cannot be about procedural matters alone. The consensus must express the substantive values of the society more generally. (CLARK, 2005, p. 164).

Considering normative principles, consensus is the origin of most of them. Considering social cohesion, consensus is a very important value. Considering legitimacy, consensus is the main “test of validity”, or the attestation of conformity in that society (CLARK, 2005, p. 164-165). Contemporary international society, built over an institutional-rule-based model of order building (IKENBERRY, 2001, p. 202) is a “political framework committed to a consensual form of application of norms” (CLARK, 2005, p. 7). Given the contemporary international order was founded upon the development of the international law and institutions (IKENBERRY, 2001, p. 202), this means that consensus is crucial for the survival of contemporary international order.

The process of construction of consensus, on the other hand, follows a complex combination of internal and external policies (the organization's structure, bylaws) and politics (political processes, such as decision-making). Consensus is key for legitimacy, since it searches to ensure non-coercive conformity, yet its construction might be hard to achieve sometimes for several reasons such as:

- i. the nature of political pressures happening simultaneously inside (in the domestic environment) and outside the state, and
- ii. the normative configuration of the political IO, like voting rules and quorum.

Consensus is a product of political calculation, involving negotiations and diplomatic pressures, in which material and ideational power differences matters (CLARK, 2005, p. 3, 4), and its presence is an essential factor for the stability and legitimacy of the international order.

However, the existence of consensus does not necessarily point to the morality of what was agreed, nor legitimizes situations in which the adopted course was “wrong” although consensual (e.g. considering other parameters such as morality or relativity). To consider decisions taken in IO as legitimate simply because they reached consensus is misleading. This means that outcomes obtained through consensus might be legal, following the consolidated rules, yet still present immoral aspects.

A good example on how consensus not necessarily expresses legitimacy is expressed by the discrepancies on the number of accusations on human rights violations targeting Israel in the Human Rights Council (HRC). Those 56 out of 145 resolutions³ might have been taken according to HRC's bylaws, reached consensus and represent real violations, yet still raise the matter on whether they are truly legitimate. Why? Because:

- i.) Of autocracies that have never been targeted by any HRC resolutions, such as China, Russia, Venezuela or Cuba⁴ whilst almost half of the International Bill of Rights is based on civil, political and freedom rights - this raises again the matter on the ambiguity and lack of specificity in the law, which is not clear about what kind of violations are being targeted by resolutions;

³I am presenting a full article as an iPoster at ISA 2021 regarding this data. If you are interested in seeing this data, you may look for “The Evolution of The Global System of Human Rights Protection”, author: Carolina Archanjo Portes Ferreira (PUC Minas) in ISA2021 iPoster's website.

⁴These four states voted close to one hundred percent of the times against all resolutions targeting any state of human rights violations, except the ones targeting Israel.

- ii.) Of human rights violations from failed states, that, like autocracies, have never been brought to public debate at the HRC, such as Bosnia-Herzegovina;
- iii.) Of the considerably different number of resolutions on occupied states, such as Libya, in comparison to Israel;
- iv.) states experiencing profound humanitarian crisis such as Sudan, which were also targeted by less resolutions of violations than Israel; and, mainly, because
- v.) Israel is the only state who is got its own permanent agenda-item (agenda number 7) in the HRC, which unfolds in 3 resolutions every year since Resolution 5/1⁵ was promulgated in 2007; and
- vi.) every year, almost the same five resolutions accusing Israel on human rights violations are issued repeatedly, being “ritual resolutions” (KARNS, MINGST AND STILES, 2015, P. 122). Ritual resolutions, in this case, have two consequences:
 - a. the rapid multiplication of the number of violations; and
 - b. the achievement on higher grounds on consensus on the matter⁶.

This makes HRC's data of violations biased. Anyone who raises a survey in HRC looking for which country most violates human rights in the world (based solely on HRC resolutions), the answer will be Israel. But how far that is from human rights reality across the world? The answer to this question lays on how far politicization distances the reality of world affairs from the ideal performance of international organizations. The point is that most violations against Israel are invariably repeated every year (KARNS, MINGST AND STILES, 2015, P. 122). Although HRC's organizational design is a real representation of a “thin institutions working under soft laws”, and the consequence of being singled out as a violator is only scrutiny, it indeed has a negative effect on the perception not only before interstate society, but also of the whole world community against Israel.

If the spread of human rights values worldwide through “global electronic communications explosion” had the effect of convicting “human beings around the world that they are entitled to the enjoyment of human rights” (...), focusing the world's attention almost instantaneously on violations of human rights no matter where they occur” (BUERGENTHAL, 2006, p. 807), who is to say that such resolutions are not playing an important role in creating a bias against Israel worldwide? According to Hillel Neuer (2006),

⁵“Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council” (HRC, 2007).

⁶ This was also exemplified in my ISA 2021 iPoster “The Evolution of the Global System of Human Rights Protection”, when I compared consensus from 2011 to 2017 in resolutions targeting Syria and Israel in the HRC.

despite one regular and two special sessions that purported to address substantive human rights issues, the Council has managed to ignore the vast majority of the world's human-rights violations. The situation in Darfur - perhaps today's greatest case of mass human rights abuse - merited only a brief passing debate in June, with Sudan easily escaping censure. Nor has there been any attempt by the Council to convene an emergency session for the millions of victims in Darfur. Instead, the Council - dominated by the Organization of the Islamic Conference, whose members control the African and Asian blocs that together wield 26 of the council's 47 seats - devoted 100 percent of its country-specific resolutions, two special sessions, one "fact-finding" mission and a 'high-level commission of inquiry' to one-sided and politically motivated attacks on Israel (NEUER, 2006, p.1, our highlight).

Such discrepancies in treatment are a clear evidence of a legitimacy issue, in spite of being consensual or not. If scrutiny and moral condemnation, on one side, have the effect of affecting IO's authority and effectiveness for not being coercive enough, when it comes to legitimacy and public image, it matters a big deal.

This is certainly true in the case of US's departure from HRC, since, even though all justifications Haley and Pompeo (2018) presented to leave the Council were listing the Council's bias against Israel and need for reform, they left precisely one day after UN's secretary General Guterres and the U.N. high commissioner on human rights, Zeid Raad al-Hussein, pronounced their concern with the situation of around two thousand children immigrants being separated from their parents in the frontier with Mexico, as well as al Hussein's implicit critics towards Trump's administration focused on what he called "chauvinist nationalism" (BBC, 2018).

Notwithstanding, the fear of scrutiny might have been the reason for US to depart, perhaps justified by US's lack of success in articulating their reform proposals in order to get allies that would provide it with sufficient support in meetings. Curiously yet, the fear of scrutiny is the main reason mentioned by critics for states applying to join the Council, as Kofi Annan in 2006 mentioned that "too many countries sought membership to protect themselves against criticism, or to criticize others" (GA(a), 2006, p.1). Besides, if the fear of scrutiny did not actually afflicted states, and the HRC was already considered useless, why would states bother to apply for the membership of the HRC, join the Council's meetings, form alliances, or even, in US's case, depart from the Council, solely to not being targeted by its country-specific violations resolutions?

What is at stake is not just the resolutions, yet the whole system which allows that politicization interferes in the organization's decisions and outcomes, making consensus the representation of the leeway instead of legitimacy. When consensus reproduces merely political outcomes, which

might be legal, yet remain deprived of a content that might be truly considered moral and legitimate, it has lost its main essence. Even though normative aspects have an important role on constraining the behavior of states, norms are mediated through consensus and subject to games of power, which makes legitimacy's nature "inherently political" and indeterminate (CLARK, 2005, p. 255-256). Legitimacy can be seen, thus, as dependent on consensus and normative unity, and both as dependent upon power distribution (CLARK, 2005, p. 227). I reinforce in this work that legitimacy is at the beginning and at the end of the relation between norms and politics. Consensus, thus, reinforces legitimacy's social and legal nature, but solely the presence of consensus cannot assure legitimacy.

Clark (2005) argues based on Hampson that "the higher the coalition that accepts a set of newly established norms, the higher will be the sense of legitimacy" (HAMPSON⁷, 2002, p. 177-178 apud CLARK, 2005, p. 166), - in other words, they argue that the higher the consensus achieved around a new norm, the higher will be its legitimacy perception in international society. Similarly, Lasmar (2011) argues that

as more units (i.e. states) accept and share a given set of rules, interstate society, as a whole, moves towards a general acceptance of the norms and values that underlie these rules. Therefore, values and norms that are 'common' to interstate society as a whole are often the result of an increasing number of units accepting a given set of rules (LASMAR, 2011, p. 36).

Thus, consensus might be related to a way to reach non-coercive conformity through multilateralism as consent can be related to the acceptance of new rules by individual states. Clark (2005) affirms that in sociology and political theory there was a transition between the perspectives of consent to the perspectives of reaching consensus, since the formation of consensus has been considered to be more tangible than the dependence upon each State's consent. This is because in international society and mainly inside IO, consensus does not require unanimity, as it operates under established rules, allowing legitimate decisions to be taken more easily (CLARK, 2005, p. 163). Consensus, in this sense, would be a less rigorous criterion to legitimize decisions and actions. However, it might raise questionings between the distribution of power and respect for sovereignty and state's individual interests (SMITH, 2006, p. 208).

⁷Hampson, F. O. (2002). *Madness in the Multitude: Human Security and World Disorder*. Don Mills, ON.

The correlation on consent-consensus is valuable, though, to comprehend how the achievement of consensus inside political IO might result from power distortion in the organizational environment and impact on the organization's effectiveness.

3 LEGITIMACY AND POWER

The dynamics of power inside political IO may not (probably, will not) coincide with the configuration of power outside these arenas. There is a significantly “uneven distribution of power among states in the international environment since Westphalia” (LASMAR, 2011, p. 34). However, inside international organizations, member-states are subdued to rules prescribed in the IO's bylaws. Which means the distribution of power inside an organizational environment and outside it, in the international environment, might differ considerably. Institutional mechanisms might diminish the impact of the international society's power distribution, seeking to equalize power. Yet the search to equalize power among states on organizational environments might impact directly the effectiveness of that IO (e.g. the difference between the institutional design of the League of Nations and the UN's Security Council). By considering power distribution differences also inside the organizational environment (even though not solely that), the UN System has survived 75 years. For a mainly deliberative organ with the role to protect human rights, HRC's task has been hard to fulfil, however. Even to solely investigate human rights violations in several locations has posed as a problem sometimes (GA, 2019) - let alone if the Council had the authorization to act.

For powerful states, the impact of power equalization inside IO is mainly negative, especially on deliberating forums, where sanctions or other forms of persuasion do not apply, and the voting rule is 1-state-1-vote (SMITH, 2006, p. 181, 211-212). The US affirmed when departing the HRC in 2018 that it tried for more than one year to form alliances, but it did not obtain success (HALEY AND POMPEO, 2018). Considering Southern states are now the majority (AYOGB, 2020, p. 251), and UN's regional groups do not possess the same size or number of seats in the HRC⁸, for example, the decisions have close to nothing to do with power outside the organizational environment, and are mainly driven by alliances among states.

The question on why major powers agree to be bound by rules and institutions anyway remains, even more if considered state-consent-dependence and how their power might be constrained by international law and institutions. Ikenberry (2001) argued - from Lisa Martin (1993)⁹ and Margaret Levi (1988)¹⁰ - that after the end of WWII, the leading states (i.e. the US) would have

⁸See Annex 23.

developed a model of order building centered in rules and institutions as a way to obtain compliance without recurring to coercive means, to be protected from the risk that the raising of a new order presented to its own hegemony (p. 54). That meant the US would be refraining from its “right” to act as it was pleased as the most powerful state, limiting its own power under institutions and international law, in exchange for compliance from all states in international society. Smaller states would gain the protection from domination and abandonment in this bargain (p. 57):

as Lisa Martin argues, “a hegemon can expect fewer challenges to an institution in which smaller states have a say in joint decisions than to a unilaterally imposed arrangement.” In effect, a constitutional settlement is one in which the leading state agrees to extend decision-making access and rights to secondary states in exchange for their acquiescence in the order's rules and institutions. The resulting legitimacy of the order reduces the chance that secondary states will seek to overturn or continually challenge the overall order (IKENBERRY, 2001, p. 54).

In other words, the gain for leading states in such a model of order that restrains their power is to maintain as much as possible the status quo. Even so, small or great powers voluntarily seek membership in such organizational arrangements (SMITH, 2006, p. 142, p. 150-152). This also means they might as easily come out of such arrangements. Once powerful states recognize this power distortion within the institution as a threat to their interests or find themselves unable to articulate their proposes, they tend to desert from them. That was the case with the US's exit from the Human Rights Council in 2018. In its exiting statement, Nikki Haley (2018) said that the United States had proposed

several reforms to the Council for more than a year so that inconsistencies were overcome and the cause of human rights was not undermined. However, in addition to finding opposition to the reforms from China, Russia, Egypt and Cuba”, they did not “find support from allied countries, who said they agreed with the enormous need for reforms in the institution and shared the American aversion to resolutions targeting Israel, but did not provided support for American proposals at the meetings (Online Speech: U.S. Leaving UN Human Rights Council. HALEY AND POMPEO, 2018).

⁹“Lisa Martin, “The Rational State Choice of Multilateralism,” in John Gerard Ruggie, ed., *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form* (New York: Columbia University Press, 1993), p. 110. This line of analysis builds on institutionalist theory pioneered by Robert Keohane in *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy* (Princeton: Princeton University Press, 1984)” (IKENBERRY, 2001, p. 54).

¹⁰“Margaret Levi, *Of Rule and Revenue* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1988), p. 32” (IKENBERRY, 2001, p. 54).

¹¹See Annexes 1 for more information.

The US successive (failed) attempts to negotiate with allied countries the changes in the rules of membership of the HRC - a request made since 2001 by the American government - show that the American win-set (PUTNAM, 2010) was directly linked to these two points: reforms on the Council and Israel. Once they were not attended, the country chose to depart.

Inside UN's political forums there are many group formations. Almost all UN countries are part of more than one political group and/or bloc¹¹ which not only affects how states calculate their capacities and interests (SMITH, 2006, p. 72), but also power configurations inside IO. The 1-state-1-vote rule is criticized for ignoring political realities of power outside the organizational environment, “contrasting aspects of the principle of equality and mutual recognition of sovereignty to the external reality of power” (SMITH, 2006, p. 212). The same rule is also a critical point considering the membership composition of IO, since regional arrangements and the number of states per region have impacts on decisions resultant from voting, and the majority of member-states is African or Asian¹² (AYOOB, 2020, p. 251). Rules on rightful membership that impacts on power inside the IO have already received proposals for changes, which all failed, along with other complaints such as the (lack of) expertise of states representatives; equitable geographic representation and the deserving of a seat on the Council by the states according to HRC's institutional role (i.e. protecting human rights) (SMITH, 2006, p. 66).

Political processes are not involved solely on the process of constitution and application of new norms. They are also involved on legitimacy's constitution, perception and application. The impacts of the relation between politics and norm, whether in international society or inside political IO, impacts not only on the rules and norms *per se*, but in reconfigurations of power, consensus and rightful membership-conduct as well (CLARK, 2005, p. 167).

Power in the international environment might come from many power sources, like material, economical, or ideological. Nonetheless, when it comes to political IO's environment, power is resultant from how its bylaws and rules define how decisions will be taken. Once institutionalized, rules bind IO's member-states, now submitted to the organization's membership selection process, voting, and decisionmaking definitions. This view implies in a simultaneously constitutive process between norms defining politics, and politics defining the norms (i.e. norms guide how the dynamics of power and achievement of consensus inside the IO will be; and the majority of states defines which will be the norms). That is why the power equalization inside the organizational environment might impact directly IO's recognition and their power of coercion before international society: the () higher the power equalization inside political IO, the () lower

¹² Annex 23.

¹³ See Annex 23.

will be its coercive power, and the () higher will be the likability that it remains only providing recommendations, not being allowed to act. After all, even though smaller states are now the majority¹³ (AYOOB, 2020, p. 251) soft rules and thin institutions guarantees that they will rule without access to real power. They might somehow win the deliberative debate, but they will not be able to truly implement any decisions.

Even so, the US's trials to form alliances and to reform the HRC for more than one year, as mentioned above, for example, shows:

- i. that the leading state was playing by the rules even when they clearly did not favor him;
- ii. that such discrepancies in power inside the IO might be initially accepted by the great powers whose demands are not being attended at all, but there is a limit.

Ikenberry (2001) stated in 2000 that US had a preponderant role in contemporary international order creation and maintenance. In 2017, he mentioned that Trump's administration was contrary to all post WWII arrangements and that this behavior jeopardized the “United States' role as guarantor of the liberal world order” (IKENBERRY, 2017, p. 1). On the other side, in Acharya and Plesch's (2020) point of view, US role in creating and maintaining multilateralism in contemporary international order “has been more limited and less positive” when compared to the contributions of other states “including Europeans and (...) the developing countries”, which are “less appreciated but more substantial and extensive” (ACHARYA AND PLESCH, 2020, p. 231).

Ishay (2004) presents the perception of unilateralists (caesarists) vs. multilateralists (spartacists), affirming that, from spartacists point of view, Iraq represented “America's war against civilization”, and that the “United States evades its own standards of justice while calling for democracy and human rights for the rest of the world” whilst “most U.S. military occupations did not lead to the establishment of democratic governments” (p. xiii-xvii). Some questions that remain are (worst-case-scenario): the above-mentioned limit being reached on all UN's bodies, having the US departing them all - like happened to UNESCO, HRC and WHO - would the UN System, LIO and multilateralism¹⁴ survive? How much contemporary international order after WWII depends on US's participation and cooperation?

¹⁴Here I relate all three separately based on Acharya and Plesch's (2020) proposition that LIO should not be conflated to universalism (represented by the UN System), to what I add multilateralism as well.

CONCLUSION

It all starts and ends with legitimacy.

From Clark's (2005) contributions on legitimacy, I here sustain the argument that legitimacy is the beginning and the end of the relationship between norms and politics in the international society. All normative is designed to provide fixed references over what is legal, yet what is legal comes from already consolidated notions on legitimate conduct based on the norms and values of a society. In other words, norms are created to support the version of legitimate behavior and conduct currently accepted as legitimate. Rules, therefore, are solely the result of the institutionalization of that society/organization's values and norms (LASMAR, 2011, p. 36). Likewise, judgments over the legitimacy of actions and outcomes, will consider the current applicable rules, norms and values. For instance, “in international law the state, as the main legislator, not only creates the rules but also is directly regulated by these very rules” (LASMAR, 2011, p. 35).

In an international order framed by international law, to comprehend the role norms and politics play is essential. The sovereignty rule and the pluralist nature of international society imposes several issues over framing a coercive and non-general normative, specially towards embracing solidarist values, such as human rights. Politicization is the main reason why the normative cannot function perfectly; yet, paradoxically, the normative that guides conduct in international society and IO, comes from a political process. As argued by Buergethal (2006, p. 791) and Lasmar (2011, p. 36-37), the whole process of creation of international law in a pluralist international society is submitted to political considerations. I see the relation between norm and politics like the relation between agents and structures in sociology: deeply interrelated, parts of the same whole, directly related to each other, generators of mutual impacts, yet one is one thing, and the other is the other. Even though it may sound like the egg and the chicken's story on who came first, discussions on the relation between normative and politics are usually compared to the duck-rabbit dilemma (ISLEIB, 2020; KOSKENNIEMI, 2012), as depicted on Figure 1.

Figure 1– The Duck-Rabbit Drawing



Image source: ISLEIB, 2020, p.1

The image, which first appeared in 1892 in a German magazine named “Flying Leaves”, has been used to illustrate several scientific arguments. In International law studies, for Koskenniemi (2012), it illustrates the dialectic relation between norm and politics. Even though the same picture represents both politics and norm and they are deeply interconnected, we can only see one at a time according to our focus; and, their nature is different, even though they compose the same drawing (ISLEIB, 2020; KOSKENNIEMI, 2012). Both, the rabbit and the duck, politics and normative, have the same size, meaning that, in this picture, one is not preponderant over the other. In contemporary international society, politics and norm occupy the same space, and, together, they provide two pictures that seem contradictory, or, at least incongruent. One should expect to stare at the picture and be able to see a whole, but, instead, it is required a simple mind process to see both. Surely the discrepancies, at first, stand out. The same lines came to provide two different creatures of entirely different natures, and what to one is an ear, to the other is a beak. This is a perfect framing for how we expect the normative to be drawn in a way that will match the current political demands, and how we expect the politics to behave in accordance with the law and “the spirit” of the law. However, invariably, we obtain two overlapping figures facing opposite directions, even though the lines and devices they share are the same.

Constitutionality and morality, along with power and consensus, are aspects related to the political side of legitimacy, that create the differences between legality and legitimacy. Legality would, then, be one of the levels in the legitimation process that composes legitimacy along with the other levels, in addition to power and consensus. Hence, legitimacy is not defined solely by, neither limited to legality. Nor to morality. If legitimacy corresponded one hundred percent to legality, perhaps effectiveness issues would not even exist, and the overlapping figures of the rabbit and the duck, that have diametrically opposed natures, would represent a whole, a unique

figure. Although we are inclined to desire this perfect overlap and integrity of the figure, a world where the inconsistencies on norm and politics do not exist seem unconceivable. However, according to Clark (2005), the political space between the concepts of legality and legitimacy is precisely what “contributes to normative change in international society, to refinements on international law and to developments on actual state practice. (...) Legitimacy is one vehicle for redefining legality by appeal to other norms” (CLARK, 2005, p. 211).

Koskeniemmi (2012) argues that it seems the dispute “legal rights vs. political interests” (KOSKENIEMMI, 2012) will never reach an end, and even though it seems that to hang in the side of the law shows moral superiority, its distance from reality and even how the law-making and law-application processes occur shows that things are not quite like that. To Koskeniemmi (2012), politics correspond to facts as the law corresponds to ideas,

ideas are not facts. The identity of law is principles and rules, good ideas. (...) Why do we still feel that law is still valuable? Because we think law enlightens dark sides of politics. (...) In a world of angels, no law would be needed. (...) We need law to depart from bad experiences to achieve some sort of goal (Lecture “The Politics of International Law”. KOSKENIEMI, 2012).

So, departing from law is not desirable, for even though the law is not strictly followed, inconsistencies abound and argumentative flexibility always exists, it matters as a way of achieving, with time, greater conformity of values in international society (LASMAR, 2011, p. 36; BUERGENTHAL, 2006, p. 791). The existence of law, might not have turned international affairs into a homogenous world society and raised several apparent contradictions that would not exist in its absence, but it certainly brought us to a endless possibilities of world improvement, especially if we consider the endless possibility of normative change. To consider the innumerable possibilities of normative change so better institutional designs might be formed may be an everlasting endeavor in world politics. We must face it, though, knowing that the goal should not be homogeneity, inflexibility, nor the impossible task of matching/merging politics and the law, or even fully attending effectiveness demands. Perhaps, if we focus less in the inconsistencies as something bad (yet never losing sight on their existence), we might find them to be the gaps and opportunities for improvement in international affairs and to the accomplishment of the world changing project we have been looking for.

REFERENCES

ACHARYA, Amitav; PLESCH, Dan. The United Nations: Managing and Reshaping a Changing World Order. Jun 2020. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*. Brill Nijhoff. Volume 26, Issue 2, pp. 221-235. DOI: 10.1163/19426720-02602001.

AVANT, Deborah D; FINNEMORE, Martha; SELL, Susan K. *Who Governs the Globe?*. 2010. Cambridge Studies in International Relations. Cambridge University Press. New York, USA.

AYOOB, Mohammed. The UN and North-South Relations in the Security Arena. Jun 11 2020. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*. Brill Nijhoff. Volume 26, Issue 2, pp 251-261. DOI: 10.1163/19426720-02602002.

BARNETT, Michael N.; FINNEMORE, Martha. *Rules for The World: IOs in Global Politics*. 2004. Cornell University Press.

BBC News. US Quits 'Biased' UN Human Rights Council. US and Canada. Jun 20 2018. Available at: <<https://www.bbc.com/news/44537372>>. Access in feb 19 2020.

BUCHANAN, Allen.; KEOHANE, Robert. O. *The Legitimacy of Global Governance Institutions*. 2006. Cambridge University Press. P. 405-437. DOI: 10.1111/j.1747-7093.2006.00043.x.

BUERGENTHAL, Thomas. The Evolving International Human Rights System. 2006. *The American Journal of International Law*. 100 (4): 783–807.

CLARK, Ian. *Legitimacy in International Society*. 2005. Oxford: Oxford University Press. New York.

FALK, Richard. Legality and Legitimacy: the Quest for Principled Flexibility and Restraint. 2005. *Review of International Studies*, Vol. 31, pp. 33–50. DOI:10.1017/S0260210505006777.

GA (a). 2006. GA/10449. 72nd Meeting. Plenary. General Assembly Establishes New Human Rights Council by Vote of 170 In Favour to 4 Against, With 3 Abstentions. United Nations, Press Release, Mar 15 2006. Available at: <<https://www.un.org/press/en/2006/ga10449.doc.htm>>. Access in feb 18 2020.

GA. 2019. General Assembly: GA/12209. Delegates Voice Concern over Human Rights Council Membership Selection Process, as General Assembly Takes Up Body's Annual Report. United Nations, Press Release, Nov 1 2019. Available at: <<https://www.un.org/press/en/2019/ga12209.doc.htm>>. Access at Feb 22 2020.

HALEY, Nikki; POMPEO, Mike. U.S. Leaving UN Human Rights Council. 19 jun 2018. CBC News. Youtube. Available at: < <https://www.youtube.com/watch?v=N6fbAIWJB3Q&t=67s>>. Access in: 30 jun 2019.

HRC. 2006-2017. Human Rights Council: Resolutions. 2006-2017. Available at: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/Documents.aspx>>. Access in jun 20 2018.

HRC. 2007. Resolution 5/1. Institution-building of the United Nations Human Rights Council. H R C . 9 t h m e e t i n g , J u n 1 8 2 0 0 7 . A v a i l a b l e a t : <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/BackgroundDocuments.aspx>>. Access in feb 18 2020.

HURD, Ian. Legitimacy and Authority in International Politics. 1999. International Organization 53, 2, Spring 1999, pp. 379–408. The IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology.

IKENBERRY, G. John. After Victory. Institutions, Strategic Restraint, And The Rebuilding Of Order After Major Wars. 2001. Princeton University Press. USA, New Jersey.

IKENBERRY, G. John. The Plot Against American Foreign Policy: Can the Liberal Order Survive? Foreign Affairs, Mai/Jun de 2017. Available at: <https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/gji3/files/may-june_2017_foreign_affairs.pdf>. Access in jul 29 2018.

ISHAY, Micheline. The History of Human Rights From Ancient Times to the Globalization Era. 2004. University of California Press. USA, California.

ISLEIB, Ana Sophia Krause. Como pensar a relação entre política e direito internacional?. Jul 11 2020. Cosmopolita: A Política do Direito Internacional. O Direito da Política Internacional. Available at: < <https://www.cosmopolita.org/post/como-pensar-a-relação-entre-pol%C3%ADtica-e-direito-internacional?postId=5f064c4c0ca9010017cd9d98>>. Access in jul 11 2020.

KARNS, Margaret. P.; MINGST, Karen. A.; STILES, Kendall. W.; *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*. 2015. 3rd edition. Lynne Rienner Publishers.

KOSKENNIEMI, Martti. Lecture “The Politics of International Law”. Delivered at the Lauterpacht Centre. 26th January 2012. Cambridge Law Faculty. Available at: <<https://www.youtube.com/watch?v=-E3AGVTHsq4>>. Access in jul 15 2020.

KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. 2011. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, USA.

LASMAR, Jorge M. *The Global War on Terror, Jus ad Bellum and Normative Change in International Law*. 2011. *VIANuário de Direito Internacional*. V. 2. P. 34- 75.

LEGITIMACY. Cambridge Dictionary. Jun 25 2020. Web. Available at: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/legitimacy>>. Access in jun 25 2020.

LINKLATER, Andrew; SUGANAMI, Hidemi. *The English School of International Relations: A Contemporary Reassessment*. 2006. USA, New York. Cambridge University Press.

LYNCH, Colum. U.S. to Pull Out of UNESCO, Again. Oct 11 2017. *Foreign Policy*. Available at: <<https://foreignpolicy.com/2017/10/11/u-s-to-pull-out-of-unesco-again/>>. Access in jun 14 2020.

LYON, Alynna; STILES, Kendall; EDGAR, Alistair; MILLS, Kurt; ROMANIUK, Peter. Jun 11 2020. The Editors Introduction to the Special Issue. 2020 *The 75th Anniversary of the United Nations: Looking Back and Looking Forward. Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*. Brill Nijhoff. Volume 26, Issue 2, pp. 199-212. DOI: 10.1163/19426720-02602008.

NEUER, H.C. So Far, A Profound Disappointment. 7 Set 2006. *The International Herald Tribune*.

POLITY IV PROJECT. *Political Regime Characteristics and Transitions from 1946-2013*. Center for Systemic Peace (CSP). MARSHALL, Monty G. Societal System Research Inc. GURR, Ted Robert. University of Maryland, Emeritus, USA. Available at: <<http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm>>. Access in: feb 17 2020.

PUTNAM, Robert D. *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of the Two-Level Games*. Summer 1988. *International Organization*, v. 42, n. 3, p. 427-460, Boston, USA.

SATO, Eiiti. Conflito e cooperação nas relações internacionais: as Organizações Internacionais no século XXI. 2003. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Volume 46, Ed. 2, pp. 161-176.

SMITH, Courtney B. *Politics and process at the United Nations: The Global Dance*. 2006. Lynne Rienner Publishers.

TALMON, Stefan. *The Security Council as World Legislature*. 2005. *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No 1 (Jan, 2005), pp. 175-193.

THE NY TIMES. *Trump Administration Signals Formal Withdrawal From WHO*. July 7 2020. Available at: <<https://www.nytimes.com/2020/07/07/us/politics/coronavirus-trump-who.html>>. Access in Jul 19 2020.

TIBON, A. *All 100 U.S. Senators Demand UN Take Action Against 'anti-Israel Agenda'*. 28 Apr 2017. *Haaretz*, Disponível em: <<https://www.haaretz.com/us-news/all-100-u-s-senators-demand-un-end-anti-israel-agenda-1.5466241>>. Acesso em 7 ago 2019.

UN. 2020. *United Nations Regional Groups of Member States*. Available at:<<https://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml>>. Access in: feb 23 2020.

UN WATCH. 2014. *Test yourself: Are you pro human rights, or just anti-Israel?*. 16 jul 2014. Hillel Neuer. Available at: <<https://unwatch.org/test-yourself-are-you-pro-human-rights-or-just-anti-israel/>>. Access in feb 17 2020.

UN WATCH. 2019. *7 Anti-Israeli UNHRC Reports on March 18th*. Mar 2019. Available at: <<https://unwatch.org/7-anti-israeli-unhrc-reports-march-18th/>>. Access in 19 jul 2019.

WIGHT, Colin. *Agents, Structures and International Relations. Politics as Ontology*. 2006. Cambridge University Press. New York, US.

**O TRANSPLANTE JURÍDICO DO ACORDO CRIMINAL: UMA ANÁLISE
COMPARATISTA.**

***THE LEGAL TRANSPLANTION OF THE PLEA BARGAINING: A COMPARATIST
ANALYSIS.***

Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos¹

RESUMO: O presente artigo trata do fenômeno dos “transplantes jurídicos” na área criminal, fundamentalmente vinculado à questão dos acordos criminais introduzidos na realidade processual penal brasileira. Primeiro, busca-se fazer uma crítica à metáfora desenvolvida por Alan Watson para, ao depois, analisar a “americanização” do Direito e as influências que o sistema *common law* têm desempenhado nos sistemas processuais penais dos países de tradição *civil law*. Também, sob a perspectiva do Direito Comparado, o artigo visa a analisar as diferenças estruturais entre os dois sistemas, as quais não possuem compatibilidade em função de fenômenos culturais inseridos no processo penal de cada um. Por último, demonstrar-se-á às razões pelas quais institutos advindos de outros sistemas jurídicos – de matrizes distintas – não podem ser realizados de forma acrítica e sem uma análise contundente de viabilidade. A metodologia aplicada no trabalho é a hipotético-dedutiva e a técnica desempenhada é a revisão bibliográfica.

Palavras-Chave: transplantes jurídicos; sistema adversarial; sistema inquisitorial; acordo.

ABSTRACT: This article deals with the phenomenon of “legal transplants” in the criminal area, specially linked to the issue of plea bargaining introduced in Brazilian Criminal Procedure. First, the article aims to criticize the metaphor developed by Alan Watson in order, later, analyze the “americanization” of law and the influences that the common law system has played in the criminal procedural systems of countries with civil law tradition. Also, from a perspective of Comparative Law, the article seeks to analyze the structural differences between the two systems, which are not compatible due to cultural phenomena inserted in the criminal procedure of each one. Finally, it will demonstrate the reasons why institutes coming from other legal systems – from different matrixes – cannot be carried out uncritically and without a strong analysis of viability. The methodology applied in the work is hypothetical-deductive and the technique performed is the literature review.

Keywords: legal transplants; adversarial system; inquisitorial system; plea bargaining.

¹ Doutorando em Direito pela UNISINOS/RS, Mestre em Ciências Criminais (2018) e Especialista em Direito Penal Empresarial pela PUC/RS (2016). Advogado criminalista.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Transplantes jurídicos; 2. A “americanização” do Direito brasileiro; 3. As diferenças estruturais entre os sistemas; 4. A plea bargaining americana e a sua influência no Direito Processual Penal Brasileiro; Conclusões; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tornou-se corriqueira – não só no Brasil, como em diversos países da Europa Ocidental e da América Latina – a recepção de institutos jurídicos característicos de países do sistema *common law* para, em grande parte, dar eficiência e celeridade às persecuções criminais. Cuida-se de uma tendência de “americanização” do Direito, identificada pelo pragmatismo e marcada, no campo do Direito Processual Penal, pela introdução dos espaços de convergência entre as partes nas persecuções criminais e relativização da obrigatoriedade da ação penal.

Nos estreitos limites do presente estudo, trabalharemos o fenômeno dos “transplantes jurídicos” no âmbito do Direito Público, especificamente do processo penal, por intermédio da transmissão do *plea bargaining*, característico do sistema adversarial norte-americano, à realidade brasileira. De logo, algumas premissas precisam estar bem assentadas: (i) o “transplante” operado vincula-se ao Acordo de Não Persecução Penal introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da novel Lei n.º 13.964/2019; (ii) a comparação realizada está diretamente conectada à estrutura do *plea bargaining* dos Estados Unidos da América e; (iii) a denominação do sistema prevalecente em países de matriz *civil law* como inquisitorial não se vincula, em última análise, ao princípio inquisitivo ou ao sistema inquisitivo². Em realidade, a vinculação está na gênese da palavra, remontando à persecução penal romana, a qual se dividia em duas fases: “uma primeira, de coleta de informações e documentos para embasar a acusação; e uma segunda, onde ocorreria a produção de provas e os debates entre as partes”³ (*anquisitio* e *inquisitio*, respectivamente)⁴.

À base desse cenário, em um primeiro momento, analisar-se-á a procedência e estruturação teórica da metáfora denominada de “transplantes jurídicos” e o contexto em que ela está inserida. Em síntese, ver-se-á que a proposição desenvolvida por Alan Watson possui maior abrangência –

² Considerando-se, daí, todos os problemas advindos da construção histórica dos sistemas processuais penais à base de tal princípio, como a tortura, ausência de publicidade dos atos e cumulação de funções pelo juiz (acusando e julgando). Não se descarta, portanto, de tal debate. A propósito: “É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu”. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Resolução 181 do CNMP – artigo 1.º**. In. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*, org. Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pp. 36-57.

⁴ *Ibidem*.

em função da sua conveniência científica – nas áreas de Direito Privado. No entanto, em se tratando tanto de matérias de Direito Público – como o Direito Processual Penal – e de transmissão de normas de viés constitucional, a r. metáfora se mostra bastante simplória para um fenômeno que é muito mais complexo.

Em sequência, analisar-se-á o fenômeno de “americanização” do Direito, por intermédio da importação de institutos jurídicos advindos dos Estados Unidos da América, o qual, em nosso estudo – como referido alhures –, vincular-se-á ao *plea bargaining* e ao Acordo de Não Persecução Penal constante do art. 28-A do Código de Processo Penal (e, igualmente, à conseqüente relativização do *princípio da obrigatoriedade da ação penal*).

De tal arte, mostra-se de todo pertinente a análise estrutural e principais distinções entre os sistemas adversarial e de cultura inquisitorial, a fim de sinalizar que – em que pese a conveniência de importar institutos jurídicos que auxiliem na eficiência da prestação jurisdicional – as matrizes de tais sistemas partem de pressupostos processuais absolutamente diversos, fundamentalmente na figura do magistrado e do representante do Ministério Público.

Por último, demonstrar-se-á que a transmissão do *plea bargaining* ao sistema processual brasileiro, em última análise, alça sentido às críticas feitas à metáfora dos “transplantes jurídicos”. Vale dizer, ver-se-á que nortear o fenômeno de transmissão de regras e institutos jurídicos entre sistemas – sem rigor crítico e inobservando a estrutura cultural e jurídica do receptor – pode resultar, a bem da verdade, em uma anarquia no campo teórico (através da ausência de uma coerência do pensamento científico) e, especialmente, na prática forense (por meio da resistência dos atores jurídicos envolvidos na prestação jurisdicional).

1 TRANSPLANTES JURÍDICOS:

A metáfora dos “transplantes jurídicos”, que, em síntese, é o mecanismo utilizado para estudar a interação entre sistemas jurídicos por intermédio do Direito Comparado⁵, é o argumento mais utilizado para explicar a circulação de instituições jurídicas entre os sistemas. Alan Watson, o criador da r. metáfora, descreve o fenômeno como sendo a mudança de regra ou de um sistema jurídico entre uma nação e outra ou entre um povo e outro. Em relação ao objeto, o autor aponta que o empréstimo referido se vincula somente a regras, instituições, conceitos legais e estruturas jurídicas. Porém, o “espírito legal” do sistema não é “transplantado”⁶.

⁵ PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. Boston College Law School Faculty Papers, 2012.

⁶ VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. *Legal transplants and comparative law*. *International Law Journal*, 2004, pp. 261-276.

A inteligência teórica do r. autor compreende que o objeto prático do estudo do Direito Comparado é o exame dos “empréstimos” ou “transplantes” jurídicos que podem e devem ser feitos e a análise em relação aos “transplantes” já realizados, a fim de compreender os motivos do fenômeno, em quais pontos eles sucederam e nos quais eles falharam, além de verificar os efeitos havidos da influência do “sistema de origem” no novo ambiente⁷.

Watson aduz que a transferência, empréstimo e imposição de regras têm sido, de há muito, uma constante nos ordenamentos jurídicos⁸. Por exemplo, refere que antes do *Code Civil* francês, as regras romanas eram utilizadas pelos franceses em casos de transferências de propriedade e riscos na venda. Ainda, tais regras foram recepcionadas pelo primeiro código europeu moderno, o *Prussian Allgemeines Landrecht Für Die Preussischen Staaten* (1794)⁹.

De fato, a metáfora dos “transplantes jurídicos” foi uma das mais disseminadas no âmbito do Direito Comparado para explicar o fenômeno de interação entre diferentes sistemas jurídicos. Na linha de Maximo Langer, tal amplitude da tese é atribuída a diversos motivos, a saber: (i) em razão da globalização e do crescente intercâmbio entre ideias jurídicas, criou-se a necessidade de conceituar esse fenômeno. O sucesso, nesse sentido, deve-se, em grande medida, à necessidade de preencher a lacuna existente entre teoria e prática; (ii) a metáfora possui uma natureza comparativa intrínseca, a partir da ideia de “transplante”. Pressupõe-se, como na medicina ou na botânica, um corpo ou ambiente original e o seu receptor. De tal arte, permite-se comparação entre o sistema jurídico original e o transplantado e, também, mostra-se útil a analisar as tendências de globalização jurídica e; (iii) a construção teórica referenciada também inclui a imperiosidade de adaptação de regras ao sistema jurídico receptor, assim como a possibilidade de rejeição destas¹⁰.

Valderrama, noutro turno, aponta alguns motivos pelos quais o “transplante jurídico” acaba ocorrendo, fundamentalmente: (i) em razão de autoridade; (ii) em virtude de prestígio e imposição; (iii) por vezes, por meio de uma chance havida ou uma necessidade premente de mudança; (iv) em face da expectativa de maior eficiência da lei e; (v) por motivos oriundos de incentivos políticos, econômicos ou reputacionais advindos dos “sistemas de origem” ou terceiros¹¹.

⁷ *Ibidem*.

⁸ LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal.** *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

⁹ LEGRAND, Pierre. **A impossibilidade de “transplantes jurídicos”.** Trad. Gustavo Castagna Machado, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, 2014.

¹⁰ LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal.** *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

¹¹ VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. **Legal transplants and comparative law.** *International Law Journal*, 2004, pp. 261-276.

De acordo com Legrand, a concepção desenvolvida por Watson tinha por premissa um aspecto formalista, porquanto a ideia de “transplante” seria destinada à promoção de transferências de regras entre sistemas jurídicos. Nessa ótica, haveria uma redução da concepção de “jurídico” a meramente regras. Cuida-se, assim, de ideia de viés pragmatista. O r. autor explica a teoria de Watson, aduzindo que a metáfora parte da intelecção de que a mudança no Direito é independente de ação de qualquer campo social, histórico ou cultural. “Transplante” de regras, nesse sentido, torna-se socialmente fácil¹². Para Watson, então, Direito Comparado seria resumido ao estudo de um sistema jurídico e suas regras para com o outro, de modo que a interação entre eles prescindiria de análise da cultura local.

O r. jurista critica a ideia de regra como proposição vazia da metáfora dos “transplantes jurídicos”, a partir dos seguintes pontos: (i) *regra e significado*: a interpretação é um fenômeno intersubjetivo, uma vez que é produto da subjetividade do intérprete que, por sua vez, interage com as subjetividades dentro de uma comunidade interpretativa. Tais subjetividades, nessa conjuntura, são constituídas pelos valores e identidades culturais de uma determinada comunidade e; (ii) *regra como cultura*: quando se promulga uma regra não está somente se fazendo isto, mas também se está fazendo algo que é típico daquela comunidade. Algo que é intrínseco a ela. A regra não é somente um conjunto de palavras escritas. Também é fruto de uma forma cultural de incorporação, acrescida de elementos culturais e sustentadas por formações históricas e ideológicas. Legrand apóia-se na concepção gadameriana de que significado da parte deve vir do contexto, do todo. Assim, “porque existe uma regra em um quadro cognitivo maior, o comparatista deve relacioná-la com outros fenômenos de um jeito que fará a proposição específica aparente ser menos um evento arbitrário e mais a manifestação de um todo relativamente coerente e inteligível”¹³.

De igual modo, em relação ao argumento de Watson, no sentido de que as interações entre os sistemas jurídicos ocorrem há muito tempo (v.g. a conexão entre regras dos romanos e a utilização pelos franceses antes do *Code Civil*, bem como a recepção destas pelo código prussiano), Legrand critica esse argumento a partir do seguinte posicionamento: as regras romanas haviam sido escritas em *latim* ao escopo de regular a intermediação entre os cidadãos romanos da Constantinopla do Século VI, ao passo que as regras francesas que refere Watson foram utilizadas pelos franceses na França pré-revolucionária. Noutra aspecto, as regras prussianas referidas estavam dispostas a regular as relações jurídicas da Prússia que se mantivera feudal, além de

¹²Importante destacar-se, nesse ponto, que, de acordo com Perju, o “transplante” jurídico de regras de Direito Privado é socialmente fácil. O que não ocorre, contudo, com o caso de normas de Direito Público, uma vez que, além de serem menos comuns, elas, certamente, não são fáceis de transmitir entre um sistema e outro. PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. *Boston College Law School Faculty Papers*, 2012.

¹³LEGRAND, Pierre. **A impossibilidade de “transplantes jurídicos”**. Trad. Gustavo Castagna Machado, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, 2014.

terem sido escritas em alemão. É dizer, nessa linha de raciocínio, que tais regras não são as “mesmas regras”, uma vez que elas obedecem, cada qual, a lógica cultural do sistema nativo. A questão do idioma, de igual maneira, também é um impeditivo para a transposição “crua” da regra, uma vez que cada idioma sugere uma relação que é específica entre a palavra e o seu conteúdo¹⁴.

À luz do entendimento de Legrand, o que pode ser transplantado de uma jurisdição para a outra é somente a regra *sem sentido*. Por isso, “transplante jurídico” é impossível. A transposição das fronteiras, necessariamente, altera o sentido da regra e a condiciona aos aspectos culturais do sistema receptor. O jurista, nesse sentido, critica a tese de Watson a partir do argumento de que “a complexidade inconstante de desenvolvimento no Direito não pode ser explicada por meio de um quadro rígido e vazio tal como o proposto pela tese dos 'transplantes jurídicos'” e assevera, mais adiante, que “a tese dos 'transplantes jurídicos' descarta a existência de fenômenos qualitativamente diferenciados e os conteúdos concretos de experiências e valores”¹⁵. Nesse sentido, Antoine Garapon assevera que o comparatista sempre terá que se deparar com um problema maior – o de critério de medidas com que vai abordar o Direito –, uma vez que sempre correrá o risco de, ainda que involuntariamente, permanecer refém de sua própria cultura, de seu próprio limite de pensamento e de seu idioma¹⁶.

Na linha teórica de Valderrama, o estudo do Direito Comparado, incluindo-se daí o fenômeno denominado, deve levar em consideração – ao escopo de trazer mais precisão e profundidade ao estudo – a influência da cultura jurídica do sistema e a sinergia de ideia havida entre os sistemas comparados¹⁷. É preciso destacar, igualmente, que a metáfora que refere Watson é, usualmente, destinada à interação de normas de Direito Privado, na medida em que, de acordo com ele, socialmente aceitáveis e de menor complexidade, porquanto independe de fatores externos, como culturais, políticos e econômicos. A construção teórica, no entanto, cai por terra quando confrontada com a transmissão de regras de Direito Público – como as de natureza penal ou processual penal –, as quais demandam uma maior sinergia interativa, ao intento de identificar e adequar diversidades.

Nessa linha, Perju salienta, no campo do Direito Constitucional, que essa interação possui um significativo maior impacto, expresso na função das normas constitucionais. Tais dispositivos, nessa medida, são mui mais complexos que regras de Direito Privado, uma vez que representam a

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ GARAPON, Antoine. **Prova e verdade no processo francês e americano**. Trad. Mara Beatriz Krug. In. *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Editora Gazeta Jurídica: 2016.

¹⁷ VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. **Legal transplants and comparative law**. *International Law Journal*, 2004, pp. 261-276.

vontade do soberano de um Estado Democrático: o povo. Então, o “transplante” de normas constitucionais é mais oneroso que a transmissão de regras atinentes ao Direito Privado. Isso porque, em algumas nações, a Constituição não possui tanta contundência quando comparada a outros sistemas jurídicos (ou são facilmente modificáveis). Noutro plano e a despeito da dificuldade na transposição de normas constitucionais entre sistemas jurídicos, o jurista aduz que o estudo do Direito Constitucional Comparado pode auxiliar no debate acerca dos “transplantes jurídicos” no campo do Direito Comparado, especialmente nos tópicos de convergência e divergência, na relação entre a lei e a cultura e também na relevância da linguagem¹⁸.

Langer, em seu turno, também refere que a tese dos “transplantes jurídicos” apresenta diversas limitações, posto que não explica adequadamente os motivos pelos quais algumas regras são “transplantadas” em alguns níveis conceituais e outras não. A título de exemplo, o jurista cita o controle de constitucionalidade, o qual é um mecanismo que foi “transplantado” do sistema jurídico dos Estados Unidos da América para a Europa Ocidental. Em suma, alude que o sistema de controle de constitucionalidade das duas tradições, a despeito do r. “transplante”, diferem substancialmente em pontos relevantes, como, *e.g.*, no sistema norte-americano qualquer tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma regra, ao passo que na Europa Continental¹⁹, usualmente, apenas um Tribunal Constitucional pode fazê-lo²⁰.

A metáfora do “transplante”, portanto, não é apta a captar essa sorte de sutilezas, dando a entender, por ex. na hipótese acima, de que os sistemas de controle de constitucionalidade dos Estados Unidos da América e da Europa Continental são os mesmos quando, em realidade, possuem diferenças substanciais. O mesmo acontece quando os reformadores buscam alterar ou reconceituar a prática forense com base no sistema jurídico paradigmático e inobservam o fato de que tal ideia pode ser “transformada pelas estruturas de significado, disposições individuais, arranjos institucionais e de poder, sistemas de estímulos, etc.”²¹.

Um exemplo disso foi a tentativa de importação do sistema adversarial da *common law* para o Direito Processual Penal italiano, por intermédio da introdução da regra de que a prova deve ser requerida pelas partes e não pelo juiz. Todavia, uma disposição – que permite, quando muito

¹⁸ PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. *Boston College Law School Faculty Papers*, 2012.

¹⁹ Nesse sentido, por ex. na França, a QPR (*questão prioritária de constitucionalidade*) foi incluída por emenda constitucional em 2008 e confere às partes – em meio a um procedimento litigioso ordinário – a possibilidade de questionar a constitucionalidade de uma lei ou ato perante uma Corte Constitucional. Veja-se: ROUSSEAU, Dominique. **O processo constitucional francês**. Trad. Thomas Passos Martins. *Revista do Programa de Pós-Graduação da UFC*, v. 38.1, jan-jun/2018.

²⁰ LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal**. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

²¹ *Ibidem*.

necessário, o requerimento de produção de prova pelo magistrado (que é muito pouca usada no sistema norte-americano) – tem sido interpretada como uma ampla dimensão para o juiz determinar novas provas. Isso porque a maioria dos atores jurídicos daquele país estão inseridos em uma cultura de jaez inquisitorial, possuindo, por consequência, um conjunto de disposições internas fundamentalmente inquisitoriais²².

Maximo Langer aborda, ainda, um terceiro problema no sentido de que a transferência de regras e institutos jurídicos pode provocar mudanças significativas no sistema. Isto é, como no exemplo da introdução de aspectos da *common law* à prática forense italiana, essa transferência pode disseminar uma ideia de sistema adversarial em um sistema cuja estrutura de significado inquisitorial tem sido preponderante. É dizer, a metáfora do “transplante” não é capaz de capturar esse fenômeno. O transplante de um órgão, *v.g.*, pode ser introduzido ao corpo humano. A pessoa receptora, no entanto, permanecerá a mesma. As mudanças que podem ser ocasionadas pela força da introdução de regras de outros sistemas jurídicos pode ir muito além e produzir significativas mudanças na cultura jurídica do receptor²³.

Em face das inconsistências teóricas identificadas na proposição de Watson, algumas alternativas foram desenvolvidas, como a de Gunther Teubner. A proposição do r. autor entende como adequada a expressão “irritação jurídica” ao escopo de capturar o fenômeno de interação entre diferentes sistemas jurídicos²⁴. Em síntese, a metáfora construída por Teubner sugere que a interação entre sistemas jurídicos deve ir além da diferenciação política, a fim de considerar os “múltiplos fragmentos de discursos” em áreas diversas, como na saúde, ciência e tecnologia. Os “transplantes jurídicos”, portanto, são “irritantes” e promovem a “irritação” em cada sistema²⁵.

Langer explica que, em que pese consiga evitar uma grande parte dos problemas decorrentes da proposição teórica de Alan Watson – uma vez que consegue passar a ideia de que a transmissão de regras e institutos jurídicos entre sistemas possa induzir a uma série de alterações substanciais no sistema jurídico receptor – ela apresenta relevantes limitações, sendo a principal delas a perda da dimensão comparativa. Nesse sentido, “uma irritação não precisa vir necessariamente de outro sistema (jurídico) ou de fora do sistema que a irrita. Conseqüentemente, a dimensão comparativa da metáfora é perdida no que se refere aos sistemas original e receptor e quanto à prática ou ideia original e a transferida”²⁶.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

25 PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. *Boston College Law School Faculty Papers*, 2012.

26 LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal**. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

A fim de dar uma solução teórica aos problemas abordados, quer dizer, na existência de significativas limitações nas propostas de Watson e Teubner, Langer sugere a metáfora da “tradução” para capturar o fenômeno de circulação de ideias, regras e institutos jurídicos entre sistemas, sendo, na sua intelecção, um dispositivo heurístico superior aos demais. Tal concepção, nessa senda, permanece com a dimensão comparativa que deu azo a tese dos “transplantes jurídicos” e que carece a tese da “irritação”. Em relação aos sistemas jurídicos, Langer explica que a metáfora da tradução diferencia a linguagem fonte do sistema de origem para com o do receptor. Ainda, “*a metáfora da tradução também permite uma distinção entre o 'texto' original – a ideia ou a instituição jurídica como desenvolvida no sistema jurídico fonte – e o texto traduzido*”²⁷.

O que nos parece incontroverso, no entanto, é que a simplificada metáfora dos “transplantes jurídicos” não é o método mais adequado para direcionar transmissões de institutos jurídicos entre sistemas diferentes, como, especialmente, intercâmbio de ideias advindas da *common law* para países de tradição *civil law*. Nesse particular, a assertiva ora encampada vincula-se às hipóteses de matérias de Direito Público, fundamentalmente de Direito Processual Penal. Isso porque os sistemas – adversarial e de cultura inquisitorial – divergem, em grande medida, no que pertine à função dos atores jurídicos dentro da dinâmica da persecução criminal.

2A “AMERICANIZAÇÃO” DO DIREITO BRASILEIRO:

Nas últimas décadas, em função da crescente importância do direito processual penal norte-americano²⁸, construiu-se um movimento na Europa Ocidental e nos países da América latina de “americanização” do Direito. No Brasil, esta importação de ideias jurídicas do sistema *common law* é identificada por meio das noções de justiça penal negociada, através da introdução de formas de *barganha*²⁹ no processo penal.

Porém, a forte influência do Direito norte-americano nos países de *civil law* – especialmente após a Segunda Guerra Mundial – não se restringe aos meandros dos sistemas processuais penais (até mesmo porque, como se viu, o fenômeno dos “transplantes jurídicos” são mais usuais em transmissões de regras de Direito Privado). A influência do sistema jurídico desse país vai desde a forma teórica de abordagem – v.g., pelo pragmatismo legal, discursos de direitos e relação entre direito e economia – até a estruturação dos escritórios de advocacia e formação do r. profissional. Esse movimento, de tal arte, levou alguns doutrinadores a entenderem, como expõe Langer, que

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

algumas nações não estadunidenses estariam recriando o seu sistema jurídico fortemente influenciado pelas noções da *common law* norte-americana³⁰.

Nos Estados Unidos da América, a forma mais conhecida de justiça penal negocial é o *plea bargaining*, instrumento este amplamente utilizado na prática forense. Estima-se, nesse cenário, que 97% (noventa e sete por cento) dos casos criminais federais³¹ naquele país são resolvidos através de acordos e, por corolário, não são levados a julgamento. Tais acordos, nesse sentido, são propostos pelo Ministério Público (*prosecutor*), o qual possui ampla margem de discricionariedade para propor as avenças³². O modelo geral norte-americano – analisado sob a ótica do instituto federal do *plea bargaining* (uma vez que pode variar entre os entes federativos³³) – confere um viés pragmatista ao processo penal e visa, em última análise, a gerar eficiência na persecução criminal. Ao contrário dos países de matriz inquisitorial, o *prosecutor* não está vinculado ao *princípio da obrigatoriedade da ação penal*. No Brasil, cuida-se de princípio constitucional, cuja r. condição advém da interpretação do art. 129, inc. I, da Carta Magna³⁴.

Importante destacar-se, como expõe Jed S. Rakoff, que, nos Estados Unidos da América o sistema de *plea bargaining* constitui, praticamente, todo o sistema de justiça criminal, o qual se resume em acordos feitos “a portas fechadas” e sem controle judicial. A discricionariedade que possui o membro do Ministério Público é bastante extensa, ao passo que o poder conferido à defesa e, inclusive, do juiz, é diminuto³⁵. É dizer que, nesse particular, reside uma diferença substancial entre os países de matriz inquisitorial e aqueles – como a nação norte-americana – de cultura adversarial. Nos primeiros, há uma forte tendência à judicialização e à diminuição – especialmente pelos atores jurídicos envolvidos – dos espaços de consenso na Justiça Penal. Ao revés, a ânsia pela eficiência e rápida resposta do sistema criminal norte-americano conduz à utilização desenfreada dos acordos criminais.

³⁰ LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal.** *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

³¹ RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty.** *The New York Review of Books*, nov/14. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>; Acesso em: 10.08.2020.

³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCRIM, 2015.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Veja-se, nesse sentido: “Apesar de não ser fruto de um dispositivo constitucional ou legalmente exposto, a obrigatoriedade da ação penal decorre da interpretação de diversos dispositivos, tanto de cunho constitucional como infraconstitucional, considerando o que diz o já citado artigo 129, inciso I, da Constituição Federal”. ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa.** *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

³⁵ RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty.** *The New York Review of Books*, nov/14. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>; Acesso em: 10.08.2020.

Outro dado assaz relevante é o fato de que a disseminação dos espaços de consenso no processo penal norte-americano tomou maior corpo após o fim da Guerra Civil. Isso porque, em função da alta taxa de criminalidade da época, optou-se por dar maior eficiência e celeridade às persecuções criminais sem correr o risco de colapsar o sistema de justiça criminal. Essa tendência foi aumentando com o passar dos anos e manteve-se “estável” até antes dos anos 60 (época em que a taxa de criminalidade nos Estados Unidos da América era relativamente baixa). Com o aumento exponencial de crimes, a partir dos anos 60, a expansão do *plea bargaining* foi uma constante nos anos que sucederam, fundamentalmente pelo recrudescimento das penas criminais em âmbito federal e estadual. Em 1980, a taxa de acusados que iam a julgamento era de 19% (dezenove por cento). Em 2010, tal percentual reduziu para modestos 3% (três por cento). Além da motivação da alta criminalidade, o aumento dos acordos criminais deveu-se ao advento das *sentencing guidelines*, as quais alcançaram maior poder aos *prosecutors*, na medida em que, na linha de Rakoff, imporiam uma coerção ao investigado através da “projeção” de eventual pena cominada por ocasião de sentença condenatória³⁶.

O problema do *plea bargaining*, nesse cenário norte-americano – marcado pela utilização massiva do instituto –, é que a disparidade havida entre o membro da acusação pública (e a sua alargada discricionariedade) e a defesa conduz a um fenômeno em que os inocentes – a fim de evitar todo o efeito potestativo do Estado – acabam, em dadas situações, por se declarar culpados³⁷. E, como referido acima, a própria metodologia da dosimetria da pena naquele país (*sentencing guidelines*) contribuiu para o alargamento do instituto do acordo criminal. Veja-se que até o início dos anos 70 regia, nos Estados Unidos da América, o sistema de pena indeterminada, que conferia ao magistrado prolator da sentença uma margem muito ampla de discricionariedade³⁸. Tal sistemática, por conseqüência, sofreu duras críticas ao longo dos anos, desde abolicionistas até liberais, os quais pretendiam dar maior coerência à fase de aplicação de pena³⁹. Nesse contexto, portanto, surgiu o *sentencing guidelines*, que, igualmente, operacionalizou a dosimetria da pena naquele país, marcado pela severidade das reprimendas e robustez do encarceramento⁴⁰.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ QUIRÓS, Diego Zysman. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A.: um estudo sobre as *United States Sentencing Guidelines***. Trad. Prof. Dr. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 87.

³⁹ TORNY, Michael H.. ***Thinking about Punishment: penal policy across space, time and discipline***. Ashgate Publishing, 2009, p. 336.

⁴⁰ Tomando por exemplo as *sentencing guidelines* do Estado de Minnesota dos anos 80, um roubo simples geraria ao infrator uma pena de 18 (dezoito) meses de cadeia, porém, em caso de prática do mesmo crime por três vezes (*three strikes*), o apenamento seria aplicado entre 29 (vinte e nove) a 31 (trinta e um) meses. Veja-se: MINNESOTA SENTENCING GUIDELINES GRID. 1980. Disponível em: <https://mn.gov/sentencing-guidelines/assets/1980->

No Brasil, as tendências de “simplificação” do direito processual por intermédio da introdução da justiça penal negociada não é uma novidade. Em 1995, a Lei 9.099 introduziu a possibilidade de oferecimento de transação penal (art. 72) para crimes de menor potencial ofensivo e a suspensão condicional do processo (art. 89). A diferença havida, no que diz respeito à comparação com o *plea bargaining* norte-americano, é a desnecessidade de se considerar culpado⁴¹. Cuida-se, nessa senda, de um instrumento que pode ser reconhecido mais como um benefício processual do que propriamente um acordo para evitar uma ação penal.

Recentemente, através da Lei n.º 13.964/2019, foi introduzido ao Código de Processo Penal brasileiro o art. 28-A, o qual prevê a possibilidade de formulação de Acordo de Não Persecução Penal entre o Ministério Público e o acusado em crimes cujas penas mínimas sejam até 04 (quatro) anos e que observem outros requisitos (v.g., a ausência de habitualidade delitiva). Tal influência da justiça penal negociada dos Estados Unidos da América, por certo, não é nova, a contar pelas inserções de espécies de relativização do *princípio da obrigatoriedade da ação penal* na Lei n.º 9.099/95. Há não muito tempo, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n.º 181, buscou estabelecer o Acordo de Não Persecução Penal através de ato normativo, o que foi amplamente criticado em razão da tentativa do r. órgão de legislar⁴².

À base desse contexto, é inegável que os mecanismos processuais penais do sistema norte-americano de *common law* tem alcançado significativa influência na forma de estruturação das matrizes brasileiras. A ideia de criação de espaços de consenso no Brasil tem se fortalecido desde a introdução da Lei n.º 9.099/95 – ainda que de forma tímida – e, de modo mais contundente, por meio da utilização excessiva da colaboração premiada (fundamentalmente pela recente operação “lava jato”) e através da inserção do Acordo de Não Persecução Penal.

Standard%20Grid_tcm30-31016.pdf

⁴¹ A par dessa conjuntura, valiosa a crítica de Vasconcellos no que diz respeito aos “acordos” nos processos criminais de médio e pequeno potencial ofensivo: “*Certamente, os dois últimos mecanismos citados são aqueles que aderem cristalinamente ao desenho conceitual da justiça criminal negocial, já que se caracterizam por pressupor a concordância do réu em aceitar a acusação (embora, formalmente, não haja confissão ou reconhecimento de responsabilidade) e, assim, consentir com a realização de obrigações acordadas, sem o transcorrer normal do processo para determinação da culpa por meio de produção de provas*”. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 29.

⁴² A propósito: “*Ao contrário, a viabilidade do acordo de não-persecução penal foi questionada por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 5790, de autoria da Associação Magistrados Brasileiros; e ADI n.º 5.793, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil), sustentando, dentre outros argumentos, o desrespeito à competência exclusiva da União para legislar em matéria processual. Ao que se vê, seja pelo meio em que foi inserido em nosso direito (uma norma de natureza administrativa), seja pela invocação de temas de ordem constitucional, seja, enfim, por buscar respaldo no direito comparado, o acordo de não-persecução penal é um instituto altamente polêmico, que merece uma atenção maior por parte da doutrina, em razão dos valores altamente significativos envolvidos nesse debate: a segurança pública e o status libertatis do sujeito passivo da persecução penal*”. ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

Sucedem, todavia, que as duas estruturas de sistemas processuais penais divergem, em muito, a partir de alguns aspectos fundamentais e refletem diretamente no “transplante” de regras de um país para o outro.

2.1 AS DIFERENÇAS ESTRUTURAIS ENTRE OS SISTEMAS:

As características do sistema adversarial que se pretende demonstrar neste tópico terá como norte referencial o processo penal norte-americano, máxime em razão das tendências elencadas anteriormente, no sentido de “americanização” do direito processual penal brasileiro. Porém, antes de adentrar nas características propriamente ditas do sistema adversarial, é preciso ressaltar alguns aspectos históricos da evolução política, social e econômica da nação norte-americana.

Os Estados Unidos da América tornaram-se independentes em 04 de julho de 1776, por meio de uma declaração aprovada pelo Congresso Continental da Filadélfia firmada pelos 13 estados originários. Alguns anos depois, os *founding fathers*⁴³ propuseram o texto da Constituição norte-americana, a qual foi a primeira democrática do mundo. Ela foi aprovada em 17 de setembro de 1787 (entrando em vigor quase dois anos mais tarde, em 04 de março de 1789) pelos 13 estados originários. Em 1791, entraram em vigor as primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, que se chamou *Bill of Rights*, que incluiu, entre outras disposições, o “devido processo legal”⁴⁴.

A Suprema Corte norte-americana, ademais, criada por intermédio do *Judiciary Act* – aprovada pelo Congresso em 24 de setembro de 1789 –, é composta por 09 (nove) membros indicados pelo Presidente, devendo ter a chancela do Senado. Os juízes da Suprema Corte possuem a liberdade para decidir sobre quais assuntos irão decidir, por meio de um procedimento de seleção de casos (*certiorari*). As suas decisões – característica marcantes dos sistemas jurídicos de *common law* – conformam *stare decisis*⁴⁵, que, em última análise, constitui um precedente vinculante para todos

⁴³ George Washington, James Madison, Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin e Alexander Hamilton.

⁴⁴ COLOMER, Juan-Luis Gómez Colomer. *Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*. *Revista Española Poder Judicial*, número especial XIX, Madrid, 2006, pp. 25 a 77.

⁴⁵ Trata-se de modelo de controle constitucional difuso (cuja decisões possuem eficácia *erga omnes*), algo bastante similar com o que quis se implementar por intermédio da sistemática da *repercussão geral* no Direito brasileiro. A propósito: “nas primeiras décadas do século XX, a justiça constitucional em países ocidentais distinguia-se em uma tipologia que viria a se tornar paradigmática: o modelo europeu de controle concentrado e o modelo estadunidense de controle difuso. Ocorre que, com o final da Segunda Guerra Mundial, enquanto os países de controle concentrado passaram a adaptar, progressivamente, os seus mecanismos de modo a receber demandas típicas do controle difuso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América começava a julgar seus casos com a possibilidade de aplicação de eficácia *erga omnes* às decisões, tendo em vista a regra do *stare decisis* e a chamada *supremacy clause*”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; MARTINS, Thomas Passos. **Uma análise histórico-comparatista das convergências processuais no controle difuso de constitucionalidade entre Brasil e França**. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019.

os demais tribunais federais e estaduais⁴⁶.

Juan-Luiz Gómez Colomer aponta que pensar o sistema de justiça criminal norte-americano é refletir sobre algo que destoa da realidade prevalente na Europa Ocidental. Isso porque se trata de um sistema politicamente muito distinto – ao da Espanha, por ex. (de onde Colomer analisa) – a contar pela influência do Poder Político e do Poder Legislativo em zonas relevantes do judiciário. Além dos juízes da Suprema Corte serem indicados diretamente pelo Presidente da nação, os demais juízes das instâncias estaduais ou federais – ressalvadas as distinções de estado para estado – são eleitos politicamente pelo povo⁴⁷.

Por outro lado, os Estados Unidos da América foram precursores no desenvolvimento de diversas garantias constitucionais aos acusados em processo penal, muito antes de qualquer país da Europa. Por exemplo, a proibição de prova ilícita remonta ao ano de 1886, através do julgamento *Boyd vs. United States*. Afora o traço marcante da intervenção política no processo penal norte-americano, Colomer também destaca outras características importantes, como a diversidade étnica, cultural e ideológica que fez o processo penal se moldar ao longo dos anos, a grandeza geopolítica e o imenso potencial econômico⁴⁸.

De igual modo, no campo da Teoria do Direito e de sua construção até os dias atuais, os dois países – Brasil e Estados Unidos da América – seguiram caminhos diversos. O Direito norte-americano, por ex., sofreu forte influência do movimento denominado Realismo Jurídico – construído, em grande parte, por Oliver Wendell Holmes Jr. –, cujas matrizes teóricas fundavam-se na experiência e não na lógica⁴⁹, assim como o sentido se vinculava à decisão judicial e não ao texto, de modo que, nessa concepção teórica, o intérprete primeiro decidia e depois fundamentava. Não havia sentido, para esse movimento, a construção de regras para predizer decisões futuras⁵⁰. Por outro lado, no Brasil, na linha da crítica de Lenio Streck, ainda não há uma superação dos positivismos novecentistas que, até hoje, exercem forte influência nas decisões judiciais. Também, o mesmo jurista critica a influência de certa espécie heterodoxa de Realismo Jurídico no intérprete brasileiro. Nessa linha, quando convém, o julgador em *terrae brasilis* ou é um realista-pragmatista ou um positivista exegético⁵¹.

⁴⁶ COLOMER, Juan-Luis Gómez Colomer. *Adversarial system, proceso acusatório y principio acusatório: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*. *Revista Española Poder Judicial*, número especial XIX, Madrid, 2006, pp. 25 a 77.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr*. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Jurisdição e Decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2020.

Ademais, a intelecção de ativismo judicial também é uma constante nos Estados Unidos da América desde o início do século XX, de modo que essa ideia somente ganhou espaço, no Brasil, a partir da redemocratização. O ativismo, que, na linha de Anderson Vichinkeski Teixeira, é uma patologia constitucional (que pode ser nociva ou não), tem como escopo corrigir omissões dos demais poderes (ativismo positivo) ou, no campo da arbitrariedade, de utilizar apenas de uma racionalidade política no processo decisório⁵². No Brasil, como tem se vislumbrado a partir do recente movimento crítico à força-tarefa da “lava jato”, o ativismo nocivo foi amplamente movido por uma racionalidade política, a ponto do principal julgador da r. operação ter feito uma intervenção relevante no processo eleitoral brasileiro (por meio de divulgação pública, de ofício, de colaboração premiada de réu delator, que prejudicou a imagem do opositor do candidato vencedor) e, ao depois, composto o governo do eleito. O ato, em si, foi considerado suspeito pelo Supremo Tribunal Federal⁵³.

No que concerne especificamente aos meandros processuais penais dos dois sistemas, o norte-americano vincula-se a três primados (sistema adversarial, devido processo legal e equidade [*adversarial system, due process of law e fairness*]), que conformam o seu núcleo. Entende-se, no campo da doutrina jurídica daquele país, que o sistema adversarial é superior aos sistemas de matriz inquisitorial, porquanto, por meio de tal estrutura, é possível se chegar a sentenças mais justas e acertadas. Afirma-se isso à base de dois elementos: (i) as partes, nessa estrutura, estão em melhores condições de aportar provas do que estariam em um sistema de jaez inquisitorial e; (ii) o sistema em tela favorece uma aproximação da prova e uma distância em relação à possível contaminação desta, fundamentalmente pela ausência de poder para o juiz requerer, de ofício, provas. Por outro lado, alguns outros elementos do processo penal norte-americano são criticados, como, *v.g.*, o amplo poder da polícia, a imensa discricionariedade do *prosecutor*⁵⁴, a ausência de necessidade de fundamentação de veredicto e as limitações dos recursos de apelação⁵⁵.

Outra diferença substancial entre os sistemas adversarial e inquisitorial se pauta no conceito de “verdade”. No primeiro, ainda que a disputa seja sobre a “verdade”, a acusação apresenta o seu

⁵² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV*. São Paulo, 8(1), jan-jun. 2012, pp. 037-058.

⁵³ Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus* n.º 163.943, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 04.08.2020.

⁵⁴ Nesse aspecto, no campo da Colaboração Premiada no Brasil, esta discricionariedade – similar a do *prosecutor* – é evidenciada. Como aduz Badaró, “a escolha de se haverá essa colaboração e a de com quem esta se fará ocorre num campo de extrema discricionariedade, para não se dizer puro arbítrio do acusador”. BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica**. In. *Colaboração Premiada*, coord. Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis Moura. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 127-149.

⁵⁵ COLOMER, Juan-Luis Gómez Colomer. **Adversarial system, proceso acusatório y principio acusatório: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica**. *Revista Española Poder Judicial*, número especial XIX, Madrid, 2006, pp. 25 a 77.

caso e as suas provas, enquanto que a defesa tenta frustrar essa tentativa de incriminar o réu. O conceito da “verdade”, nesse particular, pode ser fruto de uma convergência entre as partes, por meio dos *plea agreements*, sendo, nesse sentido, menos importante saber como os fatos se sucederam. Isso não ocorre, por outro lado, no segundo, porquanto neste o oficial do Estado busca saber o que realmente aconteceu, independentemente dos acordos e desacordos havidos entre acusação e defesa⁵⁶.

Cuida-se, esse particular enfocado, de característica fulcral para distinguir os dois sistemas. De fato, tal diferenciação diz muito em relação aos meandros estruturais destes. A perspectiva adversarial dos Estados Unidos da América, nesse cenário, trata a verdade como produto de um *combate*, como alude Garapon. O r. jurista, analisando as diferenças substanciais entre a matriz processual penal norte-americana em relação à francesa (de viés inquisitorial), assevera que tal característica não é um traço do processo penal francês, uma vez que a verdade é o resultado de um inquérito, construído por uma autoridade institucional ou científica que visa a reconstruir, de modo progressivo, um relato para convencer juízes profissionais. A verdade, ao fim e ao cabo, é a judicial. Ou seja, a verdade para o processo penal norte-americano – decidida por cidadão, em vez de especialistas (como nos sistemas de jaez inquisitorial) – é “*deduzida do espetáculo de um combate cuidadosamente preparado: o momento do trial*”⁵⁷.

O objetivo nos dois sistemas, por certo, é reconstruir o passado, no entanto, os meios utilizados são substancialmente diversos: enquanto que no sistema inquisitorial, a r. reconstrução parte de uma investigação paciente e meticulosa, no adversarial, as provas não são amplamente trabalhadas na fase que antecede o *trial*. Elas possuem somente o objetivo de preparar – as partes – para a fase de combate, oportunidade na qual tudo será “reiniciado” e será avaliado por um terceiro neutro que tomará conhecimento dos fatos⁵⁸.

Há outras diferenças, também, a partir da linguagem. No sistema adversarial, a ideia de confissão pode ser compreendida como uma admissão de culpa para a polícia e perante a corte (*guilty plea*) que, em caso de aceitação, impede a fase de instrução e julgamento. Noutra lado, a estrutura inquisitorial, independentemente de confissão de culpa, não exime a fase processual e o conseqüente sentenciamento⁵⁹.

⁵⁶ LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal.** *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

⁵⁷ GARAPON, Antoine. **Prova e verdade no processo francês e americano.** Trad. Mara Beatriz Krug. *In. Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Editora Gazeta Jurídica: 2016.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal.** *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

3 A PLEA BARGAINING AMERICANA E A SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Por certo, é, em nosso sentir, correto o entendimento de que operar um “transplante jurídico” de regras de Direito Privado entre um sistema e outro pode ser mais simplório do que transmitir dispositivos de Direito Público entre dois sistemas⁶⁰. Isso porque, em muitos dos casos, a circulação de regras – *e.g.*, de normas processuais penais – pode gerar confusão conceitual no sistema receptor ou relativização torta de normas constitucionais.

Como explica Langer, ao analisar quatro importações do *plea bargaining* norte-americano em países de cultura inquisitorial, verificou-se que, em vez de manter homogêneo os sistemas *civil law* (como normalmente o eram), houve por produzir fragmentações, na medida em que, cada qual, absorveu o espaço de consenso no processo penal à sua maneira. Ademais, em que pese tal mecanismo de *barganha* consiga ser introduzido no sistema receptor, nenhum dos países analisados na pesquisa de Langer (Argentina, Alemanha, Itália e França) conseguiu se assemelhar ao sistema de disputa adversarial⁶¹. Isto é, a transmissão do instituto operada houve por apenas inseri-lo isoladamente, de modo que tal não trouxe consigo as matrizes estruturais do sistema adversarial.

Nesse particular enfocado, a cultura dos países de jaez inquisitorial – entre eles o Brasil – ainda possui uma forte discrepância, no que tange à sistemática processual penal, para com o modelo adversarial. Veja-se que o protagonismo do juiz brasileiro é fruto de uma construção teórica que concedeu a este uma ampla discricionariedade para decidir⁶², ao contrário dos países de matriz adversarial, em que a r. discricionariedade, ao revés, recai sobre a figura do acusador. Ironicamente, o julgador de primeiro grau da já citada operação “lava jato” – adepto dos instrumentos consensuais penais e da estrutura do sistema adversarial – houve por agir de ofício em diversos momentos⁶³. Tal protagonismo, como se viu alhures, é inconcebível na perspectiva norte-americana, mesmo que se fosse – em alguma medida – permitida naquela realidade, uma vez que não é fruto da cultura implementada naquela sistemática jurídica.

⁶⁰ PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*. Boston College Law School Faculty Papers, 2012.

⁶¹ LANGER, Maximo. *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal*. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

⁶² Veja-se no verbete “Positivismo Jurídico”: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2020.

⁶³ Tal como na sua reconhecida influência no processo eleitoral brasileiro, evidenciada no HC 163.943 (Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus* n.º 163.943, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 04.08.2020).

De mais a mais, tendo por base a existência do *princípio da obrigatoriedade da ação penal* – como decorrência lógica do art. 129, inc. I, da Constituição Federal –, a transmissão do instituto do *plea bargaining* para a realidade brasileira transpassa, de igual maneira, pela relativização de r. princípio e de uma mudança drástica na cultura do acusador, o qual, ao contrário da norte-americana, não conta com tamanha discricionariedade na formulação, ao menos, do Acordo de Não Persecução Penal. Em verdade, a utilização do aludido instituto – nos parece – será destinado, como o é atualmente nos crimes de menor e médio potencial ofensivo, i.e. restrito a casos sem maior grau de afetação⁶⁴, seja do próprio bem jurídico (em um viés legal), seja pelo interesse da sociedade na persecução criminal do acusado.

CONCLUSÕES

1. A metáfora dos “transplantes jurídicos”, nada obstante possua uma conveniência teórica para regras de Direito Privado, é por demais simples para ser utilizada no campo do Direito Público. Em regras processuais penais, a r. metáfora não consegue dar conta de compatibilizar as divergências culturais entre sistemas com características, por vezes, opostas. No campo do Direito Constitucional, ademais, o “transplante” de normas constitucionais também é tarefa extremamente árdua e não pode, sobremaneira, ignorar os pormenores que fundam o sistema receptor.
2. Fundamentalmente após o término da Segunda Guerra Mundial, o Direito norte-americano passou a exercer forte influência nos países do sistema *civil law*, a partir da inserção de seus primados. Tal influência, nesse cenário, vai desde a importação de regras pautadas pelo pragmatismo legal até a estruturação dos profissionais que exercem a profissão da advocacia.
3. Em que pese essa influência, especificamente na área do direito processual penal, os sistemas comparados apresentam diferenças estruturais bastante significativas. O sistema de investigação oficial, característico do *civil law*, é muito diferente do exercido no *common law*. Os julgamentos de acusados em processo penal entre os dois sistemas também possuem pormenores bastante distintos, como a busca pela “verdade”. Nos Estados Unidos da América, a reconstrução do fato histórico em busca da verossimilhança dos fatos narrados pela acusação pública pode, desde muito, ser consentida pelas partes. A verdade buscada no sistema adversarial, nesse sentido, pode ser suprida por uma simples confissão sucedida de um acordo. Noutra turno, nos países que possuem a cultura inquisitorial, a verdade possui uma maior relevância, não podendo, por ex., ser suprida pela mera confissão.

⁶⁴ Fundamentalmente pelo advento relativamente recente da Lei n.º 12.850/2013 e da alteração legislativa da Lei n.º 9.613/98 (em 2012), a qual ampliou as hipóteses de lavagem de capitais e recrudescer técnicas investigatórias. Com efeito, o legislador optou por punir rigorosamente os crimes acessórios, o que impede – especialmente em grandes operações policiais – o oferecimento de acordos de não persecução penal.

4. Assim, a realização de um “transplante” jurídico – como ocorreu com os acordos criminais – não pode ser feito de forma acrítica e sem uma tradução coerente para o sistema receptor (seja pelos vieses de matriz constitucional – como a relativização do *princípio da obrigatoriedade da ação penal* –, seja pela cultura predominante de protagonismo do julgador). No Brasil, portanto, essa sorte de acordo criminal – que, em última análise, simplifica o processo penal através da supressão da garantia do devido processo legal, com o fito exclusivo de reduzir a criminalidade – enfrentará resistência de todos os lados: da doutrina, da lei e da própria jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Resolução 181 do CNMP – artigo 1.º**. In. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*, org. Douglas Fischer, Mauro Fonseca Andrade – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pp. 36-57.

_____, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica**. In. *Colaboração Premiada*, coord. Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis Moura. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 127-149.

COLOMER, Juan-Luis Gómez Colomer. **Adversarial system, proceso acusatório y principio acusatório: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica**. *Revista Española Poder Judicial*, número especial XIX, Madrid, 2006, pp. 25 a 77.

GARAPON, Antoine. **Prova e verdade no processo francês e americano**. Trad. Mara Beatriz Krug. In. *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Editora Gazeta Jurídica: 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.** Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

LANGER, Maximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal**. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

LEGRAND, Pierre. **A impossibilidade de “transplantes jurídicos”**. Trad. Gustavo Castagna Machado, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 13 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PERJU, Vlad. **Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations**. *Boston College Law School Faculty Papers*, 2012.

QUIRÓS, Diego Zysman. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines**. Trad. Prof. Dr. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty**. *The New York Review of Books*, nov/14. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>; Acesso em: 10.08.2020.

ROUSSEAU, Dominique. **O processo constitucional francês**. Trad. Thomas Passos Martins. *Revista do Programa de Pós-Graduação da UFC*, v. 38.1, jan-jun/2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2020.

_____, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Jurisdição e Decisão: diálogos com Lenio Streck**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV*. São Paulo, 8(1), jan-jun. 2012, pp. 037-058.

_____, Anderson Vichinkeski; MARTINS, Thomas Passos. **Uma análise histórico-comparatista das convergências processuais no controle difuso de constitucionalidade entre Brasil e França**. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -, jul./set. 2019.

TORNY, Michael H.. **Thinking about Punishment: penal policy across space, time and discipline**. *Ashgate Publishing*, 2009.

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. **Legal transplants and comparative law.** *International Law Journal*, 2004, pp. 261-276.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCRIM, 2015.

_____, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal.** 2 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 2018 E O NOVO PARADIGMA DE DESCENTRALIZAÇÃO EM MOÇAMBIQUE

Maputo, Janeiro de 2021

ESPECIFICIDADES DA DESCENTRALIZAÇÃO EM MOÇAMBIQUE: GÉNESE, EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS

SPECIFICITIES OF DECONCENTRATION IN MOZAMBIQUE: ORIGIN, DEVELOPMENT AND PERSPECTIVES

Edson da Graça Francisco Macuácuá¹

RESUMO: O presente trabalho aborda a revisão constitucional de 2018 e o Paradigma da Descentralização em Moçambique, e analisa o modelo de Descentralização adoptado na Revisão Constitucional de 2018, discutindo a reconfiguração jurídica as entidades descentralizadas criadas, reflectindo sobre os desafios emergentes.

Palavras-Chave: Descentralização, Autonomia, Desconcentração, Administração Pública, Governança.

ABSTRACT: This paper addresses the paradigm of decentralization in Mozambique, showing the historical genesis of the process of decentralization, its evolution and analyses the decentralization model adopted in the constitutional review of 2018, analysing the created decentralized entities, reflecting on the emerging challenges.

Keywords: Decentralization, Autonomy, Deconcentration, Public Administration, Governance.

1 PARADIGMA DA DESCENTRALIZAÇÃO DO ESTADO MOÇAMBICANO

De acordo com o disposto no artigo 8 da CRM **(1)**. *A República de Moçambique é um Estado unitário. (2) O Estado orienta-se pelos princípios da descentralização e de subsidiariedade. (3) O Estado respeita na sua organização e funcionamento, a autonomia dos órgãos de governação provincial, distrital e das autarquias locais.*

¹Doutor em Direito; Doutor em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano; Mestre em Direito; Mestre em Administração Pública; Mestre em Direito dos Petróleos e do Gás; Consultor e Docente Universitário

A descentralização compreende: *(a) os órgãos de governação descentralizada provincial e distrital; (b) as autarquias locais.* O Estado mantém nas entidades descentralizadas as suas representações para o exercício de funções exclusivas e de soberania, nos termos definidos por lei. (Artigo 268 da CRM)

Os órgãos de governação descentralizada e das autarquias locais gozam de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos da lei. (Artigo 269 da CRM)

A descentralização respeita o Estado unitário, a unidade nacional, a soberania, a indivisibilidade e inalienabilidade do Estado e guia-se pelos princípios da prevalência do interesse nacional, subsidiariedade e gradualismo. Constituem igualmente limites à descentralização, as matérias da exclusiva competência dos órgãos centrais do Estado, nomeadamente: *(a) as funções de soberania; (b) a normação de matérias de âmbito da lei; (c) a definição de políticas nacionais; (d) a realização da política unitária do Estado; (e) a representação do Estado ao nível provincial, distrital e autárquico; (f) a definição e organização do território; (g) a defesa nacional; (h) a segurança e ordem públicas; (i) a fiscalização das fronteiras; (j) a emissão de moeda; (k) as relações diplomáticas; (l) os recursos minerais e energia; (m) os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, zona contígua ao mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva; (n) a criação e alteração dos impostos.* (Artigo 270 da CRM)

Portanto, o modelo de descentralização adoptado é administrativa.

Estrutura da Administração Pública

De acordo com o definido no artigo 248 da CRM, a Administração Pública estrutura-se com base no princípio de descentralização e desconcentração, promovendo a modernização e a eficiência dos seus serviços sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo.

A Administração Pública pode organizar-se através de outras pessoas colectivas distintas do Estado - Administração, com a participação dos cidadãos.

A Administração Pública promove a simplificação de procedimentos administrativos e a aproximação dos serviços aos cidadãos. (Artigo 249 da CRM)

2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS SOBRE A DESCENTRALIZAÇÃO EM MOÇAMBIQUE

2.1 Princípios estruturantes

Da conjugação do disposto no artigo 8 e do nº 1 do artigo 270 amos da CRM, a descentralização guia se pelos princípios da unicidade do Estado, prevalência do interesse nacional, subsidiariedade, gradualismo e autonomia local.

2.2 Objectivos da descentralização

Nos termos do estatuído no artigo 267 da CRM A Descentralização tem como objectivos organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade e promover o desenvolvimento local, o aprofundamento e a consolidação da democracia, no quadro da unidade do Estado Moçambicano e apoia-se na iniciativa e na capacidade das populações e actua em estreita colaboração com as organizações de participação dos cidadãos.

2.3 Descentralização e Garantias da Unidade e Unicidade do Estado

A forma do Estado é unitária e é garantida através da:

- *Unicidade da Constituição da República;*
- *Centralização do Poder Legislativo e Judicial;*
- *Opção por uma descentralização administrativa;*
- *A Tutela do Estado sobre os entes descentralizados;*
- *Definição de limites à descentralização;*
- *Representação do estado nos territórios sob jurisdição dos órgãos descentralizados;*
- *Manutenção das funções de soberania, como exclusivas do Estado.*

Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 270 da CRM “A Descentralização respeita o Estado Unitário, a unidade nacional, a soberania, a indivisibilidade e inalienabilidade do Estado e guia-se pelos princípios da prevalência do interesse nacional, subsidiariedade e gradualismo”. O nº 2 do mesmo artigo estabelece que “Constituem atribuições dos órgãos centrais, nomeadamente: [...] a) as funções de soberania; [...] b) a normação de matérias de âmbito da lei; [...] c) a definição de políticas nacionais; [...] d) a realização da política unitária do Estado; [...] e) a representação do Estado ao nível provincial, distrital e autárquico; [...] f) a definição e organização do território; [...] g) a defesa nacional; [...] h) a segurança e ordem públicas; [...] i) a fiscalização das fronteiras; [...] j) a emissão de moeda; [...] k) as relações diplomáticas; [...] l)

os recursos minerais e energia; [...] m) os recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, zona contígua ao mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva; [...] n) a criação e alteração dos impostos”.

2.4 Níveis de Descentralização

São instituídos três níveis de entidades descentralizadas:

- ✓ Órgãos de Governação Descentralizada Provincial, que compreende o Governador de Província, o Conselho Provincial e a Assembleia Provincial.
- ✓ Órgãos de Governação Descentralizada Distrital que compreendem o Administrador de Distrito, o Conselho Distrital e a Assembleia Distrital.
- ✓ Autarquias locais que com

preendem o Presidente da Autarquia, o Conselho Autárquico e a Assembleia Autárquica.

Os órgãos de governação descentralizada provincial, distrital e órgãos autárquicos gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira.

De referir que a autonomia dos órgãos descentralizados de governação provincial e distrital, não se confundem com a autonomia territorial das províncias e dos distritos, pois o modelo de descentralização adoptado é o da descentralização administrativa e não político, pelo que a autonomia é conferida aos órgãos e não aos territórios e essa autonomia é administrativa, patrimonial e financeira exercida dentro dos limites fixados na Constituição e na lei, pois o poder legislativo e judicial continuarão centralizados, assim como as áreas de soberania continuarão a ser da responsabilidade exclusiva do Estado e configuram um limite à própria descentralização.

2.5 Atribuições dos órgãos Centrais

Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 139 da CRM “Os órgãos centrais têm, de forma geral, as atribuições relativas ao exercício da soberania, a normação das matérias do âmbito da lei e a definição de políticas nacionais”. O nº 2 do mesmo artigo estabelece que “Constituem atribuições dos órgãos centrais, nomeadamente: [...]a) as funções de soberania; [...]b) a normação de matérias de âmbito da lei; [...]c) a definição de políticas nacionais; [...]d) a realização da política unitária do Estado; [...]e) a representação do Estado ao nível provincial, distrital e autárquico; [...]f) a definição e organização do território; [...] g) a defesa nacional; [...]h) a segurança e ordem públicas; [...] i) a fiscalização das fronteiras; [...] j) a emissão de moeda; [...] k) as relações diplomáticas; [...]l) os recursos minerais e energia; [...]m) os recursos naturais situados

no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, zona contígua ao mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva; [...]n) a criação e alteração dos impostos”.

As matérias da exclusiva competência dos órgãos centrais constituem um limite à descentralização, não poder por isso ser exercidas ao nível provincial pelos órgãos de governação descentralizada, mas sim pelos órgãos de representação do Estado por via da desconcentração.

2.6 Representação do Estado nas Entidades Descentralizadas

Nos termos do disposto no artigo 268 da CRM a descentralização compreende os órgãos de governação descentralizada provincial e distrital e as autarquias locais. O Estado mantém nas entidades descentralizadas as suas representações para o exercício de funções exclusivas e de soberania, nos termos definidos por lei.

2.7 Autonomia dos órgãos de Governação Descentralizada e das Autarquias Locais

O artigo 269 da CRM dispõe que “Os órgãos de governação descentralizada e das autarquias locais gozam de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos da lei”.

A autonomia é concedida aos órgãos e não aos territórios (províncias e distritos), isto é, não são as províncias e os distritos que são autónomos, mas sim os órgãos de governação descentralizada provinciais e distritais é que são autónomos e autonomia é administrativa, patrimonial e financeira; a autonomia não é política, pelo que os órgãos de governação descentralizada provinciais e distritais não estão investidos de um poder legislativo, mas sim regulamentar.

2.8 Tutela administrativa

De acordo como plasmado no artigo 272 da CRM, os órgãos de governação descentralizada provincial, distrital e das autarquias locais, estão sujeitos à tutela administrativa do Estado. A tutela do Estado sobre as Assembleias Provinciais, distritais e autárquicas bem como dos respectivos órgãos executivos consiste na verificação da legalidade dos actos administrativos e de natureza financeira. Excepcionalmente, e nos casos expressamente previstos na lei, a tutela pode ainda incidir sobre o mérito das decisões emanadas pelos órgãos tutelados.

As Assembleias Provinciais, distritais e autárquicas podem, ser dissolvidas pelo Governo, em consequência de acções ou omissões graves previstos na lei. O decreto de dissolução emanado pelo Governo é sujeito à apreciação e deliberação do Conselho Constitucional, nos termos da lei.

2.9 Da Demissão do Governador eleito pelo Presidente da República

De acordo com o disposto na alínea j) do artigo 158 da CRM “Compete ao Chefe do Estado no exercício da sua função: [...] demitir o Governador de Província (...) nos termos da Constituição”.

Os termos do disposto no artigo 273 da CRM “1. O Presidente da República pode, ouvido o Conselho de Estado, demitir o Governador de Província e o Administrador de Distrito nos seguintes casos: [...] a) violação da Constituição; [...] b) prática de actos atentatórios à unidade nacional; [...] c) comprovada e reiterada violação das regras orçamentais e de gestão financeira; [...] d) condenação por crimes puníveis com pena de prisão maior. [...] 2. O Despacho de demissão exarado pelo Presidente da República é sujeito apreciação pelo Conselho Constitucional, nos termos da lei”.

O poder de demissão não se confunde com o poder de exoneração, pois a demissão enquadra-se no âmbito do exercício do poder sancionatório, enquanto que a exoneração se enquadra no âmbito do exercício do poder discricionário.

A legitimidade do Presidente da República decorre do facto de que nos termos do disposto no nº 1 do artigo 145 da CRM “1. O Presidente da República é o Chefe do Estado, simboliza a unidade nacional, representa a Nação no plano interno e internacional e zela pelo funcionamento correcto dos órgãos do Estado. [...] 2. O Chefe do Estado é o garante da Constituição”.

Aliais não é inovadora a previsão do Presidente da República poder demitir órgãos eleitos nos termos pois nos termos do disposto na e) no artigo 158 (antiga alínea e) do artigo 159), conjugado com o disposto no artigo 187 (antigo artigo 188) da CRM, o Presidente da República tem competências para dissolver a Assembleia da República, caso rejeite, após o debate, o Programa do Governo.

2.10 Atribuições da Governação Descentralizada

Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 276 “a governação descentralizada exerce funções em áreas, ou em medida, não atribuídas às autarquias locais, e que não sejam da competência exclusiva dos órgãos centrais, nomeadamente: [...] a) agricultura, pescas, pecuária, silvicultura, segurança alimentar e nutricional; [...] b) gestão de terra, na medida a determinar por lei; [...] c) transportes públicos, na área não atribuída às autarquias; [...] d) gestão e protecção do meio ambiente; [...] e) florestas, fauna bravia e áreas de conservação; [...] f) habitação, cultura e desporto; [...] g) saúde no âmbito de cuidados primários; [...] h) educação, no âmbito do ensino

primário do ensino geral e de formação técnico profissional básica; [...] i) turismo, folclore, artesanato e feiras locais; [...] j) hotelaria, não podendo ultrapassar o nível de três estrelas; [...] k) promoção do investimento local; [...] l) água e saneamento; [...] m) indústria e comércio; [...] n) estradas e pontes, que correspondam ao interesse local provincial e distrital; [...] o) prevenção e combate às calamidades naturais; [...] p) promoção do desenvolvimento local; [...] q) planeamento e ordenamento territorial; [...] r) desenvolvimento rural e comunitário; [...] s) outras a serem determinadas, por lei”. O nº 2 do mesmo artigo estatui que “a realização das atribuições da governação descentralizada deve respeitar a política governamental traçada a nível central, no âmbito da política unitária do Estado”. O nº 3 do mesmo artigo preceitua que “a lei estabelece, expressamente, a divisão de competências entre a governação descentralizada e os órgãos centrais do Estado ou seus representantes”. O nº 4 do mesmo artigo deixa para a lei definição da composição, organização, funcionamento e demais competências.

2.11 Órgãos da Província

Existem órgãos de duas naturezas, por um lado os órgãos de representação do Estado e, por outros os órgãos de governação descentralizada.

Nos termos do disposto no artigo 277 da CRM São órgãos da Província a Assembleia Provincial, o Governador de Província e o Conselho Executivo Provincial. O Representante do Estado é um órgão de representação do Estado na Província nas áreas exclusivas e de soberania do Estado.

2.12 Assembleias Provinciais

Nos termos estabelecidos no nº 1 do artigo 278 da CRM “as assembleias provinciais são órgãos de representação democrática, eleitas por sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico e de harmonia com o princípio de representação proporcional, cujo mandato tem a duração de cinco anos”. O nº 2 do mesmo artigo preceitua que “Concorrem às eleições das assembleias provinciais os partidos políticos, coligações de partidos políticos e grupos de cidadãos eleitores”. O nº 3 do mesmo artigo estipula que “às assembleias provinciais compete, nomeadamente: [...] a) pronunciar-se e deliberar, no quadro das atribuições da governação provincial, sobre os assuntos e as questões de interesse para o desenvolvimento económico, social e cultural da Província, à satisfação das necessidades colectivas e à defesa dos interesses das respectivas populações; [...] b) prosseguir a satisfação das necessidades colectivas e à defesa dos interesses das respectivas populações bem como acompanhar e fiscalizar a actividade dos demais órgãos e serviços provinciais; [...] c) fiscalizar e controlar a observância dos princípios e normas estabelecidas na Constituição e nas leis, bem como das decisões do Conselho de Ministros referentes a respectiva província; [...] d) aprovar o programa e o orçamento anuais do

Conselho Executivo Provincial, fiscalizar e controlar o seu cumprimento, nos termos da lei; [...] e) demitir o Governador de Província, nos termos da lei; [...] f) fiscalizar as actividades da governação descentralizada; [...] g) exercer o poder regulamentar próprio, nos termos da lei”. O nº 4 do mesmo artigo deixa para a lei a definição da composição, organização, funcionamento e as demais competências.

2.13 Governador de Província

O artigo 279 da CRM dispõe que o Governador de Província dirige o Conselho Executivo Provincial e pode ser demitido pela Assembleia Provincial, nos termos da lei. É eleito Governador de Província o Cabeça de Lista do partido político, coligação de partidos políticos ou grupo de cidadãos eleitores que obtiver maioria de votos nas eleições para a assembleia provincial. A composição, organização, funcionamento e as demais competências do Governador de Província, são fixadas por lei.

O Governador resulta do processo de descentralização administrativa territorial, é eleito por sufrágio universal, não faz parte dos órgãos locais do Estado, faz parte da administração autónoma, não se subordina a nenhum órgão do Estado-Administração. A relação entre o Governador e o Estado realiza-se no quadro da tutela administrativa.

Não sendo o Governador órgão da administração directa do Estado mas sim da Administração autónoma, não representa o Estado.

O Estado ao nível provincial tem a sua representação conforme dispõe o nº 2 do artigo 277 da CRM.

A relação entre o Governador de Província e o secretário do Estado na província não é de subordinação hierárquica do ponto de vista orgânico e funcional, mas sim de coordenação.

2.14 Conselho Executivo Provincial

Nos termos do disposto no artigo 280 da CRM o Conselho Executivo Provincial é o órgão executivo da governação provincial e, é responsável pela execução do programa de governação aprovado pela respectiva assembleia. A composição, organização, funcionamento e as demais competências do Conselho Executivo Provincial, são fixadas por lei.

2.15 Órgãos do Distrito

De acordo com o estabelecido no nº 1 do artigo 281 são órgãos do Distrito a Assembleia Distrital, o Administrador de Distrito e o Conselho Executivo Distrital. O nº 2 do mesmo artigo estabelece que “o Representante do Estado é um órgão de representação do Estado no Distrito nas áreas exclusivas e de soberania do Estado”. O nº 3 do mesmo artigo deixa para a lei a fixação da composição, organização, funcionamento e as demais competências.

2.16 Assembleia Distrital

O nº 1 do artigo 282 da CRM estabelece que “as assembleias distritais são órgãos de representação democrática, eleitas por sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico e de harmonia com o princípio de representação proporcional, cujo mandato tem a duração de cinco anos”. O nº 2 deste artigo estabelece que “concorrem às eleições das assembleias distritais os partidos políticos, coligações de partidos políticos e grupos de cidadãos eleitores”. De acordo com o plasmado no nº 3 deste artigo “às assembleias distritais compete aprovar o programa do Conselho Executivo Distrital, fiscalizar e controlar o seu cumprimento”. O nº 4 deixa para a lei a fixação da composição, organização, funcionamento e demais competências.

2.17 Administrador de Distrito

De acordo com o disposto no artigo 283 da CRM o Administrador de Distrito dirige o Conselho Executivo Distrital e pode ser demitido pela Assembleia Distrital, nos termos da lei. É eleito Administrador de Distrito o Cabeça de Lista do partido político, coligação de partidos políticos ou grupo de cidadãos eleitores que obtiver maioria de votos nas eleições para a assembleia distrital. A composição, a organização, o funcionamento e as demais competências do Administrador de Distrito, são fixadas por lei.

O Administrador de Distrito, resulta do processo de descentralização territorial e é eleito por sufrágio universal, pelo que não faz parte da administração local do Estado, não é um órgão local do Estado é um órgão de administração autónoma. Sendo autónomo o Administrador não presta contas ao Governador e nem ao Secretário de Estado na província. Não há uma relação de subordinação entre o Administrador e o Governador. A relação entre o Administrador e o Estado realiza-se no quadro da tutela administrativa.

Portanto o administrador de Distrito fazendo parte da administração autónoma não faz parte dos órgãos locais do Estado e não é o representante do Estado no distrito. O Estado é representado

através de um representante do Estado que é nomeado nos termos do disposto no n°2 do artigo 281 da CRM.

2.18 Vantagem da Eleição dos Administradores de Distrito

Numa situação em que o Governador é eleito, se o mesmo tivesse a possibilidade de nomear os Administradores dos distritos, significa que teríamos províncias repartidas pelos partidos políticos, isto é, toda a província ficaria a ser governada por um único partido político, o que pode criar uma cartografia política, de determinadas regiões serem dirigidas por um único partido político, o que na fase actual do processo da construção da Nação, poderia ser potencialmente atentatório à unidade nacional.

Na situação em que os Administradores são eleitos, significa que poderemos ter diferentes distritos a ser dirigidos por Administradores de diferentes partidos políticos e pode não haver coincidência com o partido que pertence o Governador da Província, é um modelo que permite maior partilha de poder entre os partidos políticos.

2.19 Conselho Executivo Distrital

O artigo 284 da CRM estabelece que o Conselho Executivo Distrital é o órgão executivo de governação distrital e, é responsável pela execução do programa de governação aprovado pela respectiva assembleia, cuja composição, a organização, o funcionamento e as demais competências do Conselho Executivo Distrital, são fixadas por lei.

2.20 Secretário de Estado na Província

Nos termos do disposto no artigo 141 da CRM ao nível da Província, o Governo Central é representado pelo Secretário de Estado na província, nomeado e empossado pelo Presidente da República. O Secretário de Estado na Província assegura a realização das funções exclusivas e de soberania do Estado, nos termos da lei, superintende e supervisa os serviços de representação do Estado na Província e nos distritos. A organização, composição, funcionamento e competência dos serviços de representação do Estado na Província e no distrito são definidos por lei.

Nos termos do disposto na alínea e) do n° 2 do artigo 159 da CRM Compete, ainda ao Presidente da República, nomear, exonerar e demitir o Secretário de Estado na Província.

O Secretário do Estado na Província resulta do processo de desconcentração, faz parte da administração directa do Estado, é um órgão de Administração local do Estado.

3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS ÓRGÃOS DE GOVERNAÇÃO DESCENTRALIZADA

- a) -Os órgãos de governação Descentralizada, são constituídos por três elementos: território, população e órgãos executivos e deliberativos.
- b) -Os órgãos são eleitos por sufrágios universal, igual, secreto, periódico e pessoal
- c) -Gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira
- d) -Tem Personalidade jurídica e capacidade jurídica própria, distinta do Estado.
- e) -Dispõem, de um poder regulamentar próprio;
- f) -Estão sujeitos a tutela do Estado;
- g) -Os órgãos executivos prestam contas nos órgãos deliberativos;
- h) São pessoas colectivas públicas territoriais.

3.1 Natureza jurídica dos Órgãos de Governação Descentralizada

Na Sistemática da Constituição da República, Os órgãos de governação Descentralizada, não estão inseridos no capítulo atinente aos órgãos do Estado, aliás foi suprimido o capítulo atinente aos órgãos locais do Estado, mas também, não está inserido num Capítulo sobre Poder Local o qual também foi suprimido. A lei de revisão constitucional, eliminou a terminologia órgãos locais do Estado, porém não querendo significar que não existirão órgãos locais do Estado, pois a própria Lei de revisão Constitucional, prevê que o Estado mantém nas entidades Descentralizadas as suas representações para o exercício de funções exclusivas e de soberania.

Da interpretação meramente literal da Constituição da República, existem três entendimentos possíveis sobre a natureza jurídica dos órgãos de governação descentralizada:

- $\frac{3}{4}$ Primeiro: podem ser entendidos como sendo órgãos do poder local, tendo em conta que não fazem parte dos órgãos locais do Estado.
- $\frac{3}{4}$ Segundo: podem ser entendidos como não sendo órgãos do poder local, partindo do pressuposto de que o legislador constitucional na recente revisão constitucional, suprimiu a expressão e o capítulo “Poder Local”.
- $\frac{3}{4}$ Terceiro: podem ser entendidos como não sendo órgãos do poder local, se entendermos que o conceito de “poder Local” está intrinsecamente associado ao conceito de autarquia local. Aliás, há que considerar que o legislador constitucional, na revisão constitucional, não designou os órgãos de governação descentralizada provinciais e distritais, como autarquias locais, justamente porque a intenção formal do legislador não era de criar autarquias provinciais e nem autarquias distritais.

A extinção formal das expressões e dos capítulos sobre órgãos locais do Estado e dos órgãos do poder local, a não inclusão dos órgãos de governação descentralizada provincial e distrital nos órgãos de representação do Estado e a sua não qualificação como autarquias locais tem as seguintes implicações:

- Primeiro: que os órgãos de governação Descentralizada não são órgãos do Estado.
- Segundo: os órgãos de governação descentralizada provincial e distrital não são formalmente órgãos do Poder local.
- Terceiro: Deixa de existir a dicotomia órgãos locais do Estado e Representante do Estado, pois com a eliminação da primeira figura existe apenas o representante do Estado que materialmente é um órgão local do Estado.
- Quarto: O Secretário do Estado na Província, será materialmente, o órgão local do Estado ao nível provincial.

Os órgãos de governação Descentralizada provincial e distrital estão entre o Estado e as Autarquias Locais, por isso na definição das suas atribuições, o critério adoptado para a definição das suas atribuições foi por exclusão das atribuições conferidas aos órgãos centrais do Estado e as Autarquias Locais.

Os Órgãos de Governação Descentralizada provincial e Distrital não são Órgãos do Estado pelas seguintes razões:

- Gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira;
- Dispõem de um Poder Regulamentar Próprio;
- São eleitos por sufrágios universal, pessoal, directo, secreto e período, representando interesses das populações que os elegeram;
- Estão sujeitos a tutela administrativa do Estado.

A dúvida que se pode suscitar sobre a natureza jurídica dos órgãos de governação descentralizada em decorrência de uma interpretação meramente formal da Constituição da República é dissipada pela Lei n.º 4/2019, de 31 de Maio, a qual define expressamente no artigo 2 que, os órgãos de governação descentralizada são pessoas colectivas de direito público, com personalidade jurídica, dotadas de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, sem o prejuízo de interesses e da participação do Estado.

Aliás, o artigo 11, tanto da Lei n.º 4/2019 e a Lei n.º 7/2019, ambas de 31 de Maio, são coincidentes ao definir que:

- O princípio da descentralização consiste na criação pelo Estado, de pessoas colectivas publicas;
- A descentralização implica que a prossecução do interesse geral possa ser encarregue a outras pessoas públicas diferentes do Estado-administração;
- A descentralização tem como objectivo organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade, promover o desenvolvimento local, o aperfeiçoamento e a consolidação da democracia no quadro da unicidade do Estado Moçambicano.

Portanto os órgãos de governação descentralizada, são pessoas colectivas públicas territoriais.

São órgãos que resultam de uma descentralização administrativa territorial, de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, estão dotados de um poder regulamentar, investidos de uma personalidade jurídica própria, diferente da do Estado-administração, estando por isso sujeito à tutela do Estado.

A última questão que se pode suscitar é: será Constitucional a criação de pessoas colectivas publicas diferentes do Estado-administração, no quadro da Administração publica?

A resposta é afirmativa. A existência de pessoas colectivas públicas distintas do Estado-administração tem um amparo constitucional.

Com efeito, o nº 1 do artigo 249 da Constituição da República, define que a Administração Publica estrutura-se com base no princípio de descentralização e desconcentração, promovendo a modernização e a eficiência dos seus serviços sem prejuízo da unidade de acção e dos poderes de direcção do Governo. O nº 2 do mesmo artigo 249 da Constituição da República, de forma expressa, prevê que a Administração publica pode organizar-se através de outras pessoas colectivas distintas do Estado-Administração, com a participação dos cidadãos.

4. Semelhanças entre os Órgãos de Governação Descentralizada e as Autarquias locais

Os aspectos comuns entre os órgãos de Governação Descentralizada provincial e distrital e as autarquias locais

- a) São entes resultantes da descentralização administrativa territorial;
- b) São órgãos de administração autónoma;
- c) São constituídos por população, território e órgãos executivos e deliberativos;
- d) Gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira;
- e) Dispõem de um poder regulamentar próprio;

- f) Estão sujeitos a tutela administrativa do Estado;
- g) Os titulares são eleitos por sufrágios universal, secreto pessoal, período;
- h) Não são órgãos do Estado
- i) Não representam o Estado, mas sim as populações que os elegem
- j) Não se subordinam aos órgãos do Estado.
- k) Promovem o desenvolvimento local;
- l) A sua autonomia constitui um limite material de revisão constitucional

A diferença entre órgãos de governação descentralizada e autarquias locais é materialmente ténue.

4.1 Diferença entre o Secretário de Estado na Província e o Governador de Província

- O Governador de Província resulta de um processo de descentralização, enquanto que o Secretário do Estado na província resulta de um processo de desconcentração.
- O Governador de Província é eleito por sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico, no modelo de cabeça de lista, enquanto que o secretário de Estado é nomeado pelo presidente da República na sua qualidade de chefe de Governo.
- O Governador de Província, representa a população que o elegeu, enquanto que o Secretário do Estado na província representa o Estado e o Governo Central.
- O Governador de Província goza de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, enquanto que o Secretário de Estado obedece e presta contas ao Governo Central.
- O Governador de província está sujeito a tutela administrativa do Estado enquanto que o Secretário do Estado está sujeito a superintendência dos órgãos centrais.
- O Governador de província faz parte da administração autonómica enquanto que o secretário do Estado faz parte da administração local do Estado, fazendo por isso parte dos órgãos da administração directa do Estado.

4 AUTARQUIA LOCAL

As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais ou públicas, dotadas de órgãos representativos próprios, que visam a prossecução dos interesses das populações respectivas, sem prejuízo dos interesses nacionais e de participação do Estado, nos termos do disposto no nº 2 do artigo 272 da CRM.

A Doutrina define autarquias locais como “pessoas colectivas públicas de população e território,

correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional, e que asseguram a prossecução dos interesses comuns resultantes da vizinhança mediante órgãos próprios, representativos dos respectivos habitantes”².

5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO ADOPTADO NA REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 2018

5.1 Vantagens

A primeira vantagem está no maior ganho, pois esta etapa da descentralização acontece associativa a busca de um modelo de descentralização que restabelecesse a paz, a estabilidade e que reforçasse a unidade, reconciliação e coesão nacionais.

Portanto é um modelo compromissório que resolve o maior problema que os moçambicanos tinham, a paz, pois a paz é um pressuposto básico para uma existência e convivência harmoniosa da sociedade.

Só com a paz é que estão criadas as premissas para a satisfação das noutras necessidades humanas.

A segunda vantagem reside no facto de que a eleição dos órgãos de governação provincial e distrital vai reforçar o Estado de Direito Democrático, permitindo que a composição dos órgãos provinciais e distritais reflecta a diversidade política e as escolhas locais.

A terceira vantagem, reside no facto de que é um modelo que permite a partilha do poder ao nível provincial e distrital e que por essa via concorre para a inclusão política, maior participação, maior representatividade e fortalecimento da democracia local.

Para os Partidos Políticos, a eleição pelo sistema de Cabeça de Lista força o vínculo entre os eleitos para titulares de cargos executivos eleitos e os seus respectivos partidos.

O modelo de eleição no sistema de Cabeça de Lista evita segundas voltas e em caso de morte ou incapacidade permanente do titular permite uma sucessão sem necessidade de realização de eleição intercalar, pois a sucessão ocorre segundo a ordem sequencial da lista de candidatura.

²AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, volume I, páginas 480 e 481

O modelo de governação descentralizada implicará a necessidade de um maior diálogo e negociações políticas entre partidos políticos ao nível provincial e distrital, os quais terão a obrigação de cooperação na colocação da supremacia do interesse nacional.

Os poderes deliberativos e regulamentares atribuídos às entidades descentralizadas conferem maior responsabilização aos actores locais no processo de desenvolvimento político, económico, social e cultural local e conseqüentemente do País, pois haverá uma repartição de poderes, recursos e responsabilidades, o que é fundamental para a coesão nacional.

Com o modelo adoptado desaparecem as eleições intercalares, pois em caso de incapacidade definitivamente do Presidente do Conselho Autárquico o processo sucessório obedece a ordem de precedência na lista dos eleitos.

5.2 Desvantagens

Não existem sistemas ou modelos perfeitos e acabados.

A eleição dos titulares dos órgãos executivos num sistema de Cabeça de Lista tem duas implicações negativas:

- *Elimina os candidatos independentes;*
- *Elimina a eleição individual do titular do órgão executivo.*

A multiplicidade dos órgãos ao nível provincial e distrital acarreta custos para o Estado e para o cidadão.

A existência de vários órgãos a actuar no mesmo território, com a mesma população e com o mesmo propósito acarreta um potencial de gerar conflitos na actuação dos titulares dos órgãos. A jurisdição territorial do Governador na essência coincide com a do Administrador, por um lado, e a jurisdição territorial do Administrador de Distrito coincide com a do Presidente do Conselho Autárquico, nos casos em que o Distrito se encontra municipalizado, mormente nas capitais provinciais onde não só o território é o mesmo como o universo populacional é o mesmo.

O modelo de maioria simples adoptado pode suscitar dificuldade de governação nos casos em o titular eleito de órgão executivo não tenha maioria absoluta na assembleia para a aprovação dos instrumentos de governação, o que exigirá a necessidade de fazer alianças para assegurar a governabilidade da província, distrito ou autarquia, conforme os casos. Ao nível do direito comparado tem sido adoptado três soluções, uma, que consiste na composição do executivo dos

órgãos do poder local reflectir a representatividade da assembleia local o que permite que os partidos representados na Assembleia, estejam proporcionalmente representados no executivo e desta forma assegurando-se a colaboração entre os dois órgãos. A outra solução consiste em atribuir uma maioria qualificada ao vencedor para permitir que este possa fazer aprovar os instrumentos de governação e garantir a governabilidade. A terceira solução consiste em admitir a realização de coligações pôs eleitorais para permitir a constituição de uma maioria que possa formar o governo e beneficiar do suporte da Assembleia. Moçambique não adoptou nenhuma das três soluções arroladas.

O espaço de actuação do Governador de Província é bastante limitado pela existência ao nível provincial de um Secretário de Estado e no Distrito de um Administrador eleito com mesma legitimidade e com mesmos poderes sobre os territórios e populações que se encontram sob sua jurisdição.

A eleição dos titulares dos órgãos executivos no modelo de cabeça de lista, reforçou o pendore para uma democracia de Partidos, pois os cidadãos já não votam em pessoas, uma vez que a lista nominal dos candidatos não figura nos boletins de voto, os cidadãos votam em símbolos dos partidos.

6 DESAFIOS QUE SE COLOCAM EM RELAÇÃO AO MODELO ADOPTADO

- No distrito passará a existir as seguintes entidades, primeiros três órgãos que fazem parte dos órgãos de governação descentralizada distrital nomeadamente, Administrador de Distrito, Assembleia Distrital, e o Conselho Executivo Distrital, segundo um Representante do Estado, terceiro o Representante do Governador Provincial no Distrito e quanto nos Distritos com autarquias mais três órgãos autárquicos nomeadamente, o Presidente do Conselho Autárquico, Assembleia Autárquica e Assembleia Autárquica. Esta situação tem um grande potencial de gerar conflitos negativos e positivos de competências, havendo necessidade de uma boa articulação, colaboração, coordenação e cooperação.
- Ao nível dos órgãos representativos teremos Deputados da Assembleia da República, Membros da Assembleia Provincial, Membros da Assembleia Distrital e Membros da Assembleia Municipal, o que dita a necessidade de uma melhor clarificação do papel de cada um no âmbito do exercício da função fiscalizadora e representativa, bem como as formas de articulação, coordenação e cooperação para que haja complementaridade e não sobreposição na sua actuação.
- A existência dos vários órgãos vai significar uma sobrecarga no Orçamento do Estado e naturalmente para o cidadão.

- Antevendo que por hipótese podem existir Governadores de Província, Administradores de Distrito e Presidentes de Conselhos Autárquicos sem maioria na Assembleia significa que deverá haver muito diálogo, negociações, alianças para garantir a governabilidade, pois caso os órgãos executivos não tenham apoio das respectivas assembleias dificilmente poderão governar sem o suporte necessário da Assembleia.
- Clarificar a divisão de competências entre os diferentes órgãos.

BIBLIOGRAFIA

1. CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003
2. CANAS, Vitalino, A Lei 3/94, de 13 de Setembro, da República de Moçambique, Sobre o Quadro Institucional dos Distritos Municipais. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V.36, 195, p.228
3. FERNANDES, Tiago Matos, Descentralizar é fragmentar? Riscos do pluralismo administrativo para a unidade do Estado em Moçambique, in Revista Crítica de Ciências Sociais, 77, Julho 2007: 151-164.
4. GOUVEIA, Jorge Bacelar, Direito Constitucional de Moçambique, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2017.
5. _____, As Autarquias Locais Moçambicanas e a Respectiva Legislação- Um Enquadramento Geral. In Estudos de Direito Público de Língua Portuguesa. Coimbra, 2004. P.192-193.
6. _____, Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição de Moçambique de 1990, Maputo, 1990, Pp.5 e ss
7. MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição, 6 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
8. _____, Manual de Direito Constitucional, Tomo III, Estrutura Constitucional do Estado, 6 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

9. _____, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, A Actividade Constitucional do Estado, 3 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
10. _____, Manual de Direito Constitucional, Tomo VII, Estrutura Constitucional da Democracia, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
11. _____, Manual de Direito Constitucional, Tomo VII, Estrutura constitucional da democracia, Coimbra Editora, Lisboa, 2007.
12. MONDLANE, Eduardo, Lutar por Moçambique, Edição Original: Penguin Books, 1969, 1ª Edição portuguesa, Maputo, 1975.
13. MONTEIRO, José Óscar, Estado, Descentralização e Cidadania: Equação possível ou comparativa?, in Instituto de Estudos Sociais e Económicas, Desafios para Moçambique, 2011
14. _____, O Processo histórico de descentralização em Moçambique, trabalho apresentado na II Conferência Nacional sobre descentralização, em Maputo, em Dezembro de 2013
15. _____, Aspectos institucionais e financeiros da Reforma dos órgãos locais em Moçambique, Maputo, Dezembro de 1990

Legislação

1. Imprensa Nacional, Constituição da República de Moçambique, Maputo, 2004.
2. Comité Central da FRENTE DE LIBERTAÇÃO DE MOÇAMBIQUE, Constituição da República Popular de Moçambique, Tofo, 20 de Junho de 1975.
3. Imprensa Nacional, Constituição da República, Maputo, 2 de Novembro de 1990.
4. Lei nº 4/86, de 25 de Julho, Lei de Revisão Constitucional.
5. Lei nº 1/77, de 1 de Setembro.
6. Lei nº 1/2008, de 12 de Junho, Publicada no Boletim da República número 115, I Série, a 12 de Junho de 2008.

7. Lei nº 17/2013, de 12 de Agosto, Republicada, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13/2014, de 17 de Junho, Lei nº 1/2015, de 27 de Fevereiro e Lei nº 12/2016, de 30 de Dezembro.
8. Lei nº 1/2018 de 12 de Julho (Lei de Revisão Pontual da Constituição da república) publicada no BR, 12 de Julho de 2018 I serie – Número 115.
9. Lei nº 1/2018 de 12 de Julho, publicado no Boletim da República, na I Série – Número 15.
10. Lei nº 9/96, de 22 de Novembro.
11. Resolução nº 40/2012 de 20 de Dezembro, publicado no Boletim da República, I Série, número 51.
12. Lei n.º 5/2019 de 31 de Maio, que estabelece o quadro jurídico para a eleição dos membros da Assembleia Provincial do Governo de Província.
13. Lei n.º 4/2019, e 31 de Maio, que estabelece os princípios, as normas de organização, as competências e o funcionamento dos órgãos de governação descentralizada provincial.
14. Lei n.º 5/2019, de 31 de Maio, que estabelece o quadro de tutela do Estado a que estão sujeitos os órgãos de governação descentralizada provincial e das autarquias locais.
15. Lei n.º 6/2019, de 31 de Maio, que estabelece o quadro legal sobre a organização, composição e funcionamento da Assembleia Provincial.
16. Lei n.º 7/2019, de 31 de Maio, que estabelece o quadro legal sobre a organização e funcionamento dos órgãos de representação do Estado na Província.

O LIMBO DA PROMULGAÇÃO DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO:

O CASO DA PEC 70/2011

Ariel Uarian¹

RESUMO: A partir de exame do processo legislativo peculiar das Propostas de Emendas à Constituição, o presente artigo busca analisar o procedimento de promulgação das Emendas Constitucionais no âmbito da Constituição Federal de 1988 e a lacuna constitucional que existe em relação à recusa de uma das casas legislativas em fazê-lo.

Palavras-Chave: Processo Legislativo, Promulgação de Emenda Constitucional, Recusa.

ABSTRACT: Based on an examination of the specific legislative process of the Proposed Amendments to the Constitution, this article seeks to analyze the procedure for the promulgation of Constitutional Amendments within the scope of the 1988 Federal Constitution and the constitutional gap that exists in relation to the refusal of one of the legislative houses in do it.

Keywords: Legislative process, Constitutional Amendments, Refusal.

INTRODUÇÃO

Em 2019 tramitou na Câmara dos Deputados, sob o número PEC 70/2011, e no Senado Federal, sob o número PEC 91/2019, Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que visava alterar o rito de tramitação das Medidas Provisórias (MP) editadas pelo Presidente da República.

Em que pese o processo de deliberação das casas legislativas já ter terminado, não foi realizada a promulgação do texto com Emenda Constitucional. Esse fato chama atenção para o instituto da promulgação das emendas constitucionais e a existência de uma lacuna constitucional sobre o tema, a qual fragiliza o processo e o próprio Poder Legislativo.

Assim, o presente artigo busca investigar esse instituto e as distorções existentes em seu âmbito.

¹ Advogado, Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/DF.

1 A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL DO LEGISLATIVO

Nas sociedades modernas são marcadas pela complexidade e diversidade cultural, o que faz com que o processo de positivação do direito a legitimação se dê não só por valores, mas pelo procedimento que gera e estabelece decisões vinculatórias. (BOBBIO, 2020, p.122)

De fato, o processo legislativo é a forma pela qual o sistema político se autolegitima. Por meio da aplicação e consolidação do processo legislativo, o poder legislativo cria sua própria identidade, que leva em conta a complexidade e diversidade social. (LUHMANN, 1980, p. 161)

Seguindo esse raciocínio, uma das fontes de legitimidade do Poder Legislativo é o devido processo legislativo, que vem a ser o procedimento de produção de normas. Portanto, o procedimento importa e deve ser respeitado pelo Poder Legislativo, sob pena de se auto-deslegitimar.

2 TRAMITAÇÃO DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

Em se Constituição Federal pode ser emendada, cujo procedimento de emenda consta da própria Constituição Federal (CF, art. 60).

O rito de tramitação das propostas de emenda à constituição, usualmente denominada de PEC, possui 3 (três) fases: introdutória; constitutiva; e complementar.

Cumprе ressaltar que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes; e d) os direitos e garantias individuais.

Além dessa limitação, consta a limitação formal de que matéria constante de PEC rejeitada ou prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

2.1 FASE INTRODUTÓRIA

A fase introdutória consiste na apresentação da própria PEC, cujo rol de proponentes é limitado (CF, art. 60). De fato, as PECs podem ser apresentadas por: a) 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado federal; b) pelo Presidente da República; e c) por mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, sendo que em cada uma delas se tenha maioria relativa de seus membros.

Desse modo, para que um parlamentar consiga apresentar uma PEC ou ainda uma emenda à PEC ele necessita de angariar o apoio de 1/3 dos seus pares. Em outras palavras, se um parlamentar quiser apresentar uma PEC ele tem de ter o apoio de 171 deputados ou 27 senadores, a depender da casa legislativa a qual ele pertença.

2.2 FASE CONSTITUTIVA

2.2.1 Aspectos Gerais

A etapa constitutiva compreende a deliberação parlamentar, que se dá por meio do processo legislativo.

O Poder Legislativo Federal brasileiro é bicameral constituído pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Assim, o rito do processo legislativo consiste, em breve síntese, na apreciação de um projeto por uma das casas legislativas, que passa a ser denominada de iniciadora, e sua revisão pela outra casa, que passa a ser denominada de revisora. (CARNEIRO, DOS SANTOS, NETTO, 2019, p. 55)

À Casa iniciadora caberá o papel de examinar a matéria constante na proposição e poderá rejeitá-lo, caso em que irá ao arquivo, ou aprová-lo, integralmente ou com emendas, caso em que irá à Casa revisora.

Já à Casa revisora pode rejeitar o projeto, o que acarretará no encaminhamento deste ao arquivo, ou aprová-lo.

Na hipótese de aprovar a proposição, a Casa revisora pode fazê-lo com emendas, o que resulta na devolução do projeto à Casa iniciadora para apreciação apenas das emendas sugeridas, ou acatar integralmente este, situação em que ele será encaminhado para sanção presidencial. Em resumo, esse procedimento descrito é o processo legislativo de uma norma infraconstitucional.

Na hipótese de a Casa revisora aprovar a PEC com emenda, esta retornará à Casa iniciadora. Se a Casa iniciadora rejeitar a emenda, a PEC é devolvida à Casa revisora, até que se entre em acordo sobre o texto. Desse modo, a PEC pode ficar 'indo e voltando' entre a Casa Iniciadora e a Casa Revisora até que ambas entrem em acordo. (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 196-197)

Note-se que, em se tratando de tramitação de proposições infraconstitucionais, a Casa iniciadora tem superioridade em relação à Casa revisora, já que tem o poder de acatar ou rejeitar as emendas da Casa revisora encaminhando a proposição para sanção ou veto depois dessa análise.

Diferentemente ocorre na tramitação das PECs, as quais só são aprovadas se a Câmara dos Deputados e Senado Federal concordarem integralmente com seu conteúdo. (FERRAZ, 2007, p. 161-162)

No Brasil, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal podem ser casas iniciadoras e revisoras. Em se tratando de PEC de autoria do Presidente da República, a casa iniciadora é a Câmara dos Deputados e a revisora é o Senado Federal (CF, caput do art. 64).

Já no caso de PEC apresentada por mais da metade das assembleias legislativas, existem duas correntes: a) a que entende que a Casa iniciadora é obrigatoriamente o Senado Federal, pois esta é a casas da federação, essa interpretação tem base no art. 212 do Regimento Interno do Senado Federal; b) tanto o Senado Federal, quanto a Câmara dos Deputados, podem ser Casa Iniciadora. (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 195)

Salvo melhor juízo, essa discussão é despicienda, haja vista que a PEC só será aprovada se houver concordância de ambas as casas do Congresso Nacional.

As PECs possuem rito diferente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

2.2.2 Tramitação na Câmara dos Deputados

Na Câmara dos Deputados, primeiramente a proposta é encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), para que se pronuncie sobre a admissibilidade da matéria. Essa admissibilidade analisa a constitucionalidade da PEC em relação com o estabelecido na Constituição Federal.

Caso a CCJC inadmitir a PEC ela é arquivada. Caso a CCJC considerar admissível a PEC, é criada Comissão Especial (CESPE) para analisar e proferir parecer sobre o mérito da desta. Sendo que o quórum de deliberação da CESPE é de maioria simples.

Após a aprovação na CESPE, a PEC é encaminhada ao Plenário da Câmara dos Deputados, no qual é discutida e votada em 2 (dois) turnos, cujo quórum de aprovação é de 3/5 (três quintos).

2.2.3 Tramitação no Senado Federal

No Senado Federal a PEC é encaminhada à CCJC desta casa legislativa (RISF, art. 356). Proferido o parecer, admitindo o prosseguimento, a PEC é remetida ao plenário do Senado Federal².

A PEC será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, ou seja, em duas votações intercaladas por um período de discussão. O quórum de aprovação de PEC é de 3/5 (três quintos) dos membros de ambas as casas legislativas, o qual deve ser atingido em todas as votações.

2.3 FASE COMPLEMENTAR

2.3.1 Promulgação

2.3.1 Conceito

Segundo Canotilho (2003, p. 624), a promulgação é o ato pelo qual se atesta ou declara que determinado diploma legal foi elaborado e que vale como norma jurídica. Trata-se da certidão de existência do texto jurídico.

A promulgação é um ato de execução que tem três destinações: a) ratificar o processo legislativo; b) certificar a existência da norma legal; c) afirmar o valor imperativo e executório do texto legal. Seguindo esse entendimento, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 75) afirma que a promulgação “é a autenticação de que a lei foi regularmente elaborada, de que juridicamente existe, portanto, e de que está apta a produzir efeitos”.

Note-se que se trata do atestado de existência do ato normativo e de sua executoriedade. Em se tratando de emenda constitucional, Nelson de Sousa Sampaio (1968, p. 67) define que a promulgação é ato pelo qual “o titular do poder reformador atesta que está concluída a elaboração da emenda constitucional”.

A promulgação não põe a lei em vigor, isso só ocorre com a publicação da lei no Diário Oficial. Contudo, trata-se de ato essencial para o nascimento de um ato normativo e para a constatação de existência da norma legal. (SAMPAIO, 1968, p. 87; FILHO, S., 2009, p. 39)

² Há uma diferença na tramitação de PEC entre Câmara dos Deputados e Senado Federal. Enquanto na Câmara dos Deputados existe instalação e parecer de comissão especial após o parecer da CCJC, no Senado Federal não há essa previsão.

1.3.2 Promulgação de normas infraconstitucionais

No caso de normas infraconstitucionais (leis em geral) a Constituição Federal de 1988 determinou que o projeto de lei será enviado ao Presidente da República que poderá sancioná-lo ou vetá-lo, integralmente ou parcialmente (art. 66, §1º e §2º, CF).

Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção tácita (art. 66, §3º, CF). Na hipótese de o veto não seja mantido, o projeto será enviado ao Presidente da República para promulgação (art. 66, §5º, CF). Nesses casos, se a lei não for promulgada dentro de 48 (quarenta e oito) horas pelo Presidente da República, o Presidente do Senado a promulgará e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, §7º, CF).

Dito isso, José Afonso da Silva (1995, p. 500) ensina que o responsável por promulgar um ato normativo não pode se recusar a fazê-lo, pois se trata de um ato obrigatório e vinculado.

Nesse sentido, ao comentar a Constituição de 1946³, Pontes de Miranda (1963, p. 513) chega a defender que as autoridades que se furtem ao dever de promulgar ato normativo incidem em crime de responsabilidade. Entretanto, é uma interpretação minoritária, que foi contraditada por Nelson de Sousa Sampaio (1968, p. 87).

1.3.3 Promulgação de PEC

Em seguida à aprovação do texto na Câmara e Senado, a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em sessão conjunta solene (CF, art. 60, §3º; RICD, art. 203, parágrafo único; e RCCN, art. 85).

Se houver emenda da casa revisora a PEC retorna a casa iniciadora, que apreciará apenas as mudanças feitas pela casa revisora. De tal modo, é possível a promulgação parcial de PEC nas partes incontroversas que já tenham cumprido as exigências constitucionais.

Em relação às Emendas Constitucionais, não há possibilidade de veto ou sanção por parte das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Isso se dá porque veto é o ato pelo qual o Poder Executivo impede a aplicação da decisão do Poder Legislativo. (BARACHO, 1984, p. 155)

³ O §4º e o caput do art. 70 da Constituição Federal de 1946 tinha previsão normativa semelhante ao que consta no atual §7º e caput do art. 66 da Constituição Federal de 1988, inclusive em relação à redação.

O poder de veto é uma das manifestações do sistema de freios e contrapesos que existe entre os poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Tendo em vista que se trata de um ato de um mesmo poder, no caso o Poder Legislativo, não há que se cogitar a possibilidade de veto.

2.3.2 Publicação

O texto constitucional não fala sobre a competência de publicação, entretanto entende-se que essa competência é atribuída ao Congresso Nacional.

3 ESTUDO DE CASO

3.1 APRESENTAÇÃO DO CASO

Como todo bom tema de direito constitucional, a complexidade da questão em relação à promulgação de Emenda Constitucional só é percebida diante de caso concreto. Assim, é necessário um estudo de caso para entender melhor o tema.

Contudo, fica a questão: como escolher a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que seria usada como estudo de caso?

Tendo como ponto de partida essa questão foram entabulados 2 (dois) critérios para a procura do caso concreto, são eles: (i) a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) teria de tratar de tema relevante do ponto de vista jurídico-político; (ii) que ela não houvesse sido promulgada ou cuja promulgação tivesse sido problemática; (iii) em caso de dúvida seria utilizado o caso mais recente.

Com esses critérios em mãos 2 (duas) PECs se mostraram viáveis: a) a PEC 333/2004 da Câmara dos Deputados, que só foi promulgada, tornando-se a Emenda Constitucional 58/2009, após a Mesa do Senado Federal impetrar Mandado de Segurança 27807, que não foi julgado por perda do objeto, já que a Mesa da Câmara dos Deputados marcou sessão conjunta para promulgar; e a b) PEC 11/2011 do Senado Federal, que apesar de ter encerrado sua tramitação, não foi promulgada ainda.

Em relação aos assuntos, a PEC 333/2004 tratava da recomposição das Câmaras Municipais e a PEC 11/2011 modifica a tramitação das Medidas Provisórias editadas pelo Presidente da República. Por mais que sejam dois temas importantes, a tramitação de medidas provisórias tem mais relevância jurídico-política do que a recomposição de vagas nas Câmaras de Vereadores. Uma vez que essa última é o caso mais recente, será o utilizado como estudo.

Antes de adentrarmos no caso em si é necessário explicar que até 2019 todas as proposições, inclusive as PECs, tinham numeração diferentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

A título exemplificativo, a Emenda Constitucional 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal, usualmente conhecido como Teto de Gastos, quando tramitou na Câmara dos Deputados recebeu a numeração PEC 241/2016, já no Senado Federal a numeração foi PEC 55/2016.

No caso em comento, a proposição inicialmente tramitou com o número de PEC 11/2011 no Senado Federal. Quando remetida para a Câmara dos Deputados, ela passou a ter como referência o número PEC 70/2011. Na medida em que retornou ao Senado Federal, ela passou a tramitar com o número PEC 91/2019.

3.2 PEC 11/2011 – TRAMITAÇÃO NO SENADO FEDERAL

Em 2011 o Senador José Sarney foi o primeiro signatário de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que visava alterar o procedimento de apreciação das medidas provisórias. Essa proposição foi registrada no Senado Federal sob o número PEC 11/2011⁴.

Em resumo, a proposta ambicionava modificar o processo legislativo de apreciação das medidas provisórias editadas pelo presidente da república. Em sua redação original, a PEC buscava principalmente: a) suprimir a necessidade de comissão mista que deve examinar e emitir parecer sobre as medidas provisórias; b) delimitar prazo para a Câmara dos Deputados deliberar sobre o texto da MP; c) remeça do texto ao Senado Federal, na hipótese da Câmara dos Deputados não apreciar a MP no prazo estipulado.

Após aprovação na CCJC, na qual teve como relator o Senador Aécio Neves, a proposição foi encaminhada ao plenário do Senado Federal. Este aprovou a PEC 11/2011, com os seguintes comandos em resumo:

- a) as medidas provisórias perderiam sua eficácia se não fossem aprovadas: pela Câmara dos Deputados no prazo de 80 (oitenta) dias contado de sua edição; pelo Senado Federal no prazo de 30 (trinta) dias contado de sua aprovação pela Câmara dos Deputados; pela Câmara dos Deputados para apreciação das emendas do Senado Federal no prazo de 10 (dez) dias contado de sua aprovação por essa Casa;

⁴ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição 11/2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4306318&ts=1567531964407&disposition=inline> . Acesso em 08/05/2020.

b) antes do plenário, as medidas provisórias seriam submetidas à Comissão competente para analisar a constitucionalidade das matérias em cada casa legislativa que teria: 10 (dez) dias para se manifestar; a decisão da comissão pela inadmissibilidade dispensaria a competência do Plenário; no caso de manifestação pela admissibilidade ou, se apresentado o recurso, no caso da inadmissibilidade, o Plenário votaria o parecer da comissão; se a comissão não se manifestar no prazo de 10 (dez) dias, a decisão sobre a admissibilidade transfere-se para o Plenário; se a medida provisória não fosse admitida, ela seria transformada em projeto de lei em regime de urgência, com tramitação iniciada na Câmara dos Deputados.

Aprovada em 2 (dois) turnos, a PEC 11/2011 foi encaminhada para a Câmara dos Deputados.

3.3 PEC 70/2011 – TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Na Câmara dos Deputados a PEC 11/2011 passou a ser designada como PEC 70/2011 e foi remetida à CCJC, na qual foi relatada pelo Deputado Ricardo Berzoini em 2012. Em seu parecer, o deputado defendeu a admissibilidade da proposição, o que foi acompanhado pela CCJC.

Em vista disso, foi criada a Comissão Especial (CESPE) para analisar a PEC 70/2011. O Presidente desta foi o Deputado Marcos Rogério e o Relator da matéria foi o Deputado Walter Alves. O parecer aprovado pela CESPE, a PEC 70/2011 foi encaminhada ao plenário, no qual sofreu alterações. O texto final da PEC 70/2011 trouxe os seguintes comandos:

- a) sob pena de perder a eficácia, as medidas provisórias deveriam ser apreciadas em: 40 (quarenta) dias pela Câmara dos Deputados, contados do recebimento do parecer da Comissão Mista, sob pena de encaminhamento imediato ao Senado Federal; 30 (trinta) dias, no Senado Federal após a tramitação da Câmara dos Deputados; 10 (dez) dias, na Câmara dos Deputados, caso a MP retornasse do Senado Federal;
- b) preliminarmente ao exame pelo Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, as MPs seriam submetidas a Comissão Especial, que teria 40 (quarenta) dias para se manifestar sobre um juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais;
- c) caso a MP não fosse admitida, ela seria transformada em projeto de lei em regime de urgência com tramitação iniciada na Câmara dos Deputados;
- d) as MPs teriam o prazo de 120 dias, não havendo reedição.

de modo a reincluir a existência de comissão mista para análise das medidas provisórias. Com isso, a proposição foi aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, em dois turnos.

Aprovada em dois turnos e por ter sido alvo de alterações, a PEC 70/2011 retornou ao Senado Federal.

3.4 PEC 91/2019 – TRAMITAÇÃO NO SENADO FEDERAL

Ao chegar no Senado, a PEC 70/2011, ao invés de tramitar com o protocolo de PEC 11/2011, foi reenumerada, passando a tramitar sob o protocolo de PEC 91/2019. Além disso, ela foi apreciada diretamente pelo plenário do Senado Federal, não passando previamente pela CCJC.

Note-se que não há irregularidade nessa prática, pois o plenário do Senado Federal pode analisar a proposição e também o juízo de admissibilidade, que seria feito pela CCJC. Dito isto, o relator da matéria foi o Senador Antonio Anastasia.

O plenário do Senado Federal aprovou as propostas da Câmara dos Deputados, com emenda de redação, a qual teve como fundamento questões de técnica legislativa e que visavam sanar lapsos manifestos.

Desse modo, a PEC 91/2019 foi encaminhada para promulgação.

3.5 A EMENDA DE REDAÇÃO

3.5.1 Conceito

Segundo o §8º, do art. 118, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a Emenda de redação é aquela que “visa sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto”.

O Regimento Interno do Senado Federal não as define, mas seu artigo 363 dispõe que em relação ao segundo turno de votação PEC poderão ser oferecidas emendas que não envolvam o mérito.

Ao julgar a ADC 03, o STF consignou que as emendas de redação são aquelas que não alteram a proposição jurídica. Além disso, o tribunal entendeu que, em se tratando de análise da casa revisora, não é necessário o retorno do projeto à casa iniciadora quando houver emenda de redação.

Concernente à tramitação de PEC, as emendas de redação também não ensejam o retorno da proposta à outra casa legislativa. Isso porque o conteúdo da norma não foi alterado, mas tão somente a forma como ela é redigida.

Dito isso, as emendas de redação são aquelas que apenas modificam a forma da proposição.

3.5.2 Comparação entre os textos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

Conforme já mencionado, o Senado sustenta que realizou apenas emenda de redação ao texto aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados na PEC 70/2011. Para confirmar que realmente foi uma emenda de redação é necessário que se faça uma comparação entre o texto aprovado nas duas casas legislativas. Desse modo, segue uma tabela comparativa:

<p style="text-align: center;">TEXTO DA CÂMARA</p> <p style="text-align: center;">PEC 70/2011</p>	<p style="text-align: center;">TEXTO DO SENADO</p> <p style="text-align: center;">PEC 91/2019</p>
<p>Art. 62.</p> <p>§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 deste artigo, perderão eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes, se não forem:</p> <p>I – apreciadas pela comissão mista no prazo de 40 (quarenta) dias, contado do 2º (segundo) dia útil seguinte à sua edição;</p>	<p>Art. 62</p> <p>§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 deste artigo, perderão eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes, se não forem:</p> <p>I - aprovadas pela Câmara dos Deputados no prazo de quarenta dias, contado do decurso do prazo previsto no § 9º ou do segundo dia útil seguinte ao recebimento do parecer da comissão mista;</p>

<p>II – aprovadas pela Câmara dos Deputados no prazo de 40 (quarenta) dias, contado do 2º (segundo) dia útil seguinte ao recebimento do parecer da comissão mista;</p> <p>III – aprovadas pelo Senado Federal no prazo de 30 (trinta) dias, contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pela Câmara dos Deputados;</p> <p>IV – aprovadas pela Câmara dos Deputados eventuais emendas do Senado Federal à medida provisória ou ao projeto de lei de conversão, no prazo de 10 (dez) dias, contado do 2º (segundo) dia útil seguinte à aprovação pelo Senado Federal.</p>	<p>II - aprovadas pelo Senado Federal no prazo de trinta dias, contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pela Câmara dos Deputados;</p> <p>III - apreciadas pela Câmara dos Deputados eventuais emendas do Senado Federal à medida provisória ou ao projeto de lei de conversão, no prazo de dez dias, contado do segundo dia útil seguinte à aprovação pelo Senado Federal</p>
<p>§ 4º Os prazos a que se referem o § 3º suspendem-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.</p>	<p>§ 4º Os prazos a que se referem os §§ 3º e 9º suspendem-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.</p>
<p>§ 6º Se, no caso dos incisos II e III do § 3º deste artigo, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem em até 30 (trinta) e 20 (vinte) dias, respectivamente, e no caso do inciso IV do mesmo dispositivo, a medida provisória entrará em regime de urgência, sobrestando todas as demais deliberações</p>	<p>§6º A medida provisória entrará em regime de urgência, sobrestando todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado e das proposições que veiculem matéria vedada a medida provisória, nas</p>

<p>legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado e das proposições que veiculem matéria vedada a medida provisória, até que se ultime a votação.</p>	<p>seguintes hipóteses:</p> <p>I - a partir do trigésimo dia do prazo a que se refere o inciso I do §3º;</p> <p>II - a partir do vigésimo dia do prazo a que se refere o inciso 11 do §3º; e</p> <p>III - durante todo o prazo que se refere o inciso III do §3º.</p>
<p>§ 7º (Revogado).</p>	<p>§ 7º (Revogado).</p>
	<p>§ 9º As medidas provisórias serão apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional após a emissão de parecer indispensável por comissão mista de Deputados e Senadores, que deverá ser proferido no prazo de quarenta dias, contado do segundo dia útil seguinte à sua edição.</p>

Pela leitura pode-se identificar as seguintes alterações: (i) deslocamento do prazo de análise da comissão mista, do inciso I do § 3º para o § 9º, com a necessária renumeração e adaptação dos demais incisos; (ii) por causa da mudança, foi feita correção da remissão aos incisos no § 6º e ao § 9º, no § 4º; (iii) desmembramento do § 6º em três incisos; (iv) alteração das referências em dias de algarismos para citação por extenso; e (v) modificação do verbo que trata da análise das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados, de “aprovar” para “apreciar”.

Percebe-se de forma clara que não houve alteração na proposição jurídica constante no texto aprovado na Câmara dos Deputados. De fato, estamos diante de uma emenda de redação, a qual modificou aspectos meramente formais de técnica legislativa.

Desse modo, a fase constitutiva do processo legislativo já se encerrou.

3.6 A NÃO PROMULGAÇÃO

Conforme já mencionado a aprovação da PEC 91/2019 e a remessa para promulgação, ocorreu no dia 12/06/2019. Desde então ela ainda não foi promulgada.

Note-se que desde a aprovação da PEC 91/2019 foram promulgadas 8 (oito) Emendas Constitucionais, ou seja, não foi por falta de oportunidade que não se deu a promulgação.

A PEC 91/2019 está parada num limbo legislativo, pois já percorreu toda a fase constitutiva, restando apenas a fase complementar para que sua existência e executoriedade sejam concretizadas.

4 A LACUNA CONSTITUCIONAL

As lacunas constitucionais ocorrem quando nos esbarramos em circunstâncias que deveriam ter sido moderadas pelo Constituinte, mas não o foram. Jorge Miranda (2015, p. 336) conceituou esse cenário como a situação constitucionalmente relevante não prevista.

A Constituição de 1988 é silente quanto à não publicação em caso de Emenda Constitucional após o curso da fase constitutiva do processo legislativo. Nesse sentido, João Trindade Cavalcante Filho (2020, p. 203) chega a mencionar que seria ideal uma Emenda Constitucional para esclarecer esse tema. Fica evidente, portanto, a lacuna constitucional.

A não promulgação de Emenda Constitucional por decisão arbitrária de uma das Casas do Congresso Nacional, após o fim da fase constitutiva do processo legislativo, equivale a espécie de veto, o que não é permitido pelo texto constitucional.

Já que não há uma norma clara sobre isso no texto constitucional que defina impasse nessa seara, é necessário que o STF, por meio do processo de integração e reconstrução, preencha a lacuna constitucional. (CANOTILHO, 2003, p. 1019; VARGAS, 2014, p. 96)

Olhando o texto constitucional, em se tratando de processo legislativo infraconstitucional, já existe regra de que, decorrido o prazo de 15 (quinze) dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção tácita (§3º, art. 66, da Constituição Federal) e a promulgação ocorrerá subsequentemente. Isso já foi abordado no item 1.3.2 supra.

Diante da lacuna constitucional, é possível se aplicar por analogia ao caso da promulgação das Emendas Constitucionais essa mesma regra. Assim, adequando-a ao contexto das Emendas Constitucionais, pode-se aduzir que, após o fim da fase constitutiva, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal têm 15 (quinze) dias para promulgar as Emendas à Constituição.

Conforme já abordado no item 1.2.1., o bicameralismo se manifesta de modo pleno no processo legislativo de normas constitucionais, ou seja, é necessário que as mesas Câmara dos Deputados e Senado Federal concordarem integralmente com o conteúdo da emenda à constituição para que esta seja promulgada.

Na hipótese de aplicar por analogia a regra do §3º, do art. 66, da Constituição Federal, durante o prazo de 15 dias, contados da determinação da Mesa Diretora que encaminhou o texto da PEC para promulgação, a Casa que discorde do texto deve oficialar a outra, transcorrido esse prazo a Emenda Constitucional deveria ser promulgada.

Essa é uma solução viável, enquanto a lacuna constitucional não é preenchida pelo próprio legislativo. O que não se pode tolerar é que o congresso nacional, por meio de uma de suas casas legislativas, burle ou ignore indevidamente o processo legislativo, que é um dos fundamentos de legitimidade do próprio Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

O processo legislativo constitucional é a forma determinada pela Constituição para a elaboração de atos normativos, sejam eles infraconstitucionais ou emendas constitucionais. É por meio dele que o poder legislativo se autolegitima e cria sua própria identidade.

A existência de uma lacuna constitucional em relação ao processo legislativo, por si só, já prejudica esse processo como um todo.

No caso específico das emendas constitucionais, há uma lacuna constitucional em relação a sua promulgação, a qual atua de forma a criar um limbo no processo legislativo e um atrito entre as duas casas legislativas, debilitando ainda mais a autolegitimação do Poder Legislativo.

O ideal é que essa lacuna seja preenchida pelo próprio Poder Legislativo. Contudo, caso isso não ocorra, pode o Poder Judiciário usar por analogia o regramento já estabelecido constitucionalmente em relação às normas infralegais.

BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Veto*. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 21, nº 83, jul-set/1984.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Fragmentos de um dicionário político*. 23ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. 17ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; DOS SANTOS, Luiz Claudio Alves; NETTO, Miguel Gerônimo da Nóbrega. *Curso de regimento interno da Câmara dos Deputados*. 5. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Legislativo Constitucional*. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2020

FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de Direito Legislativo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, S., Nagib. *Direito Constitucional, 3ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo II, 4ª Ed. Rio de Janeiro, 1963.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.

VARGAS, Denise Soares. *Mutação Constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG