



Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL

ISSN: 2237-2261

Maceió/AL, v. 5, n. 2 (2014), Jul./Dez. 2014



Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL

Vol. 5, n.2 (2014) Jul/Dez

ISSN 2237-2261

UFAL Faculdade de Direito de Alagoas -

FDA/UFAL – Campus A. C. Simões: Av. Lourival Melo Mota, s/n, Tabuleiro do Martins
CEP 57072-970 Maceió – AL, Brasil
<http://www.ufal.edu.br/unidadeacademica/fda>
revistamestradodireitoufal@gmail.com
(82) 3214-1255

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL)

Prof. Dr. José Barros Correia Júnior UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Coordenadores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAL

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr (Coordenador) UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Coordenadores da Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Prof. Dr. Andreas Krell UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Conselho Editorial

Prof. Dr. Adrualdo Catão UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho UFPB, João Pessoa/PB, Brasil

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet PUCRS, Porto Alegre/RS, Brasil

Prof. Dr. João Maurício Adeodato UFPE, Recife/PE, Brasil

Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt UFAL, FDA, Maceió/AL, Brasil

Consultores que colaboraram nesta edição

Adrualdo de Lima Catão

Alan da Silva Esteves

André Rocha Sampaio

Andreas Joachim Krell

Basile Georges Campos Christopoulos

Bruno Emanuel Tavares de Moura

Catarine Golçalves Acioli

Danilo Heber de Oliveira Gomes

Fernanda Karoline Oliveira Calixto

Frederico Wildson da Silva Dantas

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Lavinia Cavalcanti de Lima Cunha

Livia Lemos Falcão de Almeida

Márcio Oliveira Rocha

Marcus Rômulo Maia de Melo

Maria da Graça Marques Gurgel

Olga Jubert Gouveia Krell

Pedro Henrique Nogueira Pedrosa

Raphael Sant'ana Batista Toledo

Equipe técnica

Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro

Jéssica Aline Caparica da Silva

Nathália Ribeiro Leite Silva



Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL

ISSN: 2237-2261

Maceió/AL, v. 5, n. 2 (2014), Jul./Dez. 2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD/UFAL

RMDUFAL

Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em
Direito da UFAL

Vol. 5, n.2 (2014)

Jul/Dez 2014

RMDUFAL

Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL

Universidade Federal de Alagoas (UFAL)

Faculdade de Direito de Alagoas

Programa de Pós-Graduação em Direito

Campus A. C. Simões Av. Lourival Melo Mota, s/n, Tabuleiro do Martins.

CEP: 57072-970 Maceió – Alagoas – Brasil.

<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal>

<http://www.ufal.edu.br/unidadeacademica/fda/pos-graduacao/mestrado-em-direito>

revistamestradodireitoufal@gmail.com

82-3214-1255

Editorial. RMD, Vol. 5, n.2 (2014).p.1-7. Maceió/AL, Brasil

APRESENTAÇÃO

Bem-Vindo!

Com periodicidade semestral, a Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL (RMDUFAL) publica artigos de todas as áreas do Direito cujo enfoque temático relacione-se com “Fundamentos constitucionais dos direitos”. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores, não refletindo, necessariamente, o ponto de vista desse Conselho Editorial.

SOBRE A REVISTA

Missão

A Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL (RMDUFAL), editada pela Coordenação do Curso de Mestrado em Direito da UFAL, tem por objetivo a difusão de estudos, pesquisas científicas e projetos de extensão, resenhas acadêmicas sobre o tema “Fundamentos constitucionais dos direitos”, produzidos

3

Objetivo

Contribuir para o aumento da produção qualificada de conhecimento das comunidades acadêmica e profissional; Posicionar-se como veículo adequado para difundir avanços conceituais, metodológicos e de experiências acerca dos Fundamentos constitucionais dos direitos.

Público-alvo

A Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL (RMDUFAL) tem como público-alvo: docentes e discentes de pós-graduação, com formação jurídica, bem como discentes de graduação interessados em conhecer e divulgar seus estudos e suas pesquisas de iniciação científica e extensão na área. Também constituem público-alvo: os pesquisadores e gestores de instituições de ensino superior e de pesquisa, órgãos do Ministério da Educação (MEC) e do Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT) e demais órgãos envolvidos na formação de pessoal e fomento à produção científico-jurídica.

Meio e periodicidade

A Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL (RMDUFAL) é publicada com periodicidade semestral, exclusivamente em meio eletrônico, pelo sítio virtual <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/index>, com acesso público e gratuito. As

responsabilidades da Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL (RMDUFAL) são exercidas por um Editor e um Conselho Editorial.

Responsabilidade Acadêmica e Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista Eletrônica do Curso de Mestrado em Direito da UFAL (RMDUFAL), inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa, é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam necessariamente posições desse Conselho Editorial.

Normas e instruções para o envio de colaborações

Consultar a seção “Sobre a revista” no menu principal do site <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/index>.

Procedimentos utilizados para análise e aprovação dos artigos (Peer Review),

4

Para assegurar a integridade da avaliação por pares cega, para submissões à revista, deve-se tomar todos os cuidados possíveis para não revelar a identidade de autores e avaliadores entre os mesmos durante o processo. Isto exige que autores, editores e avaliadores (passíveis de enviar documentos para o sistema, como parte do processo de avaliação) tomem algumas precauções com o texto e as propriedades do documento:

Os autores do documento excluam do texto nomes, substituindo com "Autor" e o ano em referências e notas de rodapé, em vez de nomes de autores, título do artigo, etc. Em documentos do Microsoft Office, a identificação do autor deve ser removida das propriedades do documento (no menu Arquivo > Propriedades), iniciando em Arquivo, no menu principal, e clicando na sequência: Arquivo > Salvar como... > Ferramentas (ou Opções no Mac) > Opções de segurança... > Remover informações pessoais do arquivo ao salvar > OK > Salvar. Em PDFs, os nomes dos autores também devem ser removidos das Propriedades do Documento, em Arquivo no menu principal do Adobe Acrobat.

Contato

Endereço: Universidade Federal de Alagoas (UFAL) , Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Campus A. C. Simões Av. Lourival Melo Mota, s/n, Tabuleiro do Martins, CEP: 57072-970 Maceió – Alagoas – Brasil.

Telefone: 82-3214-1255

E-mail: revistamestradodireitoufal@gmail.com

SUMÁRIO

ESTUDOS

A pretensa generalidade da teoria do direito e a sua aplicação aos direitos fundamentais (*The alleged generality of the theory of law and its application to fundamental rights*)

Daniel Moura Borges.....P. 8-35

O estado liberal clássico e o surgimento do *état legal* na França: as garantias individuais e a o papel do juiz no processo (*Liberal state classic and the emergence of legal état in France: the warranties individual and judge's role in the process*)

Cássio Schneider Bemvenuti.....P. 36-50

Democracia participativa, pluralismo e constitucionalismo latino americano: o caso dos conselhos gestores das unidades de conservação ambiental no Brasil. (*Participatory democracy, legal pluralism and new constitutionalism in Latin America: the case of management councils of protected areas in Brazil*)

Maria da Graça Marques Gurgel, Alanna Maria Lima da Silva, Joyce de Oliveira Bezerra de Souza.....P. 51-72

A Crise do Direito Material Contemporâneo e do Sindicalismo Representativo: Necessidade de Releitura do Artigo Oitavo da Constituição Federal (*The Crisis of the Current Substantive Law and of the Representative Syndicalism: the Necessity of a Rereading of the Eighth Article of the Federal Constitution*).

Amaro Clementino Pessoa, Juliana Teixeira Esteves.....P. 73-98

Direito Ambiental do Trabalho: a ampliação do seu objeto, a partir de uma nova pauta hermenêutica, de novos fundamentos teórico-filosóficos e teórico-dogmáticos (*Environmental Law of Work: the expansion of its object, from a new hermeneutic agenda, new theoretical-philosophical and theoretical-dogmatic foundations*).

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade e Jailda Eulídia da Silva Pinto.....P. 99-127

6

Da fundamentação jurídica da sentença, conforme Benjamin Cardozo (*The justification of legal Judgement according to Benjamin Cardozo*)

Jéssica Aline Caparica Da Silva.....P. 128-142

Crianças e adolescentes: o processo de inclusão social no Brasil (*Kids and teens: the process of social inclusion in Brazil*)

Gilberto Natal Maas, Ivo dos Santos Canabarro.....P. 143-165

OUTRINA ESTRANGEIRA

Politique antiterroriste française et respect des droits fondamentaux (French anti-terrorist policy and respect for human rights)

Jacques Borricand.....P. 166-178

RESUMO EXPANDIDO

As patentes de segundo uso e de formas polimórficas e o Projeto de Lei nº 5.402/2013 (The second use of patents and polymorphic forms of and Draft Law No. 5402/2013)

7

Dany Rafael Fonseca Mendes, Michel Angelo Constantino de Oliveira, Adalberto Amorim Pinheiro.....P. 179-197

A pretensa generalidade da teoria do direito e a sua aplicação aos direitos fundamentais

The alleged generality of the theory of law and its application to fundamental rights

Daniel Moura Borges¹

Resumo: É grande a discussão sobre a existência de uma teoria geral do direito. Muitos doutrinadores renomados debatem a questão sem encontrar um posicionamento majoritário sobre o tema. Frente aos questionamentos trazidos por alguns desses autores, buscamos neste trabalho tentar destacar os argumentos que entendemos serem mais relevantes para definir um posicionamento próprio sobre tão controversa matéria. Para tanto, alguns temas relevantes do direito serão estudados comparativamente em busca de esclarecimentos. Dentre eles, destacamos a posição dos direitos fundamentais nesse contexto, bem como a secular divergência entre jusnaturalismo e juspositivismo, demonstrando de que forma tal divergência se reflete no direito; a aparente contradição entre a eleição da natureza do direito e dos conceitos jurídicos como fundamento para a teoria do direito; além de comparar os resultados provenientes dessas análises, identificando se algum deles pode fundamentar a existência de uma teoria geral do direito, sobretudo que tivesse aplicabilidade sobre os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Teoria Geral do Direito; Direitos Fundamentais; Conceitos Jurídicos; Natureza do Direito.

Abstract: There is a great discussion about the existence of a general theory of law. Many renowned scholars debate the issue without finding a majority position on the topic. The questions brought by some of these authors, we try, in this paper, to highlight the arguments that we believe that are the most relevant to define my own position on such a controversial matter. To do it so, some relevant issues of law will be studied comparatively for additional information. Among them, we highlight the secular divergence between natural and positive law, and how this divergence reflects at law; the apparent contradiction between the election of the nature of law and legal concepts as a foundation for the theory of law; after that, we compare the results from these analyzing, and see if any of them can substantiate the existence of a general theory of law.

Keywords: Theory of Law; General Theory of Law; Natural law; Positive Law; Legal concepts; Nature of Law.

Sumário: Introdução; 1 A Teoria do Direito e as Correntes Jusnaturalista e Juspositivista; 1.1 Correntes Teóricas como Fundamento para a Teoria Geral do Direito; 1.2 Os Conceitos Jurídicos e a Natureza do Direito como Fundamentos para a teoria geral do direito; 2 A pretensa generalidade da teoria do direito; 2.1 A influência dos aspectos sociológicos para a criação de uma suposta teoria geral do direito; 2.2 A influência geopolítica e a teoria do direito; 3 A aplicação dos fundamentos de uma teoria geral do direito aos direitos fundamentais de um ordenamento jurídico interno; 3.1 Os direitos fundamentais internacionais e sua relação com os ordenamentos jurídicos internos; 3.2 O método do retrocesso hierárquico-temporal; 4 Direito Comparado; Conclusão.

¹ Advogado. Especialista em Direito do Estado pela Escola de Magistrados da Bahia - EMAB. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Salvador/BA – Brasil. Email: danielborgesjus@gmail.com.

Introdução

Muitos autores internacionalmente reconhecidos como, por exemplo, Karl Larenz, discutem, ainda hoje, sobre a existência de uma Teoria Geral do Direito. Muito tem sido escrito, e não constatamos, ainda, um posicionamento doutrinário dominante sobre a matéria. Tradicionalmente, sempre falamos em uma Teoria Geral do Direito, mas, diante de novos questionamentos trazidos, chegou-se a discutir não apenas os contornos dessa teoria geral, mas, como dito, sobre sua própria existência.

Esse tipo de discussão, além de seu evidente conteúdo jurídico, acaba abarcando um conteúdo histórico e político. Sobretudo com a expansão imperialista do século XIX, houve uma elevação do pensamento e da cultura europeias a condição de superiores as demais nações, muitas vezes consideradas como não-civilizadas, tendo, inclusive, essa condição sido prescrita em tratados internacionais, a exemplo do estatuto da Corte Internacional de Justiça, que, em seu artigo 38, faz uma menção direta às “nações civilizadas”.

Superado esse momento histórico, notadamente através da independência das ex-colônias europeias nas Américas (LAGO, 2003, p.15), os países em recém-libertos passaram a reivindicar o respeito a sua cultura e tradição próprias, o que abarca, por certo, o Direito, notadamente os seus direitos fundamentais, a exemplo da autodeterminação. Frente a esta nova realidade, cabe nos perguntar se a defesa de uma teoria geral do direito, além dos questionamentos próprios acerca de sua viabilidade, não abarcaria, também, a mencionada questão geopolítica. Por uma questão metodológica, essas questões serão mencionadas apenas superficialmente durante o presente trabalho, pois nos ateremos às questões teóricas que envolvem a eventual construção e defesa de uma teoria geral, analisando, para tanto, aspectos essenciais da teoria do direito.

Não pretendemos, por certo, esgotar a matéria, até porque, como já foi afirmado anteriormente, o tema é por demais controverso para chegarmos a uma conclusão definitiva, mas pretendemos fazer uma análise sobre alguns posicionamentos doutrinários em debate e, diante dos argumentos apresentados, nos posicionarmos sobre a existência ou inexistência de uma teoria geral, bem como de que forma ela seria aplicável aos direitos fundamentais no

interior dos diversos países da sociedade internacional. Para tanto, analisaremos algumas controvérsias caras ao direito, como a oposição entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, a questão da relação entre o “ser” e o “dever ser”, bem como a importância da natureza do direito e dos conceitos jurídicos que levariam a conformação de uma teoria geral do direito.

1 A Teoria do Direito e as Correntes Jusnaturalista e Juspositivista

É comumente atribuído ao Direito a existência de uma Teoria Geral. Haveria, segundo essa corrente, uma Teoria Geral do Direito, sendo partidários dessa tese autores de renome como Hans Kelsen (1999) e Norberto Bobbio (1999, p.161).

Para eles, haveriam princípios gerais que deveriam ser aplicados a qualquer ordenamento jurídico. Para Kelsen, o direito positivado não precisaria ser justificado por valores sobrenaturais para existir. A norma teria sido criada pelo homem, para atender suas necessidades e realizar o necessário controle social, sem buscar, para tanto, fundamento metafísicos para sua constituição. Apesar disso, sua Teoria Pura previa institutos jurídicos que estariam presentes em todos os ordenamentos jurídicos, bem como a existência de uma norma fundamental que autorizaria cada estado a organizar seu sistema jurídico, estabelecendo os preceitos que deveriam ser seguidos. Apesar de ser positivista, combatendo, pois, a ideia de fundamento da norma por forças superiores ao homem, ele mostra-se de acordo com a existência de uma Teoria Geral do Direito que, além de autorizar sua organização nos diversos estados, forneceria o arcabouço técnico para que esse ordenamento jurídico atendesse as necessidades de uma sociedade em particular. Conceitos como validade, imputabilidade e o próprio conceito de norma fundamental seriam essenciais.

A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos [...] Portanto, caracteriza esta interpretação como uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objetiva do Direito positivo como uma validade apenas relativa ou condicionada: condicionada pela pressuposição da norma fundamental [...] Dado que - como se mostrou - a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica (KELSEN, 1999, 152).

Um outro critério, divergente do proposto por Kelsen, era defendido pelos jusnaturalistas.

Uma doutrina consequente do Direito natural distingue-se de uma teoria jurídica positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento da validade do Direito positivo, isto é, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, num Direito natural diferente do Direito positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder mas também pode não corresponder; por tal forma que, quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido. Segundo uma genuína doutrina do Direito natural, portanto, não pode - ao contrário do que se dá com a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista - toda e qualquer ordem coerciva globalmente eficaz ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A possibilidade de um conflito entre o Direito natural e o Direito positivo, isto é, uma ordem coerciva eficaz, implica a possibilidade de considerar como não válida uma tal ordem coerciva (KELSEN, 1999, 153).

Distanciando-se dessa forma analítica de pensamento, tomando como base a filosofia e o seu pensamento metafísico, Immanuel Kant afasta a afirmação de que todas as ciências (e todos os ramos do saber) devem, necessariamente, seguir os preceitos metodológicos de investigação científica ditados pelas ciências naturais. Ele distancia, em sua essência, ciências como a matemática e a física dos ramos do saber mais analíticos como a filosofia e, naturalmente, o Direito. Para ele a razão humana deve ser estudada “sem que esteja movida por uma vaidade de uma onisciência; se não simplesmente estimulada por uma necessidade própria, marcha sem descanso algum para questões que não podem ser resolvidas pelo uso empírico da razão, nem por princípios que dela emanem” (p.10).

11

Sendo assim, os jusnaturalistas buscavam legitimar sua teoria através da sua fundamentação sob a crença da existência em certas normas superiores à vontade humana, que pairariam sobre todos os ordenamentos nacionais e relações internacionais, não podendo utilizar os preceitos teóricos estabelecidos pelas ciências naturais, uma vez que seria a metafísica a responsável por fornecer a base teórica, através dessa “norma universal e imutável”, para a existência do direito, bem como para que certos conceitos e institutos básicos estivessem presentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos existentes. Percebe-se aqui, portanto, um forte argumento de defesa para os partidários da defesa da existência de uma Teoria Geral do Direito.

Haveria, portanto, uma norma superior e imutável que pairaria acima de todos os ordenamentos jurídicos, inclusive das constituições. Então, apesar das diferenças culturais e

legais de cada país, essa Teoria Geral manteria traços em comum entre todos eles. O fundamento para essa teoria pode ser buscada antes mesmo da idade média com os escritos de Santo Agostinho que previa a existência de um direito natural, superior à vontade dos homens, no caso, uma lei divina (p.11).

Apesar dessa dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo mostrar-se, atualmente, superada, alguns estudos acadêmicos ainda são produzidos nesse sentido (PEREIRA, 2010), tendo autores como John Finnis apresentado uma espécie de neojusnaturalismo, defendendo a tese da existência de algum tipo de norma superior à vontade humana.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior

Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas *postas* na Constituição, de algum modo “positivou-o”. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disso, gerando, portanto, alta indiferença em face das diferenças (p.171, 2003).

Assim como no âmbito interno, onde as constituições tendem a “positivar” essas normas historicamente consideradas como de direito natural, no âmbito internacional percebe-se essa mesma orientação, seja através de tratados multilaterais, seja por intermédio da definição de normas e metas pelas organizações internacionais de grande representação internacional, como é o caso da Organização das Nações Unidas - ONU.

Efetivamente, torna-se essencial o empenho de políticas públicas nacionais, em cooperação com instituições regionais e com programas da ONU, no sentido de sedimentar a essência de maior significação da vida e da liberdade com a conciliação dos valores do indivíduo e da sociedade. Daí a importância da atenção permanente aos polos das variáveis associadas aos estratégicos fatores políticos e pedagógicos de bem-estar e do grau de satisfação das pessoas com sua vida. Sempre se espera a abertura de um novo caminho para dar substância às ideias e esforços direcionados às progressivas lições de valorização da cidadania, face ao bramido da angústia humana [...] (OLIVEIRA, 2013, p.47).

Com a evolução do direito, sobretudo na segunda metade do século XX, os direitos fundamentais, muitas vezes tidos por universais, foram cada vez mais incorporados aos ordenamentos jurídicos estatais, tornando enfraquecida essa dicotomia secular.

O ideal do ordenamento jurídico único persistiu no pensamento persistiu no pensamento jurídico ocidental. O prestígio do Direito romano, primeiro, e o do Direito natural, depois, determinaram o surgimento e a duração da ideologia de um único Direito universal, do qual os direitos particulares não eram outra coisa senão especificações históricas (BOBBIO, 1999, p.161).

Conforme visto, Hans Kelsen é contrário a essa noção de direito universal e imutável, mas a favor da ideia de uma Teoria Geral do Direito, reconhecendo, para tanto a ideia da existência de uma norma originário, hierarquicamente superior às demais, que conferiria a sistematização de todo o sistema jurídico. Acreditar em institutos jurídicos adaptáveis a todos os sistemas é uma coisa, mas, para ele, pensar em uma forma transcendental de Direito é impensável.

A necessidade de justificação racional de nossos atos emocionais é tão grande que buscamos satisfazê-las mesmo correndo o risco de auto-ilusão. E a justificação racional de um postulado baseado num julgamento subjetivo de valor, ou seja, num desejo como, por exemplo, o de que todos os homens devem ser livres, ou o de que todos os homens devem ser tratados igualmente, é uma auto-ilusão ou – o que equivale a dizer a mesma coisa – uma ideologia. Ideologias típicas dessa espécie são as asserções de que algum tipo de fim último e, portanto, de algum tipo de ordenamento definitivo da conduta humana, provem da natureza, ou seja, da natureza das coisas ou da natureza do homem, da razão humana ou da vontade de Deus (KELSEN, 2000, p.12).

Tal acepção de Direito levaria em conta a corrente filosófica platônica, tradicionalmente adotada pelos filósofos alemães, em contrapartida à corrente filosófica aristotélica, comumente adotada pelos franceses. Apesar dessa dicotomia tradicional, verifica-se que não há, aí, uma regra, pois pensadores alemães, como Friedrich Nietzsche (2007) e o próprio Hans Kelsen (1999), tendem a adotar uma perspectiva mais aristotélica na análise do Direito.

Interessante ressaltar que Edmund Husserl (2006) rompeu com o parâmetro de estudo positivista adotado por seus contemporâneos, como, por exemplo, a metodologia usada na criação da Teoria Pura do Direito. De acordo com sua Fenomenologia, o método deveria buscar a questão fundamental do problema, não tomar como parâmetro os estabelecidos pelas ciências naturais, tidos como os mais eficazes. Na época, era comum pegar preceitos desse ramo do saber e adaptá-los às demais ciências, como ao Direito por exemplo, fosse para usar tais métodos de forma idêntica ou apontá-los como contraponto ao buscado nas ciências sociais. Para Husserl, deveria haver uma completa ausência de pressupostos e a extrema evidência reflexiva sobre o objeto de estudo. A filosofia passaria a ter, portanto, papel

fundamental no processo. A capacidade de abstração seria essencial ao seu método. Devia-se abstrair-se do mundo natural e, através do seu método, obter o que ele denomina consciência pura.

Friedrich Müller também apresenta rigorosas críticas ao método de aplicação positivista do direito, sobretudo quanto aquele baseado na Teoria Pura de Kelsen, afirmando que

No direito (ao contrário da lógica formal), não existe o dever-ser “puro”, por isso não há um fundamento sólido para a “Teoria Pura do Direito” de Kelsen. O que existe na realidade, na prática concreta, onde se encontra o fenômeno chamado “norma jurídica”, é sempre um conjunto de dados linguísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais. Em outras palavras, há sempre uma conexão entre um programa da norma e um âmbito da norma. Por isto, não somente a antiga dicotomia entre “ser” e “dever-ser” está superada, como também a verdade que está contida nela (isto é, a que dados linguísticos e dados reais não são os mesmos) está, a partir de então, teoricamente modernizada e praticamente operacionalizada (2005, p.11).

O autor faz, então, uma associação entre a dicotomia até aqui discutida e outra bastante debatida pelos teóricos do direito, qual seja a entre o “ser” e o “dever ser”, pois “após fixar o objeto de seu estudo, Kelsen começa a construir o dualismo entre ser e dever ser, com base no qual elabora toda sua teoria da norma jurídica” (PIMENTA, 2005, p.65). Como visto, esta também estaria superada, pois a formação e o desenvolvimento do direito seria composto por um processo de interpretação que traria a simbiose entre essas duas formas de compreender o mundo. Entende-se que eventuais verdades e realidades empíricas devem ser interpretadas conjuntamente com uma análise da metafísica, abordando, portanto, a ontologia e, também, o “dever ser” proposto pelos textos normativos. Ou seja, a norma é criada a partir de sua interpretação pelo operador do direito, notadamente através da jurisprudência, unindo, para tanto o “ser” e o dever ser”. A análise em separado de apenas um dos dois elementos seria insuficiente para a ampla compreensão da norma jurídica, sendo, portanto, inócua tal dicotomia.

Outra crítica constantemente atribuída à visão extremamente positivista do direito é a confusão entre texto legal e norma.

Se em termos da teoria da norma, o âmbito normativo é parte integrante da norma, então a norma não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo [...] Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pôde fiar-se em “aplicar” a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e “subsumiu” as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do

silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua. A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo [...] (MÜLLER, 2011, p.187).

Tendo sido feitas as devidas considerações sobre as divergências apontadas, cabe agora analisar a possibilidade de aplicação universal dos conceitos e instrumentos jurídicos.

1.1 Correntes Teóricas como Fundamento para a Teoria Geral do Direito

Num primeiro momento, tendemos a explicar a possibilidade de uma Teoria Geral do Direito por conta de sua suposta universalidade. Utilizando-se da dicotomia tratada na seção anterior, muitos associam o jusnaturalismo a uma visão mais generalista do direito, ao passo que os juspositivistas teriam uma visão mais adstrita a um determinado ordenamento jurídico. Apesar de, a princípio, essa associação fazer sentido, não podemos afirmar que essa é uma verdade categórica. Hans Kelsen, expoente do positivismo, apesar de, através da conformação piramidal, explicar a sistemática das normas jurídicas dentro de um sistema, vai além. Para ele, acima da constituição estariam normas supremas que a fundamentariam, normas estas encontradas através de uma análise do direito internacional. Ora, se a norma fundamentadora da constituição, que lhe é superior, seria uma norma de direito internacional, e, por não estar inserida em um sistema ainda que internacional, não estaríamos falando de tratados, só restariam os princípios internacionais como norma fundante dos ordenamentos jurídicos nacionais. Ao seguir essa linha lógica, o mencionado autor situa-se de acordo com a corrente monista internacionalista, através da qual uma norma de direito internacional seria superior a uma de direito interno, fazendo, ambas, parte de apenas um sistema jurídico (MAZZUOLI, 2014, p.97).

Esses traços mínimos abrem caminho para a universalidade, pois permitem identificar como direito certas práticas em comunidades que não compartilhem um conceito completo de direito, embora empreguem traços parciais deste [...] ainda que o conceito de direito positivista reflita o conceito de nosso tempo, ainda que seja nosso conceito de direito, ele pode ser aplicado de modo universal, para compreender práticas sociais de outros tempos e culturas como prática jurídica. Mais do que isso, é necessário para que seja possível a compreensão dos conceitos de culturas estranhas, pois o processo hermenêutico de aquisição dos conceitos de outras culturas se dá na medida em que os relacionamos com nossos conceitos (MARANHÃO, 2013, p.34).

Dessa forma, seriam através dos conceitos que poderíamos definir o que faz parte do direito, notadamente sua parte teórica, bem como suas hipóteses de incidência. Seria através da descrição linguística de raciocínios jurídicos que poderíamos definir o que faria ou não parte de uma teoria geral do direito.

É preciso ter em mente que a construção e evolução do direito passam pelo estudo da sua própria linguagem, até porque a interpretação, materializada pela hermenêutica jurídica, é essencial a esse processo.

El primer sitio que la hermenéutica se propone delimitar es, seguramente, el lenguaje, y más particularmente el lenguaje escrito. Es importante pues precisar por qué la hermenéutica tiene una relación privilegiada con las cuestiones lingüísticas. Basta, a mi juicio, con partir de una característica notoria de las lenguas naturales, que exige un trabajo de interpretación en el nivel más elemental e más trivial de la conversación: la polisemia, que es esa capacidad de las palabras de tener más de un significado cuando se las considera independientemente de su uso en un contexto determinado [...] la polisemia de las palabras exige como contrapartida el papel selectivo de los contextos para poder determinar el valor actual que toman las palabras en un mensaje determinado [...] ² (RICOEUR, 2002, p.72).

Não que o texto em si seja soberano, muito pelo contrário, é a partir dele, e muitas vezes além dele, que o exercício de interpretação encontrará seu maior potencial, seja no plano teórico, seja na aplicação prática das normas jurídicas.

Sendo assim, apesar de bastante difundida, não se pode ter como regra a associação jusnaturalismo-universalidade teórica e juspositivismo-restrição teórica. Essa não parece ser a melhor forma de se buscar a possibilidade de existência, bem como os fundamentos, de uma eventual Teoria Geral do Direito.

1.2 Os Conceitos Jurídicos e a Natureza do Direito como Fundamentos para a Teoria Geral do Direito

2 O primeiro lugar que a hermenêutica se propõe a delimitar é, seguramente, a linguagem, e mais particularmente a linguagem escrita. É importante, então, definir porque a hermenêutica tem uma relação privilegiada com as questões linguísticas. Basta, para mim, partir de uma característica notória das línguas naturais, que exige um trabalho de interpretação no nível mais elementar e mais trivial da conversação: a polissemia, que é essa capacidade das palavras de ter mais de um significado quando consideradas independentemente de seu uso em um contexto determinado [...] a polissemia das palavras exige como contrapartida o papel seletivo dos contextos para poder determinar o valor atual que tomam as palavras em uma mensagem determinada (tradução nossa).

Muito do que se discute sobre a existência de uma Teoria Geral do Direito - TGD envolve o seu fundamento. Essa teoria seria baseada em conceitos, aspectos linguísticos, ou na natureza das coisas. Para alguns, é a natureza jurídica de um objeto que o defini como pertencente ou não ao direito, para outros é o conceito formulado acerca de um instituto que o trará ao mundo jurídico.

A questão central, porém, é que, se pensarmos em uma TGD, teríamos que identificar um objeto único que não se confundisse com os demais objetos de estudo das demais ciências, como, por exemplo, a política e a sociologia. Ela pode, até, estar relacionada indiretamente aos outros ramos, junto aos quais busca explicações teóricas para reforçar seus fundamentos, mas deve possuir traços distintivos, particulares à ciência jurídica. Se a teoria é geral, deve ser dotada de universalidade. Deve, de alguma forma, perpassar todos os ordenamentos jurídicos existentes.

Devemos mencionar, porém, parte da doutrina que entende a teoria do direito como algo mais amplo, afirmando que o seu fundamento não se dá isoladamente, mas em relação direta com as ciências que lhes são correlatas.

Richard A. Posner é partidário desse pensamento. Para fundamentar sua tese, ele relaciona a teoria do direito com a história, a psicologia, a economia, a epistemologia e o empirismo. Prega, portanto, uma abordagem multidisciplinar da TGD. Para ele

A teoria do direito não é um programa de pesquisa unificado. Seus integrantes não têm nem mesmo uma posição consensual sobre o significado de “teoria”. Uma parte da teoria do direito é sociocientífica, outra não. Alguns teóricos desse campo enfatizam a teoria abstrata, outros a pesquisa empírica, outros nenhuma das duas. Alguns segmentos da teoria do direito têm um viés fortemente político, até polêmico, e outros não. Algumas abordagens são essencialmente descritivas, outras fortemente normativas; algumas se concentram em campos específicos do direito, outras têm maior amplitude (2011, p.11).

Apesar de concordarmos com a divergência apontada pelo autor, esse não nos parece ser o melhor posicionamento. Se é certo que uma abordagem multidisciplinar do estudo do direito é salutar, entender a teoria do direito como uma espécie de “colcha de retalhos” das demais ciências é decretar a perda de seu próprio objeto. Se é “próprio”, não deve ser importado das demais ciências, mas ser inerente ao seu processo construtivo.

Com isso não devemos descartar a presença de aspectos jurídicos nas teorias das outras ciências. O direito é por demais amplo para ter suas consequências restritas à sua

própria teoria. Utilizando como exemplo os direitos fundamentais por conta de sua amplitude natural, verificamos que eles acabam influenciando diversos aspectos da sociedade, além de, como retorno, sofrer influência (e influenciar) as demais ciências durante seu processo de evolução. “No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos”³ (ALEXY, 1993, p.27). O que não concordamos, é com a afirmação de que as demais ciências sejam parte fundante da própria teoria do direito, ou seja, que participem diretamente da formação dos conceitos jurídicos essenciais.

Para Joseph Raz, a Teoria do Direito seria dotada de universalidade, mas essa universalidade viria do que ele chama “natureza do direito” e não dos conceitos jurídicos. Para ele, os conceitos seriam locais, refletiriam a cultura e a experiência própria de um povo, ao passo que a natureza do direito seria geral.

Uma teoria consiste em verdades necessárias, pois só verdades necessárias sobre o direito revelam a natureza do direito. Falamos da “natureza do direito”, ou da natureza de qualquer outra coisa, para nos referirmos àquelas características do direito que fazem a essência do direito, que fazem com que o direito seja o que é. Isto é, aquelas propriedades sem as quais o direito não seria direito. Como o *Oxford English Dictionary* explica, a natureza de uma coisa consiste “nas qualidades ou propriedades essenciais de uma coisa; a combinação inerente e inseparável de propriedades que essencialmente pertencem a algo, e que lhe dão seu caráter fundamental (RAZ, 2013, p.76).

18

Robert Alexy, apesar de concordar com Joseph Raz na questão da universalidade da teoria do direito, discorda do autor quanto ao seu fundamento. Para ele, seriam os conceitos jurídicos os responsáveis por essa universalidade, discordando quanto ao fato destes serem locais. Para o autor, a definição da natureza do direito passa pela formulação de um conceito.

Os conceitos, como parte de uma prática que está intrinsecamente conectada com a verdade, a justificação, a validade intersubjetiva, a objetividade e a realidade – procuram captar a natureza das coisas a que se referem tão perfeita ou corretamente quanto seja possível. Essa é a dimensão não convencional ou ideal dos conceitos. Na medida em que aqueles que usam o conceito tenham êxito em satisfazer a pretensão de adequação formulada necessariamente ao usar este conceito, nessa medida, o conceito corresponde à natureza de seu objeto. E na medida em que assim se corresponde é que tem validade universal (ALEXY, 2013, p.103).

3 Não existe quase nenhuma disciplina no âmbito das ciências sociais que não esteja em condições de contribuir com algo relacionado à problemática dos direitos fundamentais a partir de seu ponto de vista e com seus métodos (tradução nossa).

Desta maneira um conceito ideal, construído analiticamente e que abranja os aspectos fundamentais de um instituto jurídico, não apenas definirá a natureza deste instituto, como o dotará de generalidade, pois define o seu fundamento, deixando a par dos interpretes locais moldá-lo de acordo com as necessidades jurídicas de uma sociedade específica.

Sendo assim, os conceitos que são dotados de universalidade seriam aqueles que encontrassem sua distinção dos conceitos não-jurídicos. A própria definição da natureza do direito passaria pela elaboração de um conceito jurídico.

Desde um ponto de vista intuitivo, analisar algo é decompô-lo em seus elementos básicos. Considera-se que um procedimento tal poderia melhorar nossa compreensão do objeto analisado. Na história da filosofia essa intuição tem sua correlação no modelo descomposicional de análise conceitual. A ideia básica consiste em tomar uma ideia e dividi-la em seus componentes, propriedades ou elementos mais fundamentais [...] O método desse tipo de análise é, *prima facie*, simples: distinguir, distinguir, sempre distinguir. Costuma-se supor que esse é o método característico, por exemplo, da filosofia analítica (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2013, p.54).

Deveríamos, então, utilizar o processo analítico para a construção de um conceito jurídico para que este possa ser dotado de generalidade. “A possibilidade de construir uma teoria sobre um objeto está intimamente relacionada com a possibilidade de identificar e explicar o que faz esse objeto e nenhum outro” (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2013, p.39). Desta maneira, podemos ter uma TGD, sem que isso afete, necessariamente, as culturas jurídicas e tradições locais. O objeto seria o mesmo, mas a forma de ver, pensar e aplicar esse objeto pode variar no tempo e no espaço.

19

2 A Pretensa Generalidade da Teoria do Direito

Seriam os conceitos de norma, interpretação, sanção, etc. universais? Teriam o mesmo sentido e aplicabilidade tanto nos países europeus, como nos latino-americanos e nos árabes? Alguns autores, como Karl Larenz, por conta da grande abrangência que o termo “geral” conota, passaram a questionar a existência de uma Teoria Geral do Direito.

Anteriormente falava-se de uma «teoria geral do Direito» e entendia-se por tal uma doutrina acerca da estrutura lógica da norma jurídica, acerca de certos conceitos fundamentais formais que podem encontrar-se em todos os ordenamentos jurídicos desenvolvidos (como, por exemplo, «lícito» e «ilícito», dever ser, ter a faculdade, poder, comando, proibição, permissão, sujeito jurídico e objecto de direitos) e sobre

as relações lógicas destes conceitos fundamentais entre si e os modos de pensamento da Jurisprudência, sendo assim, no essencial, um traço de união entre a lógica e a Jurisprudência. Procurava-se neste campo chegar a conhecimentos respeitantes ao Direito universalmente válidos e não somente válidos face a um determinado ordenamento jurídico «positivo», e, em rigor, essencialmente mediante uma perspectiva normativa e que não suportassem o lastro prévio de pressupostos ontológicos ou metafísicos (1997, p.265).

Diante da ampla abrangência que o termo traria, o autor assume que possui dúvidas quanto a sua existência diante de um espectro tão amplo, e, indo além, questiona o que se entenderia por teoria do Direito (LARENZ, 1997, p.267).

Além dos fundamentos jurídicos, vários postulados sociológicos e políticos podem questionar a afirmação da existência de tal Teoria. Esse processo cognitivo utilizado por Larenz foi, posteriormente, sintetizado por Jack Balkin, que aperfeiçoando a Teoria da Desconstrução de Jacques Derrida, propunha a desconstrução de conceitos já estabelecidos em um determinado ramo do conhecimento. Ele propôs o questionamento de certos dogmas científicos como uma forma de, através do confronto de ideias, alcançar uma solução científica mais segura ao problema apresentado. Foi justamente isso que Karl Larenz fez ao, de forma corajosa questionar a existência de uma Teoria Geral do Direito.

Esse revisionismo dos conceitos jurídicos é defendido por Friedrich Müller. Ele defende um paradigma pós-positivista ao afirmar que

Em todos estes contextos, certamente, os “cânones” da tradição (como a interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética, mais a analogia, a teleologia e outras) devem ser reconstruídos, assim como todos os outros conceitos metodológicos novos que são seriamente debatidos (como a teoria do direito livre, os conceitos sociologizantes, decisionistas, hermenêuticos, etc) (2005, p.10).

Para tanto, ele constrói sua Teoria Estruturante do Direito, utilizando-se de conceitos e ensinamentos propostos por autores consagrados, mas ao mesmo tempo faz uma análise crítica aos ensinamentos desses autores, para, através desse processo, criar sua própria teoria. Por isso, sua forma de pensar o direito pode ser considerada pós-Rousseau (2006), por superar o pensamento contratualista e individualista, pondo o homem e os direitos humanos no centro da discursão jurídica; pós-Marx (2012) por, apesar de estudar os fenômenos coletivos, levar em consideração o indivíduo e pós-Freud (2011), por levar em conta não apenas a psique individual, mas o fenômeno psíquico coletivo. Ele realiza uma análise crítica dos preceitos pregados por esses autores e, mediante síntese encontrada em suas reflexões, propõe sua teoria.

2.1 A Influência dos Aspectos Sociológicos para a Criação de uma Suposta Teoria Geral do Direito

Sociologicamente, remetemos a Durkheim (2007) e sua Teoria do Fato Social. De acordo com ela, o fato social varia de acordo com o local e o tempo. E apenas a análise metodológica dentro desses critérios poderia levar à compreensão plena das características e costumes de uma sociedade dentro dos quais, por certo, se inclui o Direito. O autor chega a fazer uma interessante abordagem jurídica dentro de sua teoria do fato social. Em seus escritos, Durkheim escreveu sobre os fatos sociais abordados por normas jurídicas. Ao distinguir os fatos sociais dos fatos patológicos tratou do direito e do crime. Para ele, ao se observar as mais diversas sociedades, ver-se-á que é comum um certo grau de violência, de transgressão das normas penais, em resumo da criminalidade. Se considerarmos o ser humano como naturalmente mau (HOBBS, 2008), ou convertido a essa condição por suas experiências pessoais (ROUSSEAU, 2006), é esperado que numa determinada sociedade alguns indivíduos não refreiem suas paixões, lesando o próximo ou a coletividade. O crime seria um fato social, portanto normal, mas apenas até certo nível. Da mesma forma que não se concebe uma sociedade em que não haja transgressores, é impossível conceber uma em que não haja crime. Ambas as situações, na visão de Durkheim, seriam consideradas patológicas, ao passo que, uma sociedade que apresente índices criminais medianos seria normal.

21

“O crime, por sua vez, não deve mais ser concebido como um mal que não possa ser contido dentro de limites demasiado estreitos; mas, longe de haver motivos para nos felicitar-mos quando lhe ocorre descer muito sensivelmente abaixo do nível ordinário, podemos estar certos de que esse progresso aparente é ao mesmo tempo contemporâneo e solidário de alguma perturbação social [...] Com efeito, se o crime é uma doença, a pena é seu remédio e não pode ser concebida de outro modo [...] Mas se o crime nada tem de mórbido, a pena não poderia ter por objeto curá-lo e sua verdadeira função deve ser buscada em outra parte” (DURKHEIM, 2007,p.73).

Dessa forma o próprio conceito do que seria crime e se eventual crime seria um fato patológico, dependeria da análise do caso em concreto para se definir qual seu percentual, vendo, portanto, se ele estaria nos limites considerados como fato social, ou seria patológico, quer por sua falta, quer por seu excesso. Diante disso, podemos questionar se o crime não é considerado patológico, merecendo uma sanção e, sendo aplicada uma sanção neste caso, se

ela teria a mesma conotação trazida pelos doutos que advogam por uma teoria geral em uma outra região ou país. Deixando de lado esse exemplo estritamente penal e levando a lógica para a teoria do Direito, Karl Larenz (1997, p.265-267) lembra, conforme veremos adiante, da dificuldade de se estabelecer uma definição neste caso, independente dos incessantes esforços dos mais renomados doutrinadores como Arthur Kaufmann e Werner Maihofer.

2.2 A Influência Geopolítica e a Teoria do Direito

Em seu aspecto político, devemos compreender as questões organizacionais e fundamentais de um estado, para entender como, de fato, aplicaremos adequadamente o direito. A própria classificação de países em blocos ou regiões é problemática, pois são conceitos vagos que podem sofrer variações durante o tempo, ou mudanças conforme os interesses políticos em jogo. Comumente, por exemplo, divide-se o mundo em ocidental e oriental, mas qual a segurança de tal classificação? Após a queda do muro de Berlim, a contrário das teorias de Fim da História de Francis Fukuyama (1993) e do Choque de Civilizações de Samuel Huntington (2010), as relações entre os estados não se tornaram uniformes, sob a tutela da potência vencedora, os EUA. Houve, de fato, alianças militares e econômicas, como a UE, o MERCOSUL e a OTAN, entre países que partilhavam interesses comuns, mas não a escolha e defesa de um único interesse tutelado pelos EUA.

Diante desse jogo político, atualmente, fica difícil caracterizar em qual categoria de países um estado se encontra, uma vez que as culturas são tão diferentes e os interesses tão voláteis. Voltando ao exemplo da divisão ocidente-orientes, é necessário se fazer algumas considerações. Primeiramente, como definir se um país é oriental ou ocidental? Se for utilizado o critério geográfico, essa definição torna-se mais segura? Não necessariamente, pois qual seria o meridiano específico que dividiria o ocidente do orientes? Se for considerado o de Greenwich, como estabelecido pelos Ingleses, 90% da Europa estaria no hemisfério oriental do planeta. Como a Terra tem a forma elíptica, qualquer dos meridianos poderia ser o responsável por estabelecer essa divisão. Sendo assim, o critério geográfico seria seguro até

certo ponto, pois dependeria do meridiano a ser escolhido. No geral, ainda teríamos um conceito relativo, pois dependeria da mencionada eleição.

Se for utilizado o critério político, a situação é ainda mais nebulosa. A Rússia, por exemplo, tem parte de seu território situado na Europa, mas é tradicionalmente considerada “oriente”, já que esse país possui parte de seu território no continente europeu e parte no asiático. Por conta de seu passado imperial, é um estado multiétnico sendo que, apesar de ter um centro de poder mais alinhado com os valores europeus, não possui um padrão cultural dominante, além de exercer importante influência sobre países integrantes da União Europeia como a Ucrânia, por exemplo (MUGGAH).

O mesmo vale para diversos países do extremo oriente. Apesar de sua localização geográfica, as opções políticas colocam países como Coreia do Sul e Japão mais próximos do Ocidente, em ambos os casos dos Estados Unidos da América, do que, por exemplo, de sua vizinha, a China.

O critério religioso tampouco é eficaz. Para alguns, o oriente começa onde começam os estados islâmicos, mas o islã está presente nos países ocidentais, além de existirem estados islâmicos alinhados aos EUA como a Arábia Saudita e os Emirados Árabes Unidos, por exemplo.

O Direito não pode ficar alheio às questões práticas que lhes são impostas no dia a dia, na sua *práxis*. O estudo multidisciplinar do direito é essencial não só para compreender os fenômenos que são por ele abordados, como para encontrar soluções práticas. Questões políticas, culturais e religiosas devem ser observadas em paralelo às consideradas estritamente jurídicas, como a Teoria do Direito. Sendo assim, a aplicação do Direito, bem como as soluções encontradas pelos juízes e seus demais operadores fazem parte da metodologia do direito, ou melhor, da “Metódica Jurídica” de Friedrich Müller

No entanto, minha “Metódica Jurídica” não é apenas prática, mas uma *Teoria da Práxis*. Esta é a segunda compreensão de “método”, mais exigente, mais ampla: *o conjunto do percurso das normas jurídicas* através de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política [...] Deste modo, a interdisciplinaridade aparece como um elemento que se mostra incontornável na concretização do direito (2005, p.9-10).

No entanto, não são apenas as questões externas ao direito que devem ter uma visão abrangente, mas também conceitos e técnicas inerentes à ciência também devem seguir

esse modelo. Questões intrínsecas à Teoria do Direito como validade, ser e dever ser, subsunção e concretização devem ser abordadas. À linguística também deve ser dada a devida atenção, pois o direito “opera inteiramente dentro do meio da ‘linguagem natural’ [...], ou seja, dentro da respectiva língua do país ou, no direito internacional, dentro das línguas fixadas pelos acordos internacionais (MÜLLER, 2005, p.10)”.

Dessa forma, a própria maneira de se externar o direito, qual seja, a linguagem, varia muito numa escala global, dificultando, ainda mais, a formulação de uma Teoria Geral efetivamente aplicável igualmente a todos os Ordenamentos Jurídicos e a todos acordos internacionais existentes.

A norma, por sua vez, não deve ser considerada apenas em abstrato, nem entendida como meramente uma proposição prescritiva (BOBBIO, 2008, p.72), pois é, justamente, “o instrumento prático do Direito” (NADER, 2005, p.44). Ela é fruto da interpretação dos juristas, bem como da aplicação do texto legal ao caso concreto. Seu conceito, portanto, é muito mais amplo, e complexo, do que o de texto legal. Diante desse cenário, a importância do “dever ser” exaltado pelos positivistas demonstra-se como uma visão limitada do direito. De acordo com a Teoria Estruturante do Direito, a dicotomia “ser” *versus* “dever ser” se torna superada. Para que ocorra uma interpretação e aplicação eficaz, é preciso que os elementos políticos e sociais mencionados acima sejam observados quando da aplicação do texto legal, pois somente após sua adequação à realidade sociocultural em todos seus aspectos, é que a norma jurídica poderá ser considerada como tal, e o direito, por sua vez, poderá ser efetivado.

Pode-se afirmar que o próprio direito internacional seria a expressão máxima da existência de uma teoria geral, mas se deve ter em mente que suas principais fontes, os princípios e os tratados, são decorrentes da expressão de vontade dos estados participantes da comunidade internacional ou dos seus acordos internacionais (CRETILLA NETO, 2013, p.58).

O mundo é demasiadamente complexo para que se possa definir um *core* principiológico, metodológico ou institucional universal. Mais complexo ainda é se pensar em uma teoria geral que fundamentasse os ordenamentos jurídicos de todos os países do globo, levando-se em consideração a existência de todas as divergências culturais e políticas

existentes. Ora, se o direito é fruto dessas experiências deverá, portanto, ser, ainda em seus princípios mais gerais, setorizado e adequado aos interesses de um determinado estado ou região.

3 A Aplicação dos Fundamentos de uma Teoria Geral do Direito aos Direitos Fundamentais de um Ordenamento Jurídico Interno

Dentro da lógica de globalização geopolítica e dos efeitos que também influenciaram a estrutura jurídica a partir do século XIX pelos motivos apresentados, observa-se que um ordenamento jurídico não pode mais ser considerado estático e hermético.

Ao considerarmos a existência de uma Teoria Geral do Direito, estaríamos, necessariamente, reconhecendo que, mesmo reconhecendo a existência de particularidades culturais e jurídicas de cada povo, existiria um núcleo normativo que abarcaria os preceitos dessa teoria geral. Seja fundamentado em uma lógica jurídico-positiva, seja baseado em normas consideradas maiores, esse núcleo se mesclaria às soberanias nacionais, limitando, de certa forma, o Poder Legislativo local. Para manter a estrutura lógica do sistema jurídico interno, o legislador local deveria preservar esse núcleo, estabelecendo, por fazer parte da sociedade internacional, garantias mínimas para a previsão e aplicação dos direitos fundamentais, sejam eles os direitos *prima facie*, individuais, sejam os coletivos.

Para tanto, devemos estabelecer os contornos de norma de direito fundamental para saber quais os tipos de prescrição que deverão ser preservadas em qualquer sistema jurídico. Entendemos que “são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p.76), ou seja, não é qualquer norma prevista na constituição ou no sistema internacional, mas um tipo específico que visa garantir dos direitos básicos do homem e da sociedade na qual ele está inserido. Percebemos, dessa forma, uma dialética entre a constituição formal de um estado e as normas de direitos fundamentais que ela prega e que devem, necessariamente, serem preservadas por fazerem parte do núcleo de proteção internacional.

3.1 Os Direitos Fundamentais Internacionais e a sua Relação com os Ordenamentos Jurídicos Internos

Apesar de ser considerada como produto da soberania de um povo, uma constituição deve garantir a proteção aos direitos fundamentais, bem como balizar, através do sistema de molduras (ALEXY, 2014, p.584), a produção legislativa ordinária. De acordo com essa teoria, uma lei ordinária não seria, em sua produção, restringida apenas pela constituição formal, mas pelos preceitos de direitos fundamentais contidos na própria constituição e fora dela.

Da mesma forma, os tribunais ao aplicarem a norma, efetivamente, garantiriam a manutenção de tais direitos ou, segundo Karl Larenz (1997), garantiria a sua própria existência.

Ainda que seja levada em conta a teoria dualista do direito internacional, qual seja, aquela em que consideramos a existência de dois sistemas jurídicos distintos (o interno e o externo), esses dois dialogam frequentemente. Se considerarmos a existência de uma teoria geral, esse diálogo será ainda mais intenso, uma vez que haverá um núcleo duro de regras, princípios, procedimentos e lógica jurídica que deverão, necessariamente, estar presente num ordenamento interno, tenha sido ele derivado do poder constituinte originário interno, tenha sido ele importado de um consenso adotado pela lógica jurídico-normativa internacional.

Entendemos que os direitos fundamentais internacionais que fazem parte dessa Teoria Geral do Direito, estariam num patamar hierarquicamente superior às normas de direito interno. Esse pensamento está de acordo com o apreço de Hans Kelsen, para quem

A relação entre o Direito Internacional e o nacional é considerada pela doutrina tradicional sob o aspecto da relação entre Direito internacional e Estado. Já vimos que o estado comporta uma relação intrínseca com o Direito internacional: todos os elementos do estado são determinados pelo Direito internacional [...] o Direito internacional pressupõe as ordens jurídicas nacionais exatamente como estas pressupõem o Direito internacional (2000, p.260).

Se Kelsen fala que um Estado de Direito realiza um constante intercâmbio entre suas normas e as normas internacionais e, sendo que o Estado é estruturado segundo suas normas fundamentais, está clara a influência do direito internacional sobre um ordenamento jurídico interno.

Seguindo essa lógica, o autor afirma que a estrutura lógico-normativa de um estado é obtida de um retrocesso através dessas normas até chegar em sua norma fundamental. Mas, para realizar esse exercício, não podemos pôr como limite as normas constitucionais. Uma vez que as normas internacionais influenciam diretamente na criação e organização de um estado, podemos notar que essa norma fundamental se encontra superior à própria constituição nacional, ou seja, o sistema jurídico internacional baseia a constituição e organização do próprio Estado.

Dessa maneira, tal ordenamento, ainda no que tange às normas constitucionais, devem estar em sintonia com um mínimo de garantias estabelecido para a proteção *prima facie* do indivíduo e da coletividade diante da atividade estatal, assim como, regulando sua ação positiva e negativa dentro desta sociedade.

[...] os direitos fundamentais supra-estatais são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Por estarem constadas em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade (SARMENTO, 2011, p.14).

É nesse ponto que encontramos uma ligação entre um ordenamento específico, que abarcaria essas normas essenciais, com a parte da teoria geral responsável pela garantia dos direitos fundamentais de um indivíduo e dessa mesma sociedade. Percebemos que tal teoria abarcaria um mínimo de organização estrutural e procedimental das normas internas, de conteúdo formal; como, também, um *core* de regras e princípios que garantiriam a aplicação desses direitos fundamentais ao indivíduo e a sociedade, de conteúdo material.

3.2 O Método do Retrocesso Hierárquico-Temporal

Consideramos como direitos fundamentais aqueles que garantem, minimamente, os direitos e liberdades individuais e coletivos, devendo haver maior restrição aos poderes de um estado no exercício de sua competência quando deseje suprimi-los ou reduzi-los.

Como exercício dessa lógica jurídica, podemos usar um exemplo específico. Para facilitar esse exercício de regressão não será questionada a aplicação, nem a sua interpretação deontológica, realizaremos, apenas, a sua regressão linear, puramente temporal e hierárquica

para, desta maneira, visualizar de que forma ocorreria essa regressão. Convencionamos chamar tal método de retrocesso hierárquico-temporal.

Utilizemos o caso do pacto celebrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de San José de 1969. O texto desse tratado foi ratificado pelo Brasil em 1992 através do Decreto Legislativo nº 27, tendo o Decreto nº 678/92, emitido pelo Poder Executivo, promulgado o mencionado acordo. Percebemos, então, a presença de atos administrativos que preveem a aplicação de norma internacional no âmbito doméstico, mas para isso ocorrer, essas normas precisam buscar sua validade em algum instrumento hierarquicamente superior para se sustentar. Neste caso em específico, essa força é buscada diretamente da Constituição Federal do Brasil- CF.

Suscintamente, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal – STF, através do *leading case* RHC79.785/RJ, vem adotando a teoria de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, tendo sido ratificados pelo estado brasileiro, teriam força de norma supralegal, ou seja, estariam posicionadas entre as normas constitucionais e entre as leis ordinárias. Observamos aqui que a própria constituição conferiu força a essas normas, pois sua interpretação foi fruto de competência formal conferida a um órgão judiciário, no caso o STF, pela própria constituição para interpretá-la.

Mas não paramos por aqui. Se existe uma constituição, ela deve ter retirado sua força de algum lugar. Consideremos que foi da soberania local, como uma consequência do princípio da autodeterminação dos povos. Com base nesse princípio, e posteriormente à organização do estado brasileiro, o plenipotenciário pôde assinar o tratado por considerar suas condições favoráveis ao interesse nacional.

Vamos além. De onde surgiu as “ideias” contidas no Pacto que foram propostas pelos estados signatários? Certamente de outros tratados multilaterais de abrangência global, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1968, assinada no seio da ONU, ou de princípios universais que garantem a proteção efetiva dos direitos básicos do homem.

Ruth Andreas-Friedrich ao presenciar o tratamento desumano conferido aos exilados alemães que então retornavam a sua pátria no pós-segunda guerra mundial questionou se

Todo ser humano que morre inocentemente merece a piedade dos outros seres humanos. Aqueles que sabem do martírio deles e não movem uma palha para evitá-los são culpados. Hoje, os mártires alemães são uma evidente acusação contra seus atormentadores. Ontem foram os judeus. Amanhã poderão ser os negros ou os árabes. Será que determinados tipos de indivíduos nos preocupam mais do que outros? Nosso senso de justiça não deveria ser o mesmo quando um ser humano estivesse ferido, uma pessoa inocente, perseguida, ou um ser indefeso, abandonado, quer nesta parte do mundo, quer em qualquer outra? (ANDREAS-FRIEDRICH, 2012, p.3445).

Percebemos que os questionamentos levantados ocorrem num momento em que a sociedade berlinense, momentaneamente, viveu sem um sistema legal digno de confiança, pois quando foi escrito, em 2 de janeiro de 1947, as forças de ocupação da Alemanha (URSS, Inglaterra, EUA e França) ainda não haviam delimitado suas áreas de influência, nem qual o tipo de “democracia” os alemães teriam naquele momento. Essa incerteza acabou causando a bipolarização de Berlim e, posteriormente, do poder mundial. Os cidadãos da época passavam por um processo de renovação institucional causado pela guerra e pela queda do regime nazista.

Na ausência de um ordenamento jurídico sistematizado, deve-se buscar uma norma hierarquicamente superior a um sistema local. E é, justamente, o que a autora faz. Apesar de ainda não existir na época a Declaração Universal do Direito dos Homens, já havia surgido na sociedade internacional o princípio, portanto norma internacional, de que a vida humana e sua dignidade deveriam ser protegidas.

Esse exercício, apesar de abstrato não pode, porém, ser indefinido. Em algum momento a “norma fundamental” (KELSEN, 2000, p.181) que possibilita toda essa estrutura será encontrada, mas não daremos continuidade a esse processo aqui, por se tratar de esforço deôntico de um caso particular, fugindo, portanto, da proposta original desse trabalho que é demonstrar abstratamente a possibilidade de existência de uma teoria geral do direito e, sendo o caso, como as normas de direitos fundamentais poderiam ser garantidas.

Diante dessa perspectiva, entendemos que o direito comparado é a ferramenta mais adequada para investigar a existência de uma teoria geral do direito, bem como de seus

institutos, assim como quais pontos devem ser destacados por serem considerados direitos fundamentais.

4 Direito Comparado

Se dentro de uma perspectiva internacionalista, formos estudar legislações específicas em comparação umas com a outras, estaremos diante do Direito Comparado. Por uma questão lógica, para fazer um estudo nessa área, o método comparativo é o mais adequado. Para que fique clara a importância do direito comparado para o direito internacional, mostra-se relevante fazer um breve estudo sobre esse ramo do direito, bem como sobre suas principais ferramentas metodológicas.

Podemos dividir o Direito Comparado em direito comparado descritivo e direito comparado aplicado, sendo o primeiro dedicado ao estudo em abstrato das normas e institutos jurídicos, portanto com maior caráter científico, e o segundo, por sua vez volta-se a solução de um problema específico, tem um caráter mais prático.

Outra classificação comumente apresentada é a divisão entre direito comparado interno e direito comparado externo. Este dedica-se ao estudo comparativo entre normas, institutos e ordenamentos jurídicos de países distintos, ao passo que aquele se dedica à análise comparativa entre a legislação interna de um país organizado na forma federativa ou confederativa (SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p.18-19).

Já em relação ao seu aspecto metodológico, podemos elencar quatro categorias de métodos, quais sejam, o método descritivo, o método técnico, o método estrutural e o método funcional (ANCEL, 1980, p.120).

Para Marc Ancel, as três primeiras categorias apresentam uma profundidade maior em relação à anterior, levando-se em conta a análise do objeto proposto.

O método descritivo busca verificar nos diversos ordenamentos jurídicos a serem comparados se existe a norma a ser estudada. É o primeiro passo, o caráter mais elementar da análise. O método comparativo faria uma análise intermediária, ou seja, estuda os institutos

jurídicos do objeto, as regras e princípios jurídicos envolvidos. Dentro do sistema escalonado proposto por Ancel, o método comparativo é o último.

O método estrutural, sendo mais genérico, passa ao estudo dos próprio sistema jurídicos. Tanto entre ordenamentos jurídicos nacionais distintos, quanto entre famílias distintas do direito, a exemplo do *Common Law e Civil Law* (SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p.190-191).

Apesar de fazer parte da classificação proposta, o método funcional foge à gradação especificidade-generalidade. A análise dos métodos anteriores é considerada estática, ao passo que a desta é dinâmica. O grande objetivo aqui não é a análise fria da lei ou dos institutos que regem um ordenamento jurídico, mas uma situação social que exige a atenção do Direito Comparado. Por conta da maleabilidade apresentada pelos fatos sociais, o seu estudo deve ser ativo, acompanhar as mudanças sociais, por isso não pode ser estático (ANCEL, 1980, p.121).

Através da utilização de um dos métodos apresentados, ou de todos eles, é possível fazer uma análise comparada segura entre diversas leis, institutos, sistemas jurídicos ou fatos sociais de caráter internacional ou interestatal.

Conclusão

Teorizar sobre algo é tentar encontrar o sentido de sua existência, bem como sua função. A teoria geral de uma ciência seria, portanto, não apenas o estudo de seu objeto e suas características gerais, mas a busca pelo motivo de seu estudo. Percebemos que um estudo desse tipo deve passar pela compreensão humana. Sendo assim, temos que a forma com a qual o ser humano tem que apreender determinado conteúdo é através da linguagem. Ainda que houvesse a tentativa de informatizar esse processo, teríamos um tipo específico de linguagem, a informática. Esse tipo de linguagem, composta por códigos baseados no sistema matemático binário, necessita de uma conversão para a compreensão humana, seja através de uma “tradução” imediata, seja através de parâmetros pré-estabelecidos por um programador.

Sendo assim, é através da elaboração de conceitos que estabeleceremos o que é direito, pois ainda que buscássemos a natureza real de um objeto, teríamos que fazer uso da linguagem para atingir sua compreensão. É através de um conceito que conseguimos sintetizar os pontos principais de um fato jurídico de forma a lhe atribuir contornos próprios.

Tomando como base a ideia de que a teoria do direito é construída através de conceitos, coube analisar a questão de sua generalidade. A força desses conceitos seria tamanha que perpassaria os diversos ordenamentos jurídicos existentes?

Em nossa análise, não nos pareceu que os conceitos tenham aplicação idêntica em todos os estados por conta das diferenças culturais, geopolíticas e religiosas que lhes são particulares. Nos parece, aí sim, mais plausível conceber uma adaptabilidade desses conceitos em torno dessas questões mencionadas, para que, preservado o âmago conceitual, e feitas as devidas adaptações, ele possa ser corretamente aplicado. Essa importante ressalva parece ainda mais relevante quando tratamos dos direitos fundamentais. Esse tipo de norma faz parte desse núcleo essencial que deve ser preservado em qualquer ordenamento jurídico, devendo sofrer as devidas adaptações culturais quando necessário, mas sem perder a sua essência protetiva.

Podemos ilustrar essa hipótese com um conceito jurídico. É natural do ser humano, em suas atividades diárias, contratar. Devemos ter em mente que observamos uma espécie de negócio jurídico que traduz o acordo entre a vontade das partes envolvidas. Os requisitos de validade, eficácia, capacidade e licitude dos contratos variam no tempo e no espaço, mas o seu *core* conceitual, qual seja, o acordo entre a vontade dos contratantes deve ser preservado.

Sendo assim, entendemos plausível a existência de uma teoria geral do direito, desde que ela seja entendida como um estudo conceitual universal sobre o objeto de estudo da ciência jurídica, buscando a definição de seus objetivos, bem como, como consequência, o estudo de sua evolução, além da garantia e preservação dos direitos fundamentais. Mas cabe salientar que, para tanto, os conceitos empregados em seu estudo devem sofrer as adaptações necessárias, seja em relação ao tempo, seja em relação ao espaço.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ANDREAS-FRIEDRICH, Ruth. **Diário de Berlim Ocupada: 1945-1948**. São Paulo: Globo, 2012. Edição Kindle, posição 3445 de 5901.

BALKING, Jack M. **Deconstructive Practice and Legal Theory**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291>. Acesso em: 11 abr. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10.ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 4.ed. Bauru: Edipro, 2008.

BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, Hernán; Paula; Rodrigo Sánchez. **Teoria do Direito e Análise Conceitual**. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUKUYAMA, Francis. **The End of the History and the Last Man**. London: Penguin, 1993.

_____. **The End of the History?** Disponível em: <<http://ps321.community.uaf.edu/files/2012/10/Fukuyama-End-of-history-article.pdf>>. Acesso em: 17 abr.2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HUNTINGTON, Samuel. **O Choque de Civilizações**. São Paulo: Ponto de Leitura, 2010.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica**: uma introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000016.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

LAGO, Pedro Corrêa do. **O Século XIX nos Documentos Latino-Americanos**. São Paulo: Capivara, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Por que Teorizar sobre a Teoria do Direito?** In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Disponível em: http://www.amazon.com.br/Manifesto-Comunista-Friedrich-Engels-ebook/dp/B00AGAOKQE/ref=sr_1_1?ie=UTF8&qid=1398114898&sr=8-1&keywords=manifesto+comunista. Acesso em: 21 abr. 2014. Publicado em: 30 nov. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MUGGAH, Robert. **Repensar o Ocidente**. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=3059&tipo=acervo>. Acesso em: 18 abr. 2014.

MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XXVI, n. 51, p. 9-30, dez. 2005.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NIETSCHE, Friedrich. **O Nascimento da Tragédia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. **A ONU e o Tráfico de Pessoas**. Orlando: USPIT, 2013.

PEREIRA, Matheus Bevilacqua Campelo. **O Positivismo Conceitual de Hans Kelsen e o Neojusnaturalismo Finissiano**: um debate em torno da justiça [dissertação de mestrado]. Rio de Janeiro. Faculdade de Direito da PUC-RIO; 2010. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17122@1. Acesso em: 20 jun. 2014.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Validade da Norma Jurídica**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *A Validade e a Eficácia das Normas Jurídicas*. Barueri: Manole, 2005.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. **Pode Haver uma Teoria do Direito?** In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma Discussão sobre a Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RICOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**: ensayos de hermenéutica II. 2.ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SANTO AGOSTINHO. **City of God**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cc000062.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf> >. Acesso em: 03 out. 2014.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado**: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SIGMUND, Freud. **O Mal-Estar na Civilização**. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 2011.

Data de Submissão: 06/10/2014

Data de Aprovação: 09/03/2015.

O ESTADO LIBERAL CLÁSSICO E O SURGIMENTO DO *ÉTAT LEGAL* NA FRANÇA: AS GARANTIAS INDIVIDUAIS E A O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO

LIBERAL STATE CLASSIC AND THE EMERGENCE OF LEGAL ÉTAT IN FRANCE: THE WARRANTIES INDIVIDUAL AND JUDGE'S ROLE IN THE PROCESS

Cássio Schneider Bemvenuti¹

Resumo: A formação do Estado Liberal Clássico é caracterizada pela resposta da sociedade civil ao Poder Absolutista, que dominava grande parte dos países Europeus até meados do século XVII e XVIII. A partir de então, o modelo liberal pregado por uma burguesia emergente e revolucionária, foi adotado por vários países e consagrado posteriormente em diversas ordens constitucionais do Ocidente. Nesse cenário, cada Estado vivenciou essas fases de maneira diferente, variando conforme o desenvolvimento econômico de cada país e suas particularidades culturais. A Revolução francesa de 1789 e o conseqüente surgimento do que se reconhece como *état legal* francês é um exemplo desta transformação estatal e social vivida após longos séculos de reinado absolutista e feudal. Observa-se que muitas das garantias individuais consagradas neste período ainda se fazem presentes hodiernamente, ainda que tratemos hoje de um Estado Constitucional como o brasileiro, promulgado pela Constituição de 1988. Os Direitos Fundamentais do cidadão calcados na ideologia liberal responsável pela sua positivação, ainda reluzem em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente na Europa e parte do Ocidente. O papel do Juiz nesse contexto deve ser ressaltado. A função de reproduzidor da letra da Lei e a aplicação das garantias individuais no Processo evidenciavam a própria participação do cidadão na limitação do poder estatal. É observando esta evolução do conceito de Estado e as garantias individuais do processo, que buscassem analisar o surgimento do *état legal* francês e a consagração de garantias processuais demarcadas até os dias de hoje.

Palavras-Chave: 1. processo 2. estado de direito 3. *état legal* 4. garantias individuais 5. direitos fundamentais

Abstract: The formation of the Liberal State Classic is characterized by the civil society response to the Absolutist Power, which dominated most European countries until the middle of the seventeenth and eighteenth centuries. Since then, the liberal model, preached by an emerging bourgeoisie and revolutionary, was adopted by several countries and later enshrined in various constitutional orders of the West. In this scenario, each state has experienced these stages differently, varying according to the economic development of each country and their cultural peculiarities. The Revolution of 1789 and the consequent emergence of what is recognized as French *état legal* is an example of state and social transformation experienced after long centuries of feudal and absolutist rule. It is observed that many of the individual guarantees enshrined in this period also are present in our times, even today treat a constitutional state such as Brazil, enacted by the 1988 Constitution. Fundamental rights of citizens rooted in liberal ideology responsible for its positive law, still glisten in several jurisdictions, mainly in Europe and part of the West. The role of the judge in this context it should be emphasized. The reproductive function of the letter of the law and application of the earmarking process evidenced in the very limited citizen participation in state power. By observing the evolution of the concept of State and the earmarking process, which sought to analyze the emergence of the French *état legal* and the consecration of procedural safeguards demarcated until today.

Keywords: 1. Process 2. Rule of Law 3. Legal *état* 4. individual guarantees 5. fundamental rights.

¹ Advogado. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela ABDPC. Mestre em Direito pela UNISINOS. Vale do Rio dos Sinos/RS – Brasil. Email: cassiobemvenuti@gmail.com.

Sumário: introdução; **I** - Os ideais liberais e o surgimento do Estado de Direito no Ocidente; **II** – A Revolução Francesa de 1789 e a luta social pela limitação do Poder; **III** – A positivação de garantias individuais e a criação do *état legal*; **IV** – As garantias do processo no *état legal* e os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão; **V** – O papel Declaratório do Juiz no *état legal*: a lei como garantia formal da democracia; Conclusão; Referências.

Introdução

A formação do que se reconhece como Estado Liberal Clássico é resultado de revoluções ocorridas ao longo do séculos XVII e XVIII. A Revolução Francesa de 1789 e a Constituição dos Estados Unidos da América de 1791 limitaram a atuação estatal e estabeleceram um regime democrático, controlando assim o absolutismo monárquico através da Lei. Dai a consagração de direitos fundamentais como liberdade, igualdade e legalidade.

O monopólio da jurisdição deixava de se concentrar na figura do Rei e era substituída pelo Estado, ente abstrato formado e regulado pela Lei, que, por sua vez, revelaria a vontade geral do povo. O cidadão, cansado das atrocidades cometidas pelos governantes absolutistas e do autoritarismo característico do período feudal, buscou na ideia de contrato social desenvolvida por Thomas Hobbes e no conceito de tripartição de poderes de Montesquieu a criação de um Estado limitado e regulado pela Lei.

É nesse paradigma que se desenvolvem uma série de revoluções sociais no ocidente buscando limitar a atuação do Estado em relação às garantias individuais do cidadão. São muitas as abordagens históricas que reconhecem estes movimentos sociais como formadores do que se conhece como Estado de Direito, aonde o positivismo exegético e a consagração da Lei como limitador do Poder monarca seriam as garantias da sociedade civil.

Como se pode observar desde então, a Evolução do Estado Liberal até a promulgação do que se reconhece hodiernamente como Estado Democrático de Direito traz consigo a mutação de diversos conceitos, entre eles o próprio conceito de Democracia. O ideário liberal traz a necessidade de uma democracia que garantisse direitos fundamentais de cunho individual ao cidadão em face do Poder Estatal. Esta noção de democracia sofre diversas modificações até os dias atuais. Estas transformações aparecem claramente quando se observa a transição dos modelos de Estado ao longo dos séculos.

Contudo, cumpre mencionar inicialmente que estas Revoluções de ideologia liberal alteraram muito pouco o dia a dia da classe trabalhadora. A segunda revolução industrial ocorrida na Inglaterra no século XIX demonstra uma busca por direitos de cunho social, entendidos pela doutrina jurídica como direitos de segunda geração. No mesmo período, a revolução mexicana e a soviética geram constituições que possuem em seu bojo a positivação de uma série de direitos sociais. Daí o surgimento do chamado Estado Social, onde o positivismo exegético característico do Estado de Direito passava a ser substituído pelo Estado Constitucional.

No Estado Social, a preocupação era formular leis que efetivassem direitos sociais e garantissem aqueles direitos de cunho liberal consagrados no Estado Liberal Clássico. De nada adianta ao cidadão possuir o direito subjetivo à liberdade se o Estado não proporcionar uma série de eventos que realizam este direito. O Estado social, portanto, não se preocupa apenas em positivizar direitos fundamentais que limitem o poder do Estado. Tem a preocupação também de efetivar estes direitos.

Uma das características da formação do Estado Social é justamente a reação à visão individualista mencionada anteriormente, ou seja, uma nova percepção do papel do Estado, que seria mais intervencionista. No Estado Social o rol de direitos fundamentais se ampliou, exigindo que as liberdades e igualdades formais apregoadas pelo Estado Liberal tivessem o amparo do Estado para ocorrer.

A partir do Estado Social, o Estado se insere nessa relação estabelecendo uma igualdade material, quando o empregado passa a ter direitos amparados pelo próprio poder estatal como direito a férias, por exemplo. O surgimento do Estado Liberal Clássico e do Estado Social possui outras características. É importante tratar e conceituar cada momento histórico para compreender o surgimento do Estado Democrático de Direito no século XX. Deve-se atentar para outras características fundamentais do Estado Democrático de Direito advindo das Constituições Ocidentais do início do século XX, principalmente no período pós-guerra.

Obviamente que o Processo não passaria imune a estas modificações sociais e estatais. Os anseios sociais não atingem somente a positivação de direitos mas também a tutela efetiva dos mesmos. Daí a importância de se observar como o Processo civil foi se moldando as necessidades sociais e a própria jurisdição exercida pelo Estado.

I Os ideais liberais e o surgimento do estado de direito no ocidente

Deve-se atentar para outras circunstâncias históricas. A limitação do poder estatal já havia sido reconhecida na Magna Carta da Inglaterra de 1215. A obra de John Locke (1973) e a Revolução Gloriosa de 1688 também são eventos anteriores à mencionada Revolução Francesa e já tinham em seu núcleo a ideia de um contrato entre o povo e seus governantes. Contudo, é nesta revolução ocorrida na França e na Constituição Estadunidense promulgada em 1791 que se dá a ideia de Estado de Direito de características liberais: O Estado Liberal Clássico.

Nesse sentido, a concepção dos direitos fundamentais se baseava na filosofia política liberal que imperou durante o século XVIII e início do século XIX. A sociedade civil buscava conter a ingerência estatal através da consagração de direitos que visavam garantir a propriedade, a legalidade e a igualdade dos cidadãos. É justamente aí que nasce a elaboração de uma Constituição Escrita que limitasse o Poder do Estado. Os ideais liberais se estendiam pelo Continente Europeu buscando conter o poder absoluto da monarquia que se estendia desde tempos feudais. Nesse sentido, Lênio Luiz STRECK (2011, p. 77):

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do Rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro desses caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contra majoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional percorrendo diversas etapas, até o advento do Estado Democrático de Direito.

Importante destacar o papel da resposta civilizatória ao Poder Absolutista. Os direitos fundamentais firmados pela ideologia liberal inauguram a tentativa da civilização ocidental de enfrentar os abusos de Poder resultantes do período Absolutista. Os direitos individuais visavam justamente demarcar a esfera de atuação do Estado e os direitos fundamentais do indivíduo. Ainda nesse sentido, André Leonardo COPETTI SANTOS (2009, p. 90):

O constitucionalismo aconteceu como uma resposta civilizatória a manifestações de abuso de poder. E o que hoje encontramos positivados nas Constituições contemporâneas (sistemas positivos de direitos fundamentais, regras de organização e limitação do poder, mecanismos de garantia processual, etc.) são técnicas de

controle e organização do exercício do poder e mecanismos de garantias dos indivíduos frente a possíveis abusos de poder por parte de agente políticos.

É nesse paradigma descrito que surge o que se convencionou chamar de Estado Liberal Clássico ou Estado de Direito Liberal. O surgimento do que se entende atualmente como Estado Democrático de Direito revela alguns conceitos empregados na sua criação, em especial, Estado de direito, Estado social e a Democracia.

Deve ser enfatizado, porém, que o Estado Democrático de Direito não se funda da soma destes três modelos. Pelo contrário, enseja uma proposta inovadora e original, como se terá oportunidade de abordar, após explicar cada um dos seus elementos. A Democracia contemporânea demonstra características já diversas da imaginada pelos ideais liberais do século XVIII. Nesse sentido, Amartya SEM (2011, p. 358):

Há, naturalmente, a visão mais antiga e mais formal de democracia que a caracteriza principalmente com relação às eleições e a votação secreta, em vez da perspectiva mais ampla do governo por meio de debate. Contudo, na filosofia política contemporânea, a compreensão de democracia ampliou-se enormemente, de modo que já não seja vista apenas com relação às demandas por exercício universal do voto secreto, mas de maneira muito mais aberta, com relação aquilo que John Rawls chama de “exercício da razão pública.

40

Conforme já referido, a luta pelo Estado de Direito se expandiu pelo ocidente através do advento do Estado liberal Clássico em países como Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha. Na Inglaterra, esse Estado de ideologia liberal já era imaginado em meados do século XVII e XVIII e fora denominado de *rule of law* (2003, p. 93-94), trazendo o reconhecimento da supremacia da Lei insculpido na Magna Carta.

No caso estadunidense, consolidou-se a supremacia da Constituição ea garantia dos direitos fundamentais de cunho liberal, através da Constituição de 1791. Na França, a Revolução Francesa de 1789 consagrou o *état legal*, segundo o qual se sublinha a supremacia da lei fundamentada na vontade popular que se exprime pelo parlamento.

Por fim, na Alemanha o *Rechtstaat* do século XVIII previa um Estado mínimo, nos moldes de um Estado liberal de direito. Nele, há uma separação entre Estado e sociedade, já que a intervenção do Estado representava um tendencial perigo à liberdade e à propriedade. Os Direitos Fundamentais firmados pelas Revoluções Liberais do século XVIII visavam garantir direitos individuais que limitassem o autoritarismo estatal, característico do período absolutista e feudal.

Se observarmos a interferência da ideologia liberal no Processo Civil veremos que o paradigma racionalista descrito incide diretamente nas garantias processuais da época. O tempo do processo no Estado Liberal respeita essas características. Um processo que garantisse as liberdades individuais, sem, no entanto, entender a celeridade processual como um valor fundamental.

II A revolução francesa de 1789 e a luta social pela limitação do poder

Antes da Revolução Francesa de 1789, o Estado Francês era Absolutista, ou seja, governado por uma Monarquia que governava o país. Economicamente predominavam as práticas mercantilistas que sofriam com as constantes intervenções do Estado. No plano social predominavam as relações de servidão, já que a maioria da população francesa era camponesa. Os camponeses estavam sujeitados ao poder econômico dos senhores feudais e viviam em condições mínimas. Muitos acabaram ocupando centros urbanos, já que eram compostos de um amplo grupo de desempregados e miseráveis excluídos por uma economia que não se alinhava às necessidades do nascente capitalismo industrial.

41

As péssimas colheitas do final do século XVIII contribuíram para que a crise econômica e a desordem social se instalassem de vez na França. Assim, a década de 1780 veio carregada de contradições, anseios e problemas de uma nação que não dava mais crédito a suas autoridades.

Nas áreas urbanas a situação não era muito diferente de quem vivia nas áreas rurais. A população urbana, composta em sua maioria por assalariados de baixa renda, desempregados e pequenos burgueses, que pagavam pesadíssimos impostos e tinham um custo de vida cada vez mais elevado.

Já durante o ano de 1788 uma grande seca diminuiu a produção agrícola, fazendo os preços dos alimentos dispararem, ampliando a miséria nas cidades e levando a fome também para a zona rural. Diversos movimentos sociais passaram a exigir providências, mas o tesouro real estava desfalcado pelo déficit iniciado no governo de Luís XIV, ampliado pelos gastos com o apoio francês a independência dos Estados Unidos da América, estimados em 2 bilhões de libras, fornecido como forma de abalar o poder inglês (1999, p. 118).

Nesse paradigma, seguindo o estímulo fornecido pelo iluminismo, criava-se na Europa o despotismo esclarecido, quando os príncipes passaram a utilizar filósofos liberais em favor do fortalecimento do absolutismo. A situação social era tão grave que o povo foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e retirar a Monarquia do Governo, comandada pelo rei Luis XVI. A Queda da Bastilha em 14/07/1789 marca o início do processo revolucionário, pois a prisão política era o símbolo da monarquia francesa.

A busca por positivizar as bases teóricas da revolução, fez aprovar, no dia 26 de agosto do mesmo ano (1789), a “*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*”. Este movimento foi uma forma de legitimar a burguesia no poder político do Estado sendo ela a classe dominante.

Um dos atos mais conhecidos da Assembleia foi o confisco dos bens do clero francês, que seriam usados para superar a crise financeira. Parte do clero reage e começa a se organizar e como resposta a Assembleia decreta a Constituição Civil do Clero. O Clero, portanto, passa a ser funcionário do Estado, e qualquer gesto de rebeldia levaria a prisão.

Na capital, os setores mais moderados da Assembleia conseguiram que o Rei permanecesse em seu posto. A partir daí uma grande agitação tem início, pois seria votada e aprovada a Constituição de 1791. Esta constituição estabelecia, na França, a Monarquia Parlamentar, ou seja, o Rei ficaria limitado pela atuação do poder legislativo (Parlamento). E era justamente esta limitação que a Revolução buscava.

III A Positivação de garantias individuais e a fundação do *état legal*

Como se observa, o Estado de Direito (*état legal*) institucionalizou-se após a Revolução Francesa de 1789, no fim do século XVIII, constituindo o primeiro regime jurídico-político da sociedade que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e do outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência).

O lema dos revolucionários era: “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*”, que resumia os reais desejos da burguesia: liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia visando à abolição das

discriminações e fraternidade dos camponeses com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela.

Outra característica do Estado Liberal é a defesa do *princípio da igualdade*, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa. Porém, é preciso observar quais os fatores que influenciaram a burguesia em ascensão a pregar a aplicação de tal princípio.

Ressalte-se que a igualdade aplicada é a formal, na qual se buscava a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Logo, sob tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social.

No tocante à Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal, o objetivo de Montesquieu ao idealizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, era preservar os privilégios da sua própria classe, a nobreza, ameaçada tanto pelo rei, que almejava recuperar sua influência nacional, quanto pela burguesia, que dominando o poder econômico, intentava o poder político. Elaborou, então, sua teoria que repartia o poder entre a burguesia, nobreza e realeza, afastando, deste modo, a possibilidade da burguesia em crescimento ser a sua única detentora.

Desta forma, o Estado de Direito, ao passar a impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante e garantir o direito público subjetivo dos cidadãos, reconhece, constitucionalmente, e de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a liberdade (apregoadá na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual foi mantida como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791).

Assim, o Estado Liberal cria os chamados "direitos de primeira geração", que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos. Como bem destaca Michelle TARUFFO (2009, p. 32):

Dar protección judicial a los derechos privados se convierte em una de las obligaciones fundamentales del Estado frente a los ciudadanos. Este cambio cultural comporta importantes consecuencias, relativas a la naturaliza de la protección judicial de los derechos. Por una parte, el procedimiento va no se entiende sólo como uma espécie de extensión auxiliar del derecho privado y se convierte em assunto de

derecho publico. Por la outra, proteger y aplicar los derechos de los ciudadanos se concibe como uma função social fundamental que tiene que ser desempenada por El Estado de maneira efectiva, econômica y equitativa.

É preciso ressaltar que tais direitos exigiam do Estado uma conduta negativa, isto é, uma omissão estatal em não invadir a esfera individual do indivíduo, que deixou de ser considerado mero súdito, elevando-se à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes estatais.

Ao lado dos direitos subjetivos materiais, criaram-se as garantias fundamentais, também chamadas de direitos subjetivos processuais (ou adjetivos ou formais ou instrumentais), visando, efetivamente, assegurar os direitos substantivos.

IV As garantias do processo no *état legal* e os direitos fundamentais de primeira dimensão

44

Portanto, a garantia constitucional do devido processo legal prescinde da história do homem pela busca de sua liberdade, ou seja, libertar-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante. Revela, sobretudo, a luta pela contenção do poder.

Após a criação do Estado, os séculos vieram demonstrar que perdeu ele sua liberdade, quase que total, porque o detentor do poder passou a utilizá-lo, de modo geral, em proveito próprio, ignorando o interesse do povo, chegando Luís XIV a dizer: "*L'État c' est moi*" (O Estado sou eu).

Após todo este período revolucionário do século XVIII, principalmente pelas ideologias políticas francesas, marcado pelo teor individualista (direitos de defesa, direitos do indivíduo frente ao Estado), externou-se os caracteres base de todo escopo essencial dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais chamados de primeira geração, são teorizados pelo seu cunho materialista, ao qual, foram atingindo estas características através de um processo cumulativo e qualitativo designando uma nova universalidade com escopos materiais e concretos.

Chama atenção a contribuição da Revolução Francesa na positivação de Direitos Fundamentais como Liberdade, Igualdade e Legalidade. O *état legal* consagrou a limitação do

Poder Estatal através da Lei. A Lei, por sua vez, revelaria a vontade geral. Assim, o Povo limitaria o Poder do Monarca. Ainda nesse sentido, André Leonardo COPETTI SANTOS :

O constitucionalismo aconteceu como uma resposta civilizatória a manifestações de abuso de poder. E o que hoje encontramos positivados nas Constituições contemporâneas (sistemas positivos de direitos fundamentais, regras de organização e limitação do poder, mecanismos de garantia processual, etc.) são técnicas de controle e organização do exercício do poder e mecanismos de garantias dos indivíduos frente a possíveis abusos de poder por parte de agente políticos.

A preocupação do *état legal* era garantir um processo aonde o Juiz fosse um simples reprodutor do texto da lei (“*Bouche de la Loi*”). Teóricos como Stuart Mill (1942), John Locke (1973), Montesquieu (1997), Rousseau (1997) e Thomas Hobbes (2209, p. 90) ganharam destaque em suas defesas pela propriedade, liberdade, igualdade formal e da contenção de poder. Reinava o individualismo e a defesa de um absentismo do Estado na esfera econômica. Nesse sentido José IGREJA MATOS (2010, p. 68) destaca justamente a interferência desta ideologia no ordenamento jurídico português da época:

Uma vez que o rei era tido como o mediador entre o Direito Divino e a sociedade política, funcionando o Estado como uma poderosa máquina de constrangimento, os teóricos do absolutismo impunham a natureza de mero aplicador da lei do príncipe aos juízes, definindo as Ordenações Afonsinas que as situações de erro nunca proviriam da Lei, mas sempre de seus executores, generalizando-se a proibição dirigida a quem decide o poder fazer segundo sua consciência.

Os Direitos Fundamentais foram relacionados às liberdades e ao bom governo do Estado em que os poderes estivessem bem limitados. Bastava, nesse paradigma, um Legislador que apenas obedecesse a Constituição, uma Administração que tão somente seguisse à lei e o Judiciário que fosse o mero árbitro dos conflitos privados ou a boca que pronunciava as palavras da lei.

V O papel declaratório do juiz no *état legal*: a lei e a garantia formal da democracia

O Processo Civil no *état legal*, portanto, tinha como fundamento a própria defesa do cidadão em face do Estado. Dai a noção de um Juiz que fosse mero reprodutor da letra fria da Lei. Essa limitação na atuação do Magistrado era a própria garantia da Democracia do Estado

Frances. É galgado nesse paradigma que se desenvolve um processo técnico, que aplicasse as Leis sem nenhum tipo de “contaminação” política.

Segundo um dos expoentes da época, Montesquieu, a liberdade política é justamente “a tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer o outro”. Ainda sobre o tema MARINONI, ao citar Tarello, afirma (2004, p. 36):

Essa idéia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, espelha uma ideologia que liga liberdade política à certeza do direito. A segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei. Ou melhor, acreditava-se que, não havendo diferença entre o julgamento e a lei, estaria assegurada a liberdade política.

Quanto à liberdade filosófica, Montesquieu ainda diz: “*A liberdade filosófica consiste no exercício de sua vontade, ou pelo menos se devemos falar em todos os sistemas na opinião que se tem de que se exerce sua vontade.*”. Neste sentido o Estado somente poderia intervir na vontade do cidadão se assim a lei determinasse, ou seja, a liberdade estaria presente justamente na possibilidade de o cidadão poder fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Nesse sentido, Luigi FERRAJOLI (2011, p. 22) ensina:

Justamente em razão desses caracteres, os direitos fundamentais vem de fato a se configurar, diversamente de outros direitos, como outros tantos vínculos substanciais normativamente impostos – a garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente “fundamentais” (a vida, a liberdade, a sobrevivência...) – tantos as decisões de maioria quanto ao livre mercado. A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional desses direitos se revela, em outras palavras, como a técnica – ou garantia – apresentada para a tutela disso que no pacto constitucional vem configurado como fundamental: ou seja, daquelas necessidades substanciais cuja satisfação é condição de convivência civil, e tampem causa ou razão social daquele artifício que é o Estado.

Fica claro neste diapasão que para o Estado Liberal se exige uma limitação nos poderes do magistrado, restringindo-se este a se declarar a lei. Um dos autores expoentes da Revolução Francesa de 1789, MONTESQUIEU (200, p. 170) trata em várias passagens de seu livro “*O Espírito das Leis*” esta visão sobre a função do magistrado no Estado Liberal, destacando:

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular

do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos ali assumidos.

Em outra passagem, MONTESQUIEU (2000, p. 175) demonstra sua clara preocupação em limitar a atuação do Juiz na condução do processo no Estado Liberal:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.

A sociedade francesa do século XVIII buscava a positivação destes direitos Fundamentais de cunho liberal. O Processo surgia como meio garantidor dos direitos fundamentais consagrados no *état legal*. A conclusão a que se chega acerca da função do juiz no Estado Liberal é que este apenas declara o que está previamente prescrito na lei, ou seja, sua atuação é meramente declaratória, não possuindo poderes, ou competência, para executar as decisões, sob pena, segundo Montesquieu do magistrado se tornar um opressor.

47

Em sendo sua atividade meramente declaratória, impedido está de exercer o poder de *imperium*, cabendo a ele tão somente declarar o direito, dizer o direito determinando o quantum devido, ou ainda declarando o direito e constituindo novas relações. Conforme já referido, no discurso liberal, em contraposição ao sistema monárquico, a liberdade seria a forma possível para se evitar o abuso do poder absoluto, pois para o liberalismo este seria o fundamento da corrupção dos poderes.

A função do Juiz de meramente reproduzir a letra fria da Lei, tal qual fora escrita, seria, em um sentido formal, a própria garantia da manutenção da vontade democrática. Em outras palavras, limitar a atuação do Juiz no gerenciamento do processo, era limitar o próprio Estado.

Conclusão

Na observação do paradigma liberal que permeou a Revolução Francesa de 1789, tem-se claramente a busca pela limitação do Poder estatal, através da positivação de Direitos civis que garantissem ao cidadão sua liberdade.

Os tempos feudais e de Monarquia Absolutista abria-se no horizonte a possibilidade de substituir o Poder do Rei pelo império da Lei. A Lei seria a vontade geral e revelaria justamente a própria democracia. Nesse sentido, o papel declaratório dos magistrados, que pouco podiam fazer além de aplicar a letra fria da Lei, era a certeza do cidadão de que sua vontade estava formando o próprio Estado. E era justamente isso que a revolução buscava.

Diversas foram as mutações do estado e da sociedade civil. Contudo, identifica-se claramente até hoje a influencia deste período histórico na formação do que se entende hodiernamente por democracia. Obviamente que as circunstâncias históricas faziam com que estas garantias individuais fossem meramente formais. Contudo, a busca pela positivação da limitação do poder estatal é mantida até os dias de hoje. Obviamente que o controle das decisões judiciais passava pela análise da aplicação da Lei e da não interferência estatal.

Quando se propõe a tratar Processo Judicial, se impõe a necessidade de caracterizar o Estado de Direito desde o Estado Liberal Clássico. As exigências do Estado Liberal Clássico com relação as garantias individuais da jurisdição foram se modificando juntamente com o próprio Estado, que hodiernamente é entendido como Estado Democrático de Direito.

É nesse sentido que as garantias individuais oriundas das lutas sociais do século XVIII que visavam limitar o poder estatal ainda permanecem em diversos ordenamentos jurídicos do ocidente, mais especificamente da Europa, Estados Unidos e América Latina. As mutações do Estado e as bases teóricas que fundamentaram tais movimentos ainda se espriam por diversos sistemas jurídicos, reconhecendo sua importância na fundamentação da Democracia moderna.

Não há como negar que o liberalismo utilizou a lei de forma diversa do anteriormente feito, usando-o para limitar o poder e as funções do Estado. Nessa passagem, limitava-se o Juiz a aplicar a lei na sua literalidade, não lhe cabendo ir adiante porque o faria em desrespeito à soberania popular, que ditou a lei. Restava-lhe, portanto, enquadrar o fato na lei e aplicá-la literalmente. Cumpria-se o desiderato do positivismo jurídico exegético que visava a imparcialidade das decisões.

No paradigma do Estado Liberal há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado e o privado. Essa separação dicotômica era garantida por intermédio do Estado, que lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade.

Com a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo guiado pelo ideal da liberdade busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas no âmbito do Estado que assumiu a feição de não interventor. A separação de poderes ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade, em razão do exercício fracionado e simultâneo das funções administrativas, legislativas e judiciais.

Além dos direitos da liberdade (e da separação de poderes, erige-se o ideal do *law's empire*. Com observância estrita ao direito posto, garantiu-se ao indivíduo, além de outras prerrogativas, a segurança jurídica. Portanto, imprescindível reconhecer a importância da interferência da ideologia liberal na formação do Estado de Direito e, conseqüentemente, na manutenção do que se compreende hodiernamente como Estado Democrático de Direito.

Referências

49

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**.

CÁCERES, Florival. **História Geral**. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Moderna, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COPETTI SANTOS, André Leonardo. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAIJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Junior e Sérgio Cadermatori.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo a verdadeiro origem, extinção e objetivo do governo civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MATTOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil atual**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MONTESQUIEU, Barão de La brede e de. **O Espirito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Editor Jose Maria Bosch, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Lourdes Santos Machado. In: Rousseau – Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural , 1997

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2011. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. Título original: *The idea of justice*.

50

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre Justicia Civil**. Tradução: Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Editora Marcial Pons, 2009.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**, p. 280. Apud: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 36

Data de Submissão: 22/10/2014

Data de Aprovação: 09/03/2015.

Democracia participativa, pluralismo e constitucionalismo latino americano: o caso dos conselhos gestores das unidades de conservação ambiental no Brasil.

Participatory democracy, legal pluralism and new constitutionalism in latin america: the case of management councils of protected areas in Brazil

Maria da Graça Marques Gurgel¹,
Alanna Maria Lima da Silva²,
Joyce de Oliveira Bezerra de Souza³.

Resumo: O presente artigo analisará a alternativa teórica chamada de Novo Constitucionalismo Latino Americano. Trata-se de uma proposta teórica em construção voltada à uma teoria da constituição, que conserva parte do modelo antropocentrismo das teorias eurocênicas, tendo como limite a estas, sua pauta voltada às peculiaridades locais de cada país desse continente. Diferentemente dos tradicionais constitucionalismos eurocêntrico e americano e mesmo do neoconstitucionalismo, o desenho que se constrói do constitucionalismo Latino Americano constitui em uma adequação ou reflexão de sua utilidade nas realidades locais. O artigo, seguindo essa trilha, analisará aspectos como: a democracia participativa e a proteção ao meio ambiente. Por fim, será realizada uma reflexão acerca dos conselhos gestores das unidades de conservação brasileiras a fim de se destacar aspectos do Direito Ambiental que interagem com a democracia participativa e o construto do Novo Constitucionalismo Latino Americano.

51

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino Americano. Democracia participativa. Proteção ao meio ambiente. Conselhos gestores. Unidades de conservação brasileiras.

Abstract: This paper analyzes a theoretical alternative called the New Constitutionalism in Latin America. This theoretical proposal is under construction and it's oriented to a constitutional theory which conserves part of the anthropocentric model present in the Eurocentric theories. The New Constitutionalism in Latin America is oriented to the particularities of each country, different from the traditional Eurocentric or American constitutionalism, and also of the *neoconstitutionalism*. Following that path, this paper will analyze some aspects such as participatory democracy and the protection of the environment. At last, a reflection about the management councils of Brazilian protected areas will be done in order to highlight the aspects of Environmental Law that interact with participatory democracy and the construction of the New Constitutionalism in Latin America.

¹ Doutora em Teoria do Direito pela UFPE; Professora e pesquisadora adjunta do TECAL, vinculada à Universidade Federal de Alagoas. Maceió/AL – Brasil. Email: gracagurgel@uol.com.br

² Mestranda em Direito Público na UFAL. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, Brasil (2011) Assessora do Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas de Alagoas. Maceió/AL – Brasil. Email: alannamarialima@gmail.com

³ Mestranda em Direito Público na UFAL. Especialização em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Faculdade de Alagoas, Brasil (2009). Oficial da Polícia Militar do Polícia Militar de Alagoas. Maceió/AL – Brasil. Email: joyce_ob@yahoo.com

Keywords: New Constitutionalism in Latin American. Participatory democracy. Protection of the environment. Management councils. Brazilian protected areas.

Sumário: I. Introdução; 1. Novo Constitucionalismo na América Latina: breves considerações sobre o aspecto participativo e a proteção ao meio ambiente; 1.1. Consolidação do Novo Constitucionalismo na América Latina sob um enfoque participativo; 1.2. A questão ambiental no Novo Constitucionalismo Latino Americano; 2. Democracia participativa e pluralismo jurídico: uma análise teórica; 2.1. Adequação de um modelo democrático-plural sob a ótica do Novo Constitucionalismo Latino Americano; 3. Os reflexos da democracia participativa na gestão e manejo de áreas protegidas integrantes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação; 3.1. Análises preliminares; 3.2. Considerações acerca do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, conselhos gestores e democracia participativa; II. Conclusão; III. Referências

Introdução

À América Latina, historicamente falando, conferiu-se a condição de periferia da Europa, em decorrência de um processo colonizador iniciado em 1492. Tal colonização trouxe como uma de suas consequências a exploração da mão-de-obra dos povos nativos dessa região, bem como, dos seus recursos naturais disponíveis. O sistema capitalista e sua lógica sempre foi permissivo à extração desenfreada de riquezas naturais, mesmo que para tanto houvesse a necessidade do uso da violência, considerada como pressuposto necessário à modernidade.⁴

Os reflexos também são sentidos ainda hoje na produção cultural e legislativa latino-americana cujas influências europeias tentam imprimir um modelo hegemônico no qual todos são formalmente iguais. Porém, nos últimos anos, verifica-se um movimento crescente no sentido de tornar os processos legislativos mais inclusivos, com a participação dos atores sociais diretamente interessados, o chamado Novo Constitucionalismo Latino Americano.

Neste aspecto, o artigo analisará os pressupostos básicos desse nominado Novo Constitucionalismo, que alterna o direito monista do modelo europeu incorporado ao longo dos séculos e demonstrará como a participação dos sujeitos é possível na elaboração de uma

⁴ Caio Prado Jr. nos fala sobre o pau-brasil (*Caesalpinia echinata*), explorado em costas brasileiras de modo intrépido desde o século XVI por portugueses e franceses. A extração destruidora de toda a requintada madeira que alcançava grandes preços na Europa, para os portugueses, monopólio real (concedido pelo papa aos reis católicos), para os franceses, contrabando. O pau-brasil é um bom exemplo de que alguns decênios de extração copiosa na América resultou na perda das melhores espécies da costa brasileira, sendo um parâmetro tal qual era feita a exploração das riquezas na América. **História econômica do Brasil**. SP: Brasiliense, 1998. pp. 24-27.

constituição plural e essencialmente material, retratando as reais necessidades do povo desse continente.

Em um segundo momento, o foco dirige-se à questão ambiental, igualmente visitada pelo Novo Constitucionalismo Latino Americano. Neste, contempla-se nas constituições os direitos socioambientais como sendo de natureza difusa e coletiva, bem como apregoa-se o desenvolvimento ambiental alicerçado na promoção da sustentabilidade ambiental e social. Tal perspectiva surge como pressuposto fundamental para a propositura do chamado “bem viver”.

Em seguida, far-se-á uma exposição teórica acerca do modelo democrático-plural adequado aos fundamentos do Novo Constitucionalismo. A participação nos mais variados espaços públicos e mediante a influência direta na produção constitucional-legislativa é contemplada desfazendo-se parcialmente a concepção monista do direito na construção permanente do reconhecimento das diferenças do povo latino-americano.

Serão demonstrados os reflexos da democracia participativa na gestão e manejo de áreas protegidas integrantes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil, primeiramente mediante as análises conceituais de sociedade de riscos e ameaça. A compreensão do tema será facilitada pela contraposição do modelo de produção de riquezas ditado pelo sistema capitalista e a perspectiva ecológica de preservação de recursos cada vez mais escassos, conduzindo ao que alguns autores chamam de “insustentabilidade ambiental” na América Latina.

Demonstrar-se-á que a Constituição de 1988 apresenta avanços significativos quanto à proteção do meio ambiente e estimula a participação tanto da sociedade quanto do poder público na consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, serão tecidas considerações sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil, analisando-se alguns aspectos da Lei nº 9.985, instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, especialmente no que tange às diferentes categorias de Unidades de Conservação existentes. Também serão abordados os requisitos inerentes às Unidades de Conservação. Um deles diz respeito à presença de um conselho gestor, instrumento viabilizador da participação da sociedade brasileira na condução das políticas adotadas nas Unidades de Conservação.

1 Novo constitucionalismo na América Latina: breves considerações sobre o aspecto participativo e a proteção ao meio ambiente

1.1 Consolidação do Novo Constitucionalismo na América Latina sob um enfoque participativo

Verifica-se, nas últimas décadas, a insurgência de um fenômeno de natureza sociológico-jurídica na América Latina, denominado pelos doutrinadores de “Novo Constitucionalismo”. Para a compreensão das raízes ontológicas deste movimento que adquire gradativamente força principalmente nos países andinos é preciso traçar uma relação do tema com a influência do capitalismo na construção de um direito monista ao longo dos séculos e a presença hegemônica de conceitos eurocêntricos a dar contornos ao reconhecimento nessas sociedades apenas de um direito oriundo do Estado e devidamente positivado.

54

O ano de 1492 constitui-se num marco por representar uma nova configuração histórica com o “descobrimento” da América. O europeu depara-se com terras habitadas por nativos com cultura e modos de vida próprios. Era preciso justificar os métodos exploradores do território e das pessoas do Novo Mundo e isso foi possível com a introdução dos conceitos de “modernidade” e “raça”, até então desconhecidos.

A modernidade seria uma concepção capaz de posicionar a Europa como centro do mundo, elegendo como ponto de partida a chegada no continente americano. Essa modernidade estaria refletida num esforço do europeu em desenvolver povos tidos como “sub-civilizados” como os incas e os astecas. Também se fazia necessária uma justificativa para o uso de métodos violentos de dominação na América Latina, como algo inevitável para o avanço dessa mesma modernidade. Porém, os custos da implementação dessa “modernidade” aos povos nativos significou o sacrifício do índio, a escravização do negro e a opressão do gênero feminino (DUSSEL, 2005, p.60).

A categorização da humanidade em raças também é uma produção conceitual introduzida pelos europeus quando da chegada na América, como elemento fundador de uma suposta superioridade biológica do colonizador frente ao colonizado. Primeiramente, foram

criadas identidades de índios, negros e mestiços. Mais tarde, a distinção pautou-se mais em brancos e negros (QUIJANO, 2005, p.227-228).

Outras classificações estão diretamente associadas à categorização da humanidade em raças como as noções de centro/periferia e desenvolvido/subdesenvolvido. Essas distinções acabaram por massificar a ideia de que o trabalho assalariado/pago seria um “privilégio de brancos” (QUIJANO, 2005, p. 230). Essa manobra ideológica difundida pelos europeus serviu para fortalecer os pressupostos de exploração da mão-de-obra escravizada oriunda da África, bem como, consolidar o caráter exploratório do capitalismo como algo inevitável à marcha civilizatória e desenvolvimentista da humanidade.

Vê-se, portanto, a posição de inferioridade na qual a América Latina foi colocada na configuração histórica construída pelo povo europeu. Essa condição imposta pelo colonizador reflete-se até hoje não só nas opções culturais como também na produção do direito, ainda muito focado na produção eurocêntrica. Geralmente essa produção não consegue materializar os anseios do povo, revelando-se demasiado formal e positivista. A consequência desse processo colonizador assume contornos que sob uma visão representativa dessa ideologia é representada assim:

Como consequência, tem-se a padronização do direito a partir do próprio Estado, sendo este o único poder legitimado a produzi-lo e aplicá-lo; o monismo jurídico instalado e imposto como única realidade para o direito, em que se exclui as múltiplas realidades jurídicas existentes no território latino-americano, em clara discriminação às formas de organização social aplicadas pelos povos a partir de então chamados índios, bárbaros, não civilizados. (WOLKMER; ALMEIDA, 2012, p. 24).

Trata-se, portanto de um problema não somente teórico, porém empírico. Ora, no dizer de Laudan “é plausível pensar que o contraponto entre os problemas instigantes e as teorias adequadas é a dialética básica da ciência [...]” (2011, p. 21) que contemporiza o contexto histórico-investigativo.

De modo que, com o propósito de romper com a predominância colonialista na produção cultural e legislativa, propõe-se a consolidação da chamada “trans-modernidade”,

por seu cunho emancipador racional, ao negar o caráter mítico da modernidade concebida pelos europeus. A trans-modernidade representa ainda um “projeto de libertação político, econômico, religioso, erótico, pedagógico, religioso[...]” (Dussel, 2005, pp. 60-61). Nesse contexto, o “outro” na visão europeia (negros, índios, enfim, latino americanos) passaria a figurar como produtor da própria história, no momento da passagem do modelo central europeu à realidade local e suas diferenças culturais existentes dentro do território dos países.

No tocante à produção do direito, esses grupos representativos da diversidade nacional passariam a ter voz na construção de um direito mais condizente com a realidade material da nação. O reflexo dessa mudança paradigmática conduziria a modificações constitucionais significativas especialmente no sentido de concretizar direitos à população.

Nessa perspectiva cujo cerne é conferir maior participação política aos destinatários do arcabouço legal-constitucional com a conseqüente quebra de uma visão hegemônica herdada do eurocentrismo, surge o Novo Constitucionalismo, constatado com mais força na Bolívia e no Peru, cuja busca, nas palavras de Viciano e Dalmau, *apud* Vieira et al. (2013, p. 126) seria a “legitimidade democrática com foco na ‘exterioridade da constituição’- de base extrajurídica, assegurada a partir da participação política e da cidadania ativa e da primazia da soberania popular quando do exercício do poder constituinte derivado”.

De modo que, há uma grande importância na apreciação investigativa de problemas teóricos e empíricos que se podem dizer resolvidos apenas quando recai uma (nova ou alternativa) teoria sobre o contexto investigativo: quando esse problema por conduto de outra teoria é reconhecido, para alguns a ciência tem diante de si um problema genuíno (LAUDAN, 2011, pp. 27-32).

Sem maiores pretensões epistemológicas, o Novo Constitucionalismo Latino Americano ao cambiar o modelo antropocêntrico europeu com uma reflexão vívida e contextual local, também sob aspecto epistemológico se traduz em um esforço de resolução de problemas. Problemas que, seja por não serem investigados, seja por serem ignorados pela ciência jurídica, evidencia-se como problemas genuínos, quando propositivamente resolvidos em grande parte da América Latina.

Talvez por isso, uma das primeiras marcas caracterizadoras do Novo Constitucionalismo seja, em certos países da América Latina, a propositura de uma Assembléia Constituinte com ampla participação de diferentes segmentos sociais para a tessitura de uma constituição participativa, capaz de imprimir valores e anseios de diferentes grupos sociais historicamente excluídos dos processos decisórios, tais como os índios e os quilombolas. Esse processo já ocorrido na Bolívia, Peru e Equador. Esses países com constituições promulgadas recentes conformaram Assembleias Constituintes populares. Seus textos magnos incorporaram direitos de participação de diferentes segmentos pluriculturais⁵ nos processos decisórios e garantias de preservação de traços culturais locais e do meio ambiente como condição essencial para o bem viver, como será demonstrado a seguir.

1.2 A Questão Ambiental no Novo Constitucionalismo Latino Americano

57

O novo constitucionalismo latino americano procura reaver os conceitos acerca do pluralismo e da democracia, sobretudo no tocante aos direitos de ordem socioambiental (étnicos, culturais e ambientais) que passam a ser vistos como elementos fundadores do próprio Estado. O decurso da história fez surgir novas categorias de direitos, tais quais os direitos socioambientais que são marcados por sua natureza difusa e coletiva. Também, por sua transindividualidade e por sua solidariedade intergeracional: categoria de direitos construída de forma política, por meio de movimentos sociais reativos às conseqüências do modelo de produção liberalista. (NOGUEIRA; ALMEIDA, 2012, pp. 239-240)

Os povos e comunidades tradicionais possuem uma visão não dissociada entre o humano e o meio ambiente. Com essa unidade de perspectiva, desenvolveu o socioambientalismo, calcado na idéia de que as comunidades locais, por serem possuidoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental, devem necessariamente ser incluídas e envolverem políticas públicas ambientais. Ante tal conjunção, entendeu-se que uma nova concepção de desenvolvimento deve abarcar a promoção da sustentabilidade ambiental e

⁵ Expressão extraída de texto escrito por Antônio Carlos Wolkmer e Marina Corrêa de Almeida.

social, especialmente nos países pobres e permeados por inúmeras desigualdades sociais. (SANTILLI apud NOGUEIRA; ALMEIDA, 2012, p. 240)

Explica-se: os tradicionais sistemas de manejo de ecossistemas, marcados pela manutenção e pela utilização sustentável, por vezes são reflexo de vários conhecimentos obtidos da tradição herdada através das gerações. (NOGUEIRA; ALMEIDA, 2012, pp. 241-242)

Nesse contexto, a Constituição do Equador de 2008 inova ao propor o reconhecimento dos direitos da natureza, vendo, ela própria, a natureza como sujeito de direitos. Moldada por tal espírito produziu-se uma mudança radical no tocante ao pensamento constitucional, historicamente de matriz antropocêntrica: no preâmbulo da Constituição do Equador há a celebração da natureza, a ‘*Pacha Mama*’: um apelo retórico à sabedoria de todas as culturas a demonstrar a opção por construir “com os povos andinos, reconhecimento de plurinacionalidade e interculturalidade, uma nova forma de convivência pacífica na diversidade e harmonia com a natureza para alcançar a vida boa’. (FERREIRA, 2013, pp. 406-408)

O bom viver clama a recuperação do saber indígena e suas vivências em reação ao desenvolvimento, apartando-se das idéias tradicionais do ocidente acerca do progresso, aponta para a outra concepção de vida dando especial atenção à natureza, manifestando-se como um conceito em constante construção. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 106, tradução nossa).

La dimensión ambiental es, en cambio, más intensa en Ecuador, donde se reconocieron por primera vez los Derechos de la Naturaleza (artículos 71 a 74, destacándose el Artículo 72 donde se establecen los derechos a la restauración de la naturaleza). Esto consolida la dimensión ambiental del Buen Vivir, mientras que el texto boliviano es más ambiguo, en tanto algunos artículos defienden el mandato del Estado de industrializar los recursos naturales. El reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza permite convertirla en sujeto de derechos, donde ésta vale por sí misma, independientemente de la posible utilidad o uso humano. Ésta es una postura biocéntrica, donde se debe asegurar la sobrevivencia de especies y ecosistemas. Por lo tanto, no implica una naturaleza intocada, sino que es posible seguir aprovechando los recursos naturales, pero mientras se mantengan los sistemas de vida. (GUDYNAS; ACOSTA, 2011, p. 108)

A Constituição brasileira de 1988 inovou em relação às Constituições brasileiras anteriores ao prever o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225, porém o fez na perspectiva antropocentrista: apenas os seres humanos são vistos como sujeitos de direitos. Nota-se a presença da preocupação intergeracional, ao afirmar o dever de defesa do meio ambiente para as futuras gerações, colocando-as enquanto sujeitos de direito. Ademais, é perceptível na proteção dos recursos naturais em relação às unidades de conservação, a presença da participação popular na condução dos espaços protegidos, levando em direção, ainda que de maneira tímida, a proteção dos recursos naturais na perspectiva da democracia participativa. Tais considerações serão aprofundadas mais adiante.⁶

2 Democracia participativa e pluralismo jurídico: uma análise teórica

2.1 Adequação de um modelo democrático-plural sob a ótica do Novo Constitucionalismo Latino Americano

59

Não há como tratar do Novo Constitucionalismo sem traçar breves notas acerca de dois outros temas intrínsecos ao fenômeno aqui estudado: democracia e pluralismo. Porém é preciso delimitar as espécies de pluralismo e democracia adequados ao modelo constitucional com foco central na participação dos diversos segmentos sociais na elaboração de uma constituição inclusiva e essencialmente material.

Quanto à democracia, refere-se aqui ao modelo participativo, contemplando a atuação de sujeitos coletivos, compreendidos dentro de um espaço comunitário, calcado na diversidade e capazes de modificar os processos históricos antes impostos, através do empoderamento “do saber e do ser” (WOLKMER; ALMEIDA, 2012, p. 32). Neste cenário, a atuação dos movimentos sociais tão marginalizados pelos sistemas de “ordens” tradicionais

⁶ É de se registrar, de logo, o que alinha Loïc Blondiaux referente ao momento atual da participação e no que sua dicção importa em força semântica, plurisignificativa. O autor chama à autoria vários pensadores para afirmar que tal força irrompe: em locais enfraquecidos pelas estruturas de sociabilidade cada vez mais complexas (Luhmann); em consensos por intersecções (Rawls); em ambientes sociais cada vez mais produtor de auto-reflexões (Giddens, Beck); em sociedades menos submissas (Jobber); em sociedades cada vez mais desconfiadas das instituições (Putnam) e de tal modo, em comunidades ingovernáveis por modelos tradicionais (Chevallier). *El Nuevo Espíritu de La Democracia: Actualidad de La democracia participativa*. Trad. Mónica Cristina Padró. México: Prometeo libros, 2013. pp. 49-51)

adquirem um papel central na mobilização dos sujeitos pertencentes aos diferentes setores da sociedade.

É preciso que a democracia deixe de configurar um discurso extravagante, na qual representantes acabam por não representar verdadeiramente os interesses dos representados para adquirir significados concretos, a partir do encontrado inclusive no texto da Constituição Federal do Brasil em seu artigo 1º ao preconizar que “Todo o poder emana do povo”. Somente deste modo se pode mencionar a democracia sem que “*La intensidad de los homenajes que se le rinden em El orden del discurso contrasta com la prudencia de los cambios que se realizan em su nombre*”(BLONDIAUX,2013,p59)

No Brasil, em termos normativos, a democracia participativa gestada no contexto do Novo Constitucionalismo aqui tratado resgata valores como fraternidade e solidariedade, pois a nação passa a ser vista como uma grande comunidade plural. O sentido de fraternidade remeteria a uma igualdade entre indivíduos; já a solidariedade remeteria a bem comum, a pensar no bem de todos no texto constitucional e na adoção das políticas públicas (BARZOTTO, 2005, pp. 177-178).

Pensando não só na participação dos diversos atores em uma assembléia constituinte, essa espécie de democracia seria fortalecida no dia a dia através do fomento à participação popular com a criação de espaços públicos próprios à discussão e deliberação e uma das ferramentas institucionais eficazes aos propósitos, seria a criação de conselhos, cuja nomenclatura varia conforme as finalidades.

Já o pluralismo inserto na proposta do Novo Constitucionalismo seria o de tipo comunitário-participativo, “comprometido com a participação de novos sujeitos, com a efetiva satisfação das necessidades humanas e com o processo verdadeiramente democrático, descentralizado, participativo e emancipatório” (WOLKMER, *apud* WOLKMER; ALMEIDA, 2012, p.32).

O pluralismo proposto inevitavelmente conduz ao rompimento com a tradicional legitimidade conferida apenas ao direito monista e estatizado que desconsidera outras formas de produção jurídica, tão legítimas quanto o direito posto pelo Estado. A afirmação é pautada no consenso atribuído a regramentos aceitos e concretizados em comunidades indígenas com a mesma força do direito positivado. Seguindo esse raciocínio:

[...] Ora, o pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários (WOLKMER, 2010, p. 145).

Como se observa, os conceitos de democracia e pluralismo jurídico adotados chegam a confundir-se. Na realidade há uma complementaridade, pois quando se oportuniza a participação dos grupos nas questões comuns e essa participação implica em mudança legislativa, pode-se dizer que neste momento o pluralismo jurídico concretizou-se.

Em termos constitucionais, o pluralismo jurídico concebe a constituição como sendo reflexo de um dado momento histórico fruto de diferentes forças e lutas sociais. Ela materializaria a presença de diversas concepções mediante a participação (WOLKMER, 2010, p. 143).

Os processos de participação democrática podem ser verificados em diferentes instâncias e espaços, desde que estimulados não só pelos entes estatais, como também por instâncias organizadas da própria sociedade, geralmente com o objetivo primeiro de fiscalizar as ações do poder público na execução de determinada política pública. Um exemplo a ser tratado a seguir é a gestão e manejo de áreas protegidas pertencentes a unidades de conservação, diante da necessidade de frear a ação predatória do capital junto aos escassos recursos naturais existentes.

61

3 Os reflexos da democracia participativa na gestão e manejo de áreas protegidas integrantes do sistema nacional de unidades de conservação

3.1 Análises Preliminares

A produção social de riscos acompanha de forma sistemática a produção social de riqueza na modernidade tardia. Atribui-se a Ulrich Beck que, ao considerar a modernidade tardia, mudam-se os conflitos e problemas da sociedade de escassez. Direcionando-se, na produção, definição e distribuição dos riscos científico-tecnológicos produzidos. Esse novo direcionamento, que se registra não se completou no continente latino americano, conferem-se

dois fatores: o 1º, seria em face da redução objetiva e do isolamento social da *autêntica carência material*. Já o 2º problema ou conflito adviria da “[...] existência de riscos e potenciais autoameaças em proporções ainda não conhecidas dos métodos de produção então vigentes. (SARAIVA & VERAS NETO, 2014, p. 23)

Questiona-se, portanto, se na sociedade de classes a forma em que a riqueza socialmente produzida pode ter sua distribuição de forma desigual pode ocorrer de forma “legítima”. O novo paradigma da sociedade de risco, nas palavras daqueles autores, inspiradas em Beck, tem foco na solução do problema que segue: como seria possível reduzir, minimizar, evitar e canalizar os riscos e ameaças coproduzidos sistematicamente no processo de modernização tardio e, caso possam vir a afetar as formas de produção de riquezas em curso, como podem ser isolados e redistribuídos sem que haja o comprometimento do próprio processo de modernização, nem se viole aquilo que é entendido como aceitável na perspectiva ecológica, por exemplo? (SARAIVA & VERAS NETO, 2014, p. 24)

Como sintoma da sistemática acima relatada, está o desmatamento que, embora não seja uma prática inédita na sociedade, agora ocorre em proporções globais especialmente em decorrência da industrialização. Em que pese os problemas desencadeados, o desmatamento aliado ao processo de produção a nível industrial aparente serem restritos a área em que ocorram, a realidade comprova que em países cujas coberturas florestais ainda mantenham-se extensas e que não tenham em seu território indústrias poluentes sofrem as consequências do processo de transformação da natureza em sua fauna e flora. (SARAIVA & VERAS NETO, 2014, p. 24)

Geralmente, tem ocorrido que, quando a luta ocorre entre ser humano e natureza, a natureza é posta em segundo plano, em outras palavras, a subordinação da natureza aos interesses humanos é vista como direito natural. A fim de que o êxito seja alcançado no modo de produção capitalista obrigatoriamente conduz a excessos tanto em nível de produção quanto de consumo de forma que o programa baconiano, voltado em suas bases para o direcionamento do conhecimento a serviço da dominação e utilização da natureza com vistas a melhorar a sorte da humanidade, desde suas origens e no decurso de seu desenvolvimento

dentro do modelo capitalista de produção, não contou com a retidão e racionalidade necessárias. (JONAS, 2006, p. 229-235)

Em que pese a realização de políticas e estratégias específicas para mitigação dos problemas ambientais, observa-se nos países que compõem a América Latina demonstrações fortes no sentido da formação de um quadro de insustentabilidade ambiental. (ALBUQUERQUE, 2011, p. 244-245) Variados são os fatores geradores da insustentabilidade, os quais devem-se, exemplificativamente:

[...] à expansão da fronteira agropecuária, à sobre-exploração do solo, ao desmatamento das florestas, ao esgotamento do solo e à sua contaminação pelo uso de fertilizantes e pesticidas, ao agravamento do processo erosivo, à extração de madeira para fins industriais e domésticos e à expansão da malha viária em diferentes países, indutores espontâneos de ocupação, das perdas da biodiversidade, do agravamento da poluição do ar e das águas nas grandes e médias metrópoles. (GUIMARÃES *apud* ALBUQUERQUE, 2011, p. 245).

Há uma correlação entre às insuficiências do desenvolvimento e os problemas ambientais. O estilo de desenvolvimento perpetrado na humanidade chegou à exaustão em virtude de ser “ecologicamente suicida (pois acaba com a base dos recursos naturais), socialmente perverso (gera pobreza e desigualdade), politicamente injusto (dificulta o acesso aos recursos)”, além de ser “eticamente censurável (desrespeita formas de vida não humanas) e culturalmente alienado (subjuga a natureza)”. (GUIMARÃES; BEZERRA, 2011, p. 86)

O desenvolvimento sustentável é elaborado como uma alternativa desenvolvida no seio do modo de produção vigente com vistas a conter o consumo predatório dos recursos naturais e simultaneamente atentatórios à própria existência do sistema produtivo. Para Ignacy Sachs (2000, p. 29), o desenvolvimento é pluridimensional e abarca a dimensão cultural, ecológica, social, política além da econômica. O desenvolvimento deve necessariamente subordinar-se às finalidades sociais e éticas para com a geração atual e as futuras não apenas à econômica, tendo em vista que a economia é mero instrumento não o fim de todo o desenvolvimento.

Nesse sentido, em 1992, na Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, foi formulada a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e assinada por mais de 160 países, segundo dados do Ministério do Meio Ambiente. Nela, define-se

como área protegida aquela “definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação” (art. 2º). Além disso, cada país signatário da referida Convenção tem como compromisso o estabelecimento de “um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica” (art. 8º, a).

O Brasil, porém, muito antes da CDB já dispunha de várias modalidades de espaços protegidos, unidades de conservação, parques, reservas biológicas, dentre outros, criados por intermédio de leis não sistematizadas e esparsas. (FIGUEIREDO, 2010, p. 286) A própria Constituição Federal 1988 inovou em relação a suas antecessoras as quais não tratavam especificamente acerca da proteção do meio ambiente natural, restringiam-se à proteção da saúde e a atribuição à União a competência de legislar sobre florestas, água, pesca e caça. (SILVA, 2010, p. 46)

O art. 225 da Constituição da República brasileira consagra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em solidariedade intergeracional e confere à sociedade e ao Poder Público o dever de protegê-lo. A preocupação constitucional com os recursos naturais não deve jungir-se ao mero exercício retórico ou ao simbolismo de suas previsões, pelo contrário, eflui do dispositivo um compromisso com a efetividade desse direito. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 enumera vários mecanismos voltados à efetividade, dentre eles, destacam-se os incisos I e III, respectivamente: a preservação dos processos ecológicos essenciais e a promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas; o dever de definição, em todo o país, de “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

3.2 Considerações acerca do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, conselhos gestores e democracia participativa

Com o fito de regulamentar o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal de 1988, em julho de 2000, entrou em vigor a Lei n. 9.985 que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). As unidades de conservação são “(a) espécies de Espaços Territoriais Protegidos, (b) legalmente instituídos, (c) com objetivos de conservação, (d) limites definidos e (f) regime especial de proteção e administração”. (SILVA, 2010, p. 235)

A intensidade de proteção conferida a essas áreas é variável a depender do grupo em que se insiram: unidades de proteção integral e unidades de uso sustentado. Nas unidades de proteção integral objetivo principal é o preservacionista, portanto, apenas admite-se a utilização indireta dos recursos naturais (ex.: vistas, pesquisas científicas), fazem parte dessa categoria: estação ecológica, reserva biológica, parque público, monumento natural e refúgio da vida silvestre. As unidades de uso sustentável, por sua vez, estão sujeitas a proteção em menor grau tendo em vista a possibilidade de uso direito de seus recursos naturais desde que nos limites do uso sustentável, integram essa categoria: áreas de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva extrativista, reserva de fauna, reserva de desenvolvimento sustentável e reserva particular do patrimônio natural. (SILVA, 2010, p. 235-245)

Dentre as peculiaridades comuns a todas as unidades de conservação estão a necessidade de elaborar o plano de manejo e a presença de um Conselho gestor. Em linhas gerais, de acordo com o art. 2º, XVII da Lei do SNUC, o plano de manejo é um documento técnico a ser elaborado tendo em vista os objetivos gerais da unidade de conservação, nele é realizado o zoneamento da unidade, bem como há o estabelecimento de normas responsáveis por presidir os usos da área e dos respectivos recursos naturais, além de prever a “implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”. O plano de manejo regula toda a vida da unidade de conservação além de apontar os caminhos para a efetivação do ideal conservacionista previsto constitucionalmente exposto linhas antes.

No tocante aos Conselhos, de acordo com a Lei do SNUC, eles podem ser consultivos ou deliberativos, conforme reitera o art. 17 do Decreto Federal n. 4340/2002. O Conselho é o principal instrumento através do qual se relacionam as unidades de conservação e a sociedade,

tendo como objetivo a promoção de uma gestão compartilhada com vasta participação popular. (ICMBIO/MMA, 2014) É possível ainda que as unidades de conservação sejam geridas por organizações da sociedade civil de interesse público desde que possuam objetivos alinhados aos da unidade, “mediante instrumento a ser firmado com o órgão responsável por sua gestão” (art. 30, Lei n. 9.985/00).

As unidades de conservação são administradas por um órgão responsável e por um Conselho cuja presidência recai sobre o órgão responsável. (SILVA, 2010, p. 259) Nesse sentido, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO) é responsável por administrar e presidir o conselho de cada uma das unidades de conservação federais. De acordo com dados apresentados pelo ICMBIO, em 2013, das 313 unidades de conservação federais então existentes, em 253 delas possuem conselhos gestores.

A composição de um conselho de uma unidade de conservação federal é variável sendo formado por integrantes da sociedade e representantes dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, relacionados de alguma forma com a Unidade de Conservação. Além de ter composição “sempre que possível, paritária”, conforme preconiza o art. 17, § 3º do Decreto Federal 4.340/2002. O conselho é oficializado por meio de uma Portaria publicada no Diário Oficial da União enumerando todos os que foram selecionados. Dentre as atribuições do conselho estão a elaboração de seu regimento interno; bem como o acompanhamento “elaboração, implementação e revisão do Plano de Manejo da UC, garantindo seu caráter participativo; buscar a integração da UC com as demais áreas protegidas e com o seu entorno, entre outras”. (ICMBIO, 2014)

Como exposto, os Conselhos podem ter natureza consultiva, hipótese em que, no âmbito federal, têm suas atribuições e processo de formação regulamentados pela Instrução Normativa 11/2010 do ICMBio. Possuem Conselhos consultivos as seguintes unidades de conservação: parque nacional, reserva biológica, estação ecológica, monumento natural, refúgio de vida silvestre e florestas nacionais. Já a Instrução Normativa n.02/2007 do ICMBio regulamenta o processo de formação dos Conselhos deliberativos que existem nas unidades de conservação da reserva de desenvolvimento sustentável e na reserva extrativista. (ICMBIO, 2014)

Existem unidades de conservação com Conselhos ainda não regulamentados, é o caso da área de proteção ambiental, área de relevante interesse ambiental, reserva de fauna e reserva particular do patrimônio particular. A diferença existente entre os Conselhos refere-se especialmente à força de suas decisões e à aptidão para impor-se, por exemplo, a Lei do SNUC condiciona o plano de manejo elaborado para uma reserva extrativista ou para reserva de desenvolvimento sustentável à aprovação do respectivo conselho deliberativo da unidade, após aprovação prévia por parte do órgão executor (arts. 18, § 5; 20, § 6º da Lei 9.985/00 c/c arts. 12, II do Decreto Federal n. 4340/2002). O referido condicionamento inexistente em relação às demais espécies de unidades de conservação, em relação a elas, a aprovação do plano de manejo dá apenas através de portaria do órgão executor (art. 12, I, Decreto Federal do Decreto Federal n. 4340/2002). Destaque-se ainda que em relação à área de proteção ambiental a Lei n. 9.985/00 sequer esclarece o tipo de Conselho deve ser formado, contudo, boa parte delas insere seus conselhos na categoria consultiva. (ICMBIO, 2014)

67

A previsão legal da necessária formação de Conselhos gestores de unidades de conservação, em especial em relação aos conselhos deliberativos, revela traços inerentes ao objetivo de concretização da democracia participativa, pois a composição deve abarcar representantes da sociedade civil para além dos do governo (art. 17, Decreto Federal do Decreto Federal n. 4340/2002), sendo, portanto, espaços públicos voltados à discussão de todas as facetas relacionadas às unidades de conservação. Para Bonavides (2003, p. 278-279), o espaço público

[...] é conceito contemporâneo de extrema importância, enquanto auxiliar poderoso na construção dos sistemas participativos da democracia direta. [...] O espaço público poderá ser, futuramente, um dos mais importantes polos políticos de conscientização participativa da cidadania; é sem sombra de dúvida a primeira das estradas por onde, nos distritos de sua autonomia social, há de caminhar, em preparação constitutiva, a democracia direta do terceiro milênio.

Na democracia participativa, o eixo do poder no exercício da soberania é deslocado

[...] dos corpos representativos para as correntes da cidadania, e estas, sendo o próprio povo, exprimem desde as instâncias supremas, de forma direta e imediata, sua vontade, como tomar assim as decisões governativas e institucionais de grau mais elevado, as quais não podem nem devem ficar sujeitas à intermediação nem ao livre

alvedrio das autoridades representativas do legislativo ou do executivo. (BONAVIDES, 2003, p. 285).

Dessa forma, a participação popular, sobretudo das comunidades que tradicionalmente ocupam uma unidade de conservação, deve ser incentivada na composição dos conselhos gestores dessas áreas. Os espaços protegidos, atualmente, assumem papel estratégico, funcionando como tentativa preservacionista no modelo o capitalista de produção, de forma que a participação popular deve se fazer presente na condução dos rumos das unidades de conservação. A proliferação de Conselhos gestores na categoria deliberativa deve ocorrer para todas as espécies de unidades de conservação, em especial, nas áreas de proteção ambiental, uma vez que nelas permite-se a exploração direta de recursos naturais e a propriedade privada, as quais são mais suscetíveis de influencia antrópica e a autorização de licenciamentos ambientais díspares às finalidades que justificaram a criação da unidade de conservação.⁷

68

Conclusão

A par das considerações tecidas neste breve ensaio, entende-se que o Novo Constitucionalismo configura-se como tendência em franca expansão nos países latino americanos, desenhando um cenário constitucional inovador, ao privilegiar a participação plural da sociedade na tessitura das constituições.

Sem dúvida, promove-se uma alternância ao modelo monista de direito centrado nas tendências européias e americana. A América Latina confere voz a grupos vulneráveis e vitimados pelos processos civilizatórios da colonização. A história passa a ser construída a partir da academia, mas, pelos atores locais: as constituições assumem formatos verdadeiramente materiais.

É certo que o Novo Constitucionalismo ainda encontra-se em vias de consolidação, porém é um primeiro grande passo para a descolonização do direito latino americano. Consegue-se também minimizar as influências danosas do capitalismo no aparato legislativo

⁷ “MPF pede suspensão das licenças concedidas à usina São Manoel. O Instituto Chico Mendes, que administra as unidades, sequer foi consultado. Irregularidade rende o sexto processo do MPF contra o licenciamento da hidrelétrica” (MPF, 2014).

local, ao contemplar termos como “bem viver” e “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, denotando uma preocupação em preservar o patrimônio de todos contra as ações predatórias do sistema econômico em vigor.

Além disso, no Novo Constitucionalismo verifica-se a consolidação de processos democrático-participativos, ao transformar os sujeitos antes subalternizados por raças em protagonistas das mudanças sociais. A mobilização social em torno de um objetivo comum é fortalecida e os espaços de discussão e deliberação surgem como condição essencial à produção constitucional-legislativa.

Quanto às Unidades de Conservação no Brasil, restou provado que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se com as questões ambientais, ao preconizar um “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Também contemplou traços pluralistas ao dizer que cabe não só ao poder público, mas à sociedade proteger o meio ambiente. Nota-se um caráter transgeracional presente no texto constitucional, um compromisso de preservação dos recursos naturais para as futuras gerações, apesar de não ter produzido no campo eficaz tais intentos.

As Unidades de Conservação Ambiental no Brasil também são tuteladas por lei e exigem condução responsável e planejada mediante a elaboração de um plano de manejo e a formação de Conselhos gestores. Estes últimos possibilitam a consolidação da participação democrática na tomada de decisões a respeito do controle das atividades nas Unidades de Conservação, pois contempla a participação da sociedade e não apenas do poder público.

Como visto, os conselhos gestores terão “sempre que possível” composição paritária entre representantes da sociedade civil e do Poder Público, contudo, esse não é o caminho trilhado pelo Novo Constitucionalismo Latino Americano, no qual a participação popular deve ser maximizada. Ademais, observou-se que a maior parte das unidades de conservação possui conselhos meramente consultivos e em relação a outras a norma silenciou quanto a natureza desses conselhos, como é a situação da área de preservação ambiental.

A ausência do caráter deliberativo dos conselhos gestores das unidades de conservação acaba por enfraquecer o poder dado eles, quando, na verdade eles deveriam ser consultados acerca, por exemplo, de licenciamentos ambientais concedidos pelas três esferas do poder

dentro de uma unidade de conservação, possuindo aptidão, inclusive, para obstar determinados empreendimentos caso não coadunassem com as finalidades da área. Nesse ponto, novamente, a normatização brasileira distanciou-se do Novo Constitucionalismo Latino Americano que prevê o maior envolvimento da sociedade na tomada de decisões do poder público ao propor que o povo não seja apenas um fiscal das decisões tomadas, e sim, que delas participe ativamente a fim de conferir efetividade à democracia participativa.

Referências

ALBUQUERQUE, Antonio Carlos Carneiro de. O socialismo na perspectiva da sociedade civil latino-americana. In: FERREIRA, Leila da Costa (org.). **A questão ambiental na América Latina**. Campinas: UNICAMP, 2011. p. 236-255.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

BLONDIAUX, Loïc. *El nuevo espíritu de la democracia. Actualidad de La democracia participativa. Traducción de Mónica Cristina Padró. Ciudad Autónoma de Buenos Ayres: Prometeo Libros, 2013*

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** – por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARAIVA, Bruno Cozza & VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **O Estado Democrático De Direito Como Garantia de Efetivação da Justiça Ambiental E Da Sustentabilidade Sócioambiental**. In: *Derecho y Cambio Social*. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com>. Acesso em 28 de outubro de 2014.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. LANDER, Edgardo (Org.). In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 09 set. 2013.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo constitucionalismo na América Latina, **Revista de Direito Brasileira**, Ano 3, Vol.4, p. 400-423, jan.-abril 2013, disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/19/18>> Acesso em 25 out. 14.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

GUIMARÃES, Roberto P.; BEZERRA, Joana. Novas questões ou velhos problemas. In: FERREIRA, Leila da Costa (org.). **A questão ambiental na América Latina**. Campinas: UNICAMP, 2011. p. 83-97.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Dados sobre conselhos das unidades de conservação**. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/biodiversidade/unidades-de-conservacao/conselhos.html>> . Acesso em: 25 out. 14.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade – ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.

LAUDAN, Larry. **O progresso e seus problemas. Rumo a uma teoria do crescimento científico**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2011.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Informações sobre a Convenção da Diversidade Biológica**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>>. Acesso em: 25 out. 2014.

MPF. **MPF pede suspensão das licenças concedidas à usina São Manoel. O Instituto Chico Mendes, que administra as unidades, sequer foi consultado. Irregularidade rende o sexto processo do MPF contra o licenciamento da hidrelétrica**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/governo-ignora-unidades-de-conservacao-para-liberar-usina-sao-manoel> Acesso em: 25 out. 14

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; ALMEIDA, Roger Luiz Paz de. **Por um constitucionalismo socioambiental: o princípio do *buen vivir* e o novo constitucionalismo democrático latino americano**. In: VENERIO, Carlos Magno Spricigo; ÁVILA, Flávia de; WOLKMER, Antonio Carlos. **Teoria do estado e da constituição**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 230-256.

PRADO JR., Caio. **História econômica do Brasil**. SP: Brasiliense, 1998.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. LANDER, Edgardo (Org.). In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf>> Acesso em: 09 set. 2013.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento e direitos humanos**. vol. I. Maceió: PRODEMA UFAL, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8. Ed., atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEIRA, José Ribas, et al. Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, julho-dezembro, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.04>>. Acesso em: 19 out. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos; ALMEIDA, Marina Corrêa de. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. **Crítica Jurídica**, Janeiro/Junho, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40795>>. Acesso em: 19 out. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2010. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

A Crise do Direito Material Contemporâneo e do Sindicalismo Representativo:
Necessidade de Releitura do Artigo Oitavo da Constituição Federal

*The Crisis of the Current Substantive Law and of the Representative Syndicalism: the
Necessity of a Rereading of the Eighth Article of the Federal Constitution.*

Amaro Clementino Pessoa¹

Juliana Teixeira Esteves²

Resumo: O estudo sobre o Poder Normativo da Justiça Trabalhista, como meio de solução das disputas e dos conflitos coletivos entre as categorias profissionais e econômicas é o objeto de pesquisa a que se propôs este trabalho. A disputa entre as categorias de classe tem como singularidade a produção de uma lei que passa a fixar direitos e obrigações e, concomitantemente, integra as fontes formais do contrato de emprego de toda categoria ou determinados grupos de trabalhadores. Os Dissídios Coletivos de natureza econômica materializam o Poder normativo e na teoria do direito coletivo, entende-se como uma competência sui generis do Poder Judiciário para legislar. Tal competência legislativa, só poderá ser materializada depois de esgotado o modelo autônomo de solução das controvérsias coletivas, onde as partes arrazoam entre si para conciliar ou não o conflito. O trabalho reflete esse problema sob dois aspectos científicos: a) o político-ideológico, quando reflete à luz do neoliberalismo estatal, desmistificando o sofisma da legalidade que se apresenta transvestido do neocorporativismo, subproduto da globalização econômica que objetiva precarizar os direitos trabalhistas e padronizar globalmente a economia e o mercado de trabalho e, b) uma análise do “comum acordo” à luz do princípio constitucional da Jurisdição ou da inafastabilidade do Poder Judiciário, como instrumento da cidadania. Para tanto, analisa-se o ente sindical como o protagonista das negociações privadas trabalhistas.

Palavras-chave: sindicato; poder normativo; direito coletivo do trabalho

Abstract: The study on the Normative Power of the Labour Court, as means of solving disputes and collective conflicts between professional and economic categories'o research object to which this proposed work. The dispute between the categories of class has uniqueness as the production of a law which shall establish rights and obligations and, concomitantly, integrates formal sources of employment category of all or certain groups of workers contract. The Collective Bargaining economic nature materialize normative power and the theory of collective right, it is understood as a sui generis powers of the judiciary to legislate. Such legislative competence can only be realized after the expiry of the autonomous model of solving collective disputes, where pieces together they reason to reconcile the conflict or not. The work reflects this problem in two scientific aspects: a) the political-ideological, when reflected in the light of state neoliberalism, demystifying the sophistry of legality which appears in drag of neo-corporatism, a byproduct of economic globalization that aims precarious labor rights and standardize globally the economy and the labor market, and b) an analysis of the "agreement" in light of the constitutional principle of Jurisdiction or inafastabilidade the judiciary as an instrument of citizenship. For this, we analyze the trade union as the protagonist of the private labor negotiations.

¹Professor de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Pernambuco, mestre em Direito, advogado trabalhista. Recife/PE – Brasil. E-mail: amarosport@ibest.com.br.

² Professora adjunta do Departamento de direito público especializado da Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Direito e mestre em ciência política. Recife/PE – Brasil. E-mail: juliana.teixeira2@gmail.com.

Key-words: trade union; the normative power; collective labor law

Sumário: 1 Introdução. 2 Criação, conceito e natureza do sindicato. 3 Funções. 4 O princípio da liberdade sindical: a necessidade de releitura do inciso II do artigo 8º da Constituição Federal. 5 A crise do direito material contemporâneo e do sindicalismo representativo. Referências.

1 Introdução

O sindicato dá mobilidade aos entes coletivos. As categorias para agirem nas relações coletivas, o fazem mediante o sindicato da classe.

No sistema organizacional brasileiro, o sindicato figura como o único e legítimo representante da categoria de classe.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 8º, inciso III, *in verbis* menciona: “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

74

Ademais, o sindicato figura como legítimo protagonista representante da categoria na produção dos negócios jurídicos coletivos, seja no modelo autocompositivo, heterocompositivo e na autodefesa, visto que a greve só será deflagrada com autorização do órgão máximo do sindicato que é a Assembleia geral, segundo o artigo 4º da Lei nº 7.783/89 de junho de 1989.

2 Criação, conceito e natureza do sindicato

O surgimento dos sindicatos confunde-se com a própria origem do direito coletivo. A coalizão dos proletários, a mera união dos operários era vedada no liberalismo clássico. A coalizão foi uma conquista da classe operária que juntamente com a paralisação coletiva e temporária, redundou na queda do liberalismo clássico com as suas facetas de maldade e fez eclodir as primeiras normas mínimas de proteção ao trabalho, o que se passou a denominar de direito do trabalho.

No Brasil, a característica do sistema sindical nasceu e continua indiretamente preso aos grilhões do Estado. A história indica que o sindicalismo pátrio nasceu sobre a

égide do autoritarismo estatal, em detrimento do sindicato livre, autônomo e independente, exatamente como afirma Vito Giannotti:

Até a ascensão da era Vargas, existiam muitos sindicatos de tendência anarquista e comunista. Sua forma de organização era livre, decidida pelos associados. A função desses sindicatos era lutar pelos interesses dos trabalhadores contra seus inimigos de classe, os patrões. As lutas eram decididas pelos trabalhadores. Até aquela época, no Brasil o sindicalismo era livre mesmo que tenha sido sempre reprimido pela polícia, a serviço dos patrões. Livre para decidir suas lutas e suas formas de organização. A partir da era Vargas, esse sindicatos são obrigados a desaparecer e, em seu lugar, nasce um outro sindicalismo. Um sindicalismo que esquece a luta de classes e, mais ainda, o conceito de classes sociais. Não haveria mais patrão de um lado e operário do outro. Agora seriam o 'empregado' e o 'empregador'. Duas palavras quase idênticas. Só um pequeno 'r' de diferença. (GIANNOTTI, 2007).

O direito positivo brasileiro não conceitua o sindicato. Os fragmentos conceituais presentes no artigo 511 do texto consolidado, apenas sugerem uma entidade coletiva na defesa dos interesses de patrões e empregados. Cabe a doutrina trabalhar o conceito de sindicato.

75

Orlando Gomes, entende que o sindicato:

É o agrupamento estável de membros de uma profissão destinado a assegurar a defesa e representação da respectiva profissão para melhorar as condições de trabalho. O sindicato patronal congrega os empregadores com a finalidade de defender seus interesses econômicos. (GOMES, 1986).

Para Sayão Romita:

Sindicato é espécie do gênero associação. O sindicato se caracteriza pelos objetivos, isto é pelos fins que procura alcançar. Todo sindicato é uma associação cuja finalidade consiste na defesa dos interesses de classe que representa, quer morais, quer econômicos. (ROMITA, 1976).

E acrescenta Sergio Martins, “sindicato é associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos coletivos e individuais de seus membros ou categoria”.(Martins, 2011)

Para nós, o sindicato pode ser conceituado como uma pessoa jurídica de direito privado, que na qualidade de entidade representativa de primeiro, segundo e terceiro

grau que tem como objetivo a defesa individual ou coletiva da categoria profissional ou econômica.

Quanto à natureza jurídica, os sindicatos podem ser analisados de duas formas. Uma clássica, que a remete para o velho corporativismo italiano que suprimiu do sindicato a liberdade, a independência e a representatividade, pois este se confundia com o próprio Estado, que concedia, inclusive, autorização expressa para sua criação, podendo, a qualquer momento cassá-la. Assim, a natureza jurídica do sindicato era de pessoa de direito público, porquanto era a extensão do próprio Estado.

Inicialmente, cabe explicar que a natureza jurídica do sindicato obedece a uma variante posta num determinado sistema jurídico em que o mesmo se insere.

Nos países totalitários, àqueles onde reina o império e a vontade de um governo unilateral e antidemocrático, os sindicatos possuem natureza de pessoa jurídica de direito público porque integra o próprio Estado.

O direito brasileiro conservou esta natureza na Constituição Federal de 1937 até o texto constitucional de promulgado em Outubro de 1988. O Sindicato era criado pelo Estado, por ele gerido e fiscalizado, como bem explica Vito Giannotti:

Vargas também começou a legalizar o funcionamento dos sindicatos. Aparentemente tratava-se de uma abertura para a liberdade dos sindicatos que anteriormente sempre tinham sido reprimidos. Na prática essa liberdade concedida para os sindicatos dependia de uma condição: que fossem sindicatos oficiais, de acordo com as normas ditadas pelo governo, ou seja, os sindicatos deveriam ser totalmente controlados pelo Ministério do Trabalho. (GIANNOTTI, 2007).

Neste contexto, é coerente que o sindicato uma vez dominado pelos grilhões do Estado, baseado no corporativismo de Mussolini, possuísse uma natureza de pessoa jurídica de direito.

Hodiernamente, sob os efeitos de uma relativa liberdade sindical, o inciso I do artigo 8º da Constituição Federal, veda ao poder público a interferência e intervenção na organização sindical. Assim, pode-se afirmar que o sindicato possui natureza de pessoa jurídica de direito privado, posto que se sujeita aos cumprimentos das formalidades do artigo 45 do Código civil brasileiro, para efeito de criar e adquirir personalidade jurídica, tal como nas demais pessoas jurídicas.

Isto posto, no direito brasileiro, bem como nos sistemas jurídicos fundamentados na democracia, o sindicato possui natureza jurídica de direito privado por não sofrerem mais quaisquer interferência do Estado, seja na sua criação, seja na sua gestão, seja na sua atuação no mundo do trabalho.

3 Funções

Inicialmente, a função clássica do sindicato é representar a categoria profissional ou econômica, respectivamente, defendendo seus interesses.

A doutrina brasileira não é uniforme quanto as funções do sindicato. Barbosa Garcia menciona quatro:

- a) representação (art. 513 da CLT); b) substituição processual (art. 8º Constituição Federal); c) Negociação Coletiva (art. 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI da Constituição Federal e; d) Assistencial (art. 514, b e d e 477, parágrafo primeiro, 500 da CLT). (GARCIA, 2011).

77

Ademais, a função política é voltada para a costura de atuação dos sindicatos a partir do momento em que o mesmo funciona como órgão construtor da norma jurídica. O diálogo com os interlocutores na formação desse processo manifesta-se num processo eminentemente político, o que não se confunde, necessariamente, com atividade política partidária.

A função negocial insere-se na sua mais óbvia função, pois, valendo-se dos poderes representativos, tem o dever e a obrigação de participar nas fases e nos procedimentos da construção da norma coletiva.

4 O princípio da liberdade sindical: a necessidade da releitura do inciso II do artigo 8º da Constituição Federal

O assunto liberdade sindical é tratado como princípio. Barbosa Garcia, leciona que: “é princípio fundamental de toda organização sindical da atualidade, pautada pela democracia nas relações coletivas de trabalho”. (GARCIA, 2011).

A questão é tão necessária ao sindicalismo que está fundamentada em diplomas internacionais, que coloca confere a status e expressão máxima dos direitos humanos. Tanto assim que a na raiz do inciso II do artigo 8º da Constituição Federal, encontra-se o esteio jurídico baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que garantiu a liberdade aos sindicatos para agir na proteção de interesses dos trabalhadores.

No plano internacional, ainda está cristalizada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos promulgados em 1966, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e ainda pela Convenção nº 87 da OIT, que diferente dos demais, ainda não foi incorporada ao sistema legal brasileiro, haja vista não ter sido ratificada.

A liberdade sindical encontra seu fundamento nos instrumentos internacionais porque recomenda o sindicato livre, independente do Estado, rompendo com a concepção clássica originária do sindicalismo de Estado ou sindicalismo assistencialista, cuja função consiste em propiciar atitudes e políticas que não representem a luta pelas conquistas sociais dos trabalhadores.

O sindicato era um mero colaborador do Estado e objetivava, tão somente, para o desenvolvimento de políticas voltadas para a assistência social tais como jurídica, saúde, educação e lazer, papel que desvirtua a origem do sindicalismo representativo, autônomo e independente.

Yone Frediani citando o mencionado por Cássio Mesquita Barros, aponta que a liberdade sindical poderá ser analisada sob múltiplos aspectos, dentre os quais seleciona três:

- a) liberdade sindical individual, atribuída a toda pessoa física e que corresponde ao direito de cada trabalhador tem de associar-se a sindicato e de nele permanecer ou do mesmo retirar-se quando entender oportuno;
- b) Liberdade sindical coletiva, conferida ao sindicato, implicando no direito de representação da categoria profissional, econômica ou diferenciada nas inúmeras atribuições que lhes são próprias e materializadas através da negociação coletiva, ajuizamento de dissídio coletivo e deflagração de greve, entre outras;
- c) liberdade sindical institucional e que corresponde ao direito de organização da entidade sem quaisquer interferências ou autorização do poder público para seu reconhecimento, também denominada autonomia sindical, que concebe o sindicato como senhor de suas deliberações, sem interferências de forças estranhas. (BARROS, *apud* FREDIANI, 2004).

Com efeito, prescreve o artigo 8º, incisos I e II da Constituição Federal:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

A simples leitura literal do texto constitucional aponta para uma libertação dos grilhões do Estado na criação do sindicato. Sem sombra de dúvidas, o constituinte originário, sob a influência da ordem internacional, libertou o processo criativo formal dos sindicatos das amarras e égide do Estado, posto que expressamente determinou, no *caput* do artigo 8º da Constituição Federal que o Estado não poderia mais intervir ou conceder autorização para a criação do sindicato. De certa forma, houve significativa mas não plena progressão na aplicação do princípio internacional da Liberdade sindical no direito brasileiro.

De fato, quanto à criação do sindicato, a liberdade sindical parece incontestada, haja vista a ausência expressa da autorização estatal para tal fim. Tanto assim que, como já analisado acima, após o Diploma promulgado em outubro de 1988, os sindicatos passaram a ter natureza jurídica de direito privado, sujeitando, inclusive, às formalidades do artigo 45 do Código Civil, tal como as demais pessoas coletivas.

Contudo, a fora essa regra, a liberdade sindical, é limitada do direito brasileiro, para não dizer tosca.

Os incisos II e IV do artigo 8º da Lei Maior, conservou o princípio da unicidade sindical e o imposto sindical que visa a manutenção do sistema confederativo, dando-lhe um nova roupagem, um novo rótulo, “contribuição confederativa”. Contraditório, haja vista que, tal “contribuição”, como inserido no texto constitucional, é imposto à luz do artigo 3º do Código Tributário Nacional.

Com efeito, o constituinte, travando a liberdade sindical, limitou a criação de mais de uma entidade representativa da mesma categoria na mesma base territorial. Mero mecanismo de controle do Estado praticado no sindicalismo corporativista italiano. Este sistema é contrário a recomendação da Convenção nº 87, da Organização

Internacional do Trabalho, máxime quando confere liberdade, no plano individual, para o trabalhador filiar-se, livremente, por sua própria escolha, ao sindicato que lhe convier.

Convém, assinalar a fragilidade da liberdade sindical brasileira, ainda quando da imposição do registro do sindicato no “órgão competente”, entenda-se, Ministério do Trabalho e Emprego, órgão de Estado, sob pena do mesmo não possuir legitimidade para agir na defesa da sua categoria, conforme prescreve a Súmula nº 677 do Supremo Tribunal Federal: “Até que a lei venha dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”.

Ora, tal exigência cria uma situação jurídica incapaz de enquadrar-se no sistema jurídico pátrio: a pessoa jurídica de direito privado já possui personalidade jurídica própria, mas restará impedida de atuar no mundo sindical mediante a recusa do registro no órgão de Estado. Assim, sendo, há ou não interferência do Estado na criação do sindicato?

Com se vê, existe restrição no plano individual quando ao empregado é vedada a livre escolha de associação, ante a prevalência da unicidade; a imposição do imposto sindical como forma de custear e manter o sistema confederativo e, no plano da criação, o sindicato está sujeito sim ao crivo do Estado quando sujeito, para efeito de funcionamento, ao registro sindical.

Neste cenário restritivo de plenitude libertária ao sindicato, assevera Yone Frediani arremata:

Do quanto exposto, não é preciso grande esforço para constatar-se que o sistema pátrio adotado, viola frontalmente o princípio de liberdade sindical, exceto quanto aos aspectos coletivos, eis que prestigia a negociação coletiva, a instauração de dissídio e a deflagração da greve, consideradas universalmente como expressão máxima da liberdade sindical. (FREDIANI, 2004).

Frediani, neste contexto, parecem apontar, com coerência, para uma situação bastante óbvia no direito brasileiro: liberdade sindical inexiste na sua plenitude. Melhor seria reconhecer a coerência da Declaração III da Carta Del Lavoro, ao regulamentar a organização sindical italiana:

A organização sindical ou profissional é livre. Mas só é sindicato legalmente reconhecido submetido ao controle do Estado tem o direito de representar legalmente toda a categoria de empregadores ou de trabalhadores para a qual é constituído; de defender os interesses dessa categoria perante o Estado e as outras associações profissionais; de celebrar contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os integrantes da categoria impor-lhes contribuições e exercer, relativamente a eles, funções delegadas de interesse público. (TRENTO, 1988).

Finalmente, ainda neste sentido, arremata Everaldo Gaspar:

Ora, se a Constituição de 88 quis exorcizar a presença do Estado na organização sindical, ao recepcionar taxativamente a liberdade, a não interferência e a não intervenção, exigir o registro no órgão competente – e como a própria Constituição reconhece: enquanto interferência e intervenção - passa ela mesma a instaurar uma flagrante antinomia, pois segundo a lógica maior de Aristóteles, uma coisa não pode deixar de ser, ao mesmo tempo e so o mesmo aspecto. Logo, ou existem as liberdades de organização e de funcionamento, que implicam necessariamente em não interferência e em não intervenção ou cai por terra estas liberdades, na medida em que condiciona a vida sindical àquele registro. É preciso reafirmar: quem o inclui no contexto das expressões interferência e intervenção não é este interprete, é a Constituição de 88. Por isso, não pode haver jamais liberdade sindical, com interferência e intervenção do Estado. (ANDRADE, 2011)

81

Assim pelo exposto a doutrina da liberdade sindical brasileira configura-se no instituto frágil, para não dizer incoerente com a liberdade sindical recomendada pela organização Internacional do Trabalho, o que, conseqüentemente, deságua na representatividade do sindicato perante a sua categoria. A consequência disso, sem dúvidas, resulta na interferência do Estado ao controlar a organização sindical contribuindo dessa forma para a criação de instrumentos normativos de conteúdo frágil e de avanço questionável na criação de direitos e de condições de trabalho para a classe mais fraca.

5 A crise do direito material contemporâneo e do sindicalismo representativo

A crise no direito individual passa pela redução das conquistas sociais minimamente contextualizadas no sistema jurídico. É a propalada e já fartamente dissecada flexibilização do direito do trabalho ou, redução dos direitos sociais.

Ainda que de forma sucinta, há que se fazer uma análise do Direito do Trabalho à luz do contexto histórico, pois não há compreensão do fenômeno jurídico que não preceda da informação histórica.

História e Direito constituem-se em saberes distintos quanto aos seus respectivos objetos - um informa e o outro dita a regra de conduta -, mas ambos se completam na essência.

O processo histórico de formação do Direito Laboral, passa necessariamente pelas conquistas da classe operária na revolução industrial em meados do século XVI.

Esta máxima por si só não é capaz de revelar o seu significado histórico, pois antes da existência de uma norma reguladora, em plena vigência do liberalismo de Adam Smith, havia um quadro desolador na relação entre capital e o trabalho: Jornada de trabalho desumana, exploração da mão de obra infantil, juvenil e feminino, além de remuneração pífia sob condições insalubres de trabalho. Tal quadro sobrevivera à luz do pensamento liberal: O Estado não deveria intervir nessas injustiças em respeito a existência de um contrato celebrado ente as partes, ainda que nocivo fosse à dignidade do contratante. Prevalecera a livre concorrência e o *laissez faire*. (ACQUAVIVA, 2010).

O pensamento econômico de Adam Smith, em sua clássica obra intitulada de A Riqueza das Nações, se constitui no pano de fundo do liberalismo clássico e o colocou como mentor do sistema reinante. (O'ROUKER, 2008).

Foram os fundamentos teóricos constantes na Doutrina Social da Igreja em 1890, através da Encíclica Rerum Novarum e nos escritos de Karl Marx e Engels, em 1948, no Manifesto Comunista que, felizmente, fizeram sucumbir os ideais liberais de Smith, e dando gênese as primeiras leis de proteção ao trabalho, regulamentando o trabalho da mulher, a jornada de trabalho e propiciando de uma forma geral, melhores condições para o exercício da mão de obra remunerada, contínua e subordinada.

Uma vez positivada, a norma trabalhista ganhou, posteriormente, o *status* constitucional inaugurado pela Constituição de Weimar e o *status* internacional através da Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, cuja atividade consiste na produção normativa de normas protetoras, tratados multilaterais de amplitude supraestatal, celebrados no âmbito da entidade e os

respectivos estados membros. Daí por diante, assiste-se uma verdadeira multiplicação das leis sociais-trabalhistas em diversos países mundo, sobretudo àqueles formalmente regidos pelo Estado Democrático de Direito.

Nasce, assim, o Direito do Trabalho como sendo um ramo do direito voltado para a proteção do trabalhador diante do poderio econômico do empregador, pois essa relação sempre trará uma desigualdade econômica seja num plano individual ou coletivo.

A positivação das relações trabalhistas será, então, o vetor de equilíbrio capaz de propiciar ao hipossuficiente as condições humanas para a prestação da mão de obra.

Hodiernamente, o papel protetor do Direito do Trabalho como vetor de equilíbrio na relação capital/trabalho vem sendo cada vez mais questionado na perspectiva do pensamento globalizante.

Com efeito, será que os princípios protetores do “velho” Direito Laboral resistirão ante ao fenômeno da terceira revolução industrial? Será que o discurso da globalização econômica e o seu braço operacional intitulada de flexibilização são instrumentos compatíveis com os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados? Reflitamos, abaixo, procurando desmistificar alguns sofismas presentes no discurso flexibilizatório.

Com a extinção da União Soviética e a existência de uma única força econômica no mundo, os Estados Unidos da América, o capitalismo tornou-se absoluto, ditando um novo modelo econômico, onde prevalecesse em primeiro lugar o lucro, em segundo lugar o lucro e em terceiro lugar, também o lucro, porque seus fundamentos assentara-se na recém-inaugurada economia de mercado, como resumidamente explica Elaine Nasif:

Além da queda do muro, nos anos 90, houve um conjunto de conclusões de economistas do FMI, do BIRD e do Tesouro dos Estados Unidos, a partir de reuniões realizadas em Washington D. C, denominado Consenso de Washington. Desse conjunto saíram recomendações para que os países em desenvolvimento adotassem políticas de abertura de seus mercados e implantassem o ‘Estado mínimo’, privatizando as atividades produtivas e reduzindo ao mínimo as inversões sociais, como forma de solucionar os problemas relacionados com a crise fiscal.(NASSIF, 2002).

Na visão de Noamy Chomsky, este novo modelo econômico possui regras próprias, a saber: “liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços

pelo mercado, estabilidade macroeconômica e a privatização” (CHOMSKY, 2002). Por essa regra, o Estado torna-se impotente para intervir nesta ordem em face do princípio da economia de livre mercado, onde o próprio mercado é quem dita as regras.

Observa-se posições estratégicas no mundo dos negócios das grandes corporações que traduziram os interesses das empresas multinacionais brotaram o que conhecemos como globalização. É óbvio que a locomotiva do novo pensamento econômico contaria com a “bênção” dos EUA e da Inglaterra, nações imperialistas no contexto mundial. Assim foi no governo do ex-presidente americano, Ronald Reagan e da primeira Ministra da Inglaterra, Margaret Thatcher, que inauguraram o que atualmente se denomina de globalização econômica, neoliberalismo, ou mesmo liberalismo econômico.

Neste sentido, ainda salutar a lição de Noamy Chomsky, segundo o qual:

Os ‘grandes arquitetos’ do Consenso (neoliberal) de Washington são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação e políticas e a estruturação do pensamento e da opinião. Os Estados Unidos têm um papel especial nesse sistema, por razões óbvias. (CHOMSKY, 2002).

84

Estabelecida, portanto, a nova ordem econômica mundial, a flexibilização dos direitos sociais será o seu braço operacional. Este parece ser o espírito do neoliberalismo econômico.

A flexibilização dos direitos sociais ou a adaptação do direito laboral à nova ordem econômica mundial, tornou-se objeto de discursões calorosas no cenário acadêmico, empresarial e, sobretudo, entre as categorias profissionais e econômicas por serem os atores da relação jurídica tipificada nos artigos 2º, 3º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Neste sentido, Soares Filho, com a precisão científica que lhe é peculiar, aborda a questão da flexibilização do trabalho e do cenário de crise provocada pela globalização econômica. Segundo o eminente professor:

O direito vive uma crise sem precedentes, no plano geral das relações laborais. Aponta-se, como causa fundamental, a transformação por que passa o sistema econômico mundial, caracterizada pela globalização da economia, que traduz uma das facetas do neoliberalismo. Apregoa-se o caos nas relações de trabalho, com o fim da estabilidade no emprego e do próprio

contrato de trabalho, o completo esvaziamento dos sindicatos, dos organismos nacionais e internacionais, incumbidos da proteção do trabalhador, a extinção da Justiça do Trabalho e até do direito do trabalho. (SOARES FILHO, 2003, p. 158-159)

Analisando a questão da flexibilização laboral à luz da Teoria Geral do direito, há uma incongruência teórico-científica que não permite um desenvolvimento razoável da retórica neoliberal. Senão, vejamos.

Inicialmente, explica José Catharino que: “flexibilização é expressão antônima de rigidez ou enrijamento. Flexibilizar é fazer do rígido flexível, ou o que já o é mais ainda” (CATHARINO, 1997, p. 49), neste diapasão, não há como aplicar o termo em análise sob a ótica do Direito, porque este é um fenômeno que está presente em qualquer sociedade que apresente um mínimo de complexidade, daí porque mutável pela própria natureza, principalmente, na experiência brasileira, o direito do trabalho que na sua forma coletiva, através dos processos jurisdicional e negocial da produção da norma coletiva, tem o poder de criar regras peculiares que vão subordinar as categorias envolvidas no conflito coletivo. Tal capacidade de criar, confere aos um dinamismo espetacular e singular do direito coletivo, pois os atores fixam, renovam ou mesmo tornam sem efeito cláusulas existentes em outros instrumentos normativos. Esta evidência leva o Direito Coletivo diretamente para o alcance teórica tridimensional de Miguel Reale, segundo a qual, “todo direito nasce de um fato que é valorado pela sociedade” (REALE, 1980, p. 37), daí porque fato, valor e norma estão presentes em toda e qualquer indagação do direito.

Ainda, à guisa ilustrativa, Daubler, assegura esse extremo dinamismo do direito laboral quando assevera que “O direito do trabalho sempre foi uma matéria dinâmica. É suficiente lembrar a expressão de Otto Kahn: ‘no Direito do Trabalho’, uma semana é um período muito longo” (DAUBLER, *apud* REALE, 1980). Assim, os instrumentos normativos, de natureza econômica ou jurídica, são os exemplos cristalinos do dinamismo e da capacidade flexibilizatória das normas trabalhistas sob o prisma teórico-jurídico. Imaginar o contrário é fugir da ótica jurídica, o que não se constitui o objetivo do presente raciocínio.

Com efeito, se o direito (norma jurídica) é fenômeno dinâmico *ad natum* de uma forma geral, o direito do trabalho o é mais ainda em função de, no pólo coletivo, poder criar, alterar e extinguir cláusulas contratuais revestidas de coercibilidade.

Se no campo das relações coletivas de trabalho, as leis trabalhistas se configuram como dinâmicas, ao passo em que são criadas segundo os interesses dos atores e sofrem mutações a cada período de sua vigência, no campo do direito material também o é. Não há exceção à regra. Neste sentido, exemplifica Arnaldo Sussekind que:

Além das hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal de 1988, referidas na Seção VIII do Capítulo anterior, que concernem aos dois pólos fundamentais de contrato de trabalho - salário e duração de trabalho - a Lei nº 4.923 de 1965, facultou a redução geral e transitória dos salários até 25%, por acordo sindical, quando a empresa for afetada substancialmente em situações excepcionais da conjuntura econômica, enquanto a legislação sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) conferiu ampla liberdade ao empregador para despedir seus empregados, salvo quando, excepcionalmente, estiverem amparadas pela estabilidade no emprego (Lei nº 5.109, de 1966, substituída pela Lei nº 8.036, de 1990). (SUSSEKIND, 2002).

Esta é a flexibilização jurídico-laboral. É a flexibilização que se confunde com a própria essência e a razão de ser do direito do trabalho e sob a qual não deve pairar qualquer tipo de manifestação legal que não seja mutável, até porque, como diz Kátia Magalhães Arruda:

Nesse contexto, flexibilizar direitos é permitir uma maior amplitude de opções de negociação entre partes envolvidas, sendo uma concepção contemporânea real, diferentemente da diminuição e exclusão de direitos, que aprofunda a desigualdade jurídica e econômica dos trabalhadores. (ARRUDA, 1998).

Com efeito, o termo flexibilização dentro da perspectiva neoliberal, parece não entoar com o sentido jurídico que acima demonstramos, como explica José Catharino:

No campo específico das relações de trabalho a 'flexibilização' normativa, destinada a adequar o sistema de produção à realidade modificada, de modo a assegurar o desenvolvimento econômico, pode acarretar - o que está ocorrendo - redução de caráter protetor da legislação do trabalho, pondo em divergência economistas e juristas. (CATHARINO, 1997).

Observe-se que o sofisma do problema está exatamente no sentido diverso que se emprega ao vocábulo flexibilização. Enquanto sob a ótica da teoria geral do direito,

admite-se a forma mutante e dinâmica do direito laboral, no discurso econômico-imperialista, o sentido é um só: Redução de Direitos. Fica claro, portanto, que há que se fazer uma separação entre o “trigo e o joio”, para não cairmos no codilho de uma flexibilização generalizada, como bem esclarece Ivo Dantas:

Em outras palavras, o denominado modelo do Estado Neoliberal deveria provocar, exatamente, uma Reforma do Estado fundada, principalmente, em 2 (dois) pontos: a) Transferência de serviços que, até então se achavam sob a responsabilidade do Estado, com a mudança estrutural deste, ocorreria o fenômeno da desestatização; b) A redução dos direitos sociais e previdenciários, o que ocorreria através do corte, via flexibilização, dos denominados direitos sociais e trabalhistas (sobretudo, no tocante às normas referentes ao contrato de trabalho), chegando alguns até a falar em ‘deslegalização da legislação social’, como é o caso de José Eduardo Farias. (DANTAS, 1994).

A flexibilização trabalhista como redução dos direitos sociais, importa em utopia científica na teoria geral do direito, pois não há o menor sentido científico na junção dos termos flexibilizar e reduzir. Um não se confunde com outro. Um importa em subtrair (reduzir) e outro (flexibilizar) importa em criar e ou alterar.

87

No cenário científico em que se encontram, a flexibilização e o Direito, é possível traçar algumas distinções:

a) A flexibilização surgiu como uma imposição de modelo econômico dos países ricos para os periféricos, o direito surge como fenômeno social presente, portanto, em qualquer grupo social;

b) A flexibilização objetiva o implemento de uma economia mercadológica sob a liderança de nações imperialistas, o direito objetiva a paz e o bem estar social através da aplicação do direito positivo;

c) A flexibilização, como instrumento da globalização, tem o lucro como objetivo maior, no núcleo do direito está o homem como sua principal razão de ser enquanto criado pelo próprio Estado;

d) A flexibilização ou globalização é excludente para os que dela não se valem, o direito é coercível é *erga omnes*, não admite recusa;

e) A flexibilização ou globalização tem como paradigma teórico a Escola de Manchester onde se destacam Adam Smith, Thomas Robert e David Ricardo e Baptiste

Say, o direito está presente em toda literatura da mais remota civilização, confundindo-se com a própria história do homem.

As distinções acima denotam que, ao menos do ponto de vista teórico-conceitual, a globalização econômica ou flexibilização laboral, não pode coexistir com direito muito menos a ele se assemelhar diante da sua magnitude científica (é ramo do saber) e a globalização é retórica econômica falível no tempo.

Com efeito, não há como negar o cenário de crise que envolve o Direito do Trabalho: seus princípios protetores estão sendo postos à prova pelos fundamentos da globalização econômica, na medida em que esta, num plano vertical é imposta aos sistemas governamentais do presente século.

Alberto de Souza, com a visão focada para essa realidade corrobora que: “a ninguém é dado negar que a sociedade contemporânea, particularmente nas últimas duas décadas, presenciou incisivas transformações”. (SOUZA, 1998)

O neoliberalismo, através de sua reestruturação produtiva (da era transicional da acumulação flexível), com dotes de forte caráter destrutivo - conforme magistério de Ricardo Antunes - tem desenvolvido, entre tantos aspectos nefastos, um monumental desemprego que atinge a humanidade que trabalha em escala globalizada. A crise do capitalismo real deste fim de século e de milênio é uma das mais perversas de todos os tempos. Prova inequívoca de que a saída não está no capitalismo. É preciso entender: da Inglaterra à Espanha, da Rússia à Índia, para não se falar no Brasil, quanto mais se avança na competitividade e na “integração mundial”, mais explosivas tornam-se as taxas de precarização, exclusão e desemprego”.(ANTUNES, 2002)

No Brasil, o a experiência flexibilizadora dos direitos sociais, rotulou-se de “reforma da CLT” ou mesmo “reforma trabalhista”.

O pensamento reformista brasileiro, como não poderia deixar de ser, foi encabeçado pela elite empresarial da Avenida Paulista, em São Paulo. Juristas de tendência empresarial como Otávio Bueno de Magano, Luiz Carlos Amorim Robortela, Ives Gandra Filho, dentre outros, deram o tom da parada neoliberal da reforma trabalhista brasileira.

De uma forma geral, na proposta de “reforma” estavam presentes: a) redução dos direitos materiais; b) a quebra do Poder Normativo; c) a reforma da Justiça Trabalhista e; d) a reforma Sindical.

O argumento “plausível” para justificar as reformas era a criação de novos postos de trabalho e a diminuição dos encargos sociais incidentes sobre a folha de pagamento. Com a redução dos encargos trabalhistas e cortes de conquistas sociais significativas da classe trabalhadora, abria-se espaço para o surgimento do crescimento econômico.

Numa visão tosca, o país parece não crescer “por causa da CLT”. A cantiga

reformista induz a jogar pedra na CLT, atribuindo a ela a culpa pelo atraso na economia brasileira. Bastante óbvio, nesta perspectiva, uma que a Consolidação das Leis do Trabalho, elenca o mínimo de direitos e princípios protetores da classe operária, tais como, irredutibilidade e intangibilidade salarial, férias, 13º salário, adicionais noturno, insalubridade etc.

Com efeito, na prática assim não parece ser. Tanto assim que Dallegrave Neto, assinala com muita propriedade que:

A flexibilização importa, inevitavelmente, a precarização das relações das relações sociais do trabalho. Direitos outrora conquistados arduamente são abruptamente exterminados. Tudo em nome da ‘modernização’ e da competitividade que afetaram os contratos de trabalho. (DALLEGRAVE NETO, 2010).

A história da flexibilização trabalhista no direito brasileiro teve seu auge no Governo de Fernando Henrique Cardoso, que conseguiu implementar medidas liberais de impacto no direito material do trabalho, como lembra Arnaldo Sussekind:

Para justificar sua política trabalhista, que não procura conciliar os interesses econômicos com as necessidades sociais, o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, invoca equivocadamente, duas causas: a) os elevados encargos sociais incidentes sobre os salários; b) a inflexibilidade das normas que regem a relação de emprego. (SUSSEKIND, 2002).

Note-se que o termo inflexibilidade neste sentido, configura-se como o sofisma neo-liberal para justificar as reformas precárias, pois não há ramo do direito mais

flexível do que o trabalho, como já exemplificamos alhures. Neste sentido, ainda na palavra abalizada de Arnaldo Sussekind:

Quanto ao alegado engessamento das normas trabalhistas brasileira, ao contrário do que se alega, é indesmentível que o sistema legal foi objeto de flexibilização em importantes aspectos da relação de emprego. Além das hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição de 1988, que concernem aos dois pólos fundamentais de contrato de trabalho - salário e duração de trabalho - a Lei 4.923 de 1965, facultou a redução geral e transitória dos salários até 25%, por acordo sindical, quando a empresa for afetada substancialmente em situações excepcionais da conjuntura econômica, enquanto a legislação sobre o FGTS conferiu ampla liberdade ao empregador para despedir seus empregados, salvo quando, excepcionalmente, estiverem amparadas pela estabilidade no emprego (Lei nº 5.109 de 1966, substituída pela Lei nº 8.036, de 1990) (grifo nosso). (SUSSEKIND, 2002).

As medidas reformistas na legislação trabalhista brasileira devem ser analisadas sob as realidades quase peculiares do operário brasileiro: a) baixo nível salarial; b) baixo nível de escolaridade e, conseqüentemente; b) excluído da cidadania participativa. Sob uma análise crítica das inovações na legislação trabalhistas, Dallegrave Neto, destaca e comenta:

1) Lei nº 9.601/98 flexibiliza o acordo de compensação de jornada que passa a ter um banco de horas quadrimestral e introduz o contrato por prazo determinado sem qualquer vinculação a fatos de índole transitória em flagrante alargamento das hipóteses taxativas previstas no art. 443, parágrafo 2º da CLT. Não bastasse tal distorção, a nova espécie de contratação a prazo diminui de uma só vez o FGTS em 75% (de 8% passa para 2%) e em 50% as contribuições sociais (Sesi, Sesc, Senai, Senac, Sebrae etc.); 2) Leis nos.8949/94 e 9.608/98 regulamentam, respectivamente, o serviço prestado em cooperativa e o trabalho voluntário, afirmando que nenhum deles enseja o reconhecimento de vínculo empregatício; 3) Medida provisória nº 1.709 de 7.8.98 introduz o art. 58-A na CLT admitindo a contratação a tempo parcial com o pagamento salarial proporcional à jornada e a possibilidade do empregado a tempo integral optar pelo novo regime com a correspondente diminuição do valor do salário. Em qualquer dessas hipóteses o empregado tem ainda sua duração de férias diminuída em relação aos demais empregados celetistas; 4) Medida provisória nº.1779/99 introduz o art.476-A da CLT criando uma nova modalidade de suspensão contratual com diminuição de salário e ausência de recolhimento de FGTS e do INSS durante o período de vigência. A medida contempla o uso da verba da FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) para viabilizar a suspensão que é de interesse do empregador; 5) Lei nº.9.958 de 13.1.2000 implementa as Comissões de Conciliação Prévia que dificultam o livre acesso do empregado à Justiça do Trabalho e ainda possibilitam acordos extrajudiciais com eficácia liberatória. (DALLEGRAVE NETO, 2010).

Os Direitos Sociais têm seu porto seguro a Constituição Federal, precisamente no artigo sétimo. Neste sentido, não se trata de uma afronta ao positivismo Kelseniano, mas, pelo contrário, busca-se uma visão sob o aspecto da filosofia do direito.

O Direito Positivo quando socialmente inserido como fato social, traz consigo o Direito Natural que, por sua vez, são também denominados de Direitos Fundamentais. São, dentre outros, o direito à vida, à honra, à dignidade, ao lazer, ao trabalho, à moradia etc. Afonso da Silva, explica que:

Os direitos Sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexas com o direito de igualdade. Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 1995).

Na história constitucional brasileira, verifica-se que os direitos sociais tiveram um tratamento especial do legislador no sentido de proteger tais direitos dando-lhe albergue especial. Assim foi nas Constituições Federais de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1998.

Ademais, a Carta Política de 1988, seguindo a tradição das demais, tratou de proteger os direitos sociais de forma detalhada, conferindo ao direito laboral um capítulo inteiro (o capítulo II), abordando as garantias mínimas para a relação de emprego.

Ivo Dantas, constitucionalista de relevo no cenário jurídico nacional, ao tratar a matéria da aplicação das ideias neoliberais no sentido de flexibilizar (reduzir) os direitos trabalhistas, chama o problema para o aspecto constitucional. E o faz com inteira razão, porque o Trabalho tem o *status* de figura constitucional: Não pode receber pelo estudioso ou mesmo pelo legislador, o tratamento que é dado ao credor quirografário no processo falimentar como fazem alguns (DANTAS, 1994). Quer queiram ou não, o direito do trabalho tem seus princípios próprios, a relação trabalhista terá sempre um hiposuficiente como parte, o que autoriza, inclusive, um tratamento diferenciado no aspecto processual. Tais peculiaridades incomodam economistas e juristas da economia

de mercado, a medida em que teorizam a relação contratual trabalhista para o âmbito do antigo direito privado dos romanos. Diz o mestre:

Indagar-se da possibilidade de adoção destas medidas pelo Estado Brasileiro, implica em que sejam elas analisadas sob a irrenunciável óptica constitucional, o que se justificará, pelas razões seguintes, a saber: a) existe uma relação irrenunciável entre a norma constitucional e os fatos econômicos; estes juntamente com os demais seguimentos da Ordem Social, elementos condicionadores do conteúdo da denominação da Constituição Econômica; b) irrenunciável perspectiva constitucional, dentro de um Estado Democrático de Direito, ocorre em decorrência do princípio da Supralegalidade Constitucional, segundo o qual nenhuma norma jurídica (ou ato jurídico) poderá ser produzida sem que se considere, exatamente, a posição de destaque que caracterize a Constituição vista com Lei Maior, sob pena de inconstitucionalidade, tornando inválido qualquer comportamento que a fira, seja materialmente, seja formalmente. (DANTAS, 1994).

Como se vê, o status constitucional que é atribuído ao Direito do Trabalho brasileiro, não permite que se faça uma análise coerente do mesmo sem levar em consideração os princípios fundamentais da República, encravados no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, que peço vênias para transcrever:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Município e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Salienta-se, na transcrição supra, o Trabalho como fundamento da própria República. No Capítulo II da Constituição Federal de 1988, reservado para os Direitos Sociais, o constituinte, nos artigos 6º e 7º, consagrou definitivamente os direitos trabalhistas. Enumerou uma pauta mínima desses direitos que não podem ser subtraídos pelo poder reformador ou mesmo pelo legislador ordinário, porque possuem o status inegável de cláusula pétrea na forma dos princípios fundamentais da República, consagrados no artigo 1º da Constituição Federal.

Neste diapasão, não podem ser objeto de reformas que tenham por objetivo reduzir as conquistas sociais constantes expressamente no texto constitucional. Neste diapasão, Alberto de Souza, ao discorrer sobre o tema assevera que:

A Constituição fala expressamente em Direitos Sociais. O catálogo constitucional dos 'Direitos Sociais', como esclarece com bastante lucidez, Pinto Ferreira, não é exaustivo, mas apenas exemplificativo. É um rol

mínimo dos referidos ‘Direitos’ que não pode, nem deve, ser diminuído pelo legislador, reformador ou ordinário. (SOUZA, 1998).

O modelo flexibilizatório laboral, como sendo um instrumento para implemento da ordem econômica mundial (Globalização), é incompatível com os ideais protetores assentes nos direitos sociais e, por isso, não deve ser tomado como parâmetro para reforma trabalhista, por dentre outros motivos, por que:

1) O Neoliberalismo econômico prega o retorno das ideias liberais antigas de Smith, aprofundando as injustiças naturais advindas do desequilíbrio econômico entre o capital e o trabalho, mormente quando aumenta o fosso entre ricos e pobres;

2) No centro da doutrina neoliberal está o lucro em detrimento do ser humano, contrariando a razão de ser da ordem jurídica à luz dos direitos humanos;

3) A ordem econômica liberal, afronta sem dúvida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, na medida em que propugna a desregulamentação das conquistas sociais dos trabalhadores;

4) No aspecto constitucional pátrio, os direitos sociais estão protegidos pelos Artigos 1º, 6º e 7º da Constituição Federal, não podendo ser abolidos em função de serem cláusulas pétreas e, finalmente, no dizer de Arnaldo Sussekind:

5) “Não é possível conceber a civilização à margem do direito; mas tão pouco poder-se-á qualificar de civilização um mundo ou um país em que o direito seja iníquo. Urge pôr a economia a serviço da humanidade”. (SUSSEKIND, 2002)

Com efeito, se a crise do direito material passa pela redução dos direitos sociais via implemento no sistema positivo de regras neoliberais, no campo das relações coletivas, a organização sindical também não fica imune. A crise no sistema sindical é uma realidade e atinge o seu núcleo: representatividade.

Contribui para isso a proliferação de sindicatos pelegos, arraigados na asquerosa contribuição sindical que, na prática, não passa de dinheiro público para sustentar “sindicatos” sem a menor representatividade, o desemprego em grande escala, a precarização do emprego formal através da terceirização fraudulenta, a fragilidade e incongruências do sistema de liberdade sindical.

Orestes Dalazen aborda com muita propriedade a crise do sindicalismo contemporâneo. E menciona:

É consensual que, no limiar do século XXI, exibimos ainda hoje uma organização sindical anacrônica e bastante insatisfatória. Sindicatos de fachada aos borbotões, inúmeros criados sob o estímulo de sobrevivência à custa de recursos públicos, notadamente da famigerada contribuição sindical. A par da proliferação de muitos sindicatos burocratas, e até por isso, apresentamos uma baixíssima taxa de sindicalização, por sua vez em franco declínio. Não bastasse isso, nota-se um quadro de enfraquecimento do movimento sindical no âmbito universal, decorrente da política econômica neoliberal. [...] Some-se a esse cenário a necessidade de tomar-se em conta também os interesses do Capital, que luta legitimamente para reduzir os custos de mão-de-obra, a fim de tornar mais competitivos os seus produtos e serviços. (DALAZEN, 2005).

No mesmo sentido, Soares Filho, assinala que:

A crise de identidade do sindicato está vinculada à crise econômica, que provocou uma radical modificação das estratégias tradicionais das organizações sindicais, as quais vieram a atenuar os níveis de reivindicação e concentrar sua ação em matérias de caráter mais defensivo, tais como as pertinentes a conquista do direito à informação e à consulta na planificação de políticas empresariais com repercussão na ocupação ou a intervenção e a participação na gestão dos efeitos da crise sobre as relações de trabalho. (SOARES FILHO, 2011).

94

Seguindo o pensamento de José Soares Filho, parece-me lógico pensar que a crise do sindicalismo contemporâneo resulta do modelo econômico imposto pelo capitalismo reinante e por seus agentes instrumentais, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento Econômico, cujo destino não é outro, senão, o de criar desemprego e aprofundamento das desigualdades sociais.

Assinale-se que o efeito imediato do desemprego para o sindicalismo é a falta de associado. Enquanto mais desemprego, conseqüentemente, mais agudo será o esvaziamento do sindicato. Neste contexto, coerente é a lição de Wagner D. Giglio:

No setor jurídico trabalhista em que se situam os sindicatos o problema notoriamente mais grave é o do desemprego, que infelicita, em maior ou menor grau, todos os países do mundo com raríssimas exceções. Os países da América Latina estão e entre os mais afetados, porque a abertura de novos postos de trabalho depende principalmente do desenvolvimento industrial e este necessita desesperadamente de investimentos. O maior desafio à atuação sindical, contudo, será vencer o fantasma do desemprego. De todos os estudos sobre esse tema, parece-nos que as propostas com maiores possibilidades de sucesso passam. Necessariamente, pela diminuição das

jornadas de trabalho, para facultar a contratação de maior número de trabalhadores, e pelo investimento na estrutura técnica dos trabalhadores para habilitá-los ao exercício das novas funções requeridas pelo progresso tecnológico. Na luta para alcançar esses objetivos a atuação sindical desempenhará um papel importantíssimo. (GIGLIO, 2003).

Ainda sobre a crise do sindicalismo, há que se salientar que o modelo hodierno, baseado na dualidade clássica que eternizou a luta de classes entre proletariado e burguesia, parece se diluir a tal ponto que o capitalismo globalizante vem criando instrumentos afastam o próprio Estado como ente regulatório supremo das relações coletivas, como observa-se recentemente com o novo dissídio coletivo de natureza econômica que, na prática, propiciou a quebra do por normativo da Justiça do Trabalho ao instituir o pressuposto do “comum acordo” para o seu exercício, isto é, o suscitado não poderá mais acionar por iniciativa própria a categoria econômica para requerer a tutela jurisdicional do Estado. Em outras palavras, suprimiu o princípio da jurisdição consagrado no artigo 5º, XXXV da Carta Magna. A modernização da crise do capitalismo, globalização, a precarização das relações individuais que criam novos institutos que objetivam a privatização das relações trabalhistas, deságuam na queda de paradigma da representatividade dos sindicatos.

Everaldo Gaspar fornece os novos elementos doutrinários dessa crise sob uma perspectiva do direito do trabalho na pós-modernidade. De fato, os fundamentos teóricos do mestre da faculdade de direito do Recife, ao abordar o papel dos sindicatos na crise da pós-modernidade, apontam para elementos e valores culturais da sociedade moderna que rompem com os objetivos do sindicalismo clássico, conforme ele acentua:

Quais são esses fenômenos e valores culturais da Sociedade pós-industrial capazes de promover teorias e práticas sindicais distanciadas do velho discurso obreirista? a) A verticalidade teórica-prática do fenômeno associativo típico da sociedade industrial é o primeiro obstáculo a ser enfrentado - entendendo-se como tal a estrutura organizacional e suas práticas, ações e métodos de comunicação dirigidos exclusivamente à centralidade do mundo industrial e sua dicotomia operário padrão; b) O domínio do setor de serviços como obstáculo ao discurso sindical; c) a fenomenologia do trabalho formal no contexto da sociedade pós-moderna; d) Os modelos comunicacionais e contemporâneos; e) Os métodos e técnicas de gestão administrativa no contexto do sindicalismo.(ANDRADE, 2005).

A certeza que temos é que a organização sindical brasileira, oriunda do sistema originário da Carta de 1937, tornou-se num grande negócio, onde a rentabilidade

financeira, oriunda da distribuição do imposto sindical, é o maior atrativo de grupos que se apoderam dos sindicatos, tornando-os um verdadeiro feudo financeiro, com garantias hereditárias. Acrescente-se o fato de que, apesar de vedado pela norma consolidada, o viés político partidário é uma realidade.

O sindicalista de hoje é o parlamentar de amanhã. Neste sentido, o sindicato funciona como o braço operacional e um o trampolim de ingresso para bem remunerada atividade parlamentar. Para tais sindicatos, a representatividade da classe que representa é apenas um rótulo, uma designação protocolar na forma da lei, em detrimento do sindicalismo autônomo, independente e representativo.

Esse é, resumidamente, o quadro de crise pelo qual passa o sindicato contemporâneo. Contudo, a revitalização do sindicato, neste contexto, passa, não apenas pela reforma do modelo instituído em 1937, tal como introduzido na Constituição da República de 1988, mas sim pelo rompimento total do corporativismo sindical clássico, onde, sobretudo, reine, de fato, um modelo livre, autônomo e independente, nos moldes cristalizados pela Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho.

96

Referências

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Teoria geral do estado**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 52

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **As Antinomias do artigo 8º. Da Constituição Federal. Um contraponto à doutrina dominante**. Revista do TRT 8ª Região. Belém, v. 44, n. 86, 2011. p. 1445.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005. p. 92-94.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 165.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998. p. 104.

BARROS, Cássio Mesquita *apud* FREDIANI, Yoni. Liberdade Sindical. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, nº 114, 2004. p. 154.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2012.

BRASIL. Súmula do Supremo Tribunal Federal. **Vade Mecum**. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 1108.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização**. São Paulo: LTr, 1997. p. 49.

CHOMSKY, Noamy. **O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e a ordem global**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 39.

DALAZEN, Oreste João. Reflexões sobre o poder normativo da justiça do trabalho e a EC nº 45/2004. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 120, 2005. p. 100

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Transformações das relações de trabalho à luz do neoliberalismo**. Acervo eletrônico doado ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em 03/12/2010. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_16.asp>. Acesso em: 22 set. 2012.

DANTAS, Ivo. **Constituição federal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 105.

FREDIANI, Yoni. Liberdade Sindical. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, nº 114, 2004. p. 155.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Médoto, 2007. p. 803.

GIANNOTTI, Vito. **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 130.

GIGLIO, Wagner D. O sindicalismo diante da crise. **Revista Jurídica de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, v. 20, nº 235, 2003. p.7-14.

GOMES, Orlando. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986. p. 166.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 731.

NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho**. Dissertação de Mestrado da Universidade Católica de Minas Gerais, 2000. Disponível em: <http://server05.pucminas.br/teses/Letras_NassifEN_1.pdf>. p. 29.

O'ROUKER, P. J. **A riqueza das nações de Adam Smith: uma biografia**. Tradução, Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 23.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 8. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 37.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasília, 1976. p. 21.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 173.

SOARES FILHO, José. **Elementos da ordem jurídica internacional e comunitária**. Curitiba: Juruá, 2003. p.158-159.

SOUZA, Sérgio Alberto de. **Direito, globalização e barbaria: estudos críticos de temas de direito do trabalho e de direitos humanos sob a ótica de uma leitura não liberal**. São Paulo: LTr, 1998. p. 67.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57.

TRENTO, Ângelo. **Do outro lado do Atlântico um século de imigração italiana no Brasil**. São Paulo: Nobel, Instituto di cultura Italiana, 1988.

Data de Submissão: 30/10/2014

Data de Aprovação: 09/03/2015.

Direito Ambiental do Trabalho: a ampliação do seu objeto, a partir de uma nova pauta hermenêutica, de novos fundamentos teórico-filosóficos e teórico-dogmáticos.

Environmental Law of Work: the expansion of its object, from a new hermeneutic agenda, new theoretical-philosophical and theoretical-dogmatic foundations.

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade¹
Jailda Pinto²

Resumo: Este artigo tem como objeto o Direito Ambiental do Trabalho. Objetiva, inicialmente, problematizar e refutar a doutrina jurídico-trabalhista clássica, que condiciona a proteção aos afetados, nas suas condições físicas e psíquicas, aos trabalhadores subordinados. Questiona a prevalência de uma abordagem reducionista, centrada nas crises do sindicalismo contemporâneo, vinculada ao sindicalismo reformista e que omite a luta emancipatória. Busca demonstrar que o Direito do Trabalho, em sua tríplice visão, individual, sindical e internacional, para superar a obsolescência dessa mesma doutrina, no tocante aos afetados pelo meio ambiente do trabalho, dentro e fora dele – em virtude das agressões ao meio ambiente e à natureza desencadeadas pelo modo de produção destrutivo, deve partir do deslocamento do objeto do Direito do Trabalho - do trabalho subordinado, do sindicalismo de raiz reformista - e ampliar os cânones da proteção e a luta operária, para que as relações locais, regionais e supranacionais possam abarcar os clandestinizados, os emigrantes e os afetados pelo desemprego estrutural e, sobretudo, para reconhecer que a gênese das enfermidades profissionais está na própria natureza do trabalho subordinado. O estudo aponta para duas propostas teóricas confluentes. Uma visão teórico-filosófica, outra, teórico-dogmática, dirigidas à efetividade dos direitos fundamentais vinculados ao Direito Ambiental do Trabalho.

99

Palavras-chave: meio ambiente do trabalho, direitos fundamentais, sindicalismo reformista, sindicalismo revolucionário, enfermidades profissionais, desemprego estrutural, trabalhador clandestino, teorias dos movimentos sociais.

Abstract: This article is the Environmental Law Labour object. Aims initially discuss and refute the classical labor-legal doctrine that limits the protection to those affected in their physical and psychological conditions, to subordinate workers. Questions the prevalence of a reductionist approach centered on the crisis of contemporary unionism linked to reformist syndicalism and omits the emancipatory struggle. Seeks to demonstrate that the Labour Law, in his threefold vision, individual, union and international, to overcome the obsolescence of that doctrine with regard to those affected by the work environment, inside and out - because of the strain on the environment and the nature triggered by destructive way of production, should the displacement of the object of

¹Doutor em Direito pela Universidade de Deusto (2002). Atualmente é professor da Universidade Federal de Pernambuco. Recife/PE Recife/PE – Brasil. E-mail: egasparandrade@uol.com.br.

² Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE, em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ), Procuradora do Trabalho. Recife/PE – Brasil. E-mail: jaildaulidia@hotmail.com.

labor law, the subordinate work, syndicalism reformist roots and extend the canons of protection and the workers' struggle, for local, regional and supranational relations can encompass the clandestinos, migrants and affected by structural unemployment and, above all, to recognize that the genesis of occupational diseases is in the nature of subordinate work. The study points to two confluent theoretical proposals. A theoretical-philosophical vision, other theoretical-dogmatic, addressed the effectiveness of fundamental rights linked to the Labour Environmental Law.

Keywords: environmental work, fundamental rights, reformist syndicalism, revolutionary syndicalism, occupational diseases, structural unemployment, illegal worker, theories of social movements.

Sumário: 1 Introdução. 2 A obsolescência da doutrina clássica sobre o meio ambiente do trabalho. 3 Direito ambiental do trabalho. Uma visão prospectiva. 4 O direito ambiental do trabalho. Uma visão multidisciplinar e centrada na teoria social crítica. 4.1 A passagem do sistema fordista/taylorista para o sistema de acumulação flexível. Os novos rituais de sofrimento e a morte lenta no trabalho. 4.2. As novas pautas sindicais. Para além do sindicalismo reformista, os caminhos do novo internacionalismo operário 5 As proposições teórico filosóficas e teórico-dogmáticas para redefinir o direito do trabalho. O direito ambiental do trabalho na categoria dos direitos constitucionais fundamentais. 6 Conclusões. Referências.

1 Introdução

100

Este artigo foi escrito a quatro mãos e aponta para duas variáveis que se unem: resulta, inicialmente, das preocupações acadêmicas estampadas no Projeto de Pesquisa apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PINTO, 2013), quando da seleção de mestrado e que se encontra em pleno desenvolvimento; vincula-se às proposições teórico-filosóficas defendidas por um dos seus autores que, a partir de uma nova pauta hermenêutica, redefine o objeto do Direito do Trabalho e reestrutura os seus fundamentos.

A primeira põe em relevo o Direito Ambiental do Trabalho, no contexto das relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho. Mas, para ir “além da dogmática jurídica, da doutrina da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Direito Comunitário”, necessitou valer-se daquele marco teórico-filosófico, sem o qual não teria sido possível apontar os caminhos para uma versão teórico-dogmática capaz de ampliar os cânones do Direito Ambiental do Trabalho.

DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO: A AMPLIAÇÃO DO SEU OBJETO, A PARTIR DE UMA NOVA PAUTA HERMENÊUTICA (...)

EVERALDO G. L. DE ANDRADE E JAILDA PINTO

Embora haja estudos acerca do Direito Ambiental do Trabalho, inclusive avanços promovidos no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, em especial com a Convenção 155, as doutrinas permanecem arraigadas aos moldes do pensamento do século XIX, voltadas para o contrato individual de trabalho, limitadas aos empregados formais e ao sindicalismo de raiz reformista, que deixa de lado as lutas libertárias.

As metamorfoses e as rupturas que vêm ocorrendo no mundo do trabalho, aliadas às crises que afetam o sindicalismo contemporâneo, atestam a necessidade da reconfiguração teórico-dogmática do Direito do Trabalho, nas suas respectivas dimensões: individuais, sindicais e internacionais.

É nesse contexto que se impõe uma versão analítica diferente e que siga três variáveis:

- a) a redefinição do objeto deste campo do conhecimento jurídico, do trabalho livre/subordinado para ir ao encontro de todas as alternativas de trabalho e rendas compatíveis com a dignidade humana;
- b) a aliança entre os movimentos reivindicativos e/ou reformistas com os movimentos contra-hegemônicos;
- c) uma perspectiva supranacional das relações individuais e sindicais, capaz de superar as versões difundidas pela Organização Internacional do Trabalho, pela União Europeia e pelo Mercosul, centradas na postura reducionista ou exclusivista do trabalho subordinado, no sindicalismo de raiz reformista e nas composições negociadas (OIT) ou legisladas (União Europeia e Mercosul).

101

Uma investigação dessa natureza implica, por outro lado e como convém a um estudo acadêmico, problematizar aqueles fundamentos tradicionais do Direito do Trabalho, na medida em que impõe aos autores deste artigo, responder aos seguintes desafios:

- a) se os estudos desenvolvidos pela doutrina juslaboralista clássica, relativos ao Meio Ambiente do Trabalho ou ao Direito Ambiental de Trabalho, têm como pressupostos o trabalho subordinado e o sindicalismo reformista; se as propostas teórico-dogmáticas que provêm da Organização Internacional do

Trabalho (OIT) e da União Europeia estão centradas também naquelas mesmas categorias, este campo do conhecimento jurídico teria condições de abarcar os trabalhadores clandestinos e os atingidos pelo desemprego estrutural, os imigrantes e os marginalizados de todo o gênero, vítimas também de um meio ambiente de trabalho desfavorável à sua saúde e ao seu bem estar físico e psíquico?

- b) É possível encontrar estudos consistentes que questionam a teoria organizacional conservadora e a coloque diante da teoria organizacional crítica, a fim de que seja possível estabelecer uma compreensão adequada sobre as novas formas de exploração e de comprometimento à saúde do trabalhador, em virtude das novas tecnologias da informação e da comunicação e o seu caráter ideológico, que procura evangelizar uma pseudoliberalidade de trabalho atribuída àqueles vinculados ao trabalho imaterial ou ao trabalho do conhecimento?
- c) Diante do discurso que prevalece no âmbito do sindicalismo reformista, é possível, como defende a Teoria Social Crítica, estabelecer uma luta sindical que ultrapasse as reivindicações de caráter trabalhista, para alcançar a defesa do meio ambiente e da natureza e vá além do Meio Ambiente do Trabalho?
- d) É possível reescrever os sentidos do Meio Ambiente do Trabalho e os fundamentos do próprio Direito Ambiental do Trabalho a partir das rupturas de paradigmas que vêm sendo formulados por novos pesquisadores que seguem esta mesma pauta hermenêutica e estes mesmos fundamentos teórico-filosóficos?

102

Tais problematizações impulsionaram a elaboração de um estudo que se desloca da doutrina jurídico-trabalhista clássica, afasta-se da sua obsolescência para, em seguida, apontar em termos epistemológicos, novos fundamentos para legitimar, em termos teórico-dogmáticos, os sentidos do Meio Ambiente do Trabalho e, nesta direção, apresentar fundamentos que justifiquem o Direito Ambiental do Trabalho, tendo ambos, como a *priori*: a superação do paradigma tradicional - subordinação da força do trabalho ao capital, a

prevalência do sindicalismo de raiz reformista, a versão reducionista de um meio ambiente circunscrito ao “chão da fábrica” e à proteção apenas contra as possibilidades de enfermidades profissionais limitadas a estes mesmos espaços e ao trabalho dependente, subordinado ou por conta alheia.

2 A obsolescência da doutrina clássica sobre o meio ambiente do trabalho

A doutrina é escassa em relação à temática Direito Ambiental do Trabalho, cujas bases teóricas ainda estão sendo desenvolvidas. Formular os seus fundamentos implica, antes de tudo, problematizar e a refutar os fundamentos da teoria jurídico-trabalhista clássica e seus reflexos nas relações individuais, sindicais e internacionais, sem os quais não é possível enquadrar este campo do conhecimento jurídico na categoria de Direito Humano Fundamental.

103

Por isso, objetiva-se aqui expor, a partir de uma análise crítica do direito ambiental tradicional, os aspectos gerais desse novo ramo do Direito, para chegar-se ao redirecionamento da tutela ambiental. Daí ser possível indicar as pistas para a reelaboração de novas proposições em torno da proteção jurídica do trabalhador e de todas as pessoas que pretendem viver do seu trabalho, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, bem como do Princípio da Proteção Social, como descrito por um dos autores deste artigo (ANDRADE, 2008, pp. 216 a 221).

Propor alternativas para redefinir o Direito Ambiental do Trabalho, como já assinalado, implica ir além do trabalho subordinado, do meio ambiente circunscrito e limitado ao “chão da fábrica”, das enfermidades decorrentes do trabalho executado nesse mesmo espaço, já que é possível identificar também os afetados e explorados no âmbito dos espaços virtuais ou os *infoproletários*³, transbordar o interior das organizações produtivas e se

³ Na era do denominado Capitalismo Cognitivo (COCCO; GALVÃO; SILVA, 2003), em que há uma supremacia do Trabalho Imaterial (GORZ, 2005; LAZZARATO, 2001), é preciso ressaltar o que Sílvia Viana

conectar com as novas possibilidades reivindicativas típicas do sindicalismo revolucionário contemporâneo. Este deve, por sua vez, incluir em suas pautas reivindicativas a defesa do meio ambiente como um todo, uma vez que o objeto do direito ambiental engloba uma adequada qualidade de vida para o homem no seu mundo histórico.

É necessário, portanto, expandir a noção de classe trabalhadora, para chegar-se à classe-que-vive-do-trabalho, isto é:

todos aqueles e aquelas que vendem sua força de trabalho em troca de salário, incorporando, além do proletariado industrial, dos assalariados do setor de serviços, também o proletariado rural, que vende sua força de trabalho para o capital. Essa noção incorpora o proletariado precarizado, o subproletariado moderno, *part time*, o novo proletariado dos McDonald's, os trabalhadores hifenizados de que falou Beynon, os trabalhadores terceirizados e precarizados das empresas liofilizadas de que falou Juan José Castillo, os trabalhadores assalariados da chamada "economia informal", que muitas vezes são indiretamente subordinados ao capital, além dos trabalhadores desempregados, expulsos do processo produtivo e do mercado de trabalho pela reestruturação do capital e que hipertrofiaram o exército industrial de reserva, na fase de expansão do desemprego estrutural (ANTUNES, 2009, p. 103-104).

104

A doutrina jurídico-trabalhista, ao não se conectar com a teoria social, torna-se incapaz de compreender as patologias psicofísicas decorrentes das novas formas de subordinação da força do trabalho ao capital. No contexto da Sociologia e da Psicologia do Trabalho, é preciso voltar-se especificamente para a Teoria Organizacional Crítica e à bibliografia que vem sendo construída a partir da década de cinquenta do século passado que, no entanto, é sempre ideologicamente "escondida"⁴.

chama de Rituais de Sofrimento (RODRIGUES, 2013), que resultam das novas alternativas de subordinação – sem chefe e sem espaço determinado, sendo responsáveis pelas mais diversas formas de patologias psicofísicas, completamente desconhecidas da era do Capitalismo Industrial ou os infoproletários, como consideram Ricardo Antunes e Ruy Braga (ANTUNES; BRAGA, 2009).

⁴ Neste aspecto, verificar: A Gestão como Doença Social. Ideologia, Poder Gerencialista e Fragmentação Social (GAULEJAC, 2007); A Perda da Razão Social do Trabalho. Terceirização e Precarização (DRUCK; FRANCO, 2007); A Produção Social da Loucura" (MARCONDES FILHO, 2003), para chegar-se às políticas de saúde mental e desvendar os aspectos que envolvem a Cidadania e Loucura. Políticas de Saúde Mental no Brasil (TUNDIS; COSTA, 2001).

Todos estes aspectos vão ao encontro de algo que Max Pagès (PAGÈS, 1987) costuma chamar de *Cultura e Poder das Organizações* e o impacto da Dominação das Multinacionais sobre os Indivíduos.

Se uma das formas mais cruéis de escravidão do trabalho é aquela centrada na exploração do trabalhador imigrante, é preciso também ressaltar que o movimento migratório somente pode ser desvendado quando se conecta com a Dialética da Colonização (BOSI, 1992), para demonstrar as mais diversas formas de violência a que estes trabalhadores estão sendo submetidos - os fronteiriços e aqueles que trabalham na estrada virtual, em várias regiões, ao mesmo tempo, sem saber sequer quem são os seus empregadores. Há, inclusive, denúncia de trabalhadores que estão sendo vendidos e comprados em feiras, na cidade de São Paulo.

3 Direito ambiental do trabalho. Uma visão prospectiva.

É exatamente esta nova pauta hermenêutica, centrada na Teoria Social Crítica, que torna possível redefinir os fundamentos tradicionais do Direito Ambiental do Trabalho para, em seguida, apontar novas possibilidades de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente, que ultrapassem a velha centralidade do trabalho praticada no interior das organizações produtivas, o que implica pressupor os seguintes objetivos: estudar a teoria tradicional e a teoria social crítica do Direito do Trabalho, do Direito Sindical, do Direito Internacional e Comunitário do Trabalho; analisar o tratamento dispensado ao Direito Ambiental do Trabalho na dogmática jurídica, bem como no âmbito dos processos de integração regional e da Organização Internacional do Trabalho – OIT; revisar as novas condições que permeiam a sociedade pós-industrial, o sindicalismo e o Novo Internacionalismo Operário; aprofundar as análises a respeito do Direito Ambiental do Trabalho e sua versão limitada à centralidade do trabalho subordinado; avaliar crítica e simultaneamente as fundamentações teórico-filosóficas e teórico-dogmáticas do Direito Ambiental do Trabalho.

No contexto do deslocamento do objeto do Direito do Trabalho, pode-se propor, tal como exposto na Introdução, uma nova visão para o Direito Ambiental do Trabalho, adaptada à dinâmica da sociedade pós-industrial e às diretrizes do Novo Internacionalismo Operário.

É preciso acrescentar, nessa direção, as Conferências de Estocolmo de 1972 e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento do Rio de Janeiro (ECO-92), como marcos na criação de uma teoria principiológica para o Direito Ambiental, estando nele englobado o Direito Ambiental do Trabalho⁵.

Consoante afirmou AFONSO (2011, p. 21):

A normatividade que se desenvolve em torno do fenômeno ambiental tem merecido atenção de doutrinadores que realizam trabalho de sistematização, mas ainda não há uma teoria do direito ambiental. Não se discutiu ainda sobre sua autonomia e sua natureza. Pode-se, todavia, afirmar que possui acentuada autonomia, tendo em vista a natureza peculiar de seu objeto – ordenação da qualidade do meio ambiente com vista a uma boa qualidade de vida – inconfundível com os objetos de outros ramos do Direito. Tem conotações íntimas com o Direito Público, porém seu objeto não pertine a uma entidade pública, ainda que seja de interesse coletivo. Poderia, por essa razão, ser um ramo do nascente Direito Coletivo ou do Direito Social.

106

O Direito Ambiental do Trabalho deverá promover uma reorientação da tutela ambiental, para alcançar a proteção jurídica de toda a classe-que-vive-do-trabalho, conforme retratada por Ricardo Antunes e sob a perspectiva do Princípio da Proteção Social (ANDRADE, 2008, p. 216 a 221).

Além da proteção da fauna, da flora, das florestas, de uma vida rural e urbana livre de poluição, deve-se destacar o processo produtivo sustentável, que tenha com pressuposto a

⁵ Nesses eventos foram elaborados os paradigmas essenciais para a ciência ambiental, dentre os quais os princípios fundamentais desse ramo do saber. Os países participantes das referidas Conferências iniciaram a adequação de suas legislações ordinárias a citados paradigmas. Exemplificando, o legislador constituinte nacional, no art. 225 da Constituição Federal, enunciou os princípios ambientais acolhidos pelo Brasil, quais sejam: a) princípio da prevenção; b) princípio da participação; c) princípio da ubiquidade; d) princípio do poluidor pagador. Raimundo Simão de Melo realizou as adequações desses princípios para a esfera trabalhista (MELO, 2013). Mas toda essa doutrina clássica foi elaborada e direcionada para os trabalhadores das empresas, em especial os empregados celetistas.

tutela de uma adequada qualidade de vida e uma proteção mais ampla, que envolva a saúde psicofísica do gênero humano, dentro e fora do interior das organizações produtivas.

Segundo os autores deste artigo, é preciso redefinir o conceito e a compreensão do trabalho, para ir além da versão reducionista vinculada ao conceito de emprego ou de trabalho livre/subordinado ou da relação de emprego regida pela CLT. Pretende-se, assim, evidenciar um meio ambiente equilibrado para toda pessoa que desempenha atividade ou que pretende viver de algum tipo de trabalho ou de uma renda dignos, pois todos devem receber a tutela constitucional de um ambiente de trabalho adequado e seguro, necessário a uma sadia qualidade de vida.⁶

Estas as razões pelas quais se pode afirmar que a defesa do meio ambiente incorporou-se definitivamente como uma das principais reivindicações dos movimentos sociais no Brasil e no mundo. Cabe, pois, aos sindicatos e aos poderes constituídos, cada um no seu âmbito de atuação, zelar pela defesa do Meio Ambiente do Trabalho.

107

Não é possível reordenar gnosiologicamente o perfil teórico-dogmático do Direito do Trabalho sem que o sindicalismo se afaste de sua versão reformista e retome a sua memória histórica, ou seja, passe a ser um movimento emancipatório, contra-hegemônico e de caráter universalista. Deve o sindicato incorporar, nas suas pautas reivindicativas, as lutas contra esse modelo de desenvolvimento destrutivo, unindo-se a outros movimentos sociais que objetivam eliminar as patologias sociais contemporâneas.

O Direito Ambiental do Trabalho, apesar de vir sendo abordado pela doutrina tradicional, ainda não foi sistematizado do ponto de vista teórico e para além da dogmática jurídica. Por isso não foi capaz de superar a sua obsolescência, na medida em que apresenta, como pressupostos de suas teorizações, quatro argumentos básicos: 1) um meio ambiente do trabalho vinculado ao trabalho subordinado; 2) uma visão teórico-dogmática voltada apenas

⁶ A legislação e a doutrina trabalhista, no entanto, estão voltadas para o trabalhador subordinado. Ratificação dessa assertiva pode ser encontrada na leitura dos seguintes artigos e instrumentos legais: a) Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho; b) 7.º, XIII, XIV, XVI, XXII, XXIII, XXVIII, XXXIII, 149, 200, I, 200, VIII, todos da CF/88; c) 10, II, a, do ADCT; d) 19, 20, 21, 22, 59, 118, 120 da Lei n.º 8.213/91; e) 155, 157, 160, 161, da CLT; f) as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.

para as possibilidades legislativas de sua proteção; 3) as tendências também teórico-dogmáticas restritas às normas supranacionais – especialmente as traçadas pela OIT; 4) a consolidação das reivindicações típicas do sindicalismo reformista.

4 O direito ambiental do trabalho. Uma visão multidisciplinar e centrada na teoria social crítica

4.1. A passagem do sistema fordista/taylorista para o sistema de acumulação flexível. Os novos rituais de sofrimento e a morte lenta no trabalho

Para uma redefinição do Direito Ambiental do Trabalho torna-se imprescindível uma articulação entre a teoria jurídico-trabalhista, a teoria social crítica e as teorias dos movimentos sociais. Implica, pois, realizar uma análise qualitativa da bibliografia. Por isso, deve buscar embasamento em outras áreas do conhecimento, como a política, as ciências sociais – a sociologia e a economia do trabalho, as relações internacionais, especificamente no que se relacione ao Direito Ambiental do Trabalho, às novas formas de organização do trabalho e à sociedade pós-industrial. Implica também enveredar pelo contexto político e econômico-social do Direito Ambiental do Trabalho, para empreender um resgate histórico, questionar o tratamento dispensado pela doutrina tradicional e apontar os argumentos lançados pela teoria crítica, com foco na sociedade pós-industrial ou na substituição do Modelo Fordista pelo Modelo de Acumulação Flexível.

108

Uma análise comparativa entre o Direito Ambiental do Trabalho centrado na doutrina clássica e aquele centrado na Teoria Social Crítica deixa transparecer que a teoria tradicional do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental do Trabalho, sobretudo as variáveis doutrinárias provenientes dos manuais e obras exclusivamente dedicadas ao estudo desse ramo especializado do Direito do Trabalho, demonstra claramente a prevalência de uma versão reducionista, posto que exclui as novas formas de organização do trabalho, as crises do

sindicalismo, a obsolescência das propostas advindas do Direito Internacional do Trabalho. Isso ocorre, sobretudo, porque não vê o meio ambiente e a natureza dentro de um contexto de sociabilidade mais abrangente. Tampouco vislumbra-se o impacto das agressões ao meio ambiente e à natureza como algo que se encontra dentro e fora das organizações; que o impacto à saúde psicofísica atinge o gênero humano como um todo e vai do interior das organizações produtivas a todos os espaços atingidos por essas agressões.

Do ponto de vista das relações individuais do trabalho, basta ver a literatura jurídico-trabalhista crítica, que põe em relevo o próprio trabalho livre/subordinado como o foco principal das enfermidades, físicas e psíquicas, ou como sendo, ele mesmo, a própria enfermidade (D'ÂNGELO, 2014. RAMOS FILHO, 2012. MELHADO, 2003. COUTINHO, 1999. VIANA, 1996). Uma literatura que vai ao encontro daquilo que se pode chamar de teoria organizacional crítica, contraponto da teoria organizacional conservadora, que trata especificamente dos rituais do sofrimento e das mortes lentas no trabalho subordinado; dos estudos desencadeados pela sociologia do trabalho, cuja síntese de ambas foi denominada por um dos autores deste artigo como “os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações” (ANDRADE, 2014 [1]).

109

A Teoria Organizacional Crítica procura construir uma teoria que revele do poder nas organizações, para demonstrar os seus métodos de dominação sobre os indivíduos, sobretudo pelas organizações hipermodernas. Neste sentido, a obra lançada originariamente em 1979 por Max Pagès, Vincent de Gaulejac, Michel Bonetti e Daniel Descendre (1987) é fundamental para entender os mecanismo do poder e da manipulação do ser humano, desencadeados no interior das organizações.

Essa teoria do poder e da organização foi elaborada a partir de um estudo concreto sobre o funcionamento de uma empresa multinacional, intitulada, na pesquisa, como TLTX, a fim de compreender as relações entre o econômico, o político, o ideológico e o psicológico. Procura desvendar como essas organizações hipermodernas difundem a sua ideologia, a sua religião, estruturadas nas políticas de recursos humanos, e conseguem a adesão dos seus membros, através da influência sobre estruturas inconscientes por intermédio das quais os

indivíduos se ligam a elas. Revela também a maneira como as pessoas se tornavam escravizadas pela organização e, no sentido sociológico, como essa escravidão tem uma característica de droga – prazer e sofrimento.

Trata-se de uma versão que enquadra a organização como organização-droga. Corresponde, enquanto droga, a um corpo estranho, que se mescla ao organismo e provoca efeitos maiores que escapam ao seu controle – corpo estranho que passa a se tornar parte integrante do organismo e que o controla.

Uma imagem que, na linguagem psicanalista, designa conceitos de identificação, de projeção e de introjeção.

Pela projeção sobre o objeto, de partes de si, de seus impulsos e de seus medos reprimidos, o indivíduo se torna uma parte do objeto, que vai então expressar, em seu lugar, seus medos e seus desejos e lhe permitir vivê-los inconscientemente, sem os assumir. Inversamente, o objeto assim investido pelo inconsciente do indivíduo é introjetado, ele toma o lugar das emoções reprimidas no inconsciente do sujeito, tornando-se parte dele. O resultado deste duplo processo é a identificação. Produz-se uma colagem entre o inconsciente individual e o objeto que se torna indissociável, sem que o indivíduo tenha consciência do processo que conduz à identificação: ‘faço parte da TLTX, como TLTX faz parte de minha vida (PAGÈS; BONETTI; GAULEJAC; DESCENDRE, 1987, p. 147).

O psicanalista Francês Christophe Dejours (1992), especialista em medicina do trabalho, por exemplo, é um dos cientistas que vêm inspirando pesquisas e estudos sobre a psicopatologia, inclusive no Brasil. Os resultados das recentes pesquisas etiológicas contemporâneas têm confirmado que a deterioração da saúde mental no trabalho está relacionada à organização do trabalho e às novas estratégias organizacionais. Segundo ele, o aumento considerável da pressão produtiva decorre exatamente da evolução dos métodos de organização do trabalho, que provoca um isolamento, uma solidão e o aumento das patologias mentais resultantes do trabalho. Daí é possível revelar a fragilização gerada por métodos organizacionais que instalam um individualismo exacerbado, deslealdade, a desconstrução de convívio, em vez da confiança, da lealdade e da solidariedade. Tudo isso produz uma “implacável solidão em meio à multidão” (DEJOURS, 2009, p. 50).

Ressalta Pedro Bendassolli, ao prefaciá-la a obra escrita por Vicente de Gaulejac (2007), que a concepção conservadora da gestão tornou-se uma ideologia dominante do nosso tempo. Quando ela é combinada com a emergência de práticas gerencialistas constitui um poder característico da sociedade hipermoderna⁷.

Assim,

diferentemente da tradição norte-americana do gerencialismo, a francesa é matizada por perspectivas menos “pragmáticas” e instrumentais, e sim reflexivas e intuitivas. O gerencialismo é uma “escola” genuinamente norte-americana, embebida na tradição positivista e industrial daquele país. Na França, a transferência de suas principais premissas esbarram em outras tradições da intelectualidade daquele país, historicamente mais sensíveis ao marxismo e a psicanálise, por exemplo. O resultado é uma decantação às vezes ácida, às vezes pessimista, às vezes até catastrófica, da chamada civilização pós-industrial (Idem. *Ibidem*, p. 16).

Esta preocupação com os sofrimentos no trabalho industrial já vinha sendo registrada por Georges Friedmann (1964), quando passou a denunciar, a partir de pesquisas realizadas na década de cinquenta do século XX, o trabalho em migalhas, produto da automação e do progresso técnico, que podem contribuir para a degradação do homem. Daí por diante, não pararam, como ficou aqui evidenciado, as pesquisas e as teorias que comprovam os impactos emocionais e psíquicos na vida daqueles que vendem a sua força de trabalho.

Os estudos psicossociais das organizações hipermodernas ajudam a compreender, por outro lado, a estrutura do capitalismo flexível, para, em seguida, compreender a flexibilização e a desregulamentação das relações de trabalho. É que a teoria jurídico-trabalhista contextualiza os temas flexibilização e desregulamentação como causa e não como consequência da desconstrução de uma forma de trabalho originário da era fordista. Como não consegue familiarizar-se com uma bibliografia que envolva “os sentidos do trabalho”, a “cultura e o poder nas organizações”, responsáveis por esta ruptura, apresenta argumentos

⁷ Gaulejac (2007) cita Nicole Aubert, a partir de um livro escrito em 2004: “A noção de organização ‘hipermoderna’ foi proposta por Max Pagès (Pagès et. al. 79) na pesquisa que realizamos juntos sobre o poder em uma grande multinacional. A presente obra se inscreve na filiação desse trabalho, cujas hipóteses, vinte e cinco anos depois, não foram desmentidas pelos fatos” (idem, p. 33).

frágeis, superficiais e, no fundo, legitimam essa supremacia, porque não consegue ir além de uma interpretação dogmático-legislativa.

Ajudam, sobretudo, a compreender a passagem do Modo de Produção Taylorista para o Modo de Acumulação Flexível, em que as novas formas de gestão, sob a bandeira da liberdade contra a opressão do trabalho, passam a capturar com mais vigor ainda a subjetividade do trabalho e a cobrar ainda mais trabalho e compromissos com a organização. Agora não lhe interessa mais o controle e a apropriação do trabalho braçal, físico, mas a sua própria criatividade, o seu saber, a sua vida. E pensar que a subordinação poderá dar-se durante todas as horas do dia, por conta das novas tecnologias, não há como deixar de entender, como o fazem os teóricos que seguem a versão crítica da cultura e do poder nas organizações, que as enfermidades profissionais mudaram de local ou de sentido, mas continuam ainda mais vigorosas.

112

Lamentavelmente, a doutrina tradicional simplesmente não toca neste assunto e não o inclui no contexto do Meio Ambiente do Trabalho, para desvendar, como já foi dito, os rituais do sofrimento e a morte lenta no trabalho.

4.2. As novas pautas sindicais. Para além do sindicalismo reformista, os caminhos do novo internacionalismo operário

É preciso deixar transparecer algo fundamental: o Direito do Trabalho é fruto da Sociedade Moderna, da substituição do modelo de Estado Absolutista Monárquico – em que o poder encontrava-se nas mãos do clero e da nobreza – pelo Estado Liberal, que colocou a burguesia no poder; é fruto, pois, da luta operária travada entre burguesia e proletariado. Logo, não é possível compreendê-lo sem compreender as duas formas de luta historicamente desencadeadas – a luta revolucionária e a luta reformista –; a maneira como o sindicalismo reformista se sobrepôs ao sindicalismo revolucionário e, finalmente, como se reacendem as lutas emancipatórias e contra-hegemônicas, que se espalham por todo o planeta e seu impacto

na reconfiguração deste campo do conhecimento jurídico. Em resumo, não é possível pensar-se na sua redefinição sem colocar em relevo os novos movimentos sociais e, como convém a um trabalho acadêmico, as teorias dos movimentos sociais⁸.

Mesmo considerando que o movimento operário não pode ser considerado como força histórica em extinção, admite Vakaloulis que,

ao longo dos últimos anos, os movimentos sociais ocorridos na França apresentaram uma multiplicidade de formas. Determinados terrenos de confronto social foram objeto de protestos: desde as grandes greves contra o Plano Juppé no outono de 1995, até a revolta dos desempregados do inverno de 1997-1998, passando por uma grande quantidade de pequenos conflitos em defesa do emprego, do salário e da redução do trabalho, contra a ‘exclusão’, pela preservação dos direitos coletivos ligados à condição salarial, sem esquecer as lutas das mulheres, as mobilizações antirracistas e antifascistas, os movimentos pelo direito à moradia ou contra AIDS e a discriminação sexual. A lista é grande” (VAKALOULIS, 2005, pp. 133 e 134).

Quando descreve especificamente dois paradigmas, o da exclusão e o do antagonismo social, apresenta Michel Vakaloulis, o seguinte quadro (VAKALOULIS, 2005, p. 140):

SUBSÍNTESE	EXCESSO
Cidadania sem subjetividade e emancipação.	Normalização disciplinar foucaultiana.
Subjetividade sem cidadania e emancipação.	Narcisismo; autismo dessocializante; consumismo.
Emancipação sem subjetividade e cidadania.	Despotismo; totalitarismo; reformismo autoritário.
Emancipação com cidadania e sem subjetividade.	Reformismo social-democrático.
Emancipação com subjetividade e sem cidadania.	Basismo; messianismo.

⁸ Maria da Glória Gohn apresenta um panorama das teorias dos movimentos sociais, desde os paradigmas clássicos e contemporâneos: GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos Movimentos sociais. Paradigmas Clássicos e Contemporâneos**. São Paulo: Edições Loyola, 1997. Aborda, noutra obra, a experiência brasileira: GOHN, Maria da Glória. **Histórias dos Movimentos e Lutas Sociais: a construção da cidadania dos brasileiros**. São Paulo: Edições Loyola, 1995. Ver: LEHER, Roberto; SETÚBAL, Mariana (Orgs). **Pensamento Crítico e Movimentos Sociais**. Diálogos para uma práxis. São Paulo: Cortez, 2005.

Já Boaventura de Souza Santos (2005) apresenta uma síntese entre subjetividade, cidadania e emancipação. Para ele, se fracassaram os esforços da teoria crítica moderna foi porque ela se baseou em algumas formas de falsa emancipação. Por isso, a tarefa da teoria crítica pós-moderna é indicar novamente a direção dos caminhos da síntese (SANTOS, 2005, p. 188). Assim, torna-se necessário enfrentar as patologias da modernidade, centradas em subsistemas que envolvem subjetividade, cidadania e emancipação, que apresentaram, como consequência, os excessos de regulação. Apesar de aparecerem e se insinuarem sob a forma de emancipação, foram, depois, denunciadas como falsas, já que apareciam da seguinte maneira (SANTOS, 2005, p. 187):

Características específicas	Paradigma da exclusão	Paradigma do antagonismo social
Registro de referência	Temática do emprego	Temática do trabalho assalariado
Figura social de diferenciação	Incluído/excluído	Explorador/explorado Dominator/dominado
Tipo de clivagem	Horizontal Dentro/Fora	Vertical Alto/baixo
Expressão do conflito	Protesto moral Indignação	Conflitividade de classe estruturada de forma desigual
Objetivos do conflito	Integração Regulação da sociedade "pós-salarial"	Conquistas sociais Emancipação coletiva dos assalariados
Lógica situacional	Autoculpabilidade Atomização assistencialista dos indivíduos	Desprivatização Aumento da polarização de classe
Simbologia predominante	Desordem a ser controlada	Conflito estruturante com dimensão política
Relações com a mobilização coletiva	Desmobilização Gestão estatal da desagregação social	Mobilização Atores sociais em vias de constituição
Relações com a política	Despolíticação do social Humanitarismo	Políticação tendencial da conflitividade social
Projeto histórico	Retrocesso da dualização da sociedade salarial	Dimensão anticapitalista

Mas, se para evidenciar a emancipação social, é preciso destacar as lutas emancipatórias. O quadro proposto por Lambert (SANTOS, 2005, p. 187), mesmo que se limite a retratar apenas uma visão parcial entre o velho e o novo internacionalismo operário, já que não trata das lutas políticas e contra-hegemônicas, deixa transparecer a necessidade de atualização e de reformulação nos movimentos coletivos voltados para um novo internacionalismo operário, que possam emancipar a sociedade das amarras manipulatórias do capitalismo.

Velho internacionalismo operário	Novo internacionalismo operário
Hierarquia	Rede
Centralização	Descentralização
Comando	Participação
Controle	Capacitação
Debate restrito	Debate aberto
Tomada de decisões lenta	Tomada de decisões rápida
Elevada burocracia	Temporizada
Formal	Flexível
Orientação para a diplomacia	Orientação para a mobilização
Focalização exclusiva nos sindicatos e locais de trabalho	Focalização na construção de coligações com novos movimentos sociais e ONGs
Predominante no Norte	Predominante no Sul

Já Carlos Montañó e Maria Lúcia Duriguetto (2011) reforçam a amplitude do universo teórico e político dos chamados Novos Movimentos Sociais e apresentam uma divisão constituída de três grupos: o Grupo Acionalista, o Grupo da Esquerda Pós-Moderna e o Grupo dos Segmentos Marxistas ou Comunistas.

Deixam suas críticas para duas primeiras correntes: “parecem hoje estar fundidas num rearranjo ‘culturalista’” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, p. 330), criticam também o enfoque *institucional* dos Movimentos Sociais, porque deixa de lado a atitude de confronto e privilegia as condutas institucionais pragmáticas e propositivas dirigidas ao diálogo, à negociação e a formas alternativas de participação no sistema de representação de interesses. “Nesses espaços institucionais, bem como nos não monopolizados ou controlados pelo Estado, se buscaria reformular a noção de interesse público e a noção do ‘direito a ter direitos’” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, p. 334).

A vertente Acionalista agrupa pensadores europeus não marxistas, influenciados pelos acontecimentos de maio de 68, na França. Seria ele liderado pelo sociólogo francês Alain Touraine, pelo alemão Tilman Evers, ao qual se integraria também a professora Maria da

Glória Gohn. O segundo é integrado pela chamada Esquerda Pós-Moderna. Inspirado ainda nas teorias acionalistas, nega a herança tanto das bases teóricas marxistas, ou seja, a divisão da sociedade em classes, a luta política/revolucionária, quanto a vitalidade das organizações clássicas (partidos e sindicatos), superadas pelas demandas dos novos movimentos sociais que, por sua vez, estão centrados no universo cultural e na reprodução social, grupo em que se destaca o sociólogo Boaventura de Souza Santos.

Adotam o terceiro grupo, que reúne os segmentos Marxistas e Comunistas, mas que se afastam da dogmática stalinista e procuram enquadrar ou incorporar as demandas dos NMS às lutas de classe e às formas de organização herdadas do marxismo leninismo, partido e sindicatos. Objetivam incorporar as lutas do NMS ao modo de produção capitalista e à luta política revolucionária. Concentram suas referências nas proposições lançadas por Jean Lojkin e Manuel Castells. Nesta direção, apontam Montañó e Duriguetto a leitura Marxista sobre os “NMS”, afirmando que “o contexto histórico da análise marxista dos movimentos sociais dos anos 1960-1970 é exatamente o mesmo que o dos ‘acionistas’. A questão refere-se aos aspectos em que esses contextos são priorizados e como são interpretados; aí está o fundamento da divergência de análise” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, p. 323).

116

Não deixam de registrar os elementos positivos dessas novas alternativas de contestação, de lutas e de insurgências. Referindo-se a Bihl (1998), destacam a entrada, na cena política, de temas voltados para questões relativas “ao gênero, à raça, à etnia, à religião, à sexualidade, à ecologia, e aquelas que se relacionam à reprodução social, como os bens de consumo coletivo - saúde, educação, transporte, moradia etc.” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, 266).

Mas, para eles, há uma diferença de perspectiva, primeiro, pela ideia de que tais movimentos revelam uma preocupação maior e fundante, na medida em que reprodução do capital engloba um Modo de Produção Capitalista que, por seu turno, abarca a totalidade das condições sociais de existência e as “condições indiretas, secundárias, derivadas do movimento de apropriação capitalista da sociedade” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, p 266).

Por isso, a compreensão marxista dos “NMS” coloca diretamente em questão as relações sociais capitalistas e as condições imediatas de sua reprodução. Na medida em que os NMS não se realizem no contexto e conjuntamente com a luta do proletariado (ou na ausência de uma luta como essa), deixa de lado um aspecto fundamental, que é a reapropriação das condições sociais de existência. “A ausência de mediação entre o movimento operário e os novos movimentos sociais desembocou na ausência de mediação entre os próprios novos movimentos sociais entre si” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, p. 267).

Rejeitam, por último, um limite que se revela no particularismo de suas demandas e na tendência de cada uma delas se isolar “em um grupo de problemas específicos, frequentemente sem relação aparente de uns com os outros, favorecendo seu fechamento em práticas localizadas” (Idem. Ibidem, p. 266), o que acaba por retirar desses movimentos a perspectiva de inserção na esfera de uma realidade estruturada – econômica, social e política maior e da luta de classes. “Essa ‘retirada acabou por conduzir a uma convivência com o sistema, ainda que limitadamente contraditória, mas *compatível com sua manutenção*” (Idem. Ibidem, p. 266).

117

Esta a razão pela qual, no pensamento marxista, a centralidade econômico-produtiva torna-se elemento fundante da “questão social” e “suas manifestações (pobreza, desemprego, questões de gênero e ambiental, xenofobia, discriminação racial, sexual etc.) não desvanecem com as significativas mudanças no mundo capitalista contemporâneo” (Idem. Ibidem, p. 324).

Quando procuram saber se os NMS têm aspectos positivos ou negativos transformadores ou mantenedores da realidade social vigente, afirmam que é preciso identificar a prevalência dos aspectos positivos e transformadores da realidade social. Eis assim os aspectos considerados por eles como relevantes:

- a) A mobilização de massas e sua organização política estão intimamente ligadas no movimento revolucionário” (Idem, p. 329); b) “Em vez de ‘parar’ ou ‘esfriar’ quando confrontados ao Estado, o movimento social será definido, em última instância, por sua *capacidade de transformar o sistema socioeconômico no qual surgiu*” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, p. 329); c) O conteúdo ideológico e político das reivindicações e das ações devem definir “a capacidade de questionamento da hegemonia política da classe (ou fração de classe) dominante. Isso porque ‘o alcance histórico de um movimento social pode ser definido pela

análise de sua relação com o poder político” (MONTAÑO; DURIGUETO, 2011, p. 330); d) Sem desprezar a importância de uma luta simultânea de caráter reformista ou buscar apreender as mediações entre essas duas estratégias, reformistas e revolucionárias, Montañó e Duriguetto têm a clareza de que os movimentos sociais não podem deixar de lado a luta pelos direitos em suas programáticas interventivas, mas advertem: “a ofensiva estratégia da luta pelos direitos, e pelas ideias de justiça e de equidade que os revestem, só adquire um sentido emancipatório se estiver em consonância, em sintonia, com a luta por um projeto de superação da ordem social vigente (Idem. Ibidem, p. 351).

5 As proposições teórico-filosóficas e teórico-dogmáticas para redefinir o direito do trabalho. O direito ambiental do trabalho na categoria dos direitos constitucionais fundamentais

118

Como já ficou evidenciado, para a doutrina jurídico-trabalhista clássica, o Direito do Trabalho consolidou-se como um ramo do conhecimento jurídico surgido para proteger o trabalho livre/subordinado que, na era do Estado do Bem-Estar Social e do Pleno Emprego, conseguia proteger a maioria da população economicamente ativa. Agora, com a supremacia do trabalho clandestino, de tempo parcial, o subemprego, todos convivendo com o desemprego estrutural, ele entra em crise e passa a ver o seu objeto – o trabalho livre/subordinado – ser problematizado e refutado. Também porque aparecem outras concepções acerca do trabalho humano que põem em relevo o seu sentido ontológico. Daí ser possível identificar duas concepções teóricas que buscam redefinir os fundamentos deste ramo do direito.

A primeira foi construída por um dos autores deste artigo, especialmente nas suas três últimas obras ou na sua trilogia⁹, em que considera refutados os fundamentos do Direito do Trabalho. A referida tese concentra-se em duas justificativas: 1) as evidências empíricas e

⁹ Bases destes novos fundamentos podem ser encontradas nos livros: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e Pós-modernidade. Fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de Direito do Trabalho. Fundamentos Teórico-filosóficos**. São Paulo: LTr, 2008; **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações**. São Paulo: LTr, 2014.

analíticas que descartam o trabalho livre/subordinado como centro de referência da sociabilidade e como *a priori* da teoria social contemporânea, em geral, e do Direito do Trabalho, em particular; 2) a supremacia dos movimentos coletivos reformistas, o que transformou o sindicalismo moderno em sindicalismo de cunho reivindicativo, que voltou as costas para as lutas emancipatórias, sem as quais o Direito do Trabalho não poderia resistir.

As evidências empíricas demonstram a supremacia, no âmbito da população economicamente ativa, do trabalho informal, clandestino que convive, repita-se, com o desemprego estrutural. Mas, se o Direito do Trabalho veio para proteger a maioria deste universo, que vende a sua força de trabalho, mas hoje protege, quando muito, a metade desta população, ele se encontra refutado. Refutado também porque não conseguiu superar a aporia em que esteve historicamente envolvido – trabalho ao mesmo tempo livre e subordinado –, nem substituir ou colocar em relevo o trabalho propriamente livre. Por fim, não conseguiu vislumbrar uma contradição que envolve os estudos sobre o Direito Sindical: privilegiar os movimentos reformistas em detrimento dos movimentos emancipatórios, sem os quais não é possível imprimir uma visão dialética para um direito que surge, se institui e se transforma a partir da luta de classe.

119

Argumentos semelhantes vêm sendo apresentados por vários pesquisadores, para justificar gnosiologicamente novos fundamentos para o Direito do Trabalho, tanto em termos de Direito Individual, como no âmbito do Direito Sindical ou Coletivo de Trabalho¹⁰, sem os quais também não é possível vislumbrar uma nova concepção teórica para o Direito Ambiental do Trabalho.

¹⁰ Autores que seguem este itinerário acadêmico: D'ANGELO, Isabele de Moraes. **A Subordinação no Direito do Trabalho. Para ampliar os cânones da proteção, a partir da Economia Social ou Solidária.** São Paulo: LTr, 2014; GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O Princípio Protetor no Contexto da Flexibilização do Mercado de Trabalho: uma visão prospectiva.** Recife: Fasa, 2013; SIQUEIRA, Marco Antônio Calheiros de. **A Sistematização dos Princípios de Direito do Trabalho e a Reelaboração do seu Princípio Protetor: para uma análise crítica da flexisegurança.** Recife: Fasa, 2013. LIRA, Fernanda Barreto. **A Greve e os Novos Movimentos Sociais. Para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT.** São Paulo: LTr, 2009; VASCONCELOS FILHO, Oton de Albuquerque. **Liberdades Sindicais e Atos Antissindicais no contexto das lutas emancipatórias contemporâneas.** São Paulo: LTr, 2009; FILHO, José Soares: **A Negociação Coletiva de Trabalho Supranacional no Âmbito do Mercosul.** Uma Visão crítico-prospectiva. Recife: Nossa Livraria Editora: 2008.

Menciona-se concepção que enquadra o Direito do Trabalho na categoria dos Direitos Humanos Fundamentais, mas, como ficou evidenciado, a partir do trabalho em sua dimensão ontológica, que apreende a existência humana como um todo e não como prevê a teoria organizacional conservadora, que serve para revelar apenas o seu lado penoso, de caracterização como um fardo. Ao citar Marcuse, reivindica o trabalho libertado da alienação e da coisificação, “para que ele se torne novamente aquilo que é conforme sua essência: a realização efetiva, plena e livre do homem com um todo em seu mundo histórico” (2012: 56).

Mas este trabalho foi concebido a partir das preocupações da autora do Projeto de Pesquisa citado na Introdução e que trata especificamente do Direito Ambiental do Trabalho. Cuidou, como foi evidenciado nos Capítulos anteriores, de descrever criticamente os sentidos do meio ambiente de trabalho, no contexto da doutrina clássica e como ele deve ser encarado, no âmbito da teoria jurídico-trabalhista crítica. Procura a mesma estabelecer um complemento aos fundamentos teórico-filosóficos defendidos pelo outro autor deste artigo e aqui, como já ressaltado, enquanto fundamentos teórico-dogmáticos. Neste sentido, segue uma segunda vertente, que se assemelha ou se aproxima da concepção defendida por Lenio Streck (2014), baseada no Estado Democrático do Direito, em que *o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social* e de superação do que passou a chamar de disfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei, forjados no paradigma liberal-individualista.

120

A sua tese procura apontar para a superação dos paradigmas *aristotélico-tomista* e da *filosofia da consciência*. Nesta direção, busca recuperar a especificidade do jurídico por meio do que passou a chamar de *plus* normativo e qualitativo proporcionado pelo Estado Democrático do Direito. Para ele,

O habitus não fica adstrito ao campo jurídico; penetra por todas as frestas do modo de produção do Direito. Como decorrência, a dogmática jurídica terá o seu papel definido no processo de efetivação (ou não) dos direitos em conformidade com o modo de produção do Direito vigente em nossa sociedade, que, por sua vez, será instrumentalizado/sustentado pelo respectivo campo jurídico, no interior do qual ocorre o processo de produção, circulação e consumo do discurso jurídico, que responde(rá) pela articulação de instituições e práticas no contexto das quais ocorre

o processo de formulação da lei, em um primeiro momento; da produção do sentido dessa mesma lei, em um segundo momento, em momentos subsequentes, de sua aplicação cotidiana pelos tribunais, onde estes momentos atuam dialeticamente (STRECK, 2014, pp. 243-344).

Várias obras recentes encontram-se afinadas com esta corrente, na medida em que procuram estabelecer uma relação entre a eficácia da norma trabalhista quando ela se depara com o exercício da jurisdição ou do acesso à justiça especializada. Dentre eles ressaltam-se alguns estudos específicos dirigidos ao processo como instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais, como aquele coordenado por Juliana Vignoli Cordeiro e Sebastião Vieira Caixeta¹¹. Outra obra que surge também das preocupações do Ministério Público do Trabalho foi escrita por Joselita Nepomuceno Borba (2013) e, ainda, por pelo menos três autores que tentam abarcar ou envolver o Princípio da Proteção (e de seus caracteres de irrenunciabilidade, indisponibilidade e ordem pública) com o Princípio da Desigualdade das Partes (do Direito Processual do Trabalho)¹².

121

Mesmo que se possa discordar dos argumentos aqui lançados, não é possível ficar reproduzindo velhas doutrinas, já que a ciência não rima com dogmas. Afinal,

¹¹ CORDEIRO, Juliana Vignoli, CAIXETA, Sebastião Vieira (Coords). **O Processo Como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2007.

¹² Basta pesquisar o livro escrito pelo jurista Ricardo Tenório Cavalcanti (2008), que vai ao encontro da teoria da ponderação dos princípios – Alexy – e à jurisdição que resguarda e defende os Direitos Sociais e a proteção do trabalhador, tendo em vista a efetividade do Direito Material e Processual do Trabalho; aquele escrito por Daniela Muradas Reis (2010), cujo tema é a preservação do Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho; e aquele que foi escrito por Augusto César Leite de Carvalho (2013), em que o autor busca superar os ditames da Convenção 158 da OIT, a disfuncionalidade do Direito do Trabalho - produto do individualismo mercantilista – e justificar a Garantia da Indenidade no Brasil, que se volta para a garantia do emprego do demandante. Neste sentido, ele reconhece que o contrato de trabalho envolve relações assimétricas, desiguais, em que a coação econômica existe em potência. Daí não ter o empregado condições de demandar, no curso da relação de emprego, sem uma garantia de emprego, enquanto durar a demanda. As proposições teóricas concebidas por Lenio Streck também foram defendidas numa obra recente e transcritas nos seguintes capítulos: ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **A Hermenêutica Jurídica Contemporânea no Contexto do Direito do Trabalho**; RIBEIRO, Marcelo; DINIZ, João Janguê Bezerra. **Correlações Históricas entre os Direitos Humanos e a Teoria da Justiça: a reconfiguração teórico-dogmática do Direito do Trabalho**. In: RIBEIRO, Marcelo; DINIZ, João Janguê Bezerra (Orgs). *Constituição, Processo e Cidadania*. Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2014, pp. 53-72 e 346-375.

Se o Direito do Trabalho veio para proteger a maioria da população economicamente ativa – como aconteceu no esplendor do Estado do Bem-Estar Social – mas, hoje, consegue proteger metade desse universo, refutado está o seu objeto – trabalho livre/subordinado –, porque deveria proteger todas as pessoas que pretendem viver de um trabalho ou de uma renda dignos, sobretudo, aqueles que exercitam o trabalho livre (ANDRADE, 2012, p. 42).

No âmbito específico das relações coletivas ou sindicais e do processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais, é preciso ressaltar que se torna imprescindível vencer a obsolescência da velha doutrina, para ampliar as esferas reivindicativas e jurisdicionais de proteção ao meio ambiente e à natureza. O agronegócio pratica um crime contra um patrimônio da humanidade, ao desmatar uma média de mil quilômetros por semestre, quando já destruiu quase toda a mata atlântica e as reservas do semiárido. Desmatam e matam! As últimas notícias dão conta de que a nascente do Rio São Francisco está morrendo, secando, o mesmo acontecendo com os seus principais afluentes, por conta do desmatamento. E a luta coletiva dos trabalhadores não tem nada a ver com isso? Não tem nada a ver com um sistema econômico destrutivo, insano, que compromete os destinos da própria humanidade? Não se trata apenas de ampliar os cânones da proteção, para que ele alcance todas as possibilidades de trabalho e rendas compatíveis com a dignidade humana, mas também de ampliar as lutas coletivas, emancipatórias, para além daquelas privilegiadas pelo sindicalismo reformista.

122

6 Conclusões

O Direito Ambiental do Trabalho visto para além da dogmática jurídica forjada, sobretudo, nos manuais, deve envolver-se na proteção do trabalho em sua dúplici perspectiva – física e psíquica – e voltado para toda possibilidade de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana; abarcar os interesses individuais, metaindividuais e coletivos; proteger o meio ambiente e a natureza em todos os espaços – seja no interior das organizações produtivas ou fora delas; destacar as relações sindicais sobre as relações individuais enquanto

espaços privilegiados de resistência e de emancipação social, sem os quais não se pode vislumbrar um meio ambiente são.

A reconfiguração do Direito Ambiental do Trabalho deve partir de quatro eixos fundamentais:

- a) aquele que se destina a ampliar os sentidos da proteção ao trabalho humano, o que implica deslocar o objeto do próprio Direito do Trabalho, do trabalho livre/subordinado, para todas as possibilidades de trabalho e renda compatíveis com a dignidade humana. Implica também reconhecer, como *a priori* das teorizações, no âmbito das relações individuais de trabalho, que é exatamente no trabalho livre/subordinado que se encontra a raiz das enfermidades psicofísicas que afetam os trabalhadores abarcados nesta configuração;
- b) não obstante as crises que afetam o sindicalismo, as teorias dos movimentos sociais demonstram a necessidade de retomada dos movimentos emancipatórios que, ao lado dos movimentos reformistas, devem promover a retomada das lutas libertárias para além do interior das organizações. Neste contexto, é possível vislumbrar as possibilidades de alargamento das pautas reivindicativas, a partir da junção daquelas propriamente trabalhistas com outras que dizem respeito à preservação do meio ambiente, da natureza, do respeito à diversidade cultural e de gênero, contra o ultraliberalismo global, as injustiças e as patologias sociais contemporâneas;
- c) a velha doutrina jurídico-trabalhista, centrada no trabalho subordinado e no sindicalismo reformista, que irradia os fundamentos justificadores da produção das normas editadas pela Organização Internacional do Trabalho e da União Europeia. Logo, não atende aos clandestinizados de todo o gênero e não impedem o avanço dos *apartheids* sociais, das novas formas de escravidão que afetam os trabalhadores clandestinos, emigrantes e os atingidos pelo desemprego estrutural. Tampouco reconhece os movimentos emancipatórios de caráter político – como as greves políticas - que se voltem para a resistência contra a destruição da natureza e

do meio ambiente produzidos, sobretudo, pelas grandes corporações multinacionais e pelo agronegócio.

- d) o artigo aponta para duas proposições: uma, de natureza teórico-filosófica que, a partir de uma nova pauta hermenêutica, procura redefinir os próprios fundamentos do Direito do Trabalho; outra, de natureza teórico-dogmática, que busca a efetividade do Princípio da Proteção e de seus caracteres – irrenunciabilidade, inderrogabilidade, indisponibilidade e ordem pública; na medida em que passa a enquadrar o Meio Ambiente do Trabalho no contexto dos direitos constitucionais fundamentais e encarar o processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais – individuais, metaindividuais e coletivos de trabalho.

Referências

124

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. **Princípios de Direito do Trabalho e seus Fundamentos Teórico-Filosóficos: Problematizando, refutando e deslocando o seu objeto**. São Paulo: Ltr, 2008.

_____. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações**. São Paulo: Ltr, 2014.

_____. **A Hermenêutica Jurídica Contemporânea no Contexto do Direito do Trabalho**. In: RIBEIRO, Marcelo; DINIZ, João Janguê Bezerra (Orgs). *Constituição, Processo e Cidadania*. Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2014.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2.^a ed., São Paulo: Boitempo, 2009.

ANTUNES, Ricardo (Org.), BRAGA, Ruy (Org). **Infoproletários: Degradação Real do Trabalho Virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009.

DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO: A AMPLIAÇÃO DO SEU OBJETO, A PARTIR DE UMA NOVA PAUTA HERMENÊUTICA (...)

CARVALHO, Augusto César Leite. **Garantia de Indenidade no Brasil**. São Paulo: LTr, 2013.

CAVALCANTI, Ricardo Tenório. **Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador. A efetividade do Direito Material e Processual do trabalho deste a Teoria dos Princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

COCCO, Giuseppe (Org.), GALVÃO, Alexander Patez (Org.), SILVA, Gerardo (Org). **Capitalismo Cognitivo: Trabalho, Redes e Inovação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

D'ANGELO, Isabele de Moraes. **A Subordinação no Direito do Trabalho. Para ampliar os cânones da proteção, a partir da Economia Social ou Solidária**. São Paulo: LTr, 2014.

DAVIS, Mike. **Holocaustos Coloniais. Clima, fome e imperialismo na formação do Terceiro Mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

DEJOURS, Christophe. **A Loucura do Trabalho. Estudo de psicopatologia do trabalho**. São Paulo: Cortez, 1992.

DRUCK, Graça (Org.), FRANCO, Tânia (Org). **A Perda da Razão Social do Trabalho. Terceirização e Precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

FILHO, Ciro Marcondes. **A Produção Social da Loucura**. São Paulo: Paulus, 2003.

FILHO, José Soares. **A Negociação Coletiva de Trabalho Supranacional no Âmbito do Mercosul. Uma visão crítico-prospectiva**. Recife: Nossa Livraria Editora, 2008.

FRIEDMANN, Georges. **O Trabalho em Migalhas**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como Doença Social. Ideologia, Poder Gerencialista e Fragmentação Social**. São Paulo: Idéias e Letras, 2007.

GORZ, André. **O Imaterial: Conhecimento, Valor e Capital**. São Paulo: Annablume, 2005.

GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos Movimentos sociais. Paradigmas Clássicos e Contemporâneos**. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

_____. **Histórias dos Movimentos e Lutas Sociais: a construção da cidadania dos brasileiros.** São Paulo: Edições Loyola, 1995.

GUERRA, Rogéria Gladys Sales. **O Princípio Protetor no Contexto da Flexibilização do Mercado de Trabalho: uma visão prospectiva.** Recife: Fasa, 2013.

LAZZARATO, Maurizio, NEGRI, Antonio. **Trabalho Imaterial: formas de vida e produção de subjetividade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LEHER, Roberto; SETÚBAL, Mariana (Orgs). **Pensamento Crítico e Movimentos Sociais. Diálogos para uma práxis.** São Paulo: Cortez, 2005.

LIRA, Fernanda Barreto. **A Greve e os Novos Movimentos Sociais. Para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT.** São Paulo: LTr, 2009.

LOJKINE, Jean. **A Revolução Informacional.** 3.º ed., São Paulo: Cortez, 2002.

126

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador.** 5.ª ed., São Paulo: Ltr, 2013.

MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Estado, Classe e Movimento Social.** São Paulo: Cortez, 2011.

PAGÈS, Max, BONETTI, Michel, GAULEJAC, Vincent de, DESCENDRE, Daniel. **O Poder das Organizações. A Dominação das Multinacionais sobre os Indivíduos.** São Paulo: Atlas, 1987.

PINTO, Jailda Eulídia da Silva. **O Direito Ambiental do Trabalho no contexto das relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho: para além da dogmática jurídica, da doutrina da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do direito comunitário.** Projeto de Pesquisa apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, quando da seleção de mestrado 2013.

REIS, Daniela Muradas. **O Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

RIBEIRO, Marcelo; DINIZ, João Janguê Bezerra. **Correlações Históricas entre os Direitos Humanos e a Teoria da Justiça**. In: RIBEIRO, Marcelo; DINIZ, João Janguê Bezerra (Orgs). Constituição, Processo e Cidadania. Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Marco Antônio Calheiros de. **A Sistematização dos Princípios de Direito do Trabalho e a Reelaboração do seu Princípio Protetor: para uma análise crítica da flexisegurança**. Recife: Fasa, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto alegre: Livraria do advogado, 2014.

127

TUNDIS, Silvério Almeida (Org.), COSTA, Nilson do Rosário (Org). **Cidadania e Loucura. Políticas de Saúde Mental no Brasil**. 7.^a ed, Petrópolis: Vozes, 2001.

VASCONCELOS FILHO, Oton de Albuquerque. **Liberdades Sindicais e Atos Antissindicais no contexto das lutas emancipatórias contemporâneas**. São Paulo: LTr, 2009.

VIANA, Sílvia. **Rituais do Sofrimento**. São Paulo: Boitempo. 2012.

VAKALOULIS, Michel. *Antagonismo social e ação coletiva*. In: LEHER, Roberto; SETÚBAL, Mariana (orgs). **Pensamento Crítico e Movimentos Sociais. Diálogos para uma nova práxis**. São Paulo: Cortez, 2005

Data de Submissão: 30/10/2014

Data de Aprovação: 09/03/2015.

Da fundamentação jurídica da sentença, conforme Benjamin Cardozo

The justification of legal sentence according to Benjamin Cardozo

Jéssica Aline Caparica da Silva¹

Resumo: O presente trabalho busca tratar da teoria de Benjamin Cardozo acerca da decisão judicial e, especificadamente, no que tange à inviabilidade de aplicação pura da lógica jurídica nos *hard cases* e na concretização das cláusulas gerais. Inicia-se com uma passagem geral do que vem a ser o pragmatismo jurídico. Passa-se, logo após, a analisar a decisão jurídica conforme Benjamin Cardozo, abordando, inclusive, o elemento subconsciente na decisão judicial. Examina-se, posteriormente, a necessidade de fundamentação da decisão jurídica, mormente diante de *hard cases* e cláusulas gerais, evitando a arbitrariedade do aplicador da norma. Finaliza-se com a demonstração da importância social da decisão judicial fundamentada diante da impossibilidade de aplicação da lógica jurídica na solução dos *hard cases*, assim como em casos que envolvam cláusulas gerais.

128

Palavras-chave: Benjamin Nathan Cardozo. Decisão Judicial. Ideologia. Sociedade. Hard case. Cláusulas gerais.

Abstract : This paper aims to study Benjamin Cardozo theory about the court decision and ,specifically , regarding the impossibility of pure application of legal logic in hard cases and realization of general clauses in what sense can notice it in doctrine and Brazilian law . It begins with a general passage of what is legal pragmatism. Soon after, this study examines legal decision according to Benjamin Cardozo , including covering the subconscious element in the judgment. It is examined subsequently the need to give reasons for a legal decision , especially on the hard cases and general clauses , avoiding standard applicator's arbitrariness. It ends with a demonstration of the social importance of judicial decision based on the impossibility of applying the legal logic in solving the hard cases , and cases involving general clauses .

Keywords : Benjamin Nathan Cardozo . Judicial Decision . Ideology. Society. Hard case . general clauses.

Sumário: Introdução – 1 Do pragmatismo jurídico – 2 A decisão jurídica à luz de Benjamin Cardozo – 3 Da cláusula geral e dos *hard cases* - 4 Da fundamentação jurídica da sentença, conforme Cardozo – 5 Da impossibilidade de aplicação pura da lógica jurídica nos *hard cases* e na concretização das cláusulas gerais – Conclusão – Referências

Introdução

¹ Mestranda em Direito Público na UFAL. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UFAL; Advogada. Email: jessicaparica@gmail.com. UFAL, Maceió/AL, Brasil.

Benjamin Nathan Cardozo posicionamento jus-sociológico sobre o processo judicial. Em virtude de suas ideias ecléticas, é difícil situar se era filiado às concepções da jurisprudência sociológica, contudo é cediço que Cardozo é expoente do pragmatismo jurídico.

A corrente pragmatista delimita um liame nítido entre teoria e prática, em que as ideias passam pelo crivo das consequências práticas possíveis. Benjamin Cardozo foi discípulo de Oliver Wendell Holmes, que correspondia o significado da lei às resultados práticos.

O diferencial de Benjamin Cardozo é o traço realista que sua teoria carrega, defendendo que é dever do juiz julgar os *hard cases*, porém visando ao bem da sociedade, aos ideais de função e aos fins do direito, fundamentando racionalmente sua decisão.

O estudo do direito pela realidade, permite a visualização da influência de fatores extrajurídicos no processo de formação da decisão judicial. O escopo deste trabalho é, portanto, demonstrar que a discricionariedade conferida ao juiz, por ser agente criativo e ativo no processo judicial, também lhe confere a responsabilidade de fundamentação racional da sua decisão, mormente da consideração acerca da possibilidade de atuação do magistrado nos *hard cases*, situação em que a lei não oferece solução ao conflito, e na aplicação de cláusulas gerais.

129

1 Do pragmatismo jurídico

A filosofia pragmática surgiu no denominado "Clube Metafísico de Boston", nas luzes intensas da industrialização, já finda a guerra civil estadunidense, propondo inovação na abordagem metodológica em relação à tradicional abordagem lógico-metafísica (FREITAS, 2012).

Uma das primeiras obras foi o *paper* de Charles Sanders Peirce intitulado “*how to make our ideas clear*”. No entanto, coube a William James a famosa conceituação do

pragmatismo como novo método para tratar velhas ideias (FREITAS, 2009). James² apresenta o pragmatismo como um método voltado para as conseqüências práticas. O pragmatismo é visto como resultado de um contínuo processo de descobertas, em que as ideias são submetidas à experiência prática, por meio da verificação das conseqüências que, de modo antecipado, são propostas (JAMES, 1977. P.44-49).

A concepção de que a filosofia pragmática podia ser aplicada no mundo jurídico adquiriu autonomia suficiente para consubstanciar um movimento jusfilosófico próprio: o pragmatismo jurídico (FREITAS, 2009). Desta forma, o movimento pragmatismo filosófico forneceu sustentação para o desenvolvimento do pragmatismo jurídico, o qual teve como precursor Oliver Wendell Holmes Jr (FREITAS, 2009).

Benjamin Nathan Cardozo nasceu em 1870, pós Guerra Civil, e faleceu em 1938, no ápice do *New Deal*. Nasceu e viveu toda sua vida em Nova Iorque (VASCONCELOS, 2013). Foi juiz da Suprema Corte Americana e sucessor de Oliver Holmes (FREITAS, 2009).³ Seu trabalho demonstrou como se dava o conhecimento jurídico nos tribunais, considerando o conhecimento não no sentido científico, mas como saber/ compreensão do que é o direito (FREITAS, 2009),

130

“A natureza jurídica do processo judicial” é uma interessante demonstração de como o método pragmático se efetiva nos tribunais (FREITAS, 2007, p. 113). A referida obra propõe uma visão crítica sobre o mundo da produção do Direito.

Em verdade, Cardozo é expoente do realismo jurídico, conforme salienta Lorena Freitas. “Pragmatismo é um método do qual se vai utilizar o realismo jurídico americano, este uma dimensão teórico ou doutrinária.”

2 A decisão jurídica à luz de Benjamin Cardozo

² James entende que “a verdade de uma idéia não é propriedade estagnada que lhe seja inerente. A verdade acontece a uma idéia. Torna-se verdadeira; é feita verdadeira pelos acontecimentos.” (JAMES, 1977. P.102.)

³ Ver também: FREITAS, Lorena . As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: Enoque Feitosa; Lorena Freitas; Artur Stamford; Adrualdo Catão; Eduardo Rabenhorst. (Org.). **O Judiciário e o Discurso Dos Direitos Humanos**. Ed.Recife: EdUFPE, 2012, v. 2, p. 43-64.

O Direito é produzido pelo legislador ou o juiz é o verdadeiro agente de fomento das inovações do Direito? Se a norma individual é criada pelo magistrado diante das peculiaridades do caso concreto, como o faz para decidir? Sua decisão é primeiramente baseada em critérios subconscientes para que posteriormente seja justificada pela racionalidade? Em outras palavras: o ato de decidir é um processo que primeiro se tem o resultado, qual seja: qual decisão tomar, fundamentada nas convicções do juiz, para que depois haja a justificação da decisão?

Diante desses questionamentos, Cardozo reconhece a existência de elementos subconscientes condutores para a escolha da decisão a ser prolatada em determinado sentido “X” e não em outro “Y”. Porém, propõe que haja uma separação entre aqueles elementos subconscientes e os elementos conscientes, para que assim seja possível uma análise de uma coerência no modo de se decidir. Relembra que William James⁴ já entendia que em todos há uma filosofia imanente, mesmo que o indivíduo a desconheça.

131

Assim, o autor trata o subconsciente como elemento identificador de coerência interna das decisões emanadas por um mesmo juiz, ao passo que este elemento é também causa de incoerência entre juízos diferentes.

O estudo do processo judicial e da aplicação da norma, por meio da atividade judicial, só é possível pela noção de que a palavra carrega um véu invisível que esconde a sua pluralidade de significações. Deste modo a norma não possui um único sentido, mas o sentido é abstraído por meio da interpretação que varia de acordo com a concepção que o intérprete carrega, visto que o homem é um ser histórico⁵, e como tal, possui uma carga de valores e experiências que influem na decisão. Dessa forma, o juiz é imparcial, mas nunca será neutro (CATÃO, 2005).. A inexistência da neutralidade do juiz, segundo Karl Larenz, é estudada desde Ehrlich. ⁶ Este filósofo considerava inútil qualquer esforço que busque anular completamente a individualidade do juiz, propondo, assim como Cardozo, a identificação

⁴ Acerca das ideias de William James presentes na obra de Cardozo, Lorena Freitas explica que estes elementos subconscientes simbolizam variedade de tipos de temperamentos intelectuais. (FREITAS, 2008. p. 54-55).

⁵ “Os juízes como todos os mortais não podem escapar a corrente. Ao longo de suas vidas, são levados por forças que não conseguem reconhecer nem identificar – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas [...]” (CARDOZO, 2004. P.3).

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.p.78.

critérios que demonstrem a coerência do ato de decidir, que possa orientar a investigação do Direito.⁷

Uma das vicissitudes dos tribunais é decidir a validade de uma lei escrita não a partir da incompreensão delas, mas a partir da incompreensão dos fatos. As leis não podem ser vistas de modo isolado, mas inseridas em um contexto(CARDOZO,2004. P.58)⁸. Lorena de Freitas ratifica o entendimento de Cardozo, acrescentando que um dos problemas chave do Direito e da teoria do conhecimento é a interpretação dos fatos.⁹

3 Das cláusulas gerais e dos *hard cases*

A cláusula geral pode ser vista como exemplo da insuficiência da dogmática tradicional, do raciocínio meramente dedutivo e da lógica formal (WAMBIER, 2009. P. 37). Esgotado o modelo oitocentista da previsão legislativa casuística, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científicas, a dogmática tradicional é insuficiente para solucionar a gama de complexidade advinda das novas relações sociais (MARTINS-COSTA, 1998)¹ (BARROSO, 2005).

132

A cláusula geral é um texto normativo, em que o antecedente é composto por termos vagos e o conseqüente é indeterminado. Logo, há uma dupla indeterminação legislativa na estrutura lógica normativa, que inviabiliza a sua aplicação por uma técnica restritivamente de subsunção, silogística.

⁷ Cardozo supera o mito da neutralidade judicial visto que aceita que “atrás dos precedentes, estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, e, mais atrás, os hábitos de vida e as instituições sociais que deram origem a essas concepções.” (CARDOZO, 2004.p.9).

⁸ Wittengstein alertava que o sentido de uma palavra não é estável, mas resulta de cada caso do seu uso no jogo de linguagem. Assim o contexto é determinante para a abstração do sentido da palavra. (WITTENGSTEIN, 1987. P. 113).

⁹ Lorena Freitas acrescenta que a interpretação judicial na prolação da sentença ou na natureza do processo judicial, utilizando Cardozo, apresenta um raciocínio abduutivo e não uma mera dedução como operação lógica de subsunção da norma ao caso. Para tanto, Freitas, destaca dois momentos da decisão judicial: a descoberta e a justificação. Nesta última haveria dedução, já que a *ratio decidendi* parte de uma premissa geral, que é a norma, para a particular, que é o caso, para concluir o silogismo na sentença. O outro momento seria o da interpretação do fato, que apresenta um raciocínio abduutivo. Utilizando a teoria de Peirce, a professora Lorena explica que o raciocínio abduutivo seria estudar o fato e criar uma teoria para explicá-lo, sendo uma operação lógica para introduzir novas idéias O contexto da dedução, considerando esses dois momentos da decisão judicial, seria posterior à abdução. (FREITAS,, 2008. p. 54-55).

A norma em abstrato da cláusula geral não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com expressões como função social, ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e alcance da norma (BARROSO, 2005).

A linguagem de textura propositalmente aberta, segundo Judith Martins-Costa (1999, p. 303):

“[...] caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a sistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”

Nem toda cláusula geral é um caso difícil, assim como nem todo caso difícil é uma cláusula geral. Casos difíceis, Segundo Ricardo Lorenzetti, podem ocorrer em dois tipos de situações: a) quando não se pode deduzir a solução de modo simples da lei, porque há dificuldades na determinação da norma aplicável ou na sua interpretação; b) quando é necessário afastar-se da lei porque ela é inconstitucional (LORENZETTI, 2010.p.163).

Como Marcelo Neves assevera, em casos rotineiros envolvendo cláusulas gerais, em que já há uma jurisprudência assente, não se consubstancia um caso difícil. Logo, nem toda cláusula geral envolve necessariamente um caso difícil (NEVES, 2013. P. XIX). Contudo, haverá situações em que não é possível a dedução simples da lei.

A decisão em tais casos dá causa a uma discricionariedade. A linguagem normativa muitas vezes é ambígua e mostra zonas de penumbra na interpretação, o que faz com que o interprete não só deva deduzir, senão que também deva optar entre as diversas alternativas de interpretação.

Hart já sustentava que não há uma única resposta correta nos casos difíceis. Considerava que o ordenamento jurídico, composto por regras primárias de conduta e secundárias de organização, confere ao magistrado uma margem de discricionariedade, nos limites da qual deve ser feita a escolha de uma das alternativas possíveis, o que se denomina

textura aberta do direito (HART, 1994). Os limites dessa atividade são parâmetros da razoabilidade, guiando-se pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a decisão (LORENZETTI, 2010.p.172)..

Com a nova hermenêutica jurídica neoconstitucionalista, reconhecendo as atividades criativa e normativa do magistrado, atividades estas consideradas essenciais ao desenvolvimento do Direito, aplicando a norma concreta nas soluções dos casos e interpretando as normas jurídicas promovendo a estabilização e reorientação das expectativas normativas (BELAUNDE, 1994).

Ao lado disso, o método da concretização dos textos normativos passa a conviver com a subsunção. O intérprete agora é co-participante do processo de criação do Direito, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis e completando o trabalho do legislador (BARROSO, 2005), no movimento denominado por Marcelo Neves de relação reflexiva circular entre o legislador e o juiz/tribunal (NEVES, 2013. P. 181).

A interpretação não levará ao sentido único da palavra, como querem os tradicionalistas, mas conduzirá a várias possibilidades igualmente corretas. Se uma sentença é fundada na lei, não significa que aquela é a norma individualizada, mas é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Caberá ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a consequência jurídica que será extraída, atividade esta que só poderá ser exercitada no caso concreto, diante das peculiaridades de cada qual. Mas como o juiz deve agir ao prolatar sua sentença, em casos não resolvidos pela lei? O próximo item responderá este questionamento à luz de Benjamin Cardozo.

4 Da fundamentação jurídica da sentença, conforme Cardozo

Cardozo reconhece na atividade judicial um papel social, corroborando com a visão de Ehrlich, Gény e Gmelin (CARDOZO, 2004. P.6). Isto porque aquela atividade é uma

intermediação entre o legislador e a comunidade, declarando o sentido que há na lei e suprimindo as omissões. E neste sentido, defende-se a necessidade de limitação a esse poder dado ao juiz, que como todo poder, está sujeito a arbitrariedades.

Se a história, o costume, a utilidade social e o sentimento de justiça podem auxiliar o juiz para mostrar-lhe o caminho a seguir, estes mesmos elementos podem mudar de magistrado para magistrado (CARDOZO, 2004. P.28). Cardozo, no entanto, entende que não há fórmulas matemáticas para expor com exatidão o caminho lógico a ser seguido pelo juiz, mas reconhece que o abuso pode estar inserido na crença de que ideias provisórias e subjetivas são, na verdade, objetivas e perenes, como dogmas. Isso advém do realismo absoluto da idade média que reduzia o Direito a categorias limitadas e inflexíveis, que não se modulam às constantes mutações sociais (CARDOZO, 2004. P.31).

Esses “dogmas” passados por gerações e sucessões de juízes, explica Cardozo, gera um vício de transformação das verdades alcançadas por indução em premissas para novas deduções. Isto significa que os magistrados não repetem esse processo de verificação e aplicam determinadas “verdades reiteradas” (sejam princípios ou precedentes) como se automáticas fossem. A exemplo do que ocorre com a física, na qual não se questiona as fórmulas ditas universais (CARDOZO, 2004. P.31).

Assim, essas concepções reiteradas passam a ser aceitas como fundamentais e axiomáticas (CARDOZO, 2004. P.32) e suas origens são esquecidas, não adaptadas ao momento presente, que não corresponde ao mesmo momento em que foram criadas. Em verdade, Cardozo, assim como Heráclito, entende que os eventos sociais são efêmeros, não são estáveis, de modo de que os anseios e necessidades mudam de acordo com o tempo.(CARDOZO, 2004. P.15).

Se os eventos são mutáveis, o Direito deve acompanhar a evolução social. Porém, a Constituição não pode se destinar a atender às fugazes exigências do momento. Nesta perspectiva, Cardozo alerta para o perigo de as sucessivas gerações criarem hoje restrições imperativas que, aos olhos do passado, eram vãs e caprichosas (CARDOZO, 2004. P.59).

Uma Constituição deve apresentar princípios para um futuro em expansão. Ao atender a particularidades do momento, perde-se a flexibilidade, engessando o alcance da

interpretação. “Enquanto é fiel a sua função, mantém seu poder de adaptação, sua flexibilidade, sua liberdade de ação.” (CARDOZO, 2004. P.60).

Assim, Cardozo ratifica o entendimento de que o sentido abstraído pela interpretação de uma lei não é perene (CARDOZO, 2004. P.60). No entanto, não cabe ao juiz fazer e desfazer normas de acordo com os pontos de vista do que é conveniente, do que é subjetivo (CARDOZO, 2004. P.48)

O juiz deve livrar-se o máximo possível de toda influência que seja pessoal para que a decisão judicial seja fundamentada em elementos de natureza objetiva.¹⁰ João Maurício Adeodato levanta o questionamento de como seria possível manter a objetividade do texto se o juiz decidirá a decisão nos limites de um texto cujo sentido ele próprio que irá dizer. Nessa situação, “o resultado de interpretação torna-se conteúdo da norma em formação.” (ADEODATO, 2010. P. 199).

Com a evolução social, novos costumes demandarão novas normas. A atividade do judiciário é livre para se moldar a essas novas perspectivas que surgem, a fim de alcançar, a justiça e utilidade social. O que não se permite é que essa liberdade albergue a imposição de valores subjetivos e parciais, desprovidos de proporcionalidade e racionalidade (CARDOZO, 2004. P.63).

O direito, para Cardozo, é, na verdade, um desenvolvimento histórico, que deve ser acompanhado pelo juiz para a realização da finalidade moral e de sua materialização em formas jurídicas (CARDOZO, 2004. P.74).

Para alcançar tal finalidade, o juiz deve evitar subjetivismos e buscar fundamenta sua decisão. Cardozo ressalta que o magistrado que molda o Direito pela filosofia pode estar satisfazendo um anseio pela logicidade de suas decisões, coerência e simetria. O que evitaria os abusos e arbitrariedades na decisão (CARDOZO, 2004. P.22).

Isto é de suma importância, mormente o reconhecimento de que os juízes “legislam”, criando a norma individual que será aplicada ao caso concreto (CARDOZO, 2004. P.49).

¹⁰ Nesse sentido, François Géný: “[...] por isso que me pareceu correto qualificar a atividade que lhe (ao juiz) compete de livre pesquisa científica, *libre recherche scientifique*: livre porque aqui fica longe da ação da autoridade positiva e científica, ao mesmo tempo, porque só pode encontrar fundamentos sólidos nos elementos objetivos que somente a ciência é capaz de revelar”. (CARDOZO, 2004. P.89).

Cardozo esclarece que o poder de declarar a lei traz consigo o poder e, dentro de certos limites, o dever de criar a lei quando há lacuna. No entanto, elucida que não concorda com a corrente que defende a inexistência de lei alguma a não ser as decisões dos tribunais (CARDOZO, 2004. P.91). A lei é importante mas não é a única fonte do direito, devendo o juiz considerar, outrossim, o ambiente social que lhe rodeia.

Dessa forma, não pretende Cardozo subestimar a atividade do legislador enquanto superestima a atividade do judiciário. O judiciário possui um grande poder de interpretar o sentido das leis postas pelo legislador, além de colmatar as lacunas. Diante disto, tece um juízo crítico acerca da necessidade de o juiz se pautar em critérios racionais e filosóficos, evitando, assim, uma possível arbitrariedade.

A postura de Cardozo é, portanto, realista, uma vez que é antagônica ao idealismo quanto ao direito. Isto se dá pelo fato de sua investigação transcender aos fatores externos que interferem no processo judicial para declarar a existência de elementos subconscientes ou, nas palavras de Freitas, ideologias (FREITAS, 2007).

137

O Direito não é um conhecimento isolado, mas, sobretudo, um fenômeno social que se entrelaça com outras áreas da vida humana, razão pela qual o magistrado não deve descartar as contribuições das demais ciências sociais.

5 Da impossibilidade de aplicação pura da lógica jurídica nos *hard cases* e na concretização das cláusulas gerais

Cardozo não discorda da impossibilidade de uma postura objetiva absoluta por parte do juiz. Ressalva que o magistrado é agente ativo no processo judicial, tornando-se inviável a aplicação pura da lógica no processo judicial (CARDOZO, 2004, p.4).

As tentativas hermenêuticas em busca da intenção do legislador dificultam as possibilidades hermenêuticas do interprete, visto que não há onisciência do legislador. Cardozo assume posição objetivista da questão hermenêutica, utilizando Brütt acerca do modo ideal de agir do julgador: as omissões legislativas devem ser colmatadas, os resultados

devem estar untados com justiça, com base em um método de livre decisão (CARDOZO, 2004, p.5-6).

Cardozo considera os precedentes legais, pertencentes ao *Common Law*, não são as únicas fontes do Direito, visto que devem ser considerados os postulados do raciocínio jurídico, os hábitos de vida e as instituições sociais.(CARDOZO, 2004, p.7).

O juiz não é um sujeito neutro na aplicação da norma. É imparcial, mas jamais neutro. Ele exerce uma atividade criativa, inovadora, inventiva que não se encaixa mais no mero papel mecânico pretendido pela escola exegeta. No entanto, ao juiz não cabe o extremo: agir ativa e criativamente sem fundamentação. Caberá à fundamentação a formulação sobre qual regra jurídica abstrata e geral será aplicada no caso. Beclate Oliverira Silva ressalta que não basta saber a estrutura lógica da norma, visto que o determinante é o conteúdo semântico dos textos a ser interpretado pelo magistrado e articulado para convencer os destinatários acerca de sua retidão (SILVA, 2007, P.64).

138

A justificação da decisão está atrelada à idéia de explicitação das razões que levaram o magistrado a decidir de tal modo. Não é apenas a necessidade de motivação da sentença, mas oferecer uma motivação consistente e racional, transformando critérios internos do aplicador em uma linguagem compreensível para a audiência (BARCELLOS, 2005. P. 45).

A decisão, seja nos casos difíceis ou nos fáceis, necessita de justificação (SILVA, 2007. P.64). Se um dos alicerces do Estado Democrático de Direito é a igualdade, não há nenhum ser humano com uma capacidade excepcional e sabedoria tamanha que não deva motivar seus atos, mormente os agentes públicos, delegados da coletividade. Isso também se aplica aos magistrados. A motivação, portanto, não decorre apenas do art. 93, IX da Constituição. Decorre da ramificação dos pilares democráticos e republicanos no Estado (BARCELLOS, 2005. P. 48.).

O subjetivismo excessivo, o risco de arbitrariedade e a inconsistência metodológica são algumas críticas à ponderação. Não há dúvidas de que a ponderação de fato é subjetiva, desprovida de parâmetros metodológicos fixos e que pode dar azo à arbitrariedade, contudo, esse é o risco que qualquer interpretação assume e não exclusivamente adstrito à ponderação.

É indubitável também que certos conflitos normativos, a exemplo das questões envolvendo cláusulas gerais, necessitarão inexoravelmente de ponderação. É por essa razão que a doutrina trabalha com elaboração de parâmetros para reduzir a subjetividade do intérprete e os riscos de arbitrariedade.

O Direito, enquanto fenômeno social, não pode se limitar à subsunção do fato a uma premissa maior, como reza o raciocínio lógico-formal. O papel criativo do intérprete torna-se evidente em situação que a mera aplicação legal não soluciona o conflito em causa, como ocorre nos *hard cases*. No entanto, a decisão jurídica deve ser pautada em critérios racionais e filosóficos, evitando, assim, uma possível arbitrariedade.

Para Cardozo, o papel do juiz não se resume ao meramente processual, mas também extraprocessual, visto que seus efeitos se irradiam para toda a sociedade. O juiz deve agir conforme o padrão do homem médio e considerando a sociedade qual pertence.¹¹

Conclusão

A partir das observações de Benjamin Nathan Cardozo acerca da verdadeira natureza do processo judicial, este trabalho pretendeu demonstrar o papel essencial da fundamentação da decisão jurídica, pautada na racionalidade e nos fins sociais do direito. Entendeu-se que é inviável a utilização da lógica jurídica na solução dos *hard cases* e na aplicação das cláusulas gerais. Reforçou-se a idéia do papel criativo do magistrado, contudo, sua discricionariedade não é ilimitada, devendo pautar seu agir na busca da maior utilidade social e em consonância com a sistemática do ordenamento jurídico. A verdadeira utilidade da decisão judicial é alcançar o bem estar da sociedade.

O juiz não é neutro, mas deve ser imparcial. A carga pessoal de cada magistrado não vicia a decisão judicial, desde que a decisão judicial não seja pautada somente em critérios subjetivos, distantes da racionalidade e desconformes o ordenamento jurídico. Diante, principalmente, de cláusulas gerais, baseadas em conceitos universais e imprecisos, é preciso

¹¹ Holmes, de modo semelhante, também entendia que a postura do juiz deve ser proba, dissertando sobre a negligencia judicial e a possibilidade de responsabilidade do magistrado. (HALIS, 2010. p.173)

que o julgador as concretize considerando o bem da sociedade, os fins do direito e sua função. A aplicação extremada da lógica subsuntiva pode acarretar o distanciamento da norma e o seu fim social.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 199.

ARAÚJO, Érika; FREITAS, Lorena. Direito é o que o juiz diz que é direito: uma análise da servidão de passagem à luz da teoria da predição do Direito de Oliver Wendell Holmes Jr. In: Enoque Feitosa; Lorena Freitas; Xavier, Madson; Córdula, Vitor. (Org.) **Estudos do Congresso Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. João Pessoa: EdUFPB, 2012.

140

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005

BELAUNDE, Domingo Garcia. *La interpretación constitucional como problema*. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Nueva Epoca, n. 86, p.9-36, out/dec.,1994.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A evolução do direito**. Trad. Henrique Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CATÃO, Adrualdo de Lima. A visão hermenêutica da interpretação jurídica para superação do paradigma da neutralidade do intérprete. **Revista do Ministério Público de Alagoas**. v. 15. Maceió: EdMPAL, 2005. p. 13-36.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro.** Disponível em:

<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 03 fev.2014.

FREITAS, Lorena . Acerca da vocação pragmática do realismo jurídico americano nas idéias de Benjamin Nathan Cardozo sobre a natureza do processo judicial. In: **10. Encontro Internacional sobre Pragmatismo/ 10th International Meeting on Pragmatism, 2007, São Paulo. Resumo das comunicações.** São Paulo: Centro de Estudos Sobre Pragmatismo/ PUC-SP, 2007. v. 1. p. 113-113.

FREITAS, Lorena . As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: Enoque Feitosa; Lorena Freitas; Artur Stamford; Adrualdo Catão; Eduardo Rabenhorst. (Org.). **O Judiciário e o Discurso Dos Direitos Humanos.** Ed.Recife: EdUFPE, 2012, v. 2, p. 43-64.

FREITAS, Lorena . Do realismo jurídico como objeto de uma análise retórica. In: Lorena Freitas; Enoque Feitosa; Fernando Maia; Andréa Barbosa. (Org.). **Estudos Acerca da Efetividade do Processo e Realismo Jurídico.** 1ed. Recife: FMN/ Bagaço, 2009, v. 1, p. 161-187.

FREITAS, Lorena . O elemento subconsciente na decisão judicial conforme o realismo jurídico de Benjamin Nathan Cardozo. In: FEITOSA, Enoque; MAIA, Fernando; FREITAS, Lorena; BARBOSA, Andréa. (Org.). **O direito como atividade judicial.** 1ed.Recife: Bagaço, 2009, v. 1, p. 137-147.

FREITAS, Lorena . **Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para Discussão da Ideologia na Magistratura.** Cognitio-Estudos (PUC-SP. Online), v. 4, p. 10/ 2-19, 2007.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque . Pragmatismo e Direito. In: 11o Encontro Internacional Sobre Pragmatismo, 2008, São Paulo. **Encontro Internacional Sobre Pragmatismo.** São Paulo: centro de estudos do pragmatismo, 2008. p. 54-55.

FREITAS, Lorena ., **O realismo jurídico como pragmatismo:** A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese de doutorado. Recife: UFPE/ PPGD, 2009.

- HALIS, Diego de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juízes?: O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2010.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 2ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- JAMES, William. O que significa pragmatismo. **O pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de se pensar**. Tradução de Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da moeda, 1977.
- JAMES, William. A concepção de verdade do pragmatismo. O pragmatismo: **um nome novo para algumas formas antigas de se pensar**. Tradução de Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da moeda, 1977.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Juspodivm: Salvador, 2007.
- VASCONCELOS, Vanessa Paes de. **As confluências na formação da decisão judicial: uma leitura do processo de tomada de decisões sob a ótica de Benjamin N. Cardozo**. Trabalho de conclusão de curso. Maceió: UFAL/FDA, 2013.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009. P. 37.
- WITTENGSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-filosófico – investigações filosóficas**. Tradução de Manuel António dos Santos Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

Crianças e adolescentes: o processo de inclusão social no Brasil¹

Kids and teens: the process of social inclusion in Brazil

Gilberto Natal Maas²

Ivo dos Santos Canabarro³

Resumo: Este artigo propõe discutir a relação das crianças e dos adolescentes com o processo de inclusão social no Brasil. Historicamente, as crianças e os adolescentes foram condicionados ao sistema cultural e econômico, não lhes sendo proporcionada a devida atenção. É preciso repensar as nossas ações para que realmente a sociedade possa ter um futuro promissor em relação às crianças e aos adolescentes, visando melhores condições de vida numa sociedade multicultural, como é o caso do Brasil. A partir dessa perspectiva, este artigo propõe elencar alguns pontos nevrálgicos que carecem de discussões na sociedade, a fim de equalizar a legislação e as práticas que a sociedade impõe às crianças e aos adolescentes. Sendo assim, os objetivos a serem estudados nesta pesquisa são: buscar o perfil dos adolescentes que estão em conflito com a lei e entender o significado da inclusão social para as crianças e os adolescentes; compreender os aspectos da Bioética e seus riscos para o futuro da humanidade e propor mudanças no paradigma de entendimento da legislação que regula esta ciência e de sua responsabilidade na sociedade para não cair no preconceito, discriminação e racismo. A metodologia a ser percorrida é a das pesquisas bibliográfica e empírica aleatória, quantitativa e qualitativa. Os resultados obtidos apontam o entendimento da mudança de paradigma pela sociedade e a busca de regulamentação de normas jurídicas que atendam as crianças e aos adolescentes no que tange à vida digna.

Palavras-chave: Crianças e adolescentes. Vida digna. Bioética. Legislação.

Abstract: This article aims to discuss the relationship of children and adolescents with the process of social inclusion in Brazil. Historically, children and adolescents were conditioned by cultural and economic system, not being provided to them due attention. We must rethink our actions so that society may actually have a promising future in relation to children and adolescents, seeking better life in a multicultural society, as is the case in Brazil. From this perspective, this article proposes to list a few crucial points that require discussion in society, in order to equalize the laws and practices that society imposes on children and adolescents. Therefore, the objectives to be studied in this research are: fetch the profile of adolescents who are in conflict with the law and understand the meaning of social inclusion for children and adolescents; understand the aspects of bioethics and the risks for the future of humanity and propose changes in the paradigm of understanding the law that governs this science and its responsibility to society to not fall on prejudice, discrimination and racism. The methodology to be covered is that of literature and empirical research random, quantitative and qualitative. The results show an understanding of the paradigm shift for society and the pursuit of regulatory legal standards that meet children and adolescents in relation to dignified life.

1 Recorte da dissertação que trata do tema: “Direitos Humanos e Inclusão de Adolescentes em Conflito com a Lei: estudo de caso na Região Noroeste do Estado do RS”, aprovada pelo Comitê de Ética e Pesquisa (CEP) da Unijuí. A dissertação foi defendida em 25/03/2014, e se encontra arquivada no Museu Antropológico Diretor Pestana de IJUÍ-RS, bem como na Biblioteca Virtual, no endereço: <http://www.unijui.edu.br/biblioteca>.

2 Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos, graduado em História e Estudos Sociais; acadêmico de Direito; docente de Educação Básica da Rede Pública Municipal de Ijuí (RS). Ijuí/RS – Brasil. Email: gilbertomaas@hotmail.com.

3 Graduado em Estudos sociais, História, mestre e doutor em história, professor do Programa Stricto Sensu em direitos Humanos. Ijuí/RS – Brasil. Email: icanabarro@yahoo.com.br

Key words: *Children and adolescents. Dignified life. Bioethics. Legislation.*

Sumário: Considerações iniciais. 1. Quem é esse adolescente que está em conflito com a lei? 2. A Constituição Federal de 1988 (CF/88). 3. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). 4. Bioética e responsabilidade. Considerações finais. Referências.

Considerações Iniciais

A proposta inicial deste estudo é discutir questões relacionadas aos adolescentes em conflito com a lei no Brasil, buscando identificar um perfil socioeconômico, político e cultural, bem como a legislação federal vigente, a implementação do ECA e, por fim, discutir a influência da responsabilidade da Bioética na formação do indivíduo na sociedade. Este trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisas em obras bibliográficas, estudos aleatórios de ex-adolescentes que estiveram em conflito com a lei, ex-conselheiros tutelares, bem como relatórios de instituições estatais encarregadas pela apuração e implementação das normas jurídicas relacionadas aos delitos de adolescentes.

144

Primeiramente o estudo faz referência ao perfil dos adolescentes em conflito com a lei, analisando as questões sociais, políticas, econômicas e culturais que envolvem sua participação na sociedade. Busca, também, definir algumas características que são comuns aos adolescentes em conflito com a lei. É nesse aspecto que o Estado e a sociedade precisam tomar conhecimento e buscar a eficácia das políticas públicas.

Num segundo momento, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos arts. 227, 228 e 229, contemplam a garantia de direitos e a proteção às crianças e aos adolescentes, comprometendo a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado. Isso faz com que a dignidade de vida, as oportunidades e os direitos humanos contemplem as crianças e os adolescentes, afastando-os da violência física, psicológica, sexual, da discriminação, da drogatização, da exploração, da opressão, da crueldade e da negligência.

Na sequência, no terceiro capítulo, são trabalhados os direitos e os deveres da criança e do adolescente de acordo com o dispositivo proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído em 13 de julho de 1990, por meio da Lei nº 8.069. Em seu art. 3º o referido estatuto faz menção aos direitos da criança e do adolescente como fundamentais

e inerentes à pessoa humana⁴. Mais adiante, o art. 4º do mesmo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reafirma a ideia do art. 227 da CF/88⁵.

E, por fim, busca-se trabalhar a Bioética e a responsabilidade, uma vez que os modernos meios tecnológicos que possibilitam a criação e destruição, encurtando distâncias e reduzindo diferenças, também criam laços globais comuns a todos, trazendo desafios complexos para o futuro da humanidade. A sociedade deve estar atenta aos desafios propostos pela comunidade científica para que todos tenham conhecimento das causas e dos efeitos que determinados inventos trazem aos cidadãos.

1 Quem é esse adolescente que está em conflito com a lei?

O ser humano vive em uma sociedade egocêntrica, capitalista, excludente, exploradora e concentradora. Tudo o que planeja, propõe e faz em prol dos outros está fortemente baseado em interesses próprios. Essas questões estão cada vez mais nítidas no atual contexto social e constituem-se em problema à procura de uma alternativa. As crianças e os adolescentes são vítimas do atual sistema, da cultura, da política, da economia e da história, pois não lhes foi dada a devida atenção de que necessitam.

No seio da sociedade reina o discurso de que as crianças e os adolescentes são o futuro de uma nação, que devem ser tratadas com dignidade e respeito às diferenças. Na prática, porém, esse discurso fica longe da sua origem. É necessário repensar as ações para que realmente a sociedade possa ter um futuro promissor em relação às suas crianças e adolescentes. É preciso ouvir o que os mesmos pensam sobre essa etapa da vida humana, pois a imagem dos adolescentes em conflito com a lei contraria esse discurso.

Uma análise das informações levantadas sobre a imagem dos adolescentes que estão em conflito com a lei revela que:

⁴ Art. 3º (ECA): A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁵ Art. 4º (ECA) É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Em média, para cada dez mil adolescentes, entre 12 e 17 anos, há 8,8 cumprindo medida de privação e restrição de liberdade, o que representa 0,09% deste universo. “Em geral a maioria dos adolescentes internos é composta por negros, grande parte têm descendência nordestina e são de origem pobre. O número de adolescentes brancos tem aumentado, mas ainda é muito inferior aos demais. Além disso, a baixa escolaridade é quase unânime. São poucos os que frequentam a escola e há aqueles que sequer têm o registro de haver estudado em algum momento da vida [...]”. Grande parte dos adolescentes apreendidos são encaminhados para internação sob acusação de envolvimento com o tráfico de drogas, o que nem sempre se confirma. O estigma do envolvimento com o tráfico fica ainda mais forte se este adolescente for morador de favela. Porém, ao realizar o acompanhamento do mesmo, é possível perceber que ele não tem condições reais de exercer a função que o criminalizou. Não ignoramos os que têm um envolvimento real com o mundo do crime, porém, em alguns casos o que deveria ser tratado como um problema de saúde pública, que é a dependência química, se torna um problema judicial, tendo como pano de fundo o preconceito e a constante criminalização da pobreza. (PRVL, 2011, s/p).

Constata-se que é relativamente baixo o número de adolescentes com idade entre 12 e 17 anos que estão em conflito com a lei e em privação e restrição de liberdade no âmbito nacional. O que preocupa, contudo, são os programas e as políticas públicas implantadas pelo Estado de forma desordenada, fora da realidade, desvinculados dos interesses dos próprios adolescentes e, conseqüentemente, pouco eficazes. Em decorrência constata-se a elevação dos índices de adolescentes em conflito com a lei, inclusive um maior envolvimento de adolescentes de cor branca nos conflitos com a lei (CAOP, 2008).

No cenário brasileiro pode-se constatar que os adolescentes que estão em conflito com a lei pertencem a classes sociais vulneráveis, com baixa escolaridade, a maioria negra, de descendência nordestina, estigmatizados por serem moradores de favelas e, geralmente, relacionados com o tráfico de drogas. Na verdade, deveria haver uma presença mais incisiva do Estado, oportunizando aos adolescentes espaços de recreação, lazer, saúde e educação. O abandono do Estado oportuniza espaços aos grupos ou facções criminosas que levam os adolescentes a serem “soldados do crime”.

Neste sentido, dados do Estado do Rio Grande do Sul, apurados em 2013, com referência à escolaridade da população atendida pela Fundação de Atendimento Socioeducativa (Fase-RS), revelam que dentre os 993 adolescentes em conflito com a lei, 216 (21,75%) possuem o nível de 6ª série, e outros 213 (21,45%) possuem o nível de 5ª série. Enquanto isso, na unidade da Case de Santo Ângelo-RS, do total de 37 adolescentes que estão em conflito com a lei, 13 adolescentes possuem o nível de 6ª série. Os dados verificados não fogem de uma realidade de âmbito nacional, em que o adolescente em conflito com a lei

possui baixa escolaridade. São necessárias, portanto, políticas públicas na área da educação, voltadas a atender essa demanda.

Em nível local pode-se observar o depoimento de um ex-adolescente que estava em conflito com a lei, atualmente com 25 anos, que passou quatro anos interno (dos 14 aos 18 anos) em instituições como orfanato, Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (Febem), e instituição religiosa. Questionado se, além do trato com os animais e lavoura, havia aprendido alguma atividade com a participação em cursos, respondeu:

A princípio curso teria, mas a escolaridade não chegou a alcançar, aqui no Santana nunca teve curso, tinha apoio do Senai, do Senac, mas a escolaridade da gente não acompanhava... eu tive oportunidade no momento em que fui pra Santo Augusto por completa a maioridade, eu já tava saindo da casa com 18 anos e pra eles não me deixar na mão eles têm um convênio com o Senac de Ijuí pra fazer curso técnico. Eu fui em uma ou duas aulas mas desisti porque cheguei em casa minha família não convivia com a mesma situação, estava passando dificuldade, abandonei o estudo pra trabalhar e ajuda a família (ex-adolescente B)⁶.

Percebe-se que a escolaridade foi um empecilho para o ex-adolescente B. A qualificação dos cursos que foram oferecidos estava muito além da capacidade de discernimento do adolescente, dificultando a aprendizagem e motivando a desistência. As condições sociais da família também foram um dos aspectos que contribuíram para a não continuidade do curso. Está explícito que o objetivo das instituições qualificarem os adolescentes em conflito com a lei é lhes proporcionar a oportunidade de conquistar uma fatia do mercado de trabalho e, conseqüentemente, serem incluídos na sociedade. Os dados, no entanto, revelam uma realidade perversa em relação à inclusão social dos adolescentes que estão em conflito com a lei, como se pode observar:

A dificuldade de inserção no mercado de trabalho contribui para os elevados índices de violência. Destaca-se, como fator positivo, a criação recente de um programa oficial, no âmbito do Governo do Estado, de inserção de adolescentes em conflito com a lei em empresas estatais, em Curitiba. Quanto ao trabalho, 78,4% dos adolescentes não exercem nenhuma atividade remunerada ou não estão inseridos no mercado de trabalho (CAOP, 2008).

Os fatos e dados reais diagnosticados são balizadores para o desenvolvimento de projetos que visam alcançar e sanar problemas percebidos em relação aos adolescentes que

⁶ Denominação dada ao jovem nascido em 09/11/1988 que na fase de adolescente esteve em conflito com a lei, sendo que obteve êxito na socialização. Foi um dos dois jovens escolhidos aleatoriamente para fazer parte da pesquisa que originou a dissertação.

estão em conflito com a lei. Neste sentido, órgãos estatais e Organizações Não Governamentais (ONGs) envolvidas avançam lentamente na organização de políticas públicas de qualificação desses adolescentes e sua inserção no mercado de trabalho. A falta de material, porém, assim como de infraestrutura, de profissionais qualificados e a visão administrativa do agente público imperam a concretização desses objetivos.

São nítidos, no entanto, os entes federados que percebem e trabalham a qualificação, a valorização e a elevação da autoestima dos adolescentes em conflito com a lei numa concepção diferente. Quando isso acontece os resultados são visíveis e positivos, pois se rompem velhos paradigmas e o direito de cidadania lhes é devolvido, permitindo ao adolescente a oportunidade de ser um agente ativo, que participa e é ouvido na sociedade.

O agente público deve propor políticas públicas de equalização, e o Estado deve fazer-se presente nas áreas de vulnerabilidade social que são maiores nas áreas centrais. Na visão do administrador é comum a prática de atender projetos em áreas centrais, cuidando da infraestrutura, das ruas no entorno da praça central, esquecendo as periferias. Em outras palavras, o Estado não atende de maneira uniforme os seus cidadãos, uma vez que nas regiões distantes do centro faltam escolas, postos de saúde e espaços culturais e de lazer com qualidade.

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2012 [2013?]), as crianças negras têm quase 70% mais probabilidade de viver na pobreza do que as brancas. O mesmo pode ser observado entre as crianças que vivem em áreas rurais. O país precisa homogeneizar as políticas públicas, dar acesso e oportunidade a todos, independente do espaço em que vivem, das condições sociais, gênero e cor. As desigualdades sociais, a estigmatização e o preconceito racial são elementos essenciais para os adolescentes se envolverem em delitos.

É explícita a preocupação da sociedade em relação aos adolescentes em conflito com a lei, uma vez que os mesmos chegam ao crime de forma cada vez mais precoce. Conforme se pode averiguar, são muitos os aspectos que contribuem para essa situação:

Cerca de 60% dos jovens entrevistados possuem entre 15 e 17 anos. A maioria dos adolescentes infratores parou de estudar aos 14 anos, entre a quinta e a sexta série, o que demonstra a necessidade de se adotar no país políticas específicas voltadas ao combate da evasão escolar no ensino fundamental. Além disso, 8% deles não chegaram sequer a serem alfabetizados. Nesse aspecto, a desigualdade entre as

Regiões do país ficou evidenciada no estudo. Entre os jovens entrevistados no Nordeste, 20% declararam que não sabem ler, enquanto no Sul e no Centro-Oeste essa proporção foi de apenas 1%. Em relação à estrutura familiar, o CNJ constatou que 14% dos jovens infratores possuem pelo menos um filho, apesar da pouca idade, e apenas 38% deles foram criados pela mãe e o pai. Além disso, 7 em cada 10 adolescentes ouvidos pelo Justiça ao Jovem se declararam usuários de drogas, sendo este percentual mais expressivo na Região Centro-Oeste (80,3%). A maconha aparece como o entorpecente mais consumido, seguida da cocaína e do crack. (CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA, 2012).

A sociedade em geral, portanto, se preocupa com o ingresso precoce de crianças e adolescentes na prática de delitos. É nítido e certo que existem fatores culturais que interferem na reprodução de uma cultura delituosa. E, se não houver políticas públicas por meio de uma ação efetiva do Estado a fim de romper com a sua propagação, os problemas avançarão nas camadas sociais vulneráveis. Por essa razão é fundamental romper com essa cultura delituosa.

Em relação à faixa etária, o relatório da Assessoria de Informação e Gestão da Fase-RS, divulgado dia 03 de setembro de 2013, entre os 993 adolescentes em conflito com a lei no RS, o maior percentual (31,42%) está nos adolescentes que possuem 17 anos. Já na unidade da Casa Atendimento Socioeducativo (Fase) de Santo Ângelo/RS, unidade que abriga adolescentes que estão em conflito com a lei, este mesmo relatório aponta 12 adolescentes com 17 anos de um total de 37 jovens. Outro fator determinante que é apontado nos dados conjunturais é a estrutura familiar que, geralmente, passa por um processo de crise e de ajustes, afetando diretamente a sociedade, tornando adolescentes vítimas desse processo.

Observa-se, ainda, que nas diferentes regiões do Brasil, é baixo o nível de formação dos adolescentes em conflito com a lei, constituindo um ambiente com maior vulnerabilidade para a incidência de delitos.

Ademais, pode-se observar que cada vez mais cedo esses adolescentes se tornam pais, e que a grande maioria dos adolescentes em conflito com a lei (78,6%) pertence ao sexo masculino, enquanto 21,4% são do sexo feminino, conforme dados do Centro de Apoio Operacional da Criança e Adolescente (CAOP, 2008). A estrutura familiar dos adolescentes em conflito com a lei se apresenta de forma descaracterizada da tradição familiar, isto é, pai, mãe e filhos, conforme se observa:

A respeito das relações familiares, obteve-se por meio das entrevistas que 14% dos jovens têm filhos. A respeito da criação, 43% foram criados apenas pela mãe, 4% pelo pai sem a presença da mãe, 38% foram criados por ambos e 17% pelos avós. (CNJ, 2012, p. 18).

Em diálogo aleatório mantido com os ex-adolescentes pesquisados percebe-se que a família não conseguia dar o suporte necessário e exigido pelos mesmos, o que pode ser observado na fala do ex-adolescente B:

[...] me mandaram para a instituição de Santo Augusto-RS, chegando lá pensei báh vai começar o inferno de novo, mas pelo o que eu vi foi bem ao contrário, ali eles vivia no espírito só de família, que eles não te viam como simplesmente uma pessoa, eles queriam te dar amor, eles queriam te da carinho, eles queriam te entregar de novo a tua esperança, a tua vontade de viver [...]. (ex-adolescente B).

De acordo com ex-adolescente B pode-se constatar que realmente a instituição que o abrigou cumpriu com o papel da família. Ali ele encontrou todos os motivos para se reencontrar e valorizar a vida, buscando a paz interior que o curou de um suposto “transtorno mental”.

Isso denota que o trabalho de socialização da criança e do adolescente em conflito com a lei não ocorre por intermédio do castigo e da punição mediante instrumentos torturadores que culturalmente são reproduzidos na sociedade. Neste sentido, pode-se perceber o depoimento da ex-conselheira A⁷, entrevistada que faz parte desta pesquisa aleatória:

A ressocialização da criança e do adolescente em conflito com a lei, além de um bom trabalho com a família deve ser visto como carro chefe da ressocialização a rede de atendimento a criança e adolescente [...]. (ex-conselheira A).

Fica claro nesta ideia que o trabalho com a família é fundamental, mas também é dever da sociedade e do Estado, conforme aponta o art. 227 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Entre os atos infracionais cometidos pelo adolescente em conflito com a lei, em âmbito nacional, evidenciam-se crimes contra o patrimônio e contra a vida, sendo cada vez mais comum encontrar adolescentes em conflito com a lei cumprindo medidas de internação por mais de um motivo. As regiões Sul e Sudeste se destacam por furtos e roubos diretamente relacionados com o tráfico e o uso de drogas que, na verdade, constituem-se no “portão de entrada” para ingresso do adolescente no “mundo do delito”.

O relatório do Conselho Nacional de Justiça assim se pronuncia a respeito:

⁷ Denominação dada à conselheira tutelar do município de Ijuí-RS que atuou no período de 2004 a 2010, constituindo-se em elemento escolhido aleatoriamente, e utilizada em entrevista na elaboração da dissertação.

Os atos infracionais correspondentes a crimes contra o patrimônio (roubo, furto, entre outros) foram os mais praticados pelos respondentes. O roubo obteve os mais altos percentuais, representando de 26% (Região Sul) a 40% (Região Sudeste) dos delitos praticados. O crime de homicídio apresenta-se bastante expressivo em todas as regiões do país, com exceção da Sudeste, onde este delito corresponde a 7% do total. Nas regiões Sul, Centro-Oeste, Nordeste e Norte, o percentual varia de 20% a 28%. O tráfico de drogas se destaca nas regiões Sudeste e Sul, sendo o segundo ato infracional mais praticado, tendo obtido representação de 32% e 24%, respectivamente. Estupro, furto, lesão corporal e roubo seguido de morte apresentam-se em menores proporções. Importa ressaltar, não obstante, que um único adolescente pode estar cumprindo medida de internação por mais de um motivo. (CNJ, 2012, p. 10).

Outro fator que convém destacar em relação à imagem do adolescente em conflito com a lei é a sua reincidência em delitos, fortalecendo a ideia de que é necessário trabalhar preventivamente na educação de grupos vulneráveis, que apresentam maior probabilidade de conflitos com a lei. Esses grupos, muitas vezes, são influenciados por amizades ou por membros do tráfico. Nesse sentido, o Direito da Criança e do Adolescente (ECA) é uma legislação específica com punição amena em relação ao crime de tráfico no Código Penal brasileiro.

Há evidências claras de ausência de políticas públicas, agravada pela ausência do Estado, conforme se observa:

Quanto ao aspecto da reincidência entre os adolescentes entrevistados em cumprimento de medida de internação, 43,3% já haviam sido internados ao menos outra vez. Deste modo, percebe-se que o índice de reincidência é significativo. Nas regiões Nordeste e Centro-Oeste, 54% e 45,7% dos jovens, respectivamente, são reincidentes; nas demais regiões o índice de reincidência entre os entrevistados varia entre 38,4% e 44,9% (CNJ, 2012, p. 11).

São recentes na história do Brasil, as políticas públicas de atendimento às crianças e aos adolescentes, tanto na esfera municipal, estadual e quanto na federal. Durante todo o Período Colonial e Imperial não existiam no país instituições públicas que atendessem a chamada “infância desvalida”. Historicamente, essa tarefa coube, em primeiro lugar, às igrejas, santas casas de misericórdia, irmandades e congregações. Essas ações de caridade e filantropia foram uma forma assistencialista marcada por ações paliativas.

Essas ações paliativas são verificadas nos programas sociais da contemporaneidade brasileira, constituindo-se em programas emergenciais que deveriam atuar por um curto tempo, se houvesse maiores investimentos na educação, qualificação e concepção de um novo

paradigma. Pode-se observar, de acordo com a pesquisa do Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente (CAOP, 2008), que ainda é baixo o percentual de famílias que são inseridas em programas oficiais de auxílio, como o Bolsa-Escola, e outros.

Apenas 7,7% das famílias estão inseridas em programas oficiais de auxílio, como bolsa-escola e outros. É necessário desenvolver, conhecer e aprimorar os programas oficiais de auxílio à família, adequados à realidade do adolescente em conflito com a lei, preferencialmente de estímulo para a inserção e permanência na escola (CAOP, 2008, s/p).

Os adolescentes em conflito com a lei são representados por uma imagem estigmatizada pela sociedade, em que a forma de inserção no meio social e cultural é diferente e não é aceita pela sociedade adultizada. A partir deste conflito cultural os adolescentes se veem desprotegidos de legislações e ideologias. Conforme salienta Osório (1982), os adolescentes buscam novos padrões de identificação, são inovadores e representam um novo nicho na sociedade, como se pode ver a seguir:

152

Já se disse que os adolescentes são buscadores de novos padrões de identificação que, em última análise, visam substituir nos nichos da alma as “divindades” paternas recém-destituídas dos poderes que lhes eram atribuídos anteriormente pela idealização infantil. Esses novos modelos identificatórios são, então, procurados não só entre outros adolescentes de mais idade como entre aqueles adultos cujas atribuições ou comportamento sugeriram uma rota alternativa para o projeto existencial traçado para os jovens pelas expectativas familiares. (OSÓRIO, 1982, p. 18).

Sendo assim, os adolescentes por si só rompem os velhos paradigmas, velhos padrões, e passam a expressar e a idealizar algo novo. Os conflitos dos adolescentes provêm da necessidade de romper e desafiar as estruturas sociais idealizadas pela sociedade adulta, em uma coletividade que possibilita poucos espaços à diversidade de gênero, faixa etária, bem como condições econômicas. A rebeldia constrói um poder paralelo que, muitas vezes, vai gerar uma instabilidade social, política, histórica e cultural.

Os adolescentes em conflito com a lei, portanto, constituem um tema complexo que precisa de análise jurídica, psicológica, sociológica, histórica, filosófica e cultural. Entender a ação e a reação dos adolescentes é fundamental e, nesse rumo, a estigmatização, o preconceito e a discriminação precisam ser descortinados para facilitar a compreensão do problema, que não será resolvido mediante tortura e castigo, tampouco com punição, flagelo e encarceramento, conforme se pode observar a seguir:

O perfil dos adolescentes aqui descortinados revelou questões que perpassam o problema do adolescente em conflito com a lei: famílias desestruturadas, defasagem escolar e relação estreita com substâncias psicoativas. A partir do melhor conhecimento do perfil dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas torna-se oportuna a definição de estratégias compatíveis com as necessidades dos jovens em situação de risco no Brasil (CNJ, 2012, p. 20).

De acordo com a pesquisa elaborada aleatoriamente com dois ex-adolescentes, observa-se que fatores como o tratamento dispensado no decorrer dos encaminhamentos, a internação em instituições de adolescentes, a vontade própria e as oportunidades que receberam da própria sociedade, contribuíram na sua ressocialização, conforme se pode observar nas duas entrevistas:

Entrevistador: Você tem lembrança de alguém do Conselho Tutelar que trabalhou com você?

Ex-adolescente B: Eu tenho bastante lembrança de uma pessoa que hoje tirei pra amiga, mais que o tempo passou e eu tenho uma grande amizade com ela, foi a primeira conselheira tutelar que me levou no Instituto de Menores de Ijuí (IMI), ela sabe bem de minha história e tudo e é uma pessoa que pude confiar em muitas horas, onde eu não tinha em quem confiar.

Entrevistador: Tem alguma pessoa do Conselho Tutelar que te marcou?

Ex-adolescente A: Têm várias pessoas lá dentro que conheço e que me deram apoio e incentivo né, uma delas e seu [...], o velinho me deu vários... vários... como vou dizer conselhos, incentivos, a última vez que vi ele faz mais de um ano já, mas os conselhos que ele me deu, os ensinamentos estão guardados até hoje. [...] O diretor daquela época me fez um convite para mim voltar estudar e como eu era muito apegado àquela escola, morei naquele bairro, me identificava muito com aquelas pessoas, não por elas serem humildes, mas eu era humilde também, não me adaptei nas outras escolas por causa disso, voltei a estudar nessa escola até o fim [...] participei de projetos e meios culturais e acabei desenvolvendo dons através de projetos segundo tempo, que abriram as portas pra mim [...] acabei fazendo amizade com o gerente do SESC, até que resolveu fazer uma proposta pra mim trabalhar com ele, daí só melhorou, abriu portas e caminhos que estou até hoje⁸.

Os entrevistados da pesquisa aleatória reproduzem uma imagem que é constatada em âmbito nacional. São do gênero masculino, de classes sociais vulneráveis, excluídos do sistema escolar, com baixa escolaridade, moravam somente com a mãe, reincidentes (ex-adolescente A, interno aos 16 anos; ex-adolescente B, interno dos 14 aos 18 anos, ambos não exerciam nenhum tipo de trabalho).

⁸ Denominação dada ao jovem nascido em 18/12/1988 que na fase de adolescente esteve em conflito com a lei, sendo que obteve êxito na socialização. Foi um dos dois jovens escolhidos aleatoriamente para fazer parte da pesquisa que originou a dissertação.

Em relação à cor, os dois ex-adolescentes pesquisados aleatoriamente, assim como a maioria dos adolescentes em conflito com a lei, são da cor branca, isto porque a região Sul historicamente tem uma característica diferenciada do resto do Brasil devido à política de ocupação que ocorreu basicamente pela imigração europeia. Já nas demais regiões do Brasil, a maioria dos adolescentes em conflito com a lei possui a cor negra e é descendente de nordestinos.

A partir dessa perspectiva, o desafio é desconstruir a imagem do adolescente. A complexidade com que ele se adapta às mudanças corporais, intelectuais e ao próprio vestuário como complemento do corpo, refere a busca por uma “imagem perfeita” a ser apresentada ao outro. O “ser” é pouco valorizado, enquanto o “ter” é supervalorizado, obrigando-o a trilhar caminhos não éticos e morais para alcançar seus ideais. É dessa forma, portanto, que se constitui o adolescente em conflito com a lei.

As normas jurídicas a que estão submetidos esses adolescentes em conflito com a lei constituem um processo de ascendência do nível global para o local, assegurando princípios éticos, de dignidade, igualdade, liberdade e de respeito, independentemente de cor, gênero, nível econômico e social. Essa mudança paradigmática ainda não é plenamente entendida pela sociedade brasileira, gerando muitas discussões na forma de educar, socializar e inserir os adolescentes no contexto social.

2 A Constituição Federal de 1988 (CF/88)

Os princípios normativos favoráveis ao respeito e à dignidade humana decorrem no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, todos instrumentos normativos de índole internacional ratificados pelo Brasil.

A institucionalização da criação de um Estado Democrático de Direito surgiu no século XVIII, em consequência das lutas contra o regime absolutista, com a consequente afirmação de alguns valores naturais inerentes à pessoa humana. O Estado Democrático de Direito está alicerçado no princípio da soberania popular, que estabelece a participação efetiva

do povo na formação da vontade estatal. Além disso, busca promover a justiça social baseada na dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 afirma, no seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Os seus princípios fundamentais são: constitucionalidade, democracia, sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade, divisão dos poderes, legalidade e segurança jurídica. Esses princípios visam assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça.

O Brasil, ao aderir aos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos da criança e do adolescente, assumiu em caráter definitivo, o compromisso internacional de abandonar a visão menorista, que até então tinha vigência, elevando as crianças e os adolescentes à condição de sujeitos de direitos mercedores de proteção integral, independentemente da sua condição social.

Por essa razão, a Constituição Federal de 1988, assentada nas ideias oriundas dos tratados internacionais, consagrou em seu art. 227, a doutrina da proteção integral, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar a todas as crianças e aos adolescentes seus direitos fundamentais, com prioridade absoluta. Nesta lógica, foi editada também a Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que regulamentou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e revogou a legislação menorista.

A Constituição Federal de 1988 determina clara e explicitamente a atenção, a proteção e a garantia às crianças, aos adolescentes e aos jovens. Está assegurado juridicamente, portanto, um conjunto de garantias constitucionais pouco efetivados no âmbito da sociedade, isto porque a própria sociedade não tem conhecimento a seu respeito, e quem deveria oferecer esse conjunto de garantias e efetivá-los não o faz por interesses próprios e/ou de um grupo minoritário que domina e detém o controle do Estado.

Talvez uma das mais importantes conquistas da sociedade brasileira no final do século XX tenha sido o reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, garantindo-lhes o acesso à cidadania, transformando-os em sujeitos da própria história, de maneira individual e coletiva. Os componentes necessários para esta construção cidadã perpassaram os caminhos de um processo emancipatório de lutas dos direitos humanos.

Esse conjunto de garantias, instituído pela Constituição Federal de 1988, é fruto dos movimentos sociais que aconteceram na sociedade brasileira para exigir um dispositivo

constitucional que assegurasse tais garantias. Pode-se citar entre os movimentos sociais mais representativos o da Igreja Católica que criou o Movimento Pastoral do Menor, o Movimento Nacional de Meninos de Rua, a Comissão Nacional da Criança e Constituinte e a Frente Nacional de Defesa dos direitos das Crianças e Adolescentes.

Todo esse movimento a nível interno que a sociedade brasileira acompanhou nas últimas décadas do século XX ocorreu em prol da judicialização e de políticas de garantia de direitos à criança e ao adolescente. A mola propulsora do movimento foi a violência com a qual a sociedade passou a conviver em relação à criança e ao adolescente, que também chamou a atenção do mundo com crimes de atrocidades, como por exemplo, a chacina de menores no Rio de Janeiro.

Uma das “pragas” existentes na humanidade é a violência que se apresenta no dia a dia, manifestando-se das mais variadas formas, como, por exemplo, por meio de abuso sexual e da violência psicológica e/ou física, agressões essas que resultam na conjuntura de relações sociais genéricas e específicas, dando origem ao que chamamos de exploração e uso da força desigual contra a criança e adolescentes, que, em face de suas condições peculiares de desenvolvimento, acabam submetidas a tais abusos. (LEAL, 2008, p. 10 apud COSTA, NUNES, AQUINO, 2011, p. 193).

A violência física e psicológica, o abuso sexual e a negligência podem ser reconhecidos, sem sombra de dúvida, como sinônimo dos mais brutais atentados à dignidade humana, sendo os seus efeitos físicos e emocionais irrecuperáveis, já que os reflexos dessa violência, velada ou não, acarretam consequências na formação do caráter da criança e do adolescente, que futuramente será um adulto que vai reproduzir algo que ele recebeu na sua formação.

Assim, o papel do Estado, da sociedade e da família, contido na doutrina da proteção integral, encontra sua base na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas, concepção que o Brasil inseriu em seu ordenamento jurídico, fazendo constar expressamente no art. 227 da CF/88. Esta é, portanto, uma das normas mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Pensar e agir com relação às crianças e aos adolescentes que têm seus direitos fundamentais violados, contudo, ainda possui fortes raízes nas bases da Doutrina da Situação Irregular. Isso leva a pensar que o Estatuto da Criança e do Adolescente não seja fruto de transformações já sedimentadas. Ao contrário, o dispositivo convoca uma transformação de

mentalidade, impondo um modelo que, com o esforço de quem nele acredita e por ele luta, vai, aos poucos, se tornando realidade.

3 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

No âmbito global, a vulnerabilidade social das crianças foi reconhecida pelos órgãos internacionais que passaram a criar instrumentos normativos a fim de protegê-las das condições excepcionalmente difíceis em que se encontravam. A fome, a desnutrição, o trabalho infantil, o consumo de drogas, estão entre os problemas que os Direitos Humanos procuram denunciar e elencar formas de erradicação.

As primeiras preocupações em relação à classe infantil surgiram depois da Segunda Guerra Mundial, devido à existência de milhares de crianças órfãs e/ou afastadas de seus pais e familiares. Dessa forma, a ONU resolveu criar um Fundo Internacional de Ajuda Emergente à Infância Necessitada. A partir de então, surgiu o *United Nations International Child Emergency Fund* (Unicef), em 11 de outubro de 1946, com o objetivo de socorrer as crianças em países devastados pela guerra. Foi a primeira vez que se vislumbrou o reconhecimento internacional de que as crianças necessitavam de atenção especial.

157

João Batista Costa Saraiva, em 2003, publicou o livro *“Adolescente em Conflito com a Lei”*, e num determinado trecho expressou a seguinte ideia sobre o tema:

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e retificada pelo Brasil, se constitui em um novo episódio fundamental no ordenamento jurídico internacional na afirmação dos direitos da criança. É lançado neste documento o embrião de uma nova concepção jurídica de infância, que irá evoluir, no final da década de oitenta, no século XX, para a formulação de doutrinas da Proteção Integral (SARAIVA, 2003, p. 39).

Em 1959, as Nações Unidas proclamaram a Declaração dos Direitos da Criança, estabelecendo um dos momentos marcantes de avanços e conquistas da infância. Essa declaração foi responsável por trazer princípios fundamentais que progressivamente foram instituídos em âmbito internacional e também interno em cada Estado. A Declaração dos

Direitos à Criança trouxe direitos à igualdade, dignidade e liberdade, desencadeando medidas protetivas à criança e ao adolescente, as quais passaram a ser normatizadas pelos Estados.

Formava-se, assim, o embrião de uma nova concepção jurídica de infância, que passou a evoluir a partir das últimas décadas do século XX, culminando no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que nos seus arts. 227, 228 e 229 trata especificamente da criança e do adolescente. Na sequência foi institucionalizado o Estatuto da Criança e do Adolescente, sob os auspícios da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

Segundo dados da Unicef, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma das legislações mais avançadas do mundo. É importante, porém, que ocorra a efetivação dos direitos atualmente existentes, pois são essenciais para uma vida digna. Não é preciso, contudo, ir muito longe para presenciar o desrespeito aos direitos humanos das crianças. Basta atestar a contradição entre a lei e a realidade social, em especial quando se busca formas de envolver toda a população, principalmente daqueles que mais necessitam da atenção do Estado.

158

Com a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), regulamentado pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, criou-se o Conselho Tutelar, órgão autônomo, perene, não jurisdicional, como instrumento direto do exercício de direitos e obrigações da sociedade na proteção da criança e do adolescente. Foram-lhe atribuídas, então, competência e funções administrativas no complexo tutelar, decorrente da condição da associação política adotada, como forma de democracia participativa.

O ECA visa expressamente resguardar a dignidade dos menores de 18 anos, em função de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Para tanto, instituiu o art. 3º que diz: “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes, sem prejuízo da proteção à pessoa humana [...]”. As atribuições legais dos conselhos tutelares estão preconizadas no art. 136⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹ Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;

III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

Apesar da evolução dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, garantidos pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela efetivação dos Conselhos Tutelares em todos os municípios brasileiros, lamentavelmente ainda são nítidos os resquícios de violação desses direitos para milhares de crianças e adolescentes. Prevalcem, portanto, ideias elitizantes discriminadoras e má vontade para enfrentar e amenizar os problemas sociais que afetam diretamente esses indivíduos.

Há sinais claros de que nunca na história constitucional do país houve uma legislação que chegasse tão próximo das forças reais de poder da sociedade brasileira. Contudo, em uma sociedade com tamanha desigualdade social, a classe dominante ocupa as funções de direcionamento do país, resistindo às transformações com seu poder econômico, político, e com todas as forças reais das quais é detentora.

Neste sentido, é necessário manter e avançar o Estado de Direito, pois, historicamente, a humanidade é testemunha de atrocidades legitimadas pelo Estado, em que a discriminação, o preconceito e o racismo foram bandeiras de perseguição contra diferenças étnicas, de gênero e de cor. A responsabilidade da comunidade científica em relação à Bioética, portanto, é de fundamental importância para o desenvolvimento humanidade.

4 Bioética e responsabilidade

Os desafios da humanidade em relação à implantação da tecnologia em defesa da dignidade da vida criam uma fronteira perigosa em relação à ética e à responsabilidade em

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

VII - expedir notificações;

VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente, quando necessário;

IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará *incontinenti* o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família. (incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

delimitar exatamente até onde podem avançar as pesquisas científicas que asseguram os direitos, o respeito e a dignidade humana. Talvez aí resida o maior problema a ser enfrentado pela sociedade, no sentido de acompanhar as discussões científicas que ocorrem no meio acadêmico e que são implantadas na sociedade.

Neste contexto, a obra do filósofo alemão contemporâneo, Hans Jonas, intitulada “*A Ética da Responsabilidade*”, faz uma crítica da ciência moderna em relação ao uso tecnológico, e mostra a necessidade de o ser humano agir em relação ao poder transformador da tecnociência, principalmente o desafio do futuro da Bioética, que tem uma capacidade tecnológica transformadora de criar vida além do natural.

A referida obra é analisada em artigo produzido pelo professor José Eduardo de Siqueira, da clínica médica da Universidade Estadual de Londrina, no Paraná:

A pesquisa, por sua vez, é gerenciada por instituições tecnoburocráticas. A tecnociência vai produzindo conhecimento que, sem sofrer qualquer reflexão crítica, transforma-se em regras impostas à sociedade que, obediente a essa máquina cega de saber, projeta-se e trafega por um longo e escuro túnel. Husserl, num famosa conferência sobre a crise da ciência europeia, identificara um buraco cego no objetivismo científico. Era ausência da consciência de si mesmo. A partir do momento em que, de um lado, ocorreu o divórcio da subjetividade humana, reservada à filosofia, e à objetividade do saber, que é próprio da ciência, o conhecimento científico desenvolveu as tecnologias mais refinadas para conhecer todos objetivos possíveis, mas se tornou completamente alheio à subjetividade humana. Ficou cego para a marcha da própria ciência, pois a ciência não pode se conhecer, não pode autoanalisar-se com os métodos de que dispõe hoje em dia, o que Morin denomina “ignorância da ecologia da ação”, ou seja, toda ação humana, a partir do momento em que é iniciada, escapa das mãos de seu iniciador e entram em jogo as múltiplas interações próprias da sociedade, que a desviam de seu objetivo e às vezes lhe dão um destino oposto ao que era buscado inicialmente. (SIQUEIRA, 2005, p. 3).

A partir da reflexão crítica sobre o caminho percorrido pela ciência na humanidade, pode-se afirmar que esta visa criar e transformar regras impostas à sociedade, e que obedecem a essa “máquina cega” do saber que trafega em um túnel escuro. Existe, ademais, ausência de responsabilidade com o futuro das pesquisas tecnocientíficas em relação à Bioética, uma vez que todos os estudos são criados para um determinado objetivo, e podem ser desviados para outras funções que, ao invés de promover um benefício, promoverá um malefício à sociedade.

A humanidade contemporânea possui exemplos presentes na mente dos homens, os quais marcaram a história na sociedade. Nesse rumo, pode-se citar a invenção do avião por

Santo Dumont, que tinha como objetivo facilitar a comunicação e o transporte de pessoas em busca da harmonia e da paz. Durante a Primeira Guerra Mundial o avião foi usado para a guerra, o que fez o seu inventor se deparar com o malefício de sua invenção, entrando em depressão e culminou com o seu suicídio no final da década de 1920 do século XX.

Assim sendo, toda a invenção tecnocientífica deve estar alicerçada na ética e na responsabilidade. A sociedade, por sua vez, deve acompanhar as discussões e os caminhos propostos pela comunidade científica, a fim de que estas invenções respeitem os valores culturais, religiosos e éticos; que a responsabilidade e o domínio dos inventos estejam no controle da própria ciência e da sociedade; e que essas inovações tecnológicas respeitem a dignidade da vida, os direitos fundamentais e humanos.

Em tempos de crise, de novos paradigmas e conceitos, e do apelo midiático que determina o que é bom, belo, bonito e/ou feio e ruim, a sociedade passa a determinar um padrão de beleza que faz com que a tecnociência auxilie e determine escolhas, critérios e gostos que têm um custo e que uma minoria da sociedade passa a usufruir.

161

Atualmente é possível conceber vida humana longe do ventre da mãe, a partir do desenvolvimento da tecnociência e da Bioética, o que para muitos constitui um benefício. Estudos estão ampliando e disseminando discussões a respeito da produção de fotos que poderão ser usadas em pesquisas para utilização de órgãos para implante. Essas ideias são conflitantes com segmentos religiosos e jurídicos, e têm gerado acaloradas discussões nos diversos segmentos sociais.

Neste sentido, Andreas Kuhlmann, na obra “*O Futuro da Natureza Humana*”, escrita pelo filósofo Jurgen Habermas, apresenta a seguinte forma objetiva:

Obviamente, os pais sempre nutrem fantasias a respeito daquilo em que seus descendentes um dia irão se tornar. No entanto, é diferente quando as crianças são confrontadas com ideias de pré-fabricação, às quais, em última análise, elas devem sua existência. (HABERMAS, 2010, p. 74).

Outra questão é o rompimento das características humanas recebidas das gerações antepassadas que deixam de ser herdadas no momento em que os seres humanos passam a ser fabricados a partir do desenvolvimento da tecnociência na Bioética. A esse respeito a citação que segue complementa a ideia:

Um indivíduo programado eugenicamente precisa conviver com a consciência de que seu patrimônio hereditário foi manipulado com o propósito de exercer uma influência em sua manifestação fenotípica... Como dissemos, convicções e normas morais têm sua sede em forma de vida, que se reproduzem sobre a ação comunicativa de seus protagonistas. Cada um interpreta o mundo a partir de sua própria perspectiva, age conforme os próprios motivos, esboça os próprios projetos, persegue os próprios interesses e intenções e é a fonte de pretensões autênticas. (HABERMAS, 2010, p. 76-77).

Esses indivíduos fabricados, “programados eugenicamente”, não trazem as características de um patrimônio hereditário, ocorrendo aí um rompimento genético. Isto traz consequências inimagináveis à sociedade do futuro, e se hoje existe a segmentalização de grupos a partir de gênero, multiculturalidade e étnica, com certeza no futuro a tendência é acentuar este processo, formando nova segmentalização. O que deve ser ressaltado dentro desse processo, contudo, é o perigo da própria extinção da cultura humana.

Compartilha-se com a ideia de Hans Jonas sobre o princípio da ética e da responsabilidade como mecanismo que assegura a existência da humanidade, e que afasta o risco vulnerável de sua própria extinção. A obrigação como cidadão torna-se cada vez mais importante para a preservação da vida no planeta, com vistas à manutenção da humanidade com qualidade de vida, respeito, ética princípios e valores.

O princípio da responsabilidade pede que se preserve a condição de existência da humanidade, mostra a vulnerabilidade que o agir humano suscita a partir do momento em que ele se apresenta ante a fragilidade natural da vida. O interesse do homem deve se identificar com o dos outros membros vivos da natureza, pois ela é a nossa moradia comum. Nossa obrigação torna-se incomparavelmente maior em função de nosso poder de transformação e a consciência que temos de todos os eventuais danos oriundos de nossas ações, como bem se observou Eco. A Manutenção da natureza é a condição de sobrevivência do homem e é no âmbito desse destino solidário que Jonas fala de dignidade própria da natureza. Preservar a natureza significa preservar o ser humano. Não se pode dizer que o homem é sem que se diga a natureza também é. Eis porque o sim à natureza tornou-se uma obrigação do ser humano. O que no imperativo de Jonas estabelece, com efeito, não é apenas que existam homens depois de nós, mas precisamos que sejam homens de acordo com a ideia vigente de humanidade e que habitem este planeta com todo o meio ambiente preservado. (SIQUEIRA, 2005, p. 6).

Considerações Finais

O estudo ora finalizado apontou alguns fatores determinantes que caracterizam os adolescentes em conflito com a lei. A grande maioria deles possui baixo nível de escolaridade, muitos desistiram ou abandonaram os estudos na 5ª série do Ensino

Fundamental. A faixa etária em que os adolescentes passam a praticar delitos está entre 15 a 17 anos, e a maioria deles pertence ao gênero masculino, aos grupos étnicos de descendência afrodescendente e indígena, com exceção da região Sul, que possui características diferenciadas. Em relação à colonização e processo de ocupação dessa região, constatou-se que os adolescentes brancos também cometem delitos.

Constatou-se, também, que o conjunto de normas jurídicas brasileiras é complexo, e não consegue ser efetivado pelos agentes responsáveis. Este emaranhado de ordenações jurídicas acaba engessando o sistema e não atende a inclusão social no Brasil, fazendo com que o Estado passe a ser ineficaz e oneroso, dificultando o desenvolvimento da cidadania efetiva e a implantação dos princípios da democracia. Esses problemas são cruciais e, apesar de estarem contemplados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não conseguem ser efetivados.

Tendo em vista a fragilidade do ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade de romper com o velho paradigma e instituir um novo cenário, faz-se necessário o engajamento de todos os segmentos da sociedade. Dessa forma, exige-se um nível de conhecimento e desenvolvimento intelectual dos cidadãos, com consciência e clareza dos tipos de intervenção existentes na legislação e na sociedade, essenciais para equalizar a prática social e a teoria jurídica que atendem a inclusão social.

Seria, portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente uma lei inaplicável e, por isso, inalcançável? O Estatuto conteria normas praticamente inaplicáveis? Muitas vezes têm-se levantado contra o Estatuto da Criança e do Adolescente, em tons de crítica quanto a um excessivo favorecimento conferido aos sujeitos de direitos. Certamente, o Estatuto precisa ser revisto constantemente, eis que, por princípio, qualquer fruto da atividade humana padece de imperfeições que, paradoxalmente, movem a atividade humana numa constante busca do que falta para se chegar ao perfeito, ao ideal.

A atual sociedade contemporânea assegura os direitos individuais e coletivos, mas estes não são alcançados por todos, principalmente por grupos sociais que estão em risco de vulnerabilidade social, os quais desconhecem seus direitos por estarem distantes do acesso ao conhecimento, à informação e à cidadania. Todas as lutas e as conquistas que ocorreram em movimentos sociais na base da sociedade brasileira e com a participação dos cidadãos tiveram maior relevância, e passaram a servir de referencial para impedir o retrocesso e a ineficácia.

Quanto à Bioética, que é um estudo sistemático de dimensões morais, políticas e éticas da ciência da vida em atenção à saúde, esta utiliza uma variedade de metodologias em um cenário interdisciplinar cujo objetivo principal é a ampliação da qualidade de vida. A Bioética com responsabilidade, além de respeitar os princípios e valores religiosos e culturais, precisa respeitar também, todas as normas jurídicas vigentes na sociedade.

A sociedade científica possui a responsabilidade social de não discriminar e criar preconceitos em relação à origem humana, devendo, ao contrário, disseminar que os adolescentes em conflito com a lei, independem de cor, grupo étnico e origem humana e social.

Por fim, acreditar na transformação social, alicerçada na história, na política cultural e econômica da sociedade é fundamental para o respeito pelo ser humano, ou seja, pela vida numa dimensão global, onde a Bioética possa avançar na evolução da qualidade e dignidade da vida e na inclusão social. Esses são, portanto, fatores cruciais que permitirão a ocorrência da sintonia com os elementos planetários, a fim de que a sociedade conheça e consiga acompanhar o desenvolvimento da tecnociência, que a responsabilidade seja de todos e que não aconteça uma dissintonia entre intelectuais (cientistas) com os demais segmentos ativos da sociedade.

164

Referências

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.

CAOP. Centro de Apoio Operacional da Criança e Adolescente. **Perfil da criança e o adolescente em conflito com a lei**. 2008. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/>. Acesso em: 11 out. 2013.

CNJ. Conselho Nacional da Justiça. **Panorama nacional – A execução de medidas socioeducativas de internação**. Programa Justiça ao Jovem. 2012. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-aojovem/panoramanacionaljustica_ao_jovem.pdf. Acesso em: 12 out. 2013.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; NUNES Josiane Borghetti Antonelo; AQUINO, Quelen Brondani de. **Direito, políticas públicas & gênero**. Curitiba: Multideia, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. 2. ed. São Paulo: WMF Matias, 2010.

OSÓRIO, Luis Carlos (Org). **Medicina do adolescente**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1982.

PRVL. Programa de Redução da Violência Letal contra Adolescentes e Jovens. Secretaria dos direitos humanos. **Adolescentes em conflito com a lei**. 2011. Disponível em: <<http://prvl.org.br/noticias/adolescentes-em-conflito-com-a-lei/>>. Acesso em: 12 out. 2012.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/hansjonas_siqueira.pdf. Acesso em: 16 fev. 2013.

UNICEF. **Convenção dos direitos da criança**. 2012. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 5 dez. 2013.

Data de Submissão: 30/10/2014

Data de Aprovação: 09/03/2015.

Politique antiterroriste française et respect des droits fondamentaux

French anti-terrorist policy and respect for human rights

Jacques Borricand¹

Résumé : Le terrorisme a été pratiquement ignoré pendant un siècle, mais maintenant il est devenu la préoccupation majeure des Etats. La loi française de 13 novembre 2014 (numéro 2014-13 53) vient renforcer les dispositions qui concernent la lutte contre le terrorisme. Cette loi illustre le conflit entre le droit à la sécurité et le droit à la liberté et conduit à l'interrogation sur la proportionnalité des mesures érigés contre la menace terroriste.

Mots-clé : Terrorisme, droits fondamentaux, proportionnalité.

Abstract : The terrorism was practically ignored during one century, but currently it has become the greatest preoccupation of the States. The french statute from november 13 2014 (number 2014-13 53) comes to reinforce the dispositions that concern the fight against the terrorism. That statute illustrates the conflict between the right to security and the right to freedom and leads to the interrogation of the proportionality of the measures raised against the terrorist threat.

166

Key-words : Terrorism, fundamental rights, proportionality.

Sumário : 1. Introduction. 2. L'élargissement des mesures répressives. 2.1. Le déplacement matériel. 2.2. Le déplacement temporel. 3. Le renforcement de mesures préventives. 3.1. L'interdiction de quitter le territoire national. 3.2. Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle

1 Introduction

Les attentats commis en France les 7- 8- 9 janvier 2015 ont remis sur le devant de la scène les dispositions légales en vigueur en matière de terrorisme.

Pratiquement ignoré il y a un siècle, le terrorisme est aujourd'hui devenu dans le monde la préoccupation majeure des Etats dont la France qui, dans la loi du 13 novembre 2014 (numéro 2014-13 53), renforce encore les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, et dont il n'est pas inutile de rappeler brièvement les différentes étapes.

¹ Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille France. Président honoraire de l'ISPEC – L'Institut de Sciences Pénales et de Criminologie. Marseille, France. E-mail: jborricand@gmail.com.

Au début du siècle dernier le fait terroriste était ignoré. L'anarchisme était traité comme une infraction de droit commun. Puis, à la suite des attentats commis en France dans les années 80, le législateur avait prévu dans la loi du 9 septembre 1986 un régime juridique particulier en dressant une liste d'incriminations sanctionnées par des peines plus sévères, lorsque leur auteur est animé par un mobile d'intimidation ou de terreur.

Pourtant, à cette époque, dans l'océan de la délinquance, le terrorisme représentait peu de choses. En 1986, année particulièrement marquée par l'action terroriste, le total des attentats n'avait représenté que 0,00 24 % de l'ensemble des crimes et délits constatés ; .l'année 89 n'avait été marquée par aucun attentat terroriste, alors que l'opinion était fortement mobilisée.

L'explication de cet apparent paradoxe peut être trouvée sans doute dans le fait que, par son caractère aveugle, la disproportion des moyens employés, les victimes innocentes qu'il atteint, le terrorisme, fortement médiatisé, touche profondément la conscience collective faisant de cette forme de violence une question nationale et un véritable problème de société.

C'est la raison pour laquelle avait été signé, en 1977, la Convention européenne contre le terrorisme visant tout acte grave de violence dirigée contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté des personnes qu'un État ne peut pas considérer comme politiques. Toutefois, cette convention laissait toute latitude aux Etats pour admettre ou rejeter la qualification d'infraction politique et leur permettait des réserves.

La convention de Dublin, signée par les membres de la communauté européenne, suscitait les mêmes critiques.

De son côté, le nouveau code pénal français de 1992 faisait du terrorisme une infraction autonome, par référence à des actes bien définis, exprimant par la, le symbole d'une politique réaliste qui faisait de l'action terroriste une criminalité spécifique. Ainsi les actes terroristes constituaient des infractions particulières comme les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et à l'autorité de l'État. La loi du 22 juillet 1996 avait complété ce dispositif en faisant des actes terroristes des infractions intentionnelles.

La survenance des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis devait provoquer un véritable séisme dans le monde, mobiliser la communauté internationale et susciter, en France et à l'étranger, une multitude de textes destinés à mieux combattre le terrorisme.

C'est ainsi qu'aux États-Unis, la loi du 26 octobre 2000, appelée couramment le « Patriot Act » élargissait le concept de terroriste en l'appliquant, non seulement aux organisations désignées par le département d'État, mais aussi à tout étranger approuvant publiquement les activités terroristes ou en faisant parti. Cette loi, à l'origine provisoire, devait devenir définitive. Elle créait le statut de combattant ennemi et combattant illégal permettant au gouvernement de détenir sans limite et sans inculpation toute personne soupçonnée de projeter un acte terroriste.

De son côté, la France par la loi du 15 novembre 2001, d'inspiration européenne, institue un autre délit de terrorisme à l'article 421-2-2 C.P. consistant dans « le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant ou en réunissant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cet fin dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens, utilisés en tout ou en partie en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance d'un tel acte ». Ici le législateur vise tous les circuits financiers soutenant les terroristes et les financiers qui gèrent ces circuits sont dès lors punissables, même si un acte de terrorisme n'est pas accompli ou pas encore accompli. L'objectif de ce texte est d'atteindre le terrorisme à sa source.

Postérieurement, la loi du 21 décembre 2012 (article 421-2-4CP.) incrimine « *le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions, afin qu'elle participe à un groupement ou à une entente prévue à l'article 421 ou quelle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2 C.P.* ». le législateur a pour objet ici le recrutement ou même la simple tentative de recrutement. L'incrimination est placée en amont de la constitution du groupe. Ce texte doit permettre une investigation, même non suivie d'effet, non seulement des actes de terrorisme, mais aussi la participation à un groupement en vue de réaliser de tels actes. Il faudra,

évidemment, rapporter la preuve d'un des adminicules à la provocation (offres, promesses). Cette technique existe déjà en matière d'assassinat et d'empoisonnement, ce qui permet de punir la tentative de complicité, qui n'est pas punissable en principe.

Mais, devant l'apparition de nouvelles formes de terrorisme, la création en Syrie et en Irak d'un État islamique appelé Daech, sollicitant la venue de combattant pour faire le « djihad » susceptibles à leur retour en France de commettre des attentats, le gouvernement a présenté le 9 juillet 2014 en conseil des ministres un projet de loi qui a débouché sur la loi du 13 novembre 2014. Une circulaire du 5 décembre 2014 de présentation de la loi a été publiée par le ministère de la justice.

Moins de deux mois après le vote de la loi, la France a été à nouveau frappé, les 7-8-9 janvier par des attentats commis contre le journal satirique Charlie hebdo, puis dans une épicerie juive, tuant 17 personnes.

Ces attentats horribles, qualifiée de planétaires, ont suscité l'indignation et la solidarité de nombreux Etats. D'immenses manifestations de soutien dans le monde, mais surtout à Paris et en province ont eu lieu.

C'est dans ce contexte dramatique que le ministre de l'intérieur a eu l'occasion de révéler qu'en 2013 cinq projets d'attentats avaient été déjoués, tandis que les services secrets américains prévoient d'autres attaques en Europe. Le premier ministre a, pour sa part, affirmé que « la France est en guerre contre le terrorisme, le djihadisme et l'islamisme radical, la France n'est pas en guerre contre une religion ». Certains parlementaires ont souhaité que soit mis en place une sorte de « Patriot Act » à la française, perspective que Manuel Valls a écartée (1^{er} février 2015). Ce dernier a cependant annoncé un chapelet de mesures destinées à mieux cibler l'action terroriste, grâce au déblocage de moyens financiers et humains, en attendant la préparation d'un nouveau projet de loi qui sera présenté en mars 2015.

Cette politique réaffirme un droit à la sécurité auquel les citoyens aspirent. C'est en 1995 que le législateur, alors qu'il avait à renforcer certaines mesures, notamment en matière de terrorisme, avait invoqué « *un droit fondamental à la sécurité* ». Cette formule

avait été reprise en 2001 avec la loi sur la sécurité quotidienne et en 2003 avec la loi sur la sécurité intérieure.

Par une telle formulation, le droit à la sécurité dont dispose chaque citoyen, au même titre que de nombreuses prérogatives, est propulsé au rang de la grande famille des droits fondamentaux. Il autorise la mise en place d'un régime dérogatoire au droit commun (contrôle d'identité, procédure spécifique, juridiction particulière, vidéo protection etc.) qui s'installe dans la permanence. La loi du 13 novembre 2014 qui organise une interdiction de sortie du territoire et prévoit un contrôle sur Internet en est l'illustration dernière.

Une telle politique porte en évidence atteinte aux droits et libertés fondamentales. Le droit d'aller et de venir est un droit constitutionnellement garanti depuis 1789, réaffirmée dans le préambule de 1946, tandis que l'Union européenne a posé le principe de la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux.

La loi du 13 novembre 2014 illustre le conflit entre le droit à la sécurité et le droit à la liberté. Il n'est pas question de contester la réalité de la menace terroriste et l'exigence d'une riposte forte à cette menace. Toutefois la réforme conduit à s'interroger sur la proportionnalité des mesures érigées face à cette menace diffuse. La Cour européenne en 1978, dans l'affaire *Klass contre Allemagne*, énonçait « *consciente du danger inhérent à pareille loi de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre, la cour affirme que les Etats ne sauraient prendre au nom de la lutte contre (...) le terrorisme n'importe quelle mesure jugée par eux inappropriée* ».

Cette formule prophétique trouve son illustration dans les dispositions de la nouvelle loi qui comporte deux volets, un volet répressif, un volet préventif.

2 L'élargissement des mesures répressives

Soucieuse de renforcer l'arsenal répressif, la loi nouvelle opère, tantôt un déplacement matériel de la répression, tantôt un déplacement temporel.

2.1 Le déplacement matériel

Le délit de provocation et d'apologie du terrorisme qui relevait de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est transféré dans le code pénal tout en prévoyant une nouvelle circonstance aggravante, lorsque les faits ont été « *commis en utilisant un service de communication au public en ligne* ». Ce transfert a pour but de soumettre désormais ces délits aux règles de procédure dérogatoires applicables en matière de terrorisme et de crime organisé. Il s'agit donc d'une nouvelle infraction (article 421-2-5 C.P.)

Le choix d'introduire dans le code pénal des délits de provocation non suivie d'effet et d'apologie du terrorisme pose nécessairement la question du respect de la liberté d'expression. On sait que la loi de 81 a pour objet de prémunir les citoyens contre des ingérences abusives de l'État dans la liberté d'expression. Transférer ces délits dans le code pénal conduit nécessairement à réprimer une opinion. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même envisage l'apologie du terrorisme comme une restriction à la liberté d'expression « nécessaire dans une société démocratique » (arrêt Leroy contre France A.A 2009-872). La place d'une infraction dans le code pénal n'est pas anodine ; elle renseigne sur les valeurs protégées par le législateur. Or en matière de provocation, non suivie d'effet et plus encore, en matière d'apologie du terrorisme, c'est bien l'opinion qui est réprimée, non la sécurité de l'État.

Il faut ajouter que la loi étend le champ d'attribution du pôle antiterroriste aux infractions commises en détention, aux infractions d'évasion et d'association de malfaiteurs, lorsque ces infractions sont commises par des personnes détenues, prévenues ou recherchées pour des actes de terrorisme

2.2 Le déplacement temporel

L'article 4 de la loi nouvelle vient compléter la liste de l'article 421-1 CP en y ajoutant les infractions de diffusion de procédés permettant la fabrication d'engins de destruction et de détention de produits incendiaires ou explosifs en vue de la préparation

d'attentats. Il y a une anticipation de la répression qui se justifie dans la mesure où le mobile peut-être aisément déduit de la détention, sans justification plausible de substances dangereuses.

La même logique anticipatrice apparaît dans le nouvel article 421-2-6 CP au terme duquel « *constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission « de certaines infractions terroristes », lorsque cette préparation est « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur »*

Cette nouvelle infraction dite d'entreprise individuelle terroriste, est destinée à étendre le principe de l'association de malfaiteurs aux personnes agissant seules, sans s'appuyer sur une structure organisée. Il s'agit des « loups solitaires ». Cette infraction permet de réprimer des actes préparatoires qui, dans le droit commun, échapperait à la répression.

Le législateur a pris soin de décrire ces actes en exigeant qu'ils soient caractérisés par « le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui et par « l'un des autres faits matériels suivants » pouvant consister dans le recueil de « renseignements sur les lieux où des personnes, dans le fait de « consulter habituellement ou non plusieurs services de communication au public en ligne » de « détenir des documents provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie » ou encore dans le fait « d'avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ». Cette définition minutieuse ne doit pas pourtant faire illusion. Elle ne saurait établir avec certitude le projet d'action terroriste, ni même une simple probabilité

S'il est vrai que le but poursuivi par l'agent devient prépondérant dans la mesure où il doit avoir agi intentionnellement, il n'en demeure pas moins que c'est une simple potentialité criminelle que le législateur vise ici.

Dans la pratique, on a pu s'interroger sur l'utilité d'une telle infraction en raison de la faiblesse des éléments constitutifs sur lesquels elle repose. L'intérêt essentiel peut être trouvé dans la possibilité offerte aux autorités de police de procéder à des investigations

précoces, à des interrogatoires de l'individu soupçonné de nourrir de vagues projets terroristes.

La loi a été accueillie favorablement par les policiers et les magistrats. Pour ceux-ci il s'agit de réprimer de telles perspectives de passage à l'acte, mais pas de poursuivre celui qui regarde des vidéos Jihadiste tout seul à la maison

Il n'en demeure pas moins que ce glissement confirme la thèse d'une « dilatation de la responsabilité pénale » en ce sens que la répression concerne de plus en plus des comportements éloignés dans le temps de la consommation de l'infraction redoutée. Mais la loi va aussi loin en présupposant la survenance d'infraction à venir auxquelles elle s'efforce de faire échec par des mesures préventives.

3 Le renforcement de mesures préventives

173

Comme d'autres pays de l'Union Européenne, la France est aujourd'hui confrontée au basculement de plusieurs centaines de personnes dans l'engagement radical violent, le plus souvent avec des filières Jihadistes. En début 2000 ,1 400 individus étaient concernés par le départ pour le Jihad en Syrie et en Irak.

Pour mettre fin à ces déplacement de ressortissants désireux de se rendre sur le théâtre d'opérations de l'État islamique, le législateur a prévu deux mesures, l'interdiction de quitter le territoire national et des mesures de surveillance et de contrôle.

3.1 l'interdiction de quitter le territoire national

Mesure phare de la loi nouvelle, l'article premier (L2 124–1 C.P.) dispose :

« tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français » l'article 2 de la loi prévoit la même interdiction à l'encontre d'un ressortissant étranger.

La décision du ministre entraîne l'invalidation immédiate du passeport et de la carte d'identité. L'intéressé doit restituer ces documents dans les 24 heures en échange d'un récépissé valant justification d'identité.

Cette mesure constitue une atteinte grave à la liberté d'aller et de venir, mais elle est justifiée, si elle est prévue par la loi et nécessaire pour la poursuite d'objectifs légitimes, ce qui est le cas. L'urgence impose une décision immédiate. En ce qui concerne les possibilités de contestation et de recours contre cette décision, il est prévu que la personne puisse être entendue par le ministère public dans un délai maximum de 15 jours et être assisté si elle le souhaite par un avocat. Elle peut également saisir le tribunal administratif d'une requête en annulation, soit dans le cadre du référé-liberté, soit dans un délai de 45 jours suivant la notification de la décision.

Cette mesure peut sembler porter une atteinte grave à la présomption d'innocence et qu'elle puisse être prise sans débat contradictoire, sans que le juge judiciaire soit associé à l'ensemble de la procédure.

Mais le caractère exclusivement administratif qui s'attache cette procédure, sans intervention de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, ne doit pas surprendre depuis la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui distingue deux types d'atteintes, depuis les années 2000. Il y a d'une part les atteintes administratives simples à la liberté d'aller et devenir en tant que composantes de la liberté personnelle qui trouvent leur siège aux articles 2et4 de la Déclaration des droits de 1789 et qui relèvent de la réserve constitutionnelle de compétence de la juridiction administrative. Et il y a d'autre part les restrictions à la liberté individuelle, conçue strictement en tant que droit à la sûreté à l'article 66 de la constitution, qui justifient l'intervention exclusive de l'autorité judiciaire.

La seule exigence que formule la Cour européenne est que la mesure ne soit pas excessive dans sa durée et demeure justifiée tout au long de son application.

L'interdiction de sortie du territoire crée sans le dire, une véritable **nouvelle mesure de sûreté** comme par exemple la rétention de sûreté créée par la loi du 25 février 2008. une mesure de sûreté est une mesure de contrainte prononcée, soit par la juridiction

de jugement au moment où elle se prononce sur le fond de l'accusation, soit par une autre autorité juridictionnelle ou, pour le cas d'espèce, administrative avant ou après le jugement en fonction non de la culpabilité de la personne, mais de sa dangerosité donc de sa propension à commettre une infraction ou à renouveler celle qu'elle a déjà commise ce qui la distingue de la peine. L'atteinte à la liberté est ici totale. Avec l'interdiction de sortie du territoire, l'individu est donc empêché de quitter le territoire français non pour l'acte de terrorisme qu'il a commis, non pour l'acte de terrorisme qu'on le soupçonne d'avoir commis, mais pour l'acte de terrorisme qu'il est susceptible de commettre dans l'avenir. On est ici entré dans le cadre d'une logique sécuritaire poussée à l'extrême ou l'intention pure est réprimée, sans un minimum de matérialité objective constatée.

À l'inverse, l'article 2 de la loi interdit l'accès du territoire français à tout ressortissant d'un État membre de l'Union européenne à tout ressortissant étranger lorsque sa présence constituerait une menace grave pour l'intérêt fondamental de la société. L'interdiction est rendue par le ministre de l'intérieur après une procédure non contradictoire. Elle est motivée, à moins que des considérations, relevant de la sécurité de l'État, s'y opposent

175

3.2 Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle

L'article 9 de la loi crée une nouvelle procédure de « blocage de sites Internet » incitant au terrorisme ou en faisant l'apologie, à l'instar de ce qui avait été prévu par la loi du 14 mars 2011 (dite loi LOPPSI 2) concernant les contenus de sites à caractère pornographique. Désormais, l'autorité administrative a la possibilité de demander directement à l'éditeur ou à l'hébergeur d'un site Internet de retirer les contenus provoquant directement à des actes de terrorisme ou faisant publiquement l'apologie de ces actes, dans un délai de 24 heures. À défaut du retrait, l'autorité administrative peut demander aux fournisseurs d'accès à Internet la liste des sites Internet concernés afin qu'ils en bloquent l'accès sans délai. Cette mesure vise à prévenir la commission d'actes terroristes et à préserver l'ordre public. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit de

nouvelles modalités de perquisition des systèmes informatiques à distance depuis les services de police ou encore la possibilité de requérir toute personne pour déchiffrer des données, y compris sous forme numérique. Le texte étend encore les techniques d'enquêtes sous pseudonyme à l'ensemble des infractions relevant de la criminalité organisée, lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique. C'est ainsi qu'un blocage a pu être réalisé le 4 février 2015.

Des critiques peuvent cependant être formulées contre la loi nouvelle.

-- Tout d'abord, il est évident qu'elle permet désormais à l'autorité administrative de limiter la liberté d'expression et la liberté d'information sur Internet sans intervention préalable du juge, garant des libertés fondamentales. Or la liberté d'expression et son corollaire la liberté d'information sont consacrés par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, en tant que fondement essentiel d'une société démocratique. Il est vrai que ces textes prévoient la possibilité de limiter ces libertés, dès lors que cette limitation est prévue par la loi, justifiée par un but légitime, tel que la sauvegarde de l'ordre public et la prévention d'infractions pénales, et proportionnée au but recherché.

176

--En second lieu, la mise en place de cette mesure peut aboutir à un risque de sur blocage de sites Internet. De plus, la plupart des contenus provoquant directement à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie sont diffusés par les réseaux sociaux, pour lesquels il n'est pas possible de bloquer l'accès d'un seul contenu. Le juge antiterroriste Trevidic a précisé que le meilleur moyen de faire du djihadisme était d'utiliser Facebook. Il est inimaginable de déférence et Facebook et d'ordonner son inaccessibilité en France. !

--Enfin cette mesure de blocage reste sans conteste facilement contournable pour les internautes. Beaucoup de ces sites se situent à l'étranger. Dès lors, cette mesure de blocage est-elle utile et proportionnée au but recherché ? On peut en douter. Cette possibilité de blocage a déjà été mise en œuvre dans d'autres pays. On se souvient ainsi qu'en Australie le blocage administratif de sites pédo pornographiques avait engendré le blocage de sites promouvant l'euthanasie, des liens YouTube, des sites de poker en ligne

ou un site d'un dentiste. Les précédents mondiaux de guerre à ce que le blocage administratif, sans décision préalable de la justice, soit vu d'un œil favorable.

Pour clarifier le débat, il serait souhaitable, à défaut d'avoir été soumise à un contrôle a priori de constitutionnalité, que cette loi fasse l'objet de question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Pour compléter ce dispositif législatif et réglementaire, le premier ministre a présenté le 21 janvier 2015 un plan sans précédent en attendant un nouveau projet de loi qui devrait être présentée en mars prochain.

Tirant la leçon que la menace change en permanence, que le nombre d'individus radicalisés et pouvant passer à l'acte sur notre sol ne cesse d'augmenter, Manuel Valls le Premier ministre a annoncé **les mesures suivantes** :

-Création de 2610 emplois sur trois ans, déployés au sein du Ministère de l'Intérieur, de la Justice et de la Défense.

-Surveillance approfondie de près de 3000 personnes.

-Création d'un fichier pour recenser les personnes prévenues condamnées pour des faits de terrorisme avec obligation pour ces personnes de déclarer à intervalles réguliers leur adresse et leur déplacement à l'étranger.

-Réduction du nombre de suppressions de postes au ministère de la défense.

-Création de cinq quartiers au sein d'établissements pénitentiaires dédiés aux personnes détenues radicalisées et augmentation sensible du nombre d'aumôniers musulmans.

-Création d'un site Internet grand public contre l'embrigadement djihadiste

Dès à présent, un certain nombre d'opérations ont été conduites conduisant à des interpellations, des auditions et des mises en détention.

Un projet de loi sur le renseignement sera présenté au conseil des ministres et transmis au Parlement en mars 2015, afin de renforcer les moyens et les capacités à agir

des services de renseignements en prenant soin de soumettre chaque opération à un contrôle externe indépendant sous le contrôle d'une juridiction spécialisée.

Le premier ministre proposera une « réflexion trans partisane » sur la réactivation de la peine d'indignité nationale, qui avait été créé en 1944 à la Libération et appliquée aux collaborateurs du régime de Vichy. Il sera ouvert à toute proposition formulée par les deux assemblées parlementaires.

Soucieuse de mener une politique européenne, une réunion de 11 ministres européens auxquels se sont associés le secrétaire d'État américain et son homologue canadien s'est tenu à Paris le 12 janvier 2015. Cette réunion a identifié deux champs sur lesquels les Européens doivent renforcer leur coopération : les moyens destinés à contrecarrer les déplacements de combattants étrangers et de toutes les filières et la lutte contre les facteurs et les vecteurs de radicalisation, notamment sur Internet.

Rien n'est pire pour le droit que ces moments d'intense unanimité, que cette vague d'émotion qui submerge la raison. Or le code pénal a la plus grande difficulté à revenir en arrière. Les mesures exceptionnelles prises en temps de crise sont entrées à jamais dans les textes. L'idée même de guerre au terrorisme est inquiétante. Elle est entrée dans le droit positif aux États-Unis sept semaines après le 11 septembre. Elle consacre la notion « *d'ennemi combattant illégaux* » rappelle Madame Delmas Marty. Des personnes qui ne bénéficient, ni des garanties du droit pénal, parce que ce sont des ennemis, ni de celles des prisonniers de guerre, parce que ce sont des combattants illégaux.

Gardons-nous qu'une législation d'exception perdure et devienne au fil du temps un nouveau droit commun.

Data de submissão : 09/03/2015.

Data de Aprovação : 09/03/2015.

As patentes de segundo uso e de formas polimórficas e o Projeto de Lei nº 5.402/2013

The second use of patents and polymorphic forms of and Draft Law No. 5402/2013

Dany Rafael Fonseca Mendes¹

Michel Angelo Constantino de Oliveira²

Adalberto Amorim Pinheiro³

Resumo: Tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei (PL) para, entre outras tantas alterações, vedar o patenteamento de novos usos médicos e de formas polimórficas por meio da modificação da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Atualmente, os critérios para o exame dos pedidos de patentes depositados para esses dois tipos de criações são deixados a cargo do Instituto Nacional de Propriedade Industrial e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. De acordo com as justificativas apresentadas no estudo da Câmara dos Deputados, o qual serviu de balizador ao Projeto de Lei, o intuito do PL é tornar as patentes mais sólidas. Embora ainda falte maturidade à discussão sobre a patenteamento de novos usos médicos e de formas polimórficas, especialmente na interface entre a iniciativa privada e o próprio Poder Legislativo, o Projeto da Câmara merece atenção, pois ele coloca o sistema de propriedade intelectual brasileiro em foco. Todavia, como pressuposto necessário às discussões de alto nível técnico, como é o caso dos direitos de propriedade intelectual, os posicionamentos sobre o tema não devem ser binários, tampouco merecem envolver doutrinas ideológicas. Dos fatos e dados apresentados neste trabalho, conclui-se, portanto, que, antes de alterar a Lei, é necessário que discussões lastreadas em estudos mais robustos, quantitativos e qualitativos, sobre os custos e benefícios envolvidos.

179

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Patentes. Segundo Uso. Formas Polimórficas. Inovação.

Abstract: A bill pending in the Congress to seal the patenting of new medical uses and polymorphic forms by modifying the Law No. 9279, of May 14, 1996. Currently, the criteria for the examination of patent applications filed for these two types of creations are left to the National Industrial Property Institute and the National Sanitary Surveillance Agency. According to the justifications presented in the study of the House of Representatives, which was the landmark to the Bill, the purpose of the Project is to make the strongest patents. Though not yet mature to discussion on patenting of new medical uses and polymorphic forms, especially at the interface between the private sector and the very Legislature, the House Bill deserves attention because it puts

¹ Dany Rafael Fonseca Mendes: mestre em Análise Econômica do Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB); e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Brasília/DF – Brasil. Email: rafael.dany@gmail.com.

² Michel Angelo Constantino de Oliveira: Doutor em Economia pela Universidade Católica de Brasília (UCB), Mestre em Desenvolvimento Local (UCDB) e Administrador. Professor em 2 Programas de Pós-graduação da UCDB: Sustentabilidade Agropecuária, em nível de Mestrado e Doutorado e no Mestrado em Desenvolvimento Local. Brasília/DF – Brasil. Email: michelangelo111@gmail.com.

³ Adalberto Amorim Pinheiro: Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto; Pós-Graduado em Contratos Comerciais (UCP-PT); Mestre em Direito Privado (UCP-PT/Rev. UFMG); Doutorando em Economia (Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual - UA/PT); Doutorando em Biotecnologia (Bionegócios e Marcos Legais em Biotecnologia - UFAL/Renorbio). Maceió/AL – Brasil. Email: adalbertoapinheiro@gmail.com.

the Brazilian system of intellectual property focus. However, as the necessary presupposition to high level technical discussions, as is the case of intellectual property, the positions on the topic should not be binary nor deserve involve ideological doctrines. The facts and data presented in this study, it is concluded, therefore, that before changing the law, it is necessary that discussions backed by more robust, quantitative and qualitative studies on the costs and benefits involved.

Keywords: *Intellectual Property. Patents. New Use. Polymorphic Forms. Innovation.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Objetivos; 3. Metodologia; 4. Descrição resumida dos temas; 4.1. Segundo uso; 4.2. Formas Polimórficas; 5. Discussão; 5.1. Posicionamento brasileiro; 5.1.1. Posicionamento do INPI; 5.1.2. Posicionamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); 5.2. Proposta de alteração legislativa; 5.3. Posicionamento dos grandes grupos farmacêuticos; 5.3.1. Sham Litigation; 6. Considerações finais.

1 Introdução

Partindo de um ponto de vista dos Estados, as justificativas mais usuais para o estabelecimento de um sistema de propriedade intelectual (PI) são a promoção do desenvolvimento tecnológico e do crescimento econômico do país, por meio do incentivo à inovação advinda da concessão de um direito temporário de exclusividade de exploração da criação intelectual ao seu criador (ou ao detentor do direito). Nos termos supramencionados (desenvolvimento tecnológico e crescimento econômico), haveria duplo incentivo à inovação, pois, na linha de argumentação em defesa de tal sistema, (i) no caso de patentes⁴ e.g., após o período de vigência do direito de exclusividade, o acesso às informações, antes guardadas em sigilo, seria socialmente mais vantajoso para o desenvolvimento de novas tecnologias que a manutenção do segredo industrial⁵; e (ii) podendo colher os frutos de seu investimento no ativo de propriedade intelectual, através da apropriação formal desse recurso intangível, ainda

⁴ “Patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente” (Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, 2012).

⁵ “Os segredos industriais são toda e qualquer informação relativa à fabricação ou que diz respeito ao negócio que é mantida em sigilo, e que, em regra, propicia a seu detentor algum tipo de vantagem diante de seus concorrentes” (Confederação Nacional da Indústria - CNI, 2013).

que se trate de uma apropriação temporária, o criador teria incentivos para efetuar o plantio⁶, evitando-se, assim, a tragédia dos baldios⁷.

Em posição antagônica, entretanto, encontra-se o problema de acesso da população às inovações produzidas no âmbito de um sistema de PI. Afinal, se os direitos de propriedade intelectual (DPI) servem para excluir outros agentes da exploração do ativo, via direito regularmente concedido pelo Estado, é provável que haja majoração de preços do produto, ou do processo, protegido e, conseqüentemente, restrição de acesso. Quando se trata de estabelecimento e manutenção de DPI, além do problema de acesso causado pela exclusividade naquele mercado relevante⁸, há, ainda, a possibilidade de restrição causada pela tragédia dos anti-baldios⁹, que, no âmbito da proteção patentária, poderia ser elucidada por meio do exemplo das patentes de bloqueio, uma das táticas de *evergreening*¹⁰, para barrar o avanço tecnológico da concorrência. Esse mecanismo funciona da seguinte maneira: mesmo sabendo que, em condições normais, determinada invenção jamais chegará ao mercado, seu detentor opta pela proteção do invento via pedido de patente e, assim, cria-se uma espécie de escada de pesquisa e desenvolvimento (P&D) na qual cada patente de bloqueio seria um degrau. E, para utilizar essa escada, a cada passo rumo ao desenvolvimento tecnológico, os concorrentes têm que pagar taxas de licenciamento aos detentores de cada respectivo direito (degrau). Na prática, para cada patente de bloqueio, ou degrau da escada de P&D, os custos de transação sobem exponencialmente, até, como não raro ocorrem, tornarem-

⁶ Numa alusão ao termo “plantio-colheita”, de tradução livre, utilizado por Landes & Posner (2003) para descrever os possíveis problemas causados pela impossibilidade de apropriação de ativos de propriedade intelectual.

⁷ Termo apresentado por Araújo (2008) em referência aos recursos baldios, os quais sofrem com o subinvestimento e a sobre-exploração, por não gozarem da característica de restrição de acesso, ou exclusividade, inerentes à propriedade.

⁸ De acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2007, p. 23), “O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. Define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo”.

⁹ Em contraponto à tragédia dos baldios, explicando o nível de apropriabilidade excessiva, Araújo (2008) argumenta que, nesses casos, a possibilidade de exclusão concomitante de acesso pode levar à subexploração dos recursos.

¹⁰ O *evergreening* é um conjunto de estratégias, ou uma estratégia única, de extensão indefinida dos prazos de vigência de uma patente; é a perpetuação artificial de um direito que, conceitualmente, deveria ser limitado no tempo.

se exorbitantes, limitando o acesso da população às tecnologias que, eventualmente, sobrevivem à escalada da bancada de pesquisa ao mercado.

Numa análise de tangência entre propriedade intelectual e saúde pública, é preciso que os países estejam especialmente atentos ao equilíbrio entre incentivo à inovação e restrição de acesso. Afinal, em um mercado que, mesmo não se tratando de um mercado perfeitamente competitivo¹¹, funciona sob as regras do capitalismo, não é mais possível dissociar uma coisa da outra e, em alguns casos, incentivar a inovação na indústria de medicamentos pode significar garantir o acesso da população à saúde.

Na esteira de incentivo ao desenvolvimento de produtos de saúde mais avançados, um dos projetos mais significativos é a introdução de genéricos¹², a qual normalmente ocorre após a vigência da carta-patente (20 anos) concedida aos detentores dos DPI referentes ao medicamento de referência. E é especialmente na defesa desse projeto, o dos genéricos, que se firmam os argumentos contrários à proteção das patentes de segundo uso e de formas polimórficas, cujos conceitos se esclarecerão mais à frente, uma vez que, concedendo tais direitos aos detentores das patentes originárias, o Estado estaria estendendo artificialmente a exclusividade de mercado inicialmente concedida aos medicamentos de referência, dificultando, em última instância, a entrada de genéricos no mercado e, conseqüentemente, o acesso da população a produtos mais baratos.

182

2 Objetivos

A elaboração deste documento teve como objetivo discutir a patenteabilidade de segundo uso e de formas polimórficas no Brasil, analisando as expectativas de alterações legislativas e os possíveis impactos que seriam gerados por tais modificações, especialmente

¹¹ Não existe mercado perfeitamente competitivo. Contudo, mesmo não se enquadrando em todos os requisitos de equilíbrio entre demanda e oferta do mercado perfeitamente competitivo, há um mercado que pode ser assim considerado (Gico Jr., 2006, pp. 20-29), tendendo sempre ao equilíbrio perfeito (entre demanda e oferta) – ainda que essa situação nunca ocorra de fato.

¹² Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, dispondo sobre a vigilância sanitária, estabelecendo o medicamento genérico, dispondo sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, além de outras providências.

para os atores diretamente afetados pelo tema, quais sejam: os grandes grupos farmacêuticos, as empresas produtoras de medicamentos genéricos e o Governo do País.

3 Metodologia

Trata-se de pesquisa empírica, lastreada numa análise qualitativa das informações, as quais são obtidas, principalmente, por meio de pesquisa bibliográfica realizada em publicações científicas da área de propriedade intelectual, notadamente em sua tangência com a saúde pública, além de outros documentos públicos disponibilizados pelo Estado brasileiro.

Neste estudo, num primeiro momento (seção 0), serão apresentados os conceitos basilares dos temas, para que, em “

5 Discussão”, os posicionamentos dos *players* envolvidos sejam resumidamente expostos e questionados. Sob a expectativa de ter explorado, ao menos, os pontos de vista dos atores envolvidos no tema, especialmente no que se refere às patentes de segundo uso, o presente trabalho apresentará as análises conclusivas (seção 0) dos autores¹³.

Em termos de pressupostos de impacto, foram identificadas, no presente trabalho, as seguintes (possíveis) consequências da concessão de patentes para pedidos de segundo uso e de formas polimórficas: i) proteção de invenções que não preenchem adequadamente os requisitos de patenteabilidade; ii) direito de exclusividade de mercado indevido, em razão da na exploração de um objeto que, possivelmente, já se encontrava em domínio público; iii) retardamento da entrada de medicamentos genéricos no mercado, inclusive por meio de litígios relacionados a tais patentes (*sham litigation*) e, conseqüentemente, restrição do acesso da população à saúde; v) pagamento indevido de royalties, onerando, acima dos níveis normais, a cadeia produtiva relacionada com pesquisa e desenvolvimento; e, além do prejuízo à implementação de políticas de saúde pública, por meio da oneração excessiva e indevida dos cofres públicos, vi) impacto negativo na balança comercial do Brasil.

¹³ Os comentários e opiniões aqui expressos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores e não refletem o posicionamento de quaisquer organizações às quais os autores estejam, ou estiveram, vinculados.

4 Descrição Resumida dos Temas

4.1 Segundo Uso

As patentes de segundo uso, ou – em termos mais técnicos – patentes de novo uso médico, são descobertas de uma nova aplicação terapêutica para um composto já disponível. Em geral, o segundo uso, ou novo uso médico, é reivindicado pelo comumente denominado de “fórmula suíça”, ou seja, uso de um produto X, caracterizado por ser na preparação de um medicamento, para tratar a doença Y.

4.2 Formas Polimórficas

Polimorfismo é a habilidade de uma espécie química (átomos ou moléculas) de formar diferentes arranjos e/ou conformações das moléculas na estrutura do cristal. As variações na sua forma estrutural são originadas de acordo com condições físico-químicas, como pH, temperatura, pressão etc. Classicamente, o conceito de polimorfismo pode ser ilustrado pelo caso do carbono, o qual se apresenta em quatro polimorfos sólidos (diamante, grafite, nanotubos e fullerenos), com propriedades muito diferentes entre si, em função de estruturas cristalinas distintas. Todavia, existem formas conhecidas como pseudopolimórficas, e essas dificuldades de verificação, notadamente no caso de exames de patente pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI¹⁴), tornam o processo de verificação da possibilidade de proteção demasiadamente custoso. Na indústria farmacêutica, quando se trata de pedidos de patentes, o termo polimorfismo costuma ser utilizado da maneira mais ampla

¹⁴ Criado pela Lei nº 5648, de 11 de dezembro de 1970 (BRASIL), o Instituto Nacional da Propriedade Industrial é a autarquia federal responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. Entre os serviços do INPI, estão os registros de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador e topografias de circuitos, as concessões de patentes e as averbações de contratos de franquia e das distintas modalidades de transferência de tecnologia. Na estrutura da Administração Pública, o INPI está vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), com sede e foro no Distrito Federal (Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, 2012).

possível, englobando tanto a forma cristalina (arranjo organizado das moléculas) quanto a amorfa (arranjo desordenado das moléculas).

5 Discussão

O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS¹⁵), assinado no âmbito de criação da Organização Mundial do Comércio (OMC¹⁶), não traz a exigência de concessão de patentes para nenhum dos dois casos até aqui apresentados e, considerando o Acordo como teto para expectativas de direito de propriedade intelectual, sopesando as possíveis consequências, inclusive a possibilidade de aumento de investimentos em P&D, que é o maior argumento da indústria farmacêutica, o Brasil não regula expressamente a matéria, seja para vedar a concessão de patentes para segundo uso e polimorfismo, seja para conceder direitos de propriedade a esses tipos de pedido. Outros países, tanto de renda média, como é o caso brasileiro, quanto de alta renda, a matéria tem sido tratada de maneiras distintas, mas, nas legislações nacionais, raramente, os temas são pacíficos de entendimento, e, mundo afora, os questionamentos judiciais são comuns.

185

5.1 Posicionamento Brasileiro

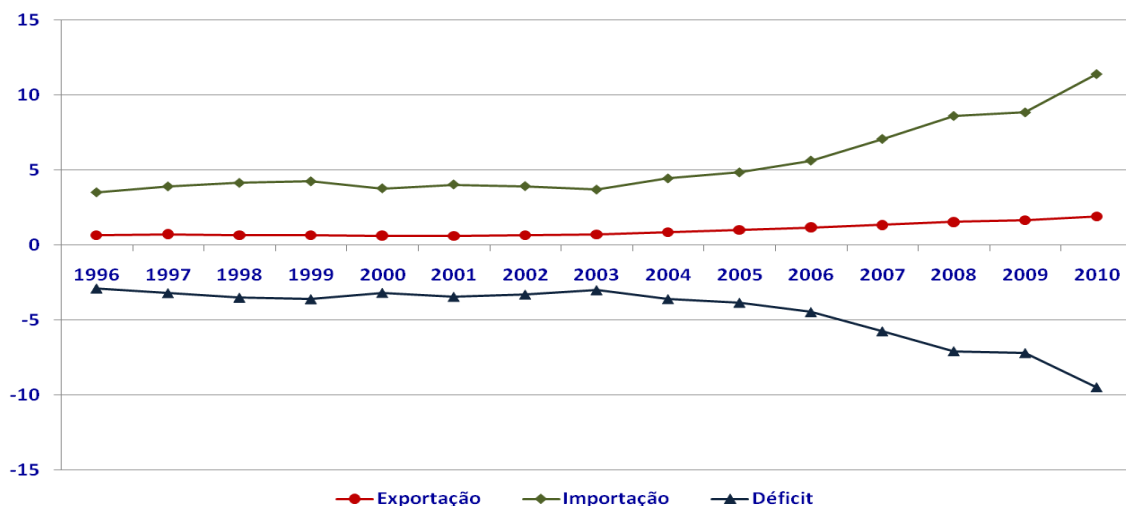
¹⁵ Anexo 1C do Tratado de Marrakesh, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

¹⁶ Nascida em 1º de janeiro de 1995, a OMC é uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU) e todas as suas realizações são o resultado das negociações das quais é foro. A maior parte do trabalho da Organização vem das negociações ocorridas entre 1986 e 1994, chamadas de Rodada Uruguai de Negociações, e daquelas ocorridas no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, sigla em inglês). Atualmente, a OMC é o foro anfitrião de novas negociações, no âmbito da "Agenda de Doha para o Desenvolvimento", lançado em 2012. Além das negociações comerciais, a Organização desenvolve, entre outros papéis, a implementação e monitoramento de acordos comerciais, a solução de controvérsias no âmbito da Organização, a construção de capacidades comerciais nos países em desenvolvimento e a divulgação do trabalho da Agência (WTO, 2013).

A patente é, segundo a Lei de Propriedade Industrial (LPI¹⁷), um direito de exclusão, conferido pelo Estado, impedindo terceiros, salvo consentimento do titular, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos um produto objeto de patente. Embora, o ônus proveniente dessa restrição de mercado seja aceitável a todos os setores da Economia, na área da saúde, esses tipos de patente (segundo uso e polimorfismo) têm poder para, em tese, gerar uma proibição velada de acesso ao tratamento disponível.

O Governo brasileiro, além da preocupação relacionada ao acesso da população à saúde pública, tem visto crescer, ano após ano, o déficit comercial de produtos de saúde, que, em 2010, chegou ao patamar de dez bilhões de dólares. Para um país com as proporções do Brasil, esse cenário é duplamente calamitoso: de um lado, o País perde em saúde com a dependência externa de produtores internacionais; de outro, o Brasil deixa de ganhar em termos de industrialização de alta tecnologia e valor agregado, como fica fácil perceber pela análise da Figura 1, abaixo.

Figura 1: Balança Comercial, Setor de Saúde, Brasil, 1996-2010



Fonte: elaborado por GIS/ENSP/FIOCRUZ, 2011, a partir de dados da Rede Alice / MDIC. Acesso em janeiro/2011.

Talvez em razão do declínio das inovações farmacêuticas (baixo índice de desenvolvimento de novas moléculas químicas), visto que, ano a ano, a capacidade de criação de produtos revolucionários vem caindo, a indústria farmacêutica tem buscado maneiras de

¹⁷ Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (BRASIL).

prolongar seus direitos de exclusividade sobre diversos medicamentos. Nesse sentido, é comum que, assim como ocorre com as patentes de polimorfos, o segundo uso médico seja utilizado como estratégia para retardar a disponibilidade de genéricos no mercado.

5.1.1 Posicionamento do INPI

Em 11 de junho de 2007, a Diretoria de Patentes do INPI, DIRPA, deu início a um ciclo de discussões técnicas, em conjunto com diversas entidades nacionais ligadas à indústria e à pesquisa na área químico-farmacêutica, bem como em conjunto com escritórios ligados à área de propriedade industrial no Brasil.

No foro de discussão proposto pela referida autarquia federal, o primeiro tema discutido foi “Patenteabilidade de Formas Polimórficas” e o INPI desenvolveu uma minuta de diretrizes de exame para polimorfos na qual considera que uma nova forma polimórfica, bem como seu processo de preparação, composição compreendendo o polimorfo e processo para a preparação da composição são plenamente patenteáveis, caso preencham os requisitos de patenteabilidade e o pedido apresente suficiência descritiva. Exemplos de parâmetros que devem estar contidos no relatório descritivo de forma a caracterizar uma nova forma polimórfica: a) Difração de Raio X de Cristal Único (DRX de monocristal); b) Difração de Raio X pelo Método de Pó (DRX pelo método de pó); c) Espectroscopia de Ressonância Magnética Nuclear de Carbono no Estado Sólido (RMN-13C); entre outros. Nas diretrizes do Instituto, encontra-se o entendimento de que:

A atividade inventiva de uma forma polimórfica será aferida ao se constatar um efeito que solucione um problema do estado da técnica suficientemente diferenciador, como por exemplo: aumento na estabilidade, solubilidade aparente e processabilidade. Uma vez que não há nenhum conhecimento geral que torne possível a previsão das propriedades de um polimorfo, não seria óbvio produzir uma nova forma cristalina na expectativa de resolver um determinado problema técnico. Ainda que se saiba que diferentes formas polimórficas possam apresentar características inesperadas, não há como prever, pelos conhecimentos comuns, quais serão os novos efeitos técnicos obtidos, pois isto somente será conhecido quando as formas polimórficas forem identificadas, caracterizadas e testadas para os efeitos desejados.

Naquela ocasião, fundado em suas diretrizes para exame de pedidos de patente, o INPI vinha aceitando a concessão de proteção, por meio de carta-patente, para pedidos de segundo uso (fórmula suíça), desde que, segundo instruções da Autarquia, estivessem presentes os requisitos de patenteabilidade previstos no artigo 8º da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial).

5.1.2 Posicionamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹⁸

Apesar do posicionamento do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a ANVISA tem firmado o entendimento de que a concessão de patentes de para pedidos de segundo uso médico e de formas polimórficas não cumpre os requisitos de sua Resolução de Decisão Colegiada (RDC) nº 21/2013, que regulamenta a aplicação da anuência prévia da Agência. Legalmente, a obrigatoriedade de prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para pedidos de patentes de produtos e processos farmacêuticos surgira com a edição da Medida Provisória (MP) nº 2.006, de 14 de dezembro de 1999, que alterou a Lei de Propriedade Industrial. Naquela ocasião, contemporânea à criação e consolidação da própria da ANVISA, a MP, entre outras modificações, incluía a letra “C” no artigo 229 da LPI, trazendo para a legislação que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial a seguinte redação:

“Artigo 229-C. A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVS).”

¹⁸ Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária é uma autarquia que opera sob regime especial, ou seja, uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira. A ANVISA tem como campo de atuação todos os setores relacionados a produtos e serviços que possam afetar a saúde da população brasileira e, portanto, sua competência abrange tanto a regulação sanitária quanto a regulação econômica do mercado. Além da atribuição regulatória, a Agência também é responsável pela coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), de forma integrada com outros órgãos públicos relacionados direta ou indiretamente ao setor saúde. Na estrutura da Administração Pública, a ANVISA está vinculada ao MS e integra o Sistema Único de Saúde (SUS), absorvendo seus princípios e diretrizes (ANVISA, 2013).

Diante de tal entendimento, utilizando-se da prerrogativa dada pelo instituto trazido pelo artigo 229-C da Lei nº 9.279/1996, a Agência tem decidido pela não-anuência a casos de pedidos de patentes de segundo uso e de formas polimórficas que não estejam de acordo com a RDC nº 21/2013.

5.2 Proposta de Alteração Legislativa

Veza que, dentro da própria Administração Pública Federal, tenha havido divergências quanto ao patenteamento de novos usos médicos e formas polimórficas, o Poder Legislativo tomou a iniciativa de propor uma análise uniforme para o exame desses pedidos nacionais de patente.

O Projeto de Lei (PL) nº 5.402/2013 foi colocado em trâmite no Congresso Nacional para, entre outras propostas de modificações, alterar a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (BRASIL). Mais especificamente, veza que o presente estudo manterá seu foco na Lei de Propriedade Industrial, o PL de autoria dos Deputados Newton Lima (PT/SP) e Dr. Rosinha (PT/PR), propende revogar o parágrafo único de seu artigo 40; alterar seus artigos 10, 13, 14, 31, 195 e 229-C; e, ainda, acrescentar os artigos 31-A e 43-B (Câmara dos Deputados, 2013).

Segundo consta em sua “explicação da ementa” (Câmara dos Deputados, 2013), o Projeto de Lei:

Trata da revisão da lei de patentes para limitar a duração do prazo das patentes, acrescentar objetos que não são considerados invenções, alterar o rigor dos critérios de patenteabilidade, criar o mecanismo de oposição contra pedidos de patentes, modificar o dispositivo sobre a anuência prévia da Anvisa, tratar da proteção de dados de testes farmacêuticos na forma de concorrência desleal, e instituir o mecanismo do uso público não comercial.

Recebido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 22 de maio de 2013, o Projeto está lastreado numa publicação do Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados intitulada “A Revisão da Lei de Patentes: Inovação em Prol da Competitividade Nacional” (Lima, et al., 2013).

Focando tão-somente na proposta do presente trabalho, a primeira alteração substancial se refere às proibições de patenteamento de novo uso e formas polimórficas, conforme Nova Redação (NR) proposta:

Art. 10.

X – qualquer nova propriedade ou novo uso de uma substância conhecida, ou o mero uso de um processo conhecido, a menos que esse processo conhecido resulte em um novo produto;

XI – novas formas de substâncias conhecidas, que não resultem no aprimoramento da eficácia conhecida da substância.

Parágrafo único. Para os fins deste Artigo, sais, ésteres, éteres, polimorfos, metabólitos, forma pura, o tamanho das partículas, isômeros, misturas de isômeros, complexos, combinações e outros derivados de substância conhecida devem ser considerados como sendo a mesma substância, a menos que difiram significativamente em propriedades no que diz respeito a eficácia. (NR)

O primeiro problema identificado na NR do PL é que a proposta de parágrafo único traz conceitos técnicos de substâncias que, ao contrário do que parece ser o objetivo da proibição, limitam a aplicação do inciso XI do art. 10 da Lei nº 9.279/1996 às substâncias ali mencionadas. Além desse entrave de aplicação provocado por uma lista exaustiva, as limitações propostas nos novos incisos (X e XI) seriam suficientes para evitar o patenteamento de novo uso e formas polimórficas e, por isso, o parágrafo único do último inciso poderia ser considerado desnecessário.

Como ficou ressaltado nas justificativas para o Projeto de Lei, o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI) já se manifestara favoravelmente às propostas presentes no PL nº 5402/2013 relacionadas com as proibições de patenteamento de novo uso e formas polimórficas. Vale lembrar ainda que, apesar de esclarecer expressamente pontos omissos da legislação atual, as proibições propostas já são operacionalizadas pela aplicação da Anuência Prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Além disso, não bastassem os pontos negativos do ponto de vista eminentemente técnico, a proposta trazida pelo PL nº 5.402/2013, caso queira se manter fiel à motivação apresentada no Estudo da Câmara, deveria servir à promoção da competitividade nacional. Entretanto, até o momento, a indústria nacional não se pronunciou a respeito do tema e, portanto, além de não haver um estudo quantitativo sobre a proibição proposta no Projeto e seus impactos em termos de inovação e de acesso, não há um posicionamento claro da indústria brasileira sobre o patenteamento de novos usos médicos e

de formas polimórficas. Portanto, a “competitividade nacional” utilizada como justificativa para o Projeto de Lei nº 5.402/2013 ainda não passou pela análise das organizações empresariais envolvidas no setor de medicamentos e, por isso, a vedação proposta para os novos incisos X e XI do artigo 10 da Lei de Propriedade Industrial deveria, antes de ser alterada, ser exposta à manifestação da indústria.

De qualquer maneira, o PL nº 5.402/2013 pode ser considerado positivo, não apenas por trazer o tema da propriedade intelectual à discussão nacional, mas, mesmo que não intencionalmente, por trabalhar pela redução de incertezas e, conseqüentemente, pelo aumento da insegurança jurídica relativa ao sistema de propriedade intelectual brasileiro.

5.3 Posicionamento dos Grandes Grupos Farmacêuticos

Se a carta-patente é uma exclusividade legalmente concedida pelo próprio Estado à determinada tecnologia, ela pode ser – e costumeiramente é – utilizada para excluir terceiros da competição em determinados mercados relevantes e, com isso, majorar os preços dos produtos protegidos por tais direitos de propriedade industrial. Logo, não é necessário ser economista para entender que os detentores dos direitos de propriedade sobre determinadas invenções têm o máximo interesse em prolongar a proteção destinada esses direitos. Com isso, os grandes grupos farmacêuticos, normalmente detentores da imensa maioria das patentes do setor, ficam livres para continuar manipulando a curva de oferta-demanda e, com isso, esses laboratórios podem continuar maximizando suas margens de lucro pelo maior tempo possível.

Entre os argumentos mais utilizados por essas organizações empresarias para a possibilidade de patenteamento de segundo uso e formas polimórficas estão: elevado dispêndio com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos; concorrência; exigências dos consumidores; e exigências dos órgãos de fiscalização e controle.

5.3.1 Sham Litigation

A ocorrência de abusos do direito de petição, ou *sham litigation*, é tão-somente uma possibilidade que pode, ou não ocorrer. Contudo, trata-se de um tema que, durante a discussão sobre quaisquer possibilidades de judicialização envolvendo ativos de propriedade industrial, merece atenção. Então, embora não tenha sido o foco deste texto vasculhar as bases do Judiciário à procura de processos que, concomitantemente, tratem de patentes de novos usos e formas polimórficas e do abuso do direito de petição, cabe aqui uma pequena explicação sobre este termo.

A expressão *sham litigation*, ou “abuso do direito de petição”, apesar de estar intrinsecamente ligada a processos sobre direitos de propriedade intelectual, não é uma prática restrita à administração desses direitos. Trata-se de uma conduta anticompetitiva que, por meio de ações movidas no âmbito do Poder Judiciário, tem por meta causar prejuízos a um concorrente direto do reclamante, atingindo negativamente o reclamado, de forma que este enfrente dificuldades financeiras, estruturais e de reputação. Na *sham litigation*, normalmente, o autor da ação não tem chances reais de sucesso, mas é justamente esta conduta que, ao impor prejuízos desnecessários aos rivais de quem indevidamente recorre ao Judiciário, caracteriza o abuso do direito de petição.

Para o professor Felipe Mascarenhas Tavares, *sham litigation* é uma ação “promovida no âmbito do Poder Judiciário que careça de bases objetivas e fundamentadas e de expectativa (2011, p. 1). Já a Professora Shirlei Silmara de Freitas Mello, em sua publicação sobre processos administrativos, discorre sobre o abuso do direito de petição, abordando os seguintes aspectos:

“*Sham* significa imitação, réplica, falsa amostra; engodo, farsa; fingimento; falsidade, leviandade. O instituto do *sham litigation* ou abuso do direito de petição desenvolveu-se de forma expressiva nos Estados Unidos, como ressalva à aplicação da doutrina *Noerr-Pennington*.[...] Além das definições legais próprias de litigância temerária, há considerável divergência acerca da frequência de tais impugnações movimentando juízos e outras instâncias decisórias, tais a administrativa, e as implicações para o bem estar social das várias opções políticas desenvolvidas para limitar tal atuação. Alguns juristas acreditam que SL é um fenômeno substancial e crescente nos EUA e que ela representa um desafio para a atual política antitruste. Outros concebem a temática antitruste com mais simplicidade, encarando os problemas e dificuldades conjuntamente com as respectivas soluções: uma restrição dos direitos de acesso à justiça postos na Primeira Emenda. Definições judiciais de SL apresentam-se discrepantes: Juiz Posner aplicou abordagem custo-benefício (razoabilidade e proporcionalidade) para analisar intenção anticompetitiva e

sustentou que, mesmo pretensões não manifestamente infundadas, ou seja, possivelmente fundadas, podem constituir SL.” (2010, p. 4).

A limitação ao uso abusivo do direito de petição já se encontra devidamente assentada noutras searas do Direito, sendo relevante, nesse sentido, mencionar o instituto da litigância de má-fé, descrito pelo CPC (Código de Processo Civil - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) que torna ilícita a utilização do processo com o fim de conseguir objetivo ilegal (artigo 17, inciso III, CPC), além do dever processual genérico de “não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídos de fundamento”, previsto no artigo 14 do mesmo Código. Contudo, tratando-se, de conduta sob o direito de petição constitucionalmente assegurado, a *sham litigation* deveria se sujeitar aos preceitos do Direito Concorrencial, podendo, caso reste caracterizada como conduta abusiva, ser considerada infração à ordem econômica, conforme interpretação do artigo 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE¹⁹) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências (BRASIL, 1994).

193

Fechado o parêntese destinado à análise do abuso do direito de petição, cumpre a este trabalho retornar à avaliação da possibilidade de exclusão da concessão de patentes de novos usos e formas polimórficas.

¹⁹ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica “é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Esta entidade exerce três funções:

- Preventiva

Analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.

- Repressiva

Investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.

- Educacional ou pedagógica

Instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2014).

6 Considerações Finais

O artigo 27 de TRIPS estabelece a obrigatoriedade, para todo Estado-Membro da OMC, de conferir patente a qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Contudo, o Acordo não possui previsão sobre patente de segundo uso e polimorfo, deixando os Países-Membros livres para decidir, em suas respectivas legislações nacionais, sobre o patenteamento desses tipos de pedidos.

Os direitos de propriedade intelectual, como qualquer outra gama de direitos, não são absolutos e, portanto, devem estar nivelados com os limites presentes em todo o ordenamento jurídico. O Brasil, diante de um possível choque entre direitos de propriedade intelectual (artigo 5º, XXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e as políticas de saúde pública (artigos 6º e 196, da mesma Carta), não poderia adotar comportamento diverso, buscando, sempre, o equilíbrio entre e inovação e acesso.

No caso analisado neste estudo, posto que não haja um posicionamento claro da indústria brasileira sobre o patenteamento de novos usos médicos e de formas polimórficas, o PL nº 5.402/2013 pode ser considerado positivo, notadamente por trazer o tema da propriedade intelectual à discussão nacional, incluindo as incertezas sobre as regras do sistema nacional de propriedade intelectual e, conseqüentemente, a insegurança jurídica hoje existente sobre o patenteamento de novos usos e formas polimórficas.

Isso posto, é importante ressaltar que a discussão sobre a patenteabilidade de novos usos e formas polimórficas, assim como acontece nos demais temas de propriedade intelectual, não pode ser colocada sob os holofotes de doutrinas ideológicas. Esse caminho, muitas vezes tratado como binário, apesar de ser mais fácil, não parece ser a melhor escolha. Assim sendo, no estudo sobre a patenteabilidade de novos usos e formas polimórficas, antes de optar pela proibição desses pedidos de patente, o Brasil deveria se debruçar sobre o tema, propondo uma discussão franca que envolva o setor produtivo, a academia e o Estado.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, F. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação**. Lisboa: Almedina, 2008.

BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual**: introdução a propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BINSFELD, P. C. **Patentes de segundo uso e polimorfos**. Apresentação. Audiência Pública. Projeto de Lei nº 2.511/07 e 3.995/2008 da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. Câmara dos Deputados, 2012.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). **Convention Establishing the World Intellectual Property Organization**. 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html#P50_1504>. Acesso em: 25 set 2010.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial. Barueri/SP: Manole, 2011.

PARIS CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY. 1979. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>>. Acesso em: 25 set 2010.

BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS. 1979. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html>. Acesso em: 25 set 2010.

VICENTE, Dário Moura. **A tutela internacional da propriedade intelectual**. Coimbra: Almedina, 2008.

ASCARELLI, Tullio. **Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales**. Tradução de E. Verdura e L. Suárez-Llanos. Barcelona: Ed. Bosch, 1970.

ASCENSÃO, José de Oliveria. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 3, p. 125-145, mar. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27320>>. Acesso em: 11 jan 2010.

CARVALHO, Nuno Pires. **A estrutura dos sistemas de patentes e marcas: passado, presente e futuro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRAU-KUNTZ, Karin. **O que é direito de propriedade intelectual e qual a importância de seu estudo?** [20--].Disponível em: <<http://www.ibpibrasil.org/44072.html>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

GRAU-KUNTZ, Karin. Ainda sobre a questão das peças de reposição. **Revista eletrônica do IBPI.** São Paulo, Edição especial: Sobre a questão das peças de reposição *must-match*, p. 71-82, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/b1f03417495d4142ffff831aac144220.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPS.** Marraqueche, 15 de abril de 1994. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em: 22 jan. 2011.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade intelectual e desenvolvimento.** Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 11-12.

CASAS, Carmen Nila Phang Romero. **O complexo industrial da saúde na área farmacêutica: uma discussão sobre inovação e acesso no Brasil.** 249 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009. p. 2.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

LE PRESTRE, Philippe. **Ecopolítica Internacional.** Tradução de Jacob Gorender. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma. **O nível de proteção da propriedade intelectual definida pelo Acordo TRIPS e o desenvolvimento.** In: WACHOWICZ, Marcos; MORENO,

Guillermo Palao (Org.) **Propriedade intelectual: inovação e conhecimento**. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREIRA, Karina Correa. **Transferências internacionais de tecnologia: uma perspectiva brasileira**. In: RODRIGUES JR., Edson Beas; POLIDO, Fabrício (Org.). **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Data de Submissão: 11/10/2014

Data de Aprovação: 09/03/2015.