

# SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Profª. Dra. Berenice Quinzani Jordão

VICE-REITOR

Prof. Dr. Ludoviko Carnasciali dos Santos

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Profª Drª Maria Helena Pelegrinelli Fungaro

Diretora de Pesquisa: Dr. Fábio de Oliveira Pitta

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Diretor: Prof. Ms. Azenil Staviski

Vice-Diretor: Prof. Ms. Carlos José Cogo Milanez

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profª. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Miguel Etinger de Araujo Junior

Vice-Coordenador: Profª. Drª. Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos Amaral

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -  
- Londrina : Ed. da UEL, 1997- .  
v. ; 22 cm

Periodicidade semestral a partir de 2011.

Descrição baseada em: Vol. 15, N. 1 (Jan./Jun. 2011).

ISSN 2178-8189

I. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX - vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha) - TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) - LivRe (Brasil) - RCAAAP (Portugal).

# SCIENTIA IURIS

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)



UNIVERSIDADE ESTADUAL  
de Londrina

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

V.19, N.2 - dez.2015

# SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

## COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

*Editora / Editor*  
Tânia Lobo Muniz

### *Titulares:*

Irene Patrícia Nohara – Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP)  
Luis María Chamorro Coronado – Rey Juan Carlos, Madrid Espanha  
Cláudio Ladeira de Oliveira (UnB/DF)  
Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (UNIMAR/SP)  
Sérgio Alves Gomes (UEL/PR)  
Luiz Otávio Pimental (UFSC/SC)  
Gilvan Luiz Hansen (UFF/RJ)

### *Assessoria Técnica:*

Glauucia Cardoso Teixeira Torres, Heliane Miyuki Miazaki, Isabela Cristina Sabo,  
Laudicena de Fátima Ribeiro, Marcilei Gorini Pivato, Neide Maria Jardinette Zaninelli

## CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

Edna Raquel Hogemann (UFRJ/RJ)	Marialice Antão de Oliveira Dias (FARO/RO)
Elve Miguel Cenci (UEL/PR)	Regina Célia Martinez (FMU/SP)
Gilvan Luiz Hansen (UFF/RJ)	Roberto Wagner Marquesi (UEL/PR)
Guilherme Camargo Massau (UFPEL/RS)	Rodrigo Coimbra Santos (UNISINOS/RS)
Jair Teixeira dos Reis (FSG/MG)	Rogério Montai de Lima (UNIR/RO)
Jayme Benvenuto Lima Júnior (UNILA/PR)	Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva ((UFRJ/RJ)
Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (UNITOLEDO/SP)	Stefania Eugenia Francesca Barichello (University of London)
João Porto Silvério Júnior (UNIRV/GO)	Virgínia Colares Soares Figueiredo (UFPE/PE)
José Ailton Garcia (Anhanguera/SP)	Welber Oliveira Barral (UFSC/SC)
Lilian Márcia Balmant Emerique (UFRJ/RJ)	Wilson Engelman (Unisinos/RS)
Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR/SP)	
Marco Antônio dos Anjos (MACKENZIE/SP)	

### **Curso de Mestrado em Direito Negocial**

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA  
Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil  
Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: [mestrados@uel.br](mailto:mestrados@uel.br)  
Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

## Sumário | Contents

<b>Editorial</b> .....	7
<b>A Constituição Brasileira como produto de terceira geração: convergências e divergências entre o constitucionalismo latino americano e a teoria do garantismo jurídico</b> .....	9
<b>THE BRAZILIAN CONSTITUTION AS THIRD GENERATION PRODUCT: CONVERGENCE AND DIFFERENCES BETWEEN THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND LEGAL GARANTISM THEORY</b>	
<i>Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Priscilla Camargo Santos e Rodrigo Adriano Faresin</i>	
<b>Democracia deliberativa, sociedade civil e reforma política no Brasil</b> .....	33
<b>DELIBERATIVE DEMOCRACY, CIVIL SOCIETY AND POLITICAL TEFORM IN BRAZIL</b>	
<i>Hélcio Ribeiro</i>	
<b>O direito social condensado em Gurvitch e o comunitarismo de Ezioni: notas acerca de uma interconexão possível</b> .....	51
<b>THE SOCIAL RIGHTS CONDENSED INTO GURVITCH AND THE COMMUNITARIANISM OF EZIONI: NOTES ON A POSSIBLE INTERCONNECTION</b>	
<i>Eliane Fontana e Ricardo Hermany</i>	
<b>Complexidade, globalização e regulação jurídica: a conduta das empresas transnacionais e suas possibilidades de normatização</b> .....	73
<b>COMPLEXITY, GLOBALIZATION AND JURIDICAL REGULATION: CONDUCT OF TRANSNATIONAL COMPANIES AND THEIR NORMATIVE POSSIBILITIES</b>	
<i>Mateus de Oliveira Fornasier e Luciano Vaz Ferreira</i>	
<b>A logística reversa como instrumento de efetividade do princípio poluidor-pagador na redução dos impactos ambientais</b> .....	101
<b>A REVERSE LOGISTICS AS A TOOL FOR EFFECTIVENESS OF PRINCIPLE POLLUTERS-PAY IN REDUCING ENVIRONMENTAL IMPACTS</b>	
<i>Murilo Carvalho Miranda Lima e Fernando Joaquim Ferreira Maia</i>	
<b>A informalidade e a inclusão econômica por meio do Estatuto Nacional da Microempresa</b> .....	127
<b>INFORMALITY AND ECONOMIC INCLUSION THROUGH NATIONAL STATUTE OF MICROENTERPRISE</b>	
<i>Philippe Antonio Azedo Monteiro e Marlene Kempfer</i>	

<b>Universalização de direitos trabalhistas: uma proposta de avanço no papel da Organização Internacional do Trabalho</b> .....	155
<b>UNIVERSALIZATION OF LABOR RIGHTS: A PROPOSAL OF ADVANCE IN THE ROLE OF THE INTERNACIONAL LABOR ORGANIZATION</b>	
<i>Elve Miguel Cenci e Janaina Vargas Testa</i>	
<b>Cooperação internacional e organizações não governamentais: releitura do papel institucional no combate às doenças negligenciadas</b> .....	181
<b>INTERNATIONAL COOPERATION AND NON-PROFIT ORGANIZATIONS: RE-READING THE INSTITUTIONAL ROLE IN COMBATING NEGLECTED DISEASES</b>	
<i>Marcos Vinício Chein Feres, Pedro Henrique Oliveira Cuco e Lorena Abbas da Silva</i>	
<b>Aspectos jurídicos da adoção <i>post mortem</i></b> .....	199
<b>JURIDICAL ASPECTS OF <i>POST MORTEM</i> ADOPTION</b>	
<i>Sergio Rodrigo Martinez e Natália Novais Fernandes Gomes</i>	
<b>Governança, globalização e atores não estatais: <i>uma análise sob a perspectiva do Direito Internacional</i></b> .....	223
<b>GOVERNANCE, GLOBALIZATION AND NON-STATE ACTORS: <i>AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW</i></b>	
<i>Gabriela Soldano Garcez e Gilberto Passos de Freitas</i>	
<b>RESENHAS / REVIEWS</b>	
<b>O mistério da informação ausente</b> .....	241
<b>THE MYSTERY OF THE MISSING INFORMATION</b>	
<i>Rafael Aragos</i>	
<b>Da administração pública burocrática à gerencial</b> .....	244
<b>FROM BUREAUCRATIC PUBLIC ADMINISTRATION TO MANAGEMENT</b>	
<i>Tiago Freire dos Santos</i>	
<b>INSTRUÇÕES AOS AUTORES</b> .....	247
<b>INSTRUCTIONS FOR AUTHORS</b>	

## Editorial

A revista Scientia Iuris, em seu volume 19 n.2, traz valiosas contribuições aos interessados e estudiosos do direito, nos seus múltiplos enfoques, abraçando a diversidade de abordagens e perspectivas percebidas nos diferentes artigos publicados.

Lastreados na concepção de que é no ambiente de diálogo e de encontro das diferenças que a ciência se constrói e infere os caminhos para responder aos anseios e questões sociais que se apresentam na atualidade, nossa revista se propõe a ser um veículo para o debate, a análise e a reflexão sobre temas relacionados ao direito negocial, objetivando estimular e sociabilizar o conhecimento.

Essa proposta se traduz e se mostra viável pela confiança e participação de nossos articulistas e colaboradores, os quais, com generosidade, mesmo tratando de temáticas distintas, traduzem a preocupação e o compromisso com a ampliação e o aprofundamento do conhecimento, e nos emprestam sua pesquisa e inteligência, permitindo que o conhecimento jurídico seja um meio de reflexão sobre os desafios e perspectivas do direito contemporâneo.

Já constatado aqui anteriormente, publicar uma revista é ato complexo, o qual em uma instituição pública se mostra mais desafiador. Superando os obstáculos, com empenho e dedicação, e na busca do objetivo de contribuir com a pesquisa e a difusão do conhecimento, chegamos à mais uma edição.

Comemoramos a edição e agradecemos àqueles que dedicam e dedicaram seus esforços à concretização da nossa revista, pois, a cada publicação a Scientia Iuris celebra o resultado da seriedade, comprometimento e desprendimento do corpo docente e discente do programa de mestrado da UEL e dos funcionários da BC/UEL, além da equipe de pareceristas colaboradores, sem os quais, jamais desenvolveríamos nossa meta, de buscar a qualidade e a excelência.

Reafirmamos nossa percepção de que a diversidade presente, tanto no enfoque dos diferentes articulistas e colaboradores como também de conclusões e questionamentos, certamente servirá para instigar novas reflexões a partir de sua leitura.

Desejamos a todos que desfrutem do conhecimento compartilhado e convidamos a participarem conosco de nossos próximos números.

Boa leitura!  
Conselho Editorial



# A Constituição Brasileira como produto de terceira geração: convergências e divergências entre o constitucionalismo latino americano e a teoria do garantismo jurídico

## THE BRAZILIAN CONSTITUTION AS THIRD GENERATION PRODUCT: CONVERGENCE AND DIFFERENCES BETWEEN THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND LEGAL GARANTISM THEORY

\* Pós-doutor pela Universidade de Granada - Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor permanente da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: luiz.cademartori@gmail.com.

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialização em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela Faculdade União e Instituto Busato de Ensino. Professora substituta da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: camargopriscilla@gmail.com.

\*\*\* Graduado no curso de Filosofia (bacharel e licenciatura) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduando na 9ª fase do curso de Direito pela mesma instituição. Pesquisador pelo CNPq/PIBIC há três anos. E-mail: rfaresin@yahoo.com.br.

\* Luiz Henrique Urquhart Cademartori

\*\* Priscilla Camargo Santos

\*\*\* Rodrigo Adriano Faresin

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo abordar o fenômeno do constitucionalismo latino americano, suas características e pontos críticos frente aos modelos constitucionalistas europeus tais como os do garantismo jurídico e o neoconstitucionalismo. Assim, o trabalho contrapõe as recentes propostas teóricas no âmbito da teoria constitucional latino americana com a tradição europeia. Desta forma, delimitam-se os principais institutos do constitucionalismo latino e se faz o cotejamento entre as teorias latino americanas e europeias sobre a Constituição, tais como os estudos garantistas de Ferrajoli e de representantes do neoconstitucionalismo como Dworkin, Alexy, Müller e Häberle. Busca-se entender e explicitar as chamadas “constituições de terceira geração”, para melhor conceber o constitucionalismo brasileiro e o impacto dos novos institutos jurídicos e garantias processuais que a nossa Constituição assegura para viabilizar os direitos fundamentais e sociais. Em um segundo momento é investigado as possíveis convergências que o constitucionalismo latino americano encontrou na teoria do garantismo jurídico que, embora de origem europeia, encontrou ampla recepção no modelo dogmático constitucional de países como Brasil ao criar garantias de efetivação dos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Constituições de terceira geração. Neoconstitucionalismo. Garantismo.

**Abstract:** This article addresses the phenomenon of the latinamerican constitutionalism, its characteristics, critical issues

and its challenges facing the European constitutional models, such as the legal garantism and neoconstitutionalism. That being said, this work compares the recent theoretical proposals within the Latin American constitutional theory with the European tradition. In this way, we delimit the aspects of main Latin American constitutionalism theory and contrast European constitutional theories, such as Ferrajoli's legal garantism and representatives of neoconstitutionalism such as Dworkin, Alexy, Müller and Haberle. In this work, we seek to understand and explain the so-called "third generation constitutions", in order to think properly of the Brazilian constitutionalism and the influence of the new legal institutions and procedural safeguards contained in our Constitution which give means to make possible fundamental and social rights. After that, we examine the affinities that Latin American constitutionalism has found in the legal garantism theory, which enables fundamental and social rights, and which has been largely accepted in countries similar to Brazil despite of its European origins.

**Keywords:** Third-generation constitutions. Neoconstitutionalism. Legal garantism.

## INTRODUÇÃO

No atual modelo político e jurídico estatal, centrado na figura do Estado Constitucional de Direito, ganha relevo a discussão acerca das formas de se interpretar e aplicar as normas constitucionais, notadamente os direitos fundamentais, campo de investigação de extrema importância para o constitucionalismo contemporâneo. De fato, com a crise paradigmática da epistemologia positivista (e seu método científico de interpretação e fundamentação normativas, sob premissas lógico-formais e analíticas), consagradas na versão de jusfilósofos tais como Herbert Hart, no contexto anglo-saxão, e Hans Kelsen, no âmbito continental europeu, teve como desdobramentos posteriores uma epistemologia pós-positivista, cuja pretensão é a recuperação da dimensão ética do discurso jurídico e o equacionamento entre as dimensões do Direito, da Moral e da Política.

Essa revisão hermenêutica, ainda acarretou desdobramentos tais como o ativismo judiciário, a principiologia constitucional como método ideal de incidência dos direitos fundamentais, via ponderação de princípios, e mais recentemente, a polêmica entre essa nova concepção de Direito, resultante de todo esse fenômeno, chamada Neoconstitucionalismo e seus aspectos críticos apontados pela Teoria do Garantismo Jurídico.

Com base nessas premissas e ainda, no atual quadro das chamadas Constituições de Terceira Geração, estas constituições são caracterizadas por serem extensas, por possuírem um elevado grau de rigidez, por uma multiplicação dos direitos fundamentais nelas estabelecidos, por um desenvolvimento das funções e das instituições de garantia, tal como são apontadas em algumas das novas constituições latino-americanas, tais como as de Bolívia, Equador, e também a do Brasil, por autores como Ferrajoli. Assim pretendeu-se neste estudo, realizar um questionamento crítico a esse fenômeno, situando mais detidamente a análise na Constituição do Brasil e seus desdobramentos políticos, jurídicos e institucionais que dela emanam.

Para tanto, primeiramente foi traçado um panorama geral sobre as recentes teorias advindas da Europa e Estados Unidos tais como o Neoconstitucionalismo, (este concebido, mais como uma aglutinação nem sempre convergente de novas teorias hermenêuticas e argumentativas do Direito), o Garantismo Jurídico, cujo expoente e principal polemizador é Luigi Ferrajoli e a Teoria da Integridade defendida pelo norte americano Ronald Dworkin.

A seguir, se contextualizou essas teorias diante das respostas críticas do movimento conhecido como Constitucionalismo Latino Americano, onde foi dado um enfoque mais detido ao modelo constitucional do Brasil, bem como um resumo do atual debate sobre os problemas políticos, institucionais e jurídicos brasileiros, segundo alguns dos seus principais representantes no campo da Teoria do Direito.

Como desfecho, traçou-se um enfoque sobre as principais características das chamadas Constituições de Terceira Geração, conforme definidas por Luigi Ferrajoli (2010), partindo-se das críticas Garantistas ao Neoconstitucionalismo. Assim, foram apontadas algumas das principais incongruências entre o modelo dogmático constitucional prescrito na Constituição Federal do Brasil, como exemplo de Constituição de Terceira Geração, e as atuais práticas governamentais, notadamente anti-garantistas, que ainda dificultam a consolidação de um projeto efetivamente emancipatório para a realidade constitucional brasileira.

## **1 A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E SEUS DESDOBRAMENTOS NO ÂMBITO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Historicamente, pode-se situar uma gradativa mutação da organização jurídico-política dos Estados europeus, que transita pelo Estado Liberal de Direito, do século XIX, passa pelo Estado Social de Direito do pós-guerra no século XX, até chegar ao Estado Constitucional de Direito caracterizando o atual contexto jus-político e social (STRECK, 1999, p. 36). Inicialmente, o Estado Liberal de Direito (consolidado a partir das revoluções burguesas, tais como a Revoluções Francesa e Americana, no século XVIII) institucionalizou o triunfo da burguesia comerciária sobre as elites aristocratas do Antigo Regime, momento em que o Estado adquiriu feições abstencionistas, de prestação negativa, isto é, deixando livres as forças econômicas para se auto-organizarem, adotando então a posição de mera polícia da sociedade civil, garantidora exclusivamente das liberdades individuais, vale dizer, dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Esta era a exigência do capitalismo emergente, período que se prolongou até o final da primeira grande guerra. Neste período, o normativismo positivista de Hans Kelsen (1999) preponderou como teoria jurídica hegemônica, quando o desvirtuamento de sua teoria resultou na equiparação entre Direito e lei, ou Direito e norma.

O Estado Social de Direito, por seu turno, formalizou o capitalismo maduro, no qual se abdicou do abstencionismo, inaugurando-se um período de intervencionismo nas relações econômicas da sociedade civil, de modo que estas prestações positivas estatais converteram-se em elemento crucial na produção e distribuição dos bens do capital. Assim programou-se uma agenda de compromissos com direitos sociais como segundo rol de normas constitucionais, também chamados direitos fundamentais de segunda dimensão.

Com o advento do Estado Social de Direito, fruto do fenômeno acima mencionado, após as atrocidades da segunda grande guerra, o constitucionalismo europeu sofreu, também, uma virada hermenêutica. Este movimento teórico ficou conhecido, segundo alguns autores, como nova hermenêutica constitucional, em boa medida incorporada nas teses centrais do Neoconstitucionalismo.<sup>1</sup>

Visando a retomada do Direito pela guarida constitucional, assegurando-se que o Direito, antes de ser apenas norma ou apenas lei, é também valor, o Neoconstitucionalismo apregou a vigência imperativa do princípio-síntese da dignidade da pessoa humana, sustentáculo ético do projeto político das novas Cartas Políticas europeias.

Neste processo de constitucionalização do Direito, alguns embates teóricos e filosóficos ganharam relevância. De início, no debate havido entre Ferdinand Lassalle<sup>2</sup> e Konrad Hesse<sup>3</sup>, acerca da força normativa da Constituição, prevaleceu a tese do segundo, para quem o texto normativo da Constituição, seu documento jurídico, possui uma força normativa que lhe é inerente e que prepondera no choque com a realidade fática das relações reais de poder da sociedade, funcionando como fator e produto destas relações. Ao

<sup>1</sup> O significado de neoconstitucionalismo diz respeito a um novo modelo de organização jurídico-política do Estado de Direito, bem como ao tipo de teoria do direito necessária para que se explique e fundamente tal concepção de Estado. Pode-se, inclusive, tratar o neoconstitucionalismo como ideologia, com a qual se impõe uma nova forma de encarar a Constituição. Segundo Pérez Luño, o que difere o Estado Liberal Clássico do que ele denomina de Estado Constitucional é um triplice deslocamento do papel das normas constitucionais e infraconstitucionais, a saber: a) deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição; b) deslocamento da reserva da lei à reserva constitucional; c) deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 31).

<sup>2</sup> Ferdinand Lassalle afirmou que a essência da Constituição trata exclusivamente de questões políticas, ao expressar as relações de poder dominantes no país. Estas relações fáticas constituiriam a força ativa que determinaria o sentido das leis e das instituições da sociedade, sendo a correlação de forças resultante dos fatores reais de poder (poder militar das Forças Armadas, poder econômico das indústrias e do capital, poder intelectual, etc.). Neste sentido, o documento denominado Constituição, nas palavras de Lassalle, seria apenas um pedaço de papel. (LASSALLE, 1980).

<sup>3</sup> Para Hesse, a essência da norma constitucional reside na sua própria vigência, sua pretensão de eficácia, que não pode ser desvinculada dos condicionantes históricos, políticos, econômicos de sua realização, justamente os fatores que lhe deram vazão. (HESSE, 1991).

mesmo tempo em que emergiria dessa disputa, a Constituição seria capaz de conformá-la, imprimindo-lhe uma ordem determinada.

Por outra parte, na seara do mundo jurídico, o movimento teórico determinante a respeito do estatuto da Constituição, foi o desencadeado por Hans Kelsen e Carl Schmitt, - notadamente, sobre quem deveria ser o intérprete da constituição, em uma famosa polêmica na década de trinta do século passado, a qual delimitou um marco histórico decisivo sobre as concepções a respeito do papel da Constituição, face à interpretação e aplicação das suas normas, no restante do século XX e ainda hoje no século XXI.

As razões dessa constatação derivam de uma parte, do contexto histórico e sócio- político onde tal discussão se desenvolveu, ou seja, a partir da crise do paradigma do Estado Liberal e o conseqüente advento do Estado Social de Direito, consagrado nas constituições dirigentes do México (1917) e da República de Weimar (1919) constituindo esta última o marco jurídico-político onde se assenta o debate. De outra parte, tais autores desencadearam o que teriam sido as verdadeiras e autênticas concepções alternativas das constituições democráticas do século XX. Além do mais, isto também gerou, a partir da mesma época, toda uma corrente constitucionalista centrada no problema da normatização e auferimento de densidade regulativa aos Direitos Fundamentais. Tal empreitada compreendeu não somente os originários direitos de liberdade, mas igualmente direitos sociais, políticos, econômicos e cívicos.

Contudo, não obstante sua importância, grande parte das problematizações teóricas sobre tais Direitos, ao afirmar genericamente sua universalidade e necessária efetivação, subestimam suas múltiplas dimensões e complexidades temáticas, ao deixar de analisar-se o caráter ideológico, político, social, econômico e cultural que decorre do seu enfoque normativo de direitos constitucionalmente positivados.

Diante desse contexto, alguns autores, a partir da década de setenta do século passado, passaram a refletir a partir de teorias próprias, novas formas de conferir aplicabilidade efetiva aos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. É o caso de Friedrich Müller (1991), que construiu sua teoria preceituando que a força normativa não se efetiva com a mera emissão de um dado texto legal, pois este é apenas parte componente de um fenômeno maior. Em linhas gerais, Friedrich Müller propõe uma teoria jurídica estruturante do direito constitucional. Em sua orientação os problemas relacionados aos processos decisórios, inseridos na atual hermenêutica constitucional, não devem

ser solucionados a partir de uma interpretação da norma, mas sim de uma tarefa de concretização do seu sentido.

Para estruturar sua teoria o autor aponta, primeiramente, que a norma jurídica não se confunde com o seu texto, portanto ressalta uma não identidade do texto da norma e a norma propriamente dita. Tal diferenciação tem como ponto de partida a ideia de que a norma oferece diversas possibilidades de compreensão que não estão inseridas em seu texto.

Assim, o texto da norma não contém a normatividade e a sua estrutura material concreta. Os conceitos jurídicos apresentados nos textos das normas, quando só considerada sua concepção literal, não possuem significado e os enunciados não possuem sentido. A norma jurídica não se apresenta pronta, nem substancialmente concluída, esse processo se dará, exatamente, com a concretização. (MÜLLER, 2000).

Compreendido que a norma não se confunde com seu texto, deve-se delinear a norma jurídica, que para o autor, é composta por dois elementos: o programa da norma e o âmbito da norma. O programa normativo corresponde ao teor literal da lei, ao seu enunciado propriamente dito. Já o âmbito da norma “é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação.” (MÜLLER, 2000, p. 57).

Dessa forma, a estrutura da norma resulta da implicação recíproca desses dois elementos, programa normativo e âmbito da norma, os quais devem ser aproximados em sentidos recíprocos e tendo como critérios de aproximação, os clássicos cânones da interpretação constitucional, quais sejam: histórico, teleológico, sistêmico e gramatical.<sup>4</sup>

Por outra parte, outro jurista que veio apresentar proposta diversa do constitucionalismo clássico para dar conta da nova empreitada de efetivação dos direitos fundamentais no seu todo, foi Peter Häberle, o qual erigiu sua hermenêutica constitucional, postulando uma sociedade aberta dos livres intérpretes da Constituição, a qual estabelece que, no processo de formação da força normativa da Constituição, estariam potencialmente envolvidos todos os indivíduos de uma sociedade.<sup>5</sup> No caso deste autor, o que se vislumbra na sua

---

<sup>4</sup> Müller apresenta um novo conceito de norma, compreendendo-a como uma estrutura dividida entre programa normativo (o texto/enunciado da norma, seus elementos lingüísticos), e o âmbito da norma (parcela da realidade social apontada pelo texto/enunciado normativo, seus condicionantes factuais). (MÜLLER, 2009, p. 244).

<sup>5</sup> Dessa maneira, Häberle demonstrou que a concretização normativa dos preceitos constitucionais não dependeria exclusivamente de um grupo privilegiado de juristas – juízes, promotores e advogados. (HÄBERLE, 1997).

proposta é um aspecto de apelo político a uma sociedade pluralista e democrática que é imanente à sua teoria de interpretação constitucional. Segundo Häberle, uma das questões centrais do processo interpretativo diz respeito aos participantes desse processo.

Nesse diapasão, o autor estabelece que nos processos de interpretação da Constituição sejam considerados como determinantes para a sua consecução, todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos e todos os cidadãos e grupos como agentes potencialmente envolvidos. (HÄBERLE, 1997).

A partir de tal configuração, o direito constitucional material apresenta-se como o resultado de uma multiplicidade de interesses e funções, o que conduz a uma diversidade prática de interpretação da Constituição como um aspecto irrenunciável na sua consecução.

Dessa maneira, não é subestimado o texto constitucional, nos moldes da velha hermenêutica, posto que, no primeiro plano do processo interpretativo encontra-se a chamada “esfera pública pluralista”<sup>6</sup>.

Frente ao aspecto eminentemente formal da esfera pública que caracterizou o Estado de Direito na sua configuração legalista, Häberle remete-se a uma concepção de Estado Constitucional, onde a Lei Maior não é apenas um conjunto de normas formais mas também é a expressão de certo estado de desenvolvimento cultural, tal como a representação de um dado povo, constituindo ele o espelhamento do seu próprio legado cultural e fundamento de suas aspirações e projetos de futuro. Trata assim a Constituição como um dado vivo cuja conformação determina-se em grande medida pelos intérpretes de uma sociedade aberta.

Ainda sob esse enfoque, a Constituição também reflete os aspectos básicos da expressão e transmissão cultural, o que a torna um canal idôneo para a reprodução e recepção de experiências culturais e soluções jurídico-políticas.

Segundo Pérez Luño, é por essa razão que Häberle atribui tanta importância aos preâmbulos e simbologias constitucionais, tidos como sinais de identidade e elementos definidores de uma sociedade aberta sob a qual se constrói o Estado Constitucional. (PÉREZ LUÑO, 2007).

<sup>6</sup> Essa expressão liga-se à totalidade das forças pluralistas públicas, situadas no meio social e consideradas intérpretes potenciais da Constituição. (HÄBERLE, 1997).



## 2 OS APORTES TEÓRICOS DE RONALD DWORKIN COMO PRECURSOR DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Na realidade este debate europeu continental, teve como seu precursor o jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin, o qual, ainda na década de sessenta do século passado, lançou as bases conceituais para uma concepção de direito, crítica ao positivismo legalista, ao propor uma reaproximação entre Direito e Moral, a partir de princípios de moral política, vinculantes e determinantes para solução de *hard cases*, onde a insuficiência ou injustiça das normas jurídicas inviabilizassem uma íntegra solução de um dado caso.

Em linhas gerais pode-se dizer que Ronald Dworkin construiu as bases de sua filosofia do Direito a partir dos pilares da integridade e na indissolubilidade entre o Direito e a Moral. Os princípios, na teoria de Dworkin, assumem o papel fundamental de traduzir para o direito os valores intrínsecos àquela comunidade sob a qual impera. Esses princípios são, sempre, princípios morais, e, necessariamente, vinculados à justiça e à equidade (*fairness*). O eventual conflito entre os princípios será resolvido através de uma perspectiva notadamente pragmática.

O autor afirma que a política comum converge com a teoria política na busca pelos ideais de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo, os quais deveriam constituir a base de ambições políticas de uma hipotética sociedade pré-política, onde os contratos seriam escritos numa “tábula rasa” e posteriormente instituídos como princípios da moral política daquela comunidade, ao ser instituída como comunidade política

Soma-se a esses princípios aquele considerado de essencial importância na teoria descrita: o direito à igualdade, considerada como o direito de cada cidadão ao tratamento com igual consideração e respeito. É a virtude da integridade política. O conceito de integridade, aliás, é peça-chave no entendimento da teoria de Dworkin. O próprio autor a conceitua como a exigência específica de moralidade política. (DWORKIN, 1999).

A integridade é dividida em dois âmbitos: integridade na legislação e integridade na deliberação judicial. (DWORKIN, 1999). Na legislação, a integridade corresponde à limitação dada ao legislativo e demais criadores do direito do que pode ser alvo de expansão ou criação, em termos de normas. Em outras palavras, é o dever daqueles que criam o direito através da legislação de mantê-lo coerente quanto aos princípios. De outra feita, encontra-se a deliberação judicial.

Quanto a este segundo âmbito, a observância dos precedentes e necessária atualização do direito são requisitos à integridade de uma decisão. A integridade das decisões judiciais, por seu turno, poderia soar como a correspondente coerência dela em relação ao ordenamento em que está inserida. Mas é mais do que isso, pois exige uma construção que respeite e resguarde os valores tidos como essenciais à comunidade considerada e, igualmente, observe os precedentes, de modo a construir um sistema único e coerente de justiça e equidade.

A partir das manifestações do autor acerca dessa forma de integridade, verifica-se a preponderante importância que atribui ao Direito que se origina das decisões judiciais, que tampouco está dissociado da moral. A atividade jurisdicional levará em conta os princípios eleitos pela comunidade, a “ética comunitária”, na busca pela decisão mais acertada. Através da construção de sua teoria política, e aliando-se nos princípios, o juiz sempre encontrará uma resposta correta.

Dworkin estipula o conceito de direito como integridade, momento construtor da dignidade humana a partir da integração de processos e fatores diversos que podem ser políticos, culturais, morais dentre outros. (DWORKIN, 2002).

### **3 A CONSOLIDAÇÃO DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL**

A partir desses postulados e agora retomando o pensamento advindo do continente europeu, Robert Alexy (1993, 2001) construiu suas teses sobre princípios jusfundamentais, a partir de um viés analítico e sob uma metodologia baseada na ponderação axiológica, que, por sua vez, baseia-se numa teoria da argumentação jurídica como limite à discricionariedade do aplicador do direito, aspirando pela correção discursiva e racional de argumentos morais como base dos argumentos jurídicos.

Precisamente, a partir da teoria, chamada ponderacionista, de Alexy - que elaborou um modelo quase lógico de “pesagem” axiológica de princípios jusfundamentais em colisão, visando decidir, em cada caso concreto, o princípio prevalente para afirmar um direito fundamental eventualmente lesado – formou-se toda uma corrente de juristas e filósofos, notadamente da Itália e da Espanha a encampar o referido modelo teórico.

Nesse contexto, a Escola de Gênova, cunhou a expressão “Neoconstitucionalismo” ao designar um macroconceito que passou a abrigar

teorias, por vezes divergentes, mas tendo um ponto de vista em comum: os direitos fundamentais possuem estrutura de princípios, sendo estes significativamente diversos das regras e sujeitos a colisões eventuais nas quais o intérprete julgador dos conflitos jurídicos, deverá ponderar os valores morais inscritos nos referidos princípios, obrigando o Judiciário a proceder, portanto, a uma interpretação moral da constituição.

A partir dessa guinada teórica propiciada pelo Neoconstitucionalismo e uma decorrente teoria da argumentação de fundamentação discursiva como a de Alexy (embora aqui outras teorias sejam relevantes, tais como as de Toulmin, MacCormick e Atienza) é que se configuram as bases de um novo modelo jurídico a embasar uma nova realidade estatal: o Estado Constitucional de Direito. Neste novo contexto, as previsões constitucionais, antes enunciadas apenas em caráter formal e dependentes da prestação, amplamente discricionária, por parte do Poder Público (notadamente, o Poder Executivo) passaram a ser objeto de tutela jurisdicional.<sup>7</sup>

Esta seria uma das principais características do Estado Constitucional, e que, pelo advento do Estado Democrático de Direito, tornou-se seu ponto fulcral, na medida em que a própria Constituição passa a ser a forma privilegiada de se instrumentalizar a ação dos poderes públicos para a consecução dos desideratos do texto constitucional, compreendido na sua totalidade: dirigente e principiológico. (CANOTILHO, 1982). Em outras palavras, o Judiciário (sobretudo os Tribunais Constitucionais) passa a fazer parte eminentemente ativa da arena política – uma alternativa na conquista das promessas da modernidade. (STRECK, 1999).

#### **4 O SUBSTANCIALISMO COMO PROPOSTA INTERATIVA AO DEBATE NEOCONSTITUCIONAL**

Ante esta inexorável simbiose entre Direito, Moral e Política, cujo palco é o Poder Judiciário, assiste-se a uma proposta analítica de atuação judicial denominada “substancialismo”, defendida, entre outros, por Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti, e no Brasil, por autores como Paulo Bonavides, Ingo Wolfgang

---

<sup>7</sup> O modelo de jurisdição constitucional de tipo concentrado, segundo o qual a tutela jurisdicional é acionada para guarda da Constituição, foi consagrado na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoando-se em 1929, quando se atribuiu ao Tribunal Constitucional o controle especializado e concentrado dos atos de governo e das leis. Este protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição foi obra de Hans Kelsen, quando de seu embate teórico com Carl Schmitt durante a República de Weimar, em 1931. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

Sarlet e Fábio Konder Comparato. Segundo a defesa de Cappelletti, o Judiciário pode incorporar ao sistema político grupos marginalizados, garantindo-lhes a oportunidade para a conquista de seus direitos e implementação de suas expectativas durante o processo judicial. (CAPPELLETTI, 1988a, 1988b). Esta concepção insere o Judiciário em novo âmbito das relações entre os Poderes de Estado, transcendendo a mera função de *checks and balances*. Muito além da harmonização e equilíbrio entre os Poderes, na tese substancialista o Judiciário assume o papel de intérprete constitucional “que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais [...]”<sup>8</sup>. (STRECK, 1999, p. 43)

Sob outro patamar teórico (e também crítico quanto a algumas das teses centrais dos substancialistas) a teoria do Garantismo, entende que esta mudança opera um câmbio revolucionário de paradigma no Direito. Primeiramente, a condição de validade das leis não depende mais apenas das normas processuais sobre sua formação, mas, sobretudo, devem respeito às normas substantivas sobre seu conteúdo – ou seja, sua validade depende da coerência com os princípios de justiça estabelecidos na Constituição. Segundo, tem-se alterada a relação entre juiz e lei, bem como a natureza da função jurisdicional: enquanto no paradigma juspositivista havia a sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu conteúdo, agora se vê uma sujeição à Constituição, que impõe ao juiz a crítica diuturna das leis inválidas. Por fim, altera-se o papel da ciência jurídica, cuja função meramente analítica e descritiva passa a ser função crítica e construtiva em relação a seu objeto.<sup>9</sup>

## 5 ANOVA HERMENÊUTICA NO CONTEXTO DO BRASIL

Para Lenio Luiz Streck, no Brasil, ainda se está longe da postura substancialista, diante da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais, “[...] além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das

<sup>8</sup> O autor afirma que o garantismo de Luigi Ferrajoli se aproxima da abordagem substancialista, “[...] pelo valor que estabelece à Constituição, entendida em seu todo principiológico, e pela rejeição das posturas sistêmicas, através do que denomina de heteropoiese.” (STRECK, 1999, p. 45). Segundo Ferrajoli, enquanto no passado o parlamento era onipotente em razão da política, sendo o direito mero produto e instrumento desta conjuntura, isto se altera a partir da guinada neoconstitucionalista, com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais normas estão rigidamente vinculadas e subordinadas. (CADEMARTORI, 1998).

<sup>9</sup> “Para Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais – impondo obrigações e proibições aos poderes públicos – tem produzido efetivamente na democracia uma dimensão “substancial”, que se acrescenta à tradicional dimensão “política”, meramente “formal” ou “procedimental””. (STRECK, 1999, p. 46).

normas anteriores à Constituição [...]” (STRECK, 1999, p. 47). Isso se deve ao período compreendido entre 1964 e 1985, quando o país vivenciou uma ditadura militar propiciada por meio de um golpe de Estado que se sustentou mediante normas anômalas denominadas “atos institucionais”. O denominado Estado Social não se realizou no país neste período, pois a função intervencionista do Estado, violenta sobremaneira, apenas serviu para aumentar as desigualdades sócio-econômicas e regionais. Enquanto na ditadura os direitos individuais e sociais eram constantemente vilipendiados e arrancados dos cidadãos, na transição democrática uma parcela mínima destes direitos vem sendo cumprida.

Não obstante, o controle abstrato das normas apresenta, segundo o autor, um *déficit* de eficácia, decorrente de uma baixa constitucionalidade, ou seja, quando os direitos e garantias fundamentais que apontam para o acesso à justiça permanecem ineficazes. Basta que se lembre do fato de que, muito embora o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988 tenha inaugurado o período de transição democrática, apenas onze anos após sua promulgação foi regulamentado o instrumento de controle de constitucionalidade denominado arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ora, dentro do campo da dogmática constitucional brasileira, destacam-se os modelos de hermenêutica constitucional que auxiliam as técnicas de decisão judicial pelos Tribunais Constitucionais. Todos estes instrumentos de controle abstrato (ou concentrado) da constitucionalidade norteiam-se por um conjunto de princípios interpretativos.<sup>10</sup> Entretanto, este arcabouço hermenêutico (e esta série de instrumentos para o controle da constitucionalidade das leis) não impede(m) que autores como Gilberto Bercovici (2008) e Paulo Bonavides (2004, 2007) afirmem a ocorrência de decisões judiciais emanadas pelo Supremo Tribunal Federal que vão contra os desígnios da Constituição brasileira. Como consequência, identifica-se o esvaziamento de seus valores substanciais, o que representaria uma usurpação dos poderes constituintes. (STRECK, 1999).

Este panorama faz surgir uma série de questionamentos. Dentro de um Estado Democrático de Direito, qual seria a validade de uma hermenêutica jurídica que permitisse qualquer postura do intérprete/aplicador do Direito (neste caso, dos ministros do Supremo Tribunal Federal), ou, com Kelsen (1998), qual

---

<sup>10</sup> Tais como o da unidade da Constituição; do efeito integrador; da máxima efetividade ou eficiência; da justeza ou conformidade funcional; da concordância prática ou harmonização; e, principalmente, da força normativa da Constituição. Assim, diante de uma norma plurissignificativa, deverá o intérprete/aplicador julgá-la sempre utilizando-se da técnica de Interpretação Conforme a Constituição. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 34-35).

seria a validade de uma interpretação/decisão judicial que fosse apenas um ato de vontade? Qual o perigo em se admitir que o Direito seja aquilo que o intérprete/aplicador diz que é?<sup>11</sup> Neste aparente relativismo, como se falar em efetividade do controle constitucional, como medida para concreção normativa de direitos fundamentais?

Diante destas questões, Streck chega a afirmar que, a despeito da subjetividade do intérprete-aplicador do direito, pode-se balizar uma decisão judicial de acordo com a sua correção: a resposta correta, dada pelo intérprete-aplicador, é aquela adequada à Constituição. Faltando a esta decisão judicial uma fundamentação que a vincule adequadamente à Constituição, estar-se-á diante da negação de um direito fundamental do cidadão, qual seja, o direito fundamental de assistir a criação do Direito segundo os postulados constitucionais. A resposta adequada à Constituição é aquela que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma.

## **6 INSUFICIÊNCIA DAS PROPOSTAS NEOCONSTITUCIONALISTAS A PARTIR DO DIREITO INSURGENTE E DESOBEDEIENTE BRASILEIRO**

Parte-se agora de alguns caracteres gerais do Neoconstitucionalismo, tomando-se ele como convergência de variadas tendências teóricas, ou seja, como um ideário, um conjunto de aspirações comuns expostas por autores diversos, sem sistematização ulterior. Dentre estes caracteres, destacam-se como principais:

a) a concepção de Estado como Estado Constitucional, e não Estado de Direito na sua acepção típica do século XIX, onde o limite de todo direito estava na lei *stricto sensu*, e não na Constituição, apontando assim, no Estado Constitucional, a supremacia valorativa e normativa da Constituição frente a todo direito infraconstitucional, que com ela deve se coadunar, não de maneira meramente formal, conforme requisitos de procedimento e competências previstos na Constituição, mas acima de tudo, de maneira substancial, é dizer, a

<sup>11</sup> Como sustenta Streck, admitir as condições do modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa, ou seja, aceitar o fato de que os sujeitos que são intérpretes-aplicadores do direito possuam suas preferências pessoais, seus valores, suas intuições, etc., não necessariamente implica dizer que não haja condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão que este sujeito tomar. Em outras palavras, o significado do texto normativo a ser interpretado-aplicado não advém tão somente do conjunto linguístico do “próprio texto”, mas compõe-se da integração entre decisões anteriores, aplicação coerente destas decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição. (STRECK, 1999).

normatividade infraconstitucional deve se adequar e vincular ao conteúdo e aos valores constitucionalmente positivados;

b) a constitucionalização do direito, que se articula a partir do primeiro caráter: a Constituição passa a ser o ponto de articulação jurídico-político entre o ordenamento jurídico e o Estado, não mais encarados como ser análogo como estipulou Kelsen (1999);

c) atrelar a Moral ao Direito, aproximando-o de anseios de um tipo de Justiça, nos moldes iluministas, fazendo assim com que convirjam os discursos jurídico e moral, sendo imbricados também as argumentações de cunho moral com as de cunho jurídico. Esta retomada moral se deve ao fato da necessidade de solução do que Hart e Dworkin concordaram ser *hard cases*;

d) graças à obra de Dworkin, os princípios adquirem normatividade, é dizer, não mais carecem de eficácia por serem meros programas, mas, ao contrário, possuem aplicação direta e demandam uma eficácia plena, já que consubstanciam o sustentáculo vertebral, estrutural e valorativo dos direitos e garantias fundamentais, que, neste interregno, também adquirem importância preponderante;

e) o texto legal não mais é confundido com norma. A norma se concretiza apenas quando ao texto legal é conferido um sentido específico a partir de sua interpretação-aplicação.

A concepção aberta e plural do princípio, impressa por Dworkin, aproxima-se à nova realidade constitucional latino-americana; mas nossa necessidade não se encerra nesta possibilidade. A positivação dos princípios, o caráter normativo da principiologia, a aproximação umbilical entre o discurso jurídico e o discurso moral, a fundamentação do ordenamento num valor de justiça constitucionalmente assegurado e sistematizado, todas estas conquistas neoconstitucionais ainda orbitam na organização/administração sociopolítica do Estado para se operacionalizar.

Há exceções, como a proposta conjunta de Peter Häberle e, no passado, de Konrad Hesse. Este último falava de uma força normativa intrínseca ao texto Constitucional, que adquiria vida na medida em que participava da ordenação normativa das relações do mundo da vida. Assim, dizia Hesse, no choque fático das relações de poder de uma dada sociedade, deve preponderar, como de fato prepondera, a vontade da Constituição e a vontade de Constituição, representada pela atitude de seus intérpretes. (HESSE, 1991).

Peter Häberle, não obstante, vai afirmar uma sociedade aberta dos livres intérpretes da Constituição, postulando que todo cidadão é um potencial intérprete-

aplicador dos ditames e valores constitucionais. Häberle foi pioneiro no sentido de retirar a maior relevância dos juristas na criação do direito, aplicando conscientemente um princípio igualitarista. No entanto, deve-se lembrar que a teoria de Häberle é de matiz liberal e, portanto, pressupõe que os cidadãos podem exercer, por si mesmos, sua cidadania, partindo de dois pressupostos praticamente impensáveis numa realidade latino-americana: primeiro, que todos os cidadãos conhecem a Constituição e estão aptos a interpretá-la; segundo, que todos os cidadãos conhecem os mecanismos, instrumentos e procedimentos para viabilizar essa concretização normativa do direito a partir da interpretação-aplicação. (HABERLE, 1997).

A partir do pensamento desses juristas, se poderia articular uma participação ampla e irrestrita da sociedade aberta dos livres intérpretes constitucionais na interpretação “verdadeira” e original da força normativa da Constituição. Nesta perspectiva, estão potencialmente envolvidos na interpretação constitucional todos os cidadãos.

Mas, numa nação como a brasileira, esta fórmula resulta pouco eficiente. Com efeito, contextualizando o pensamento destes dois alemães, percebe-se que o lugar do qual seu discurso é emitido é um lugar de pouca miscigenação étnico-cultural se comparado ao brasileiro.

Em sentido inverso à concepção tradicional, o constitucionalismo popular apregoa a ideia de que o controle judicial da lei e da Constituição é um processo contínuo e permanente, que pela própria demanda democrática e constitucional, jamais deve ter fim. Assim, o controle judicial da Constituição inscreve-se num processo maior, qual seja, o processo constituinte. Este processo constituinte não se encerra na emissão do texto Constitucional, mas se operacionaliza durante toda a disputa no seio da sociedade civil pela impressão de sentidos ao texto.

Ou seja, o processo constituinte é permanente porque todos os cidadãos estão legitimados a interpretar-aplicar a Constituição, ou seja, extrair de seu texto um sentido semântico que lhe gere caráter de normatividade. Aqui a ideia de Friedrich Müller (1991) é retomada, quando o texto legal é tomado como programa da norma, dependendo do âmbito da norma, suas condições fáticas de aplicação e interpretação, para se tornar, efetivamente, um mandamento normativo.

E as propostas para exercer esse comunitarismo interpretativo de maneira concreta são diversas: elegibilidade dos membros do Poder Judiciário; redução de seus mandatos eletivos para períodos curtos; promoção de membros representativos de classe para fazerem pressão política aos juristas da Corte



Constitucional e, em última instância, em casos extremos, o desafio direto, qual seja, a desobediência coletiva e organizada: a negação de obediência aos mandamentos deste Poder Judiciário, desde que careçam de valor moral e legitimidade política no seio do tecido social.

## **7 O ESTATUTO DAS CONSTITUIÇÕES LATINO AMERICANAS SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO**

Luigi Ferrajoli (2010), a partir da sua matriz garantista, afirma que as Constituições do Brasil (1988), do Equador (2008) e da Bolívia (2009) operam uma revolução paradigmática no Constitucionalismo, inaugurando uma nova fase do constitucionalismo democrático. Muito em razão da ampla positivação dos direitos sociais: tal processo alteraria radicalmente o papel atribuído à Administração Pública, sendo necessário repensar a estrutura institucional do aparelho burocrático estatal. Segundo o jurista italiano, os direitos sociais descansam na “esfera do indecível”, situação na qual nenhuma maioria pode validamente decidir. Isto significa que esta esfera dos direitos fundamentais (os direitos sociais) será imposta enquanto programa democrático-constitucional (sendo normas de aplicação imediata) contra maiorias eventuais que contra ela se prostrem. É um terreno tipicamente garantista.

Daí porque Ferrajoli (2010) separa duas dimensões nas quais poderiam se articular a democracia constitucional: a dimensão afeta à discricionariedade política, relacionada às funções e instituições de governo; e a dimensão jusfundamental da esfera do indecível, com as respectivas funções e instituições de garantia. Assim é que, a partir de algumas críticas do garantismo, à corrente oposta, o neoconstitucionalismo, pode-se esclarecer algumas situações do direito brasileiro e de seu constitucionalismo que demandam situar na sua devida dimensão, as caracterizações de Ferrajoli, quanto à terceira geração de Constituições, é dizer, as constituições latino americanas. Seus elogios e os caracteres de qualidade apontados, tais como: a) mais forte rigidez; b) mais amplo catálogo de direitos; c) vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais; d) controle de constitucionalidade por omissão; e) um Ministério Público instituído para defesa dos direitos fundamentais; f) a defesa pública ao lado da acusação pública; g) as instituições de garantia dos direitos políticos; demandam uma análise sob um ponto de vista externo ao direito, nos termos, a seguir explicitados, quando analisa a situação sócio-política dos brasileiros e de seu direito insurgente e desobediente.

## 8 ASPECTOS CRÍTICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO SEGUNDO A TEORIA DO GARANTISMO

Em linhas gerais, pode-se descrever as teses centrais que embasam a crítica do Garantismo ao Neoconstitucionalismo, partindo-se da premissa de que, ao contrário desta última corrente teórica, o Garantismo não pretende separar-se, cingir, ou superar o Positivismo Jurídico, substituindo sua matriz epistemológica por outra de caráter jurídico-moral. Pelo contrário, afirma sua teoria sob bases positivistas, porém, reforçando suas teses centrais e corrigindo distorções oriundas da sua primeira versão, chamada por Ferrajoli (2010) de “paleopositivismo”. A rigor, pode-se identificar no Garantismo, segundo Gascón de Abellán, como seus traços mais característicos, uma dupla divergência nos planos do “Dever Ser” e do “Ser” do Direito. A primeira delas se configuraria entre o chamado “dever ser externo” ou ético-político do Direito e o “ser” dos sistemas jurídicos no seu conjunto, o que em verdade revela a clássica separação entre Direito e Moral, vale dizer, entre Justiça e Validade, ou entre Legitimidade Externa e Legitimidade Interna.

Agora, tais distinções, não implicam afirmar que o Direito não incorpore valores ou princípios morais, ou não tenha certa relação conceitual necessária com a moral. Neste caso, Ferrajoli (2010) apenas constata que todo sistema jurídico expressa a moral ou as morais dos seus legisladores, e aqui concorda com a tese de Alexy de que todo direito parte sempre de uma “pretensão de correção”. Entretanto, o ponto de divergência de Ferrajoli se baseia no fato de que as constatações acima sobre as implicações entre o Direito e a Moral levam a duas conclusões básicas: a) a moralidade (ou justiça) de uma norma não implica a sua necessária juridicidade (ou validade, ou ainda, seu pertencimento ao um dado ordenamento jurídico). B) A juridicidade (validade ou pertencimento ao um sistema jurídico) de uma norma não implica a sua moralidade ou justiça.

A negação da primeira tese constitui o substrato do Jusnaturalismo Clássico. Já, a negação da segunda tese apresenta uma tese ambivalente, vale dizer, expressa um postulado jusnaturalista ao se assumir uma noção substancial e meta-jurídica de juridicidade ou validade, enunciando uma confusão entre tais esferas como o faz Alexy, ao afirmar que uma norma perde sua validade jurídica quanto se apresenta como extremadamente injusta. Ao contrário de tais remissões jusnaturalistas, uma tese ético-legalista como a de Ferrajoli (2010), expressa a ideia de que as normas jurídicas possuem sempre algum valor moral, independente do seu conteúdo, no caso de que se assumam uma noção formal e

puramente intra-jurídica de juridicidade, ou validade, sendo este o critério central de interpretação das normas e não o apelo imediato a valores de justiça.

A segunda divergência entre o “Ser” e o “Dever-Ser” apontada como central para definir a proposta Garantista, revela-se ainda mais importante, introduzida pela positivação, nas atuais constituições rígidas, das condições substanciais de validade das leis, que são os direitos fundamentais, operando-se na diferenciação entre validade e vigência, ou seja, entre o “dever ser interno” (no Direito) e o “Ser” das normas legais. Ambos os juízos requerem critérios, também jurídicos (no caso do “Ser”) e não apenas fáticos e, de outra parte, apenas jurídicos (no caso do “Dever Ser”), pois ambos se remetem à interpretação sobre produção infraconstitucional de leis e sua conformidade com a Constituição, nos âmbitos procedimental (vigência), além de substancial ou material, quanto à observância dos direitos fundamentais (validade).

Finalmente, soma-se às divergências antes apontadas, uma terceira, referente à banal diferença entre direito e realidade, ou normatividade e efetividade, entre normas e fatos, em suma, entre o “Dever Ser” jurídico (ou de direito) e a experiência jurídica concreta, vinculada, não mais ao caráter descritivo, mas normativo do direito, com respeito às condutas reguladas, incluindo-se aqui, o funcionamento real das instituições e seus aparatos de poder.

Consideradas essas razões, cumpre apontar, na realidade jurídico-institucional brasileira, quais as defasagens mais importantes que se verificam entre a realidade política e jurídica – vale dizer no âmbito do Ser do Direito praticado – do país frente à sua previsão dogmática, inerente ao mundo do Dever-Ser constitucional do Brasil.

## **9 A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E SUAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS: INCOMPATIBILIDADES NOS PLANOS DO SER E DEVER SER**

Relativamente ao conjunto de caracteres levantados por Ferrajoli (2010), de Constituições de Terceira Geração, tais como a brasileira podem ser referenciadas as seguintes discrepâncias entre suas prescrições dogmáticas e sua realidade institucional:

a) a maior rigidez da nossa Constituição Federal é relativizada quanto à situação das medidas provisórias, das emendas constitucionais e o conhecido “contrabando normativo”, quando alterações legislativas são realizadas por uma das Casas Legislativas do Congresso Nacional brasileiro (seja o Senado, seja a Câmara dos Deputados), sem, no entanto, passarem sob o crivo analítico da

outra casa, o que é norma expressa do processo legislativo brasileiro. As hipóteses para tal tráfico de influência são inúmeras: negociatas políticas, troca de votos, nepotismo, favoritismos, clientelismo;

b) um maior amplo catálogo de direitos positivados, por si só, ainda demanda esforços legislativos, muitas vezes inertes, para assegurar sua aplicação imediata. Dependentes de uma Administração Pública, por vezes, amortizada, e de um Judiciário de pouca eficiência, os cidadãos brasileiros garantem a concretização de seus direitos fundamentais pela desobediência e emergência de lutas como a dos movimentos sociais organizados;

c) os vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais são muitas vezes burlados pelo tráfico de influência no Congresso Nacional (Poder Legislativo), sofrendo “contrabando normativo” como declinado acima;

d) o controle de constitucionalidade em geral, e a problemática da tutela jurisdicional como arena central da disputa política já foi abordado anteriormente, dando como resultado da inércia do Poder Legislativo duas situações anômalas no sistema democrático: a hipertrofia do Poder Executivo e o ativismo judicial, duas posturas de subtração da prerrogativa legiferante do órgão legislativo clássico;

e) o Ministério Público brasileiro vem sofrendo transformação estrutural e institucional desde o início da década de 80. No entanto, nem todos seus integrantes assumiram a nova postura garantidora dos direitos fundamentais, estando ainda adstritos ao conservadorismo retrógrado da época ditatorial, quando o Ministério Público funcionava como polícia do Executivo e atuava meramente como acusador público;

f) as instituições de garantia dos direitos políticos são meras gestoras eleitorais: regulam unicamente os processos eleitorais partidários, excluindo desse processo de disputa política os movimentos sociais legitimamente estabelecidos, a cidadania difusa de todos os cidadãos brasileiros e os índices de analfabetismo que ainda assolam toda a Federação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideradas todas essas digressões, a respeito das recentes teorias jurídicas oriundas, tanto da Europa como dos Estados Unidos, e o grau de recepção que poderiam, ou efetivamente tiveram perante o panorama teórico e institucional de países da América Latina, tais como o Brasil, algumas considerações são fundamentais. De uma parte, entende-se não ser possível uma rejeição taxativa e de caráter absoluto de tais teorias externas, pautada

por juízos de cunho culturalmente xenófobos, o que confere a esse tipo de negação um estatuto inequivocamente irracional, até porque toda experiência cultural torna-se, sempre, desenraizada.

Assim, tampouco a sua aceitação acrítica e fora de quaisquer parâmetros contextuais, pois culturas como a brasileira, assim como quaisquer outras, possuem também suas idiossincrasias e especificidades próprias que são peculiares apenas a elas e isto, obviamente, demandará sempre uma adequada filtragem interna a toda e qualquer experiência exterior que porventura possa ser considerada benéfica.

De todo modo, a pura antropofagia cultural, tão decantada pelos modernistas brasileiros da década de vinte do século passado, de apenas digerir o que vem de fora e produzir a partir disso, uma síntese local, hoje cede mais espaço a formulações teóricas próprias e propostas de saídas políticas e jurídicas no plano institucional e notadamente constitucional, que podem ser exemplos para outras culturas, mesmo a dos países centrais, apesar de todos os atuais entraves que a realidade conjuntural de países como o Brasil ainda apresentam.

De fato, países como o Brasil, com a diversidade cultural e étnica que apresentam, não poderiam, sob o risco de tentações autoritárias e/ou absolutistas, forjar uma identidade unidimensional, falando em nome de valores essencialmente indígenas, negros, europeus ou da índole que seja como discurso único a pautar um tipo específico de cultura que na realidade não existe como um dado totalmente homogêneo. Mesmo que se queira falar em mestiçagem, como fenômeno inerente às culturas latinas como a brasileira, também ela se apresenta como mistura de diversas etnias entre diversos indivíduos a formar diversos mestiços.

A diferença que se percebe hoje é que agora, não mais se olha desde a América Latina para fora, tentando copiar ou absorver alguma nova experiência teórica, cultural ou institucional, que seja entregue por europeus e norteamericanos, um olhar uni-direcionado que apenas percebe e adapta as informações exteriores e nada tem para ofertar em troca. Desta vez, os olhares externos se voltam para cá, buscando saídas para os problemas alienígenas e curiosos para entender as novas formas que possam ser forjadas em nível local, para dar conta dos atuais desafios políticos e jurídicos que se enfrentam no mundo todo.

Nesse contexto, é que autores estrangeiros como Ferrajoli, constatarem as diferenças e novos aportes político-jurídicos que constituições, como a brasileira trazem de novo para fazer frente a suas conjunturas atuais e futuras. Embora seja assim, e conforme já se mostrou, ainda há muito a ser aperfeiçoado, mais

do que na dogmática constitucional brasileira, nas práticas efetivas dos agentes do Estado encarregados pelo seu zelo e consecução.

Com efeito, desde sua promulgação, a Constituição brasileira de 1988 – rompendo um longo hiato de ditadura militar, dentre tantos sobressaltos golpistas perpetuados ao longo da sua história republicana - tornou-se objeto de inúmeras tentativas de supressão dos seus avanços sociais plasmados nos direitos fundamentais, bem como críticas quanto ao seu suposto detalhismo normativo.

Somando-se a isto, não faltaram questionamentos oriundos de ambas as direções ideológicas, como sendo demasiado conservadora, por alguns setores da esquerda, ou excessivamente socializante, por parte de setores liberais ortodoxos de direita, na sua versão nacional. Enfim, economicamente, interventiva, de um lado, ou protetora da livre iniciativa em amplo espectro, por outro, segundo as análises de uma ou outra corrente de pensamento, a nossa Constituição prevaleceu ao longo destas duas décadas como o referencial institucional, por excelência, a orientar toda a trajetória de lutas e avanços sociais dos brasileiros. Quanto aos seus atuais entraves, o caminho está aberto a todas as novas experiências.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de losderechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima; GONÇALVES, Marcos F. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002. p. 189-195.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

\_\_\_\_\_. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso a justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988a.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, ano 4, n. 7, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 6. ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. 2. ed. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

MÜLLER, Friedrich. **A força normativa da constituição**. 2. ed. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Submetido em 19/08/2015

Aprovado em 25/10/2015

**Como citar:** CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SANTOS, Priscilla Camargo; FARESin, Rodrigo Adriano. **A constituição brasileira como produto de terceira geração: convergências e divergências entre o constitucionalismo latino americano e a teoria do garantismo jurídico**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.9-32, dez. 2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p9. ISSN 2178-8189.



## Democracia deliberativa, sociedade civil e reforma política no Brasil \*

**DELIBERATIVE DEMOCRACY, CIVIL SOCIETY AND  
POLITICAL REFORM IN BRAZIL**

\*\* Hécio Ribeiro

**Resumo:** As manifestações de Junho de 2013 aconteceram em um momento em que as políticas sociais avançavam e a Constituição Federal de 1988 completava 25 anos. Este artigo analisa alguns dilemas da democracia brasileira em face dos movimentos sociais que abalaram as estruturas do sistema político brasileiro. Muitos temas foram levantados nas manifestações, mas a reforma política acabou sendo alçada ao centro da discussão pública. Com apoio nos conceitos habermasianos de democracia deliberativa e sociedade civil, o artigo analisa o papel da esfera pública nas mudanças de rumo em algumas decisões do poder público e que envolviam propostas de emenda constitucional e, principalmente, o tema da reforma política.

**Palavras-chave:** Democracia deliberativa. Sociedade civil. Direito como instituição. Reforma política.

**Abstract:** The demonstrations of June of 2013 happened in a moment that social policies advanced and the Brazilian Constitution of 1988 has turned 25 years old. This article analyzes some challenges for Brazilian democracy in the face of social movements that shakes structures of Brazilian political system. Many issues were raised during the demonstrations, but the political reform was the center of the public discussion. With the support of deliberative theory of democracy and the concept of civil society of Jürgen Habermas this article surch to understand the role of civil society in the decision making process, for which the Brazilian law institutions not provide a good response.

**Keywords:** Deliberative democracy. Civil society. Law as institution. Political reform.

\* Este artigo é fruto de uma pesquisa de pós-doutorado realizado no ano acadêmico de 2013/2014, na Universidade de Paris X, Nanterre, com apoio financeiro da Fundação de Amparo à pesquisa do Estado de São Paulo - Fapesp - e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

\*\* Pós-doutor pela Universidade de Paris Ouest, Paris X, Nanterre. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto I de Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: helcioribeiro@uol.com.br.

## INTRODUÇÃO

Este artigo faz parte de uma pesquisa que trata das relações entre direito, democracia nas sociedades complexas. O ponto de partida é o conceito habermasiano de democracia deliberativa e a mobilização da sociedade civil em torno de temas fundamentais para o processo de reforma das instituições políticas no Brasil. A discussão teórica tem como escopo analisar o papel da sociedade civil nas mudanças constitucionais no Brasil, especialmente durante e após as manifestações populares de junho de 2013. A primeira parte trata dos conceitos de democracia deliberativa, sociedade civil e direito na teoria de Habermas. Na segunda parte analiso o impacto das manifestações de junho no processo político e constitucional do Brasil à luz da teoria do discurso habermasiano. No final elabora-se uma conclusão.

### 1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E SOCIEDADE CIVIL

A Constituição brasileira de 1988 foi elaborada em um contexto político, social e econômico contraditório. Por um lado, havia um processo de consolidação da globalização neoliberal. Por outro lado o Brasil vivia uma crise econômica sem precedentes na História, mas com intensa mobilização social e política. Durante os anos oitenta do século passado a crise econômica e a luta contra a ditadura militar mobilizou a sociedade civil em torno de um projeto de democratização que propunha a restauração do Estado de Direito, mas que também se comprometia com fortes mudanças sociais tais como reforma agrária, reforma urbana, participação popular na política, distribuição da renda, combate à pobreza e às desigualdades sociais e regionais. O projeto liberal de democratização não era tão extenso e amplo assim. A oposição liberal ao regime militar contemplava somente a restauração das eleições em todos os níveis e das liberdades civis. Devido à intensa mobilização de movimentos sociais, centrais sindicais, Igrejas e partidos de esquerda, no entanto, a Constituição acabou tendo um viés desenvolvimentista, profundamente social e participativo (FARIA, 1989; FERNANDES, 1989; WHITAKER et. al. 1989).

A Constituição estabeleceu em seu artigo primeiro a participação do povo através de seus representantes, mas também os fundamentos da participação direta através do referendo, plebiscito e iniciativa popular, nos termos do artigo 14 da Constituição. Ao longo do texto, a Constituição estabelece

inúmeras outras formas de participação popular na administração pública, mas foi o processo político posterior que se encarregou de expandir o texto da Constituição quando se criou o Orçamento Participativo em várias cidades brasileiras, começando com o já célebre caso de Porto Alegre, bastante estudado no Brasil e no exterior (SANTOS, 2002). Foi também o caso dos conselhos com participação popular, Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (VIZEU; BIN, 2008), criado no governo Lula, e conselhos de saúde, educação, meio-ambiente (SHATTAN; NOBRE, 2004) e conselhos tutelares que trabalham com jovens em conflito com a lei. Neste mesmo processo criaram-se inúmeras conferências nacionais de saúde, transporte, reforma urbana e democratização dos meios de comunicação bem como as audiências públicas nos âmbitos dos poderes Legislativo e Judiciário. Todas estas experiências vem se expandindo e se desenvolvendo de forma bastante inovadora em sua forma de combinar ação de movimentos sociais, associações civis e partidos políticos em um ambiente de expansão/retração das sociedades civis locais e nacional.

O sistema eleitoral foi aperfeiçoado, eliminando as fraudes que eram sistemáticas antes da redemocratização e o sistema de votação brasileiro é hoje um dos mais rápidos e seguros do mundo. No entanto, muitos problemas permanecem em solução e até se exacerbaram nas últimas três décadas. O número de partidos políticos aumentou até alcançar o número exorbitante de 32 segundo o site do Tribunal Superior Eleitoral. O sistema de financiamento de campanhas mercantilizou-se, tornou-se altamente custoso, fonte de corrupção, distorção do sistema representativo e um bloqueio à participação do cidadão. Os sucessivos governos pós-ditadura civil-militar ficaram presos a um sistema de barganhas e vetos políticos criados no momento da transição para a democracia que marcam todo o sistema político brasileiro até os dias de hoje e são responsáveis pela incapacidade de aut reformular-se, apesar da insatisfação popular existente hoje no Brasil com o sistema representativo. *O peemedebismo* (NOBRE, 2013b), processo político que tem seu nome inspirado no PMDB mas que terminou por abarcar todo o sistema político brasileiro, aumenta o poder de veto dos atores políticos em relação a qualquer inovação, mas dilui as responsabilidades e o grau de *accountability* das instituições, terminando por isolar todo o sistema político em face da sociedade.

É neste contexto que aconteceram as manifestações de junho de 2013. Iniciaram-se com a mobilização do movimento Passe Livre, que luta por um sistema de transporte público mais barato e eficiente. Protestaram contra o aumento das passagens de transporte coletivo em todo o território nacional.

Embora a competência do transporte público seja dos governos estaduais e municipais, o movimento Passe Livre também exigia do governo federal um projeto nacional de reformulação dos transportes públicos.

Aos poucos as manifestações foram crescendo e incorporando novos movimentos sociais e reivindicações. O movimento de gays e lésbicas se manifestava contra um projeto de lei que tramitava na Câmara dos Deputados, cuja proposta era eliminar a proibição legal para que psicólogos tentem usar terapia para “curar” homossexuais. O projeto ficou conhecido como *cura gay*. Alguns participantes improvisaram um protesto que cresceu através das redes sociais, contra proposta de emenda constitucional que eliminaria o poder de investigação do Ministério Público.

Quando as manifestações começaram a incorporar grupos que protestavam contra a realização da Copa do Mundo no Brasil, a mídia, que até então criticava as manifestações, passou a tentar utilizar as manifestações contra o governo da Presidente Dilma Roussef. Os manifestantes pediam educação e saúde “padrão FIFA” ignorando que a maioria dos investimentos da Copa eram de empresas privadas. O governo investiu apenas em algumas obras de transporte e mobilidade urbana mas a propaganda contra o governo ganhou apoio da classe média tradicional.

Um outro movimento que merece menção é o Black Blocs. Como em todas as manifestações deste movimento pelo mundo, são violentos e protestam contra as forças que simbolizam a ordem capitalista. Atacam a polícia, quebram agências bancárias e carros dos meios de comunicação. Não há qualquer reivindicação clara neste movimento que se caracteriza por não ter liderança centralizada ou hierarquia e organizam manifestações de forma improvisada.

A violência de alguns manifestantes gerou reação ainda mais violenta da polícia, o que acabou por aumentar os protestos. Mas ainda é difícil entender o significado exato de todas estas manifestações que seguiram até o mês de julho de 2013. A dimensão expressiva presente nas metáforas dramáticas do movimento, na organização de *palcos e vitrines*, mostra que muitos dos que alavancaram as manifestações disputaram a interpretação do público em relação aos eventos, um público visto como uma plateia virtual, calculadamente organizados desde muito antes da eclosão das manifestações de junho de 2013 (DOWBOR; SWAKO, 2013). A quantidade de movimentos e reivindicações se misturaram e dificultam a análise de um processo que voltou em menor medida durante a realização da Copa do mundo em junho de 2014. Mas é

possível fazer uma afirmação: trata-se de uma rejeição ao sistema político como um todo (NOBRE, 2013a).

Um dos fatores que contribuíram para o movimento, paradoxalmente, foi a ascensão do Partido dos Trabalhadores ao governo federal em 2002. O PT nasceu no início dos anos oitenta, a partir de movimentos sociais de variados tipos. Movimento dos metalúrgicos do ABC paulista, região altamente industrializada, movimentos urbanos de luta pela educação e saúde pública, feministas, movimento negro, ambientalistas e movimento de trabalhadores rurais, fortemente ligados à Igreja Católica. A mobilização destes movimentos foi fundamental durante o período de elaboração da Constituição de 1988, na queda do Presidente Collor e na oposição ao governo neoliberal de Fernando Henrique Cardoso, embora os contextos sejam distintos e as demandas e formas de organização tenham se transformado. Há, porém, um elemento comum e certamente bastante genérico nestes movimentos: a presença de manifestações da sociedade civil e crescente processo de diferenciação da sociedade brasileira a partir do último quarto do século XX.<sup>1</sup>

A ascensão de Lula ao governo Federal foi marcada por um processo extremamente complexo de alianças com o centro político do país que permitisse a governabilidade. Como consequência houve também um certo afastamento em relação aos movimentos sociais. A partir deste momento a sociedade civil passou por um período de certa apatia.

É neste contexto que vemos a retomada dos movimentos que só encontram paralelo nas manifestações contra o regime militar nos anos oitenta e aquelas que levaram à queda do ex-Presidente Collor em 1992. É importante ressaltar que não se tratou, no entanto, de manifestações contra este ou aquele partido, este ou aquele governo. Os protestos foram dirigidos contra todo o sistema político que não mudou sua forma de funcionamento desde o fim do regime militar. O movimento de junho de 2013 mostra o abismo entre sociedade civil e Estado no Brasil, mas, ao mesmo tempo, certa vitalidade da democracia brasileira.

---

<sup>1</sup> O papel da sociedade civil e dos movimentos sociais no desenvolvimento político e social do Brasil nas últimas décadas é bastante conhecido e a literatura sobre o tema é enorme, chegando a mais de mil títulos entre livros e artigos científicos muitos deles disponíveis no [www.scielo.com.br](http://www.scielo.com.br), no periódico Capes e no [www.google.com](http://www.google.com). Destacamos aqui os trabalhos de Leonardo Avritzer e Sérgio Costa sobre sociedade civil citados neste artigo além do clássico trabalho de Emir Sader (1988) e ainda Ilse Warren Scherer (1996), ambos sobre movimentos sociais. Ver também Celso Campilongo (2012) além de Faria (1989), Fernandes (1989) e Whitaker (1989), pela análise que fazem do impacto dos movimentos da sociedade civil no direito. Sobre o processo de diferenciação da sociedade brasileira e o impacto deste processo sobre o direito ver Orlando Villas-Bôas Filho (2009).

A distância entre as instituições e a sociedade se agravou durante, paradoxalmente, o processo de democratização das últimas décadas. Mudanças sociais e econômicas com certa eficácia e sucesso, não foram, no entanto, acompanhadas de mudanças nas estruturas políticas e jurídicas que dão base à representação, ao sistema eleitoral e partidário. A renovação partidária foi bloqueada pelos mecanismos de governabilidade forjados no processo de transição da ditadura civil-militar para a democracia, e todas as possíveis mudanças no plano político encontraram forte obstáculo no *peemedebismo*. O *peemedebismo* é uma forma de fazer política cristalizada não apenas em torno do papel central do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB – sucessor do MDB, único partido de oposição ao regime civil-militar), que lhe dá nome. Trata-se de uma forma de funcionamento de todo o sistema político brasileiro, responsável pelos contornos centrais da *cultura política* brasileira desde os anos de 1970, cuja regra central é *estar no governo*, moldando um sistema de vetos que permite o desenvolvimento das barganhas políticas mas bloqueia qualquer iniciativa de mudança mais profunda no sistema político que coloque em risco os interesses do grupo afetado pela reforma (NOBRE, 2013b). Nesta perspectiva, todos os partidos que governaram nos últimos 30 anos aderiram a um sistema que os impede de formular mudanças institucionais de maior profundidade e fôlego.

O custo desta acomodação foi o divórcio crescente entre o sistema político brasileiro e a percepção social do mesmo. O papel da sociedade civil não pode, porém, restringir-se a manifestações de massa que ocorrem de tempos em tempos. O impacto da sociedade civil na ampliação da esfera pública, na elaboração e aplicação do direito, depende do amadurecimento de movimentos e organizações permanentes que permitam ultrapassar o conceito elitista-constitucionalista e liberal de democracia que a reduz ao processo eleitoral.<sup>2</sup> Por outro lado, também não se deve exagerar o papel da sociedade civil cuja capacidade de impactar os sistemas político e econômico tem seus limites como reconhece Habermas (1997). Trata-se tão somente de analisar até que ponto a sociedade civil vem demonstrando maior vigor e pode, de alguma maneira, revigorar as instituições para usar um termo habermasiano.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Boaventura Santos (2002) a chama de democracia de baixa intensidade.

<sup>3</sup> Existem inúmeras diferenças entre o contexto das sociedades europeias, nas quais a teoria de Habermas está baseada e as sociedades em desenvolvimento como a brasileira. No entanto a aplicabilidade de sua teoria em nosso contexto decorre do fato de que a sociedade brasileira é moderna e diferenciada, sendo necessário apenas realizar algumas mediações. Este artigo procura fazer exatamente isso ao trabalhar a capacidade da sociedade civil brasileira de modificar, ainda que em parte, o rumo das decisões institucionais. Uma questão central para o diagnóstico presente neste

Na análise deste processo utilizamos o conceito habermasiano (HABERMAS, 1997, p. 99) de sociedade civil:

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõem-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, as seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.

A sociedade civil é responsável por revigorar as instituições, segundo o sociólogo alemão. Em seu livro *Teoria do Agir Comunicativo*, Habermas defende uma posição mais defensiva para a sociedade civil. Ancorada no mundo da vida (*lebenswelt*), a sociedade civil resiste à expansão e colonização oriunda dos sistemas de poder e dinheiro, o sistema político-administrativo e o sistema econômico do mercado. Em *Direito e Democracia* Habermas atribui um papel mais ativo à sociedade civil, considerando-a responsável pelo revigoramento das instituições. Através das pressões dos movimentos sociais e associações civis, os sistemas de poder e dinheiro incorporam os temas e problemas elaborados e tematizados na esfera pública. A vontade política dos parceiros do direito, formada na esfera pública, penetra nos sistemas através do direito positivo a partir de um processo comunicativo e intersubjetivo. Na teoria de Habermas, a diferenciação e complexidade social não permite mais uma concepção de soberania centrada no sujeito. Sua concepção procedimental de soberania procura adequar-se à natureza acêntrica das sociedades complexas e é, também, uma forma de repensar as relações entre democracia e complexidade social. Não

---

artigo é precisamente a ideia de que nossas instituições ganharam excessiva autonomia em função do baixo grau de organização da sociedade civil brasileira, talvez ainda muito incipiente, oscilando entre períodos de grande mobilização e outros de refluxo. Este artigo situa-se na direção oposta do pensamento social brasileiro inspirado na ideia de que nossos males decorrem da origem ibérica das nossas instituições. Esta abordagem se equivoca ao entender o processo de modernização de forma homogênea. Em sentido oposto, o que se verifica é que a modernização tem inúmeras possibilidades e variantes, sendo mais fecunda, para efeito de análise do contexto brasileiro, a ideia de múltiplas modernidades. Ver nesse sentido Schimidt (2011). Sobre a absorção da teoria habermasiana no contexto brasileiro e a necessidade de reverter a influência dos paradigmas personalistas e patrimonialistas na interpretação do Brasil, ver Jessé Souza (2001); no mesmo sentido, e com implicações no direito brasileiro, ver Orlando Villas Bôas Filho (2009).

existindo um centro nas sociedades complexas, não é mais possível pensar no conceito de povo como um macro sujeito, seguindo a teoria tradicional. No plano da teoria da ação comunicativa, Habermas desenvolve a ideia de que o conceito de povo deve ser entendido de forma intersubjetiva (HABERMAS, 1997). Seguindo esta linha de raciocínio, Habermas divide o direito em dois tipos. O direito como *médium*, responsável pela regulação dos sistemas político e econômico. E o direito como *instituição*, que exige justificações oriundas do processo comunicativo e se baseia em um mundo da vida racionalizado. A vontade política, formada a partir do melhor argumento na esfera pública, se transforma em decisões do sistema político através do direito positivo. Desta forma Habermas acredita ser possível pensar a criação de direito legítimo a partir da legalidade ancorada na vontade política da esfera pública. Isso significa recolocar as relações entre legitimidade e legalidade (MELKEVIK, 2012) além do prisma exclusivo do direito positivo e do positivismo jurídico.

Neste sentido, o conceito de soberania procedimental ultrapassa, ao mesmo tempo, os limites das teorias normativas da democracia existentes no liberalismo e no republicanismo. Dito de outra forma, sua teoria pretende ultrapassar os conflitos normativos que resultam da ênfase nos sujeitos privados do liberalismo e da primazia do coletivo inerente ao republicanismo. Sustenta a cooriginariedade da autonomia privada e da autonomia pública. Habermas procura extrair o melhor possível do papel do direito (GUIBENTIF, 2010) como procedimento das sociedades complexas. Esta reconstrução do Estado Democrático de Direito, a partir de uma concepção reflexiva e comunicativa da soberania, concilia autonomia pública e autonomia privada, direitos humanos e soberania popular, com o objetivo de afastar a ideia da contradição inexorável entre Estado liberal e Estado social.

A partir deste balanço provisório, podemos, no entanto, nos apoiar no conceito de sociedade civil e democracia deliberativa de Habermas para entender o processo de mudança social no Brasil e o impacto dos movimentos sociais e da sociedade civil nas mudanças ocorridas no Brasil nas últimas décadas (AVRITZER, 2000; COSTA; AVRITZER, 2004; COSTA, 1997, 1995; CAMPILONGO, 2012; VILLAS-BÔAS FILHO, 2009; FARIA, 1991) assim como nas recentes manifestações ocorridas em junho de 2013 no Brasil.

Como se trata de um processo ainda em curso, é possível afirmar que o impacto destes movimentos no plano político e legislativo são de curto, médio e longo prazo. Os conflitos sociais das últimas décadas se dão em um contexto de rápidas mudanças na sociedade civil brasileira. Crescente modernização e



surgimento de movimentos sociais. A hipótese central deste artigo é de que as instituições criadas nos anos oitenta não foram capazes de enfrentar de forma eficaz estes conflitos, em um contexto de alta complexidade social. Se o sistema representativo está em crise, os conflitos se deslocam para o Poder Judiciário, disposto a utilizar os instrumentos jurídicos estabelecidos na Constituição para ampliar sua intervenção e, quiçá, restaurar sua própria legitimidade. Um processo não isento de riscos e contradições tanto para o Poder Judiciário, quanto para a democracia, uma vez que quanto mais ativo, mais a magistratura coloca em questão o problema da sua legitimidade (SANTOS, 1996). Por outro lado, ao modificar os mecanismos de interpretação do direito em função de novos conflitos, os juízes precisam dar conta de contextos complexos e localizados, “variáveis como a situação política, a agenda eleitoral, o nível de emprego e a fase de implantação dos diversos ‘pacotes econômicos’ condicionaram, tanto quanto as regras do processo civil, não só o conteúdo como também o fluxo decisório, introduzindo no sistema um elevado grau de incerteza jurídica” (FARIA, 1991, p. 143). Na perspectiva da teoria dos sistemas, uma interpretação sociológica pode expandir a capacidade de aprendizagem do sistema jurídico, mas não pode oferecer soluções para a decisão dos casos. Os movimentos sociais são, porém, os mais importantes elementos provocativos em relação ao direito e a interpretação jurídica, sendo esta a operação *mais exposta ao ambiente e ávida por abertura cognitiva* (CAMPILONGO, 2012, p. 172, 176).

A abordagem da teoria da ação comunicativa assinala, no entanto, a ambiguidade do direito moderno, responsável tanto pela integração social – direito como instituição - quanto pela integração sistêmica – direito como *médium* (MELKVIK, 2012). A elaboração das demandas sociais no mundo da vida pelos parceiros do direito podem ser incorporadas pelo direito em uma relação de complementaridade entre direito e moral. É preciso ver como o direito poderá reagir a este novo contexto, sem uma reformulação da doutrina constitucional.

## 2 REFORMA POLÍTICA NO BRASIL

As consequências políticas e jurídicas do movimento de junho de 2013 no Brasil são tão ambíguas quanto o próprio movimento. O que se pretende neste artigo não é uma análise das propostas de reforma política que tramitam no Congresso Nacional, mas sim demonstrar o *ressurgimento do tema na esfera pública a partir do impulso dado pelas manifestações*. É importante

salientar que a reforma política em si mesma não foi uma reivindicação direta e assumida pelos movimentos sociais. A ideia de que a colocação do tema na discussão política nacional teve como causa as manifestações foi resultado de modo como governo e oposição reagiram, tardiamente, ao movimento e, principalmente, uma interpretação dos especialistas e acadêmicos que se dedicam ao estudo do cenário político nacional. É assim que, já ao final das manifestações, os poderes públicos retomaram a discussão sobre a reforma política. Este fato corrobora a ideia habermasiana de que temas incômodos ao sistema político e administrativo em geral, só entram na pauta de discussão via esfera pública, ampliada pela organização de movimentos sociais que contribuem para resistir ao processo de colonização do mundo da vida pelos sistemas político e econômico. No caso brasileiro, porém, verifica-se uma oscilação na capacidade da sociedade civil em manter-se mobilizada em torno da reforma política e, muitas vezes, diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, os temas são judicializados podendo trazer consequências ambíguas para o Poder Judiciário.

Antes da retomada da discussão sobre a reforma política, outras medidas foram tomadas em resposta ao movimento. O aumento das tarifas de transportes foi suspensa pelos prefeitos de várias cidades onde o movimento foi forte. A presidenta Dilma Rousseff recebeu os líderes do movimento passe livre em Brasília, comprometendo-se a formular um projeto de reestruturação do transporte público no país. O Congresso Nacional não aprovou a PEC 37 que retiraria poderes de investigação do Ministério Público bem como arquivou o projeto que autorizava psicólogos a tratar homossexuais com o objetivo de “curá-los”, projeto conhecido como cura gay. Estas foram as consequências mais imediatas dos protestos.

O resultado mais importante, no entanto, diz respeito à reforma política. A presidenta Rousseff lançou a ideia de um plebiscito para a realização da reforma política uma vez que o movimento demonstrou forte rejeição ao funcionamento do sistema político brasileiro. A reforma política implica vários pontos e um dos mais importantes é o financiamento de campanhas eleitorais. Nos deteremos um pouco neste ponto pela sua centralidade. No Brasil cada partido político tem direito a um fundo partidário para sua manutenção mas o maior problema está no financiamento das campanhas. Elas são extremamente caras em função das doações milionárias de empresas e bancos. A legislação autoriza uma quantidade limitada de doações em dinheiro por empresa, mas o valor é extremamente alto. Os Tribunais eleitorais fiscalizam o uso do dinheiro mas, mesmo assim, muito dinheiro é desviado para a formação do chamado

“caixa dois”, tornando-se fonte de corrupção e desvirtuando a própria noção de representatividade.

Em março de 2014 o Supremo Tribunal Federal decidiu proibir o financiamento e doações de empresas, permitindo apenas a doação de pessoas físicas. No momento em que este artigo é escrito o processo encontra-se nas mãos do Ministro Gilmar Mendes para vistas há quase dois anos. A mais importante proposta dos partidos de esquerda e do próprio governo do Partido dos Trabalhadores é o estabelecimento do financiamento público de campanha, através do qual toda campanha eleitoral será feita com dinheiro público, dividido proporcionalmente entre partidos e candidatos. Em discursos recentes a presidenta já disse que precisará de apoio da sociedade para que esta e outras propostas da reforma política sejam implementadas. Existe forte resistência no Congresso Nacional, principalmente entre os grandes partidos de direita e centro-direita, em aceitar o financiamento público de campanhas eleitorais pois são os principais beneficiários do atual sistema.

A decisão do Supremo Tribunal Federal de modificar o sistema de financiamento de campanhas se soma a outras medidas tomadas pelos tribunais brasileiros anteriormente, como a questão das coligações partidárias, ação penal 470, vulgo “mensalão”, a investigação em curso sobre a Petrobrás, “operação lava-jato”, envolvendo diretamente políticos e empresários, direcionando as decisões para um processo de judicialização da política que não contribui para a revisão geral do sistema político brasileiro. A judicialização é uma das consequências – e ao mesmo tempo causa - da crise do sistema representativo no mundo todod (PAPADOPOULOS, 2013) e a intervenção do Poder Judiciário em questões como esta pode aprofundar a crise, enfraquecendo ainda mais o Congresso Nacional e trazendo à tona, mais uma vez, o problema da legitimidade do Poder Judiciário.

Uma das razões da crescente presença do Poder Judiciário na política partidária decorre da própria estrutura do constitucionalismo moderno, fortemente inspirado no liberalismo e nas teorias elitistas da democracia. O Poder Judiciário sempre foi considerado um contra-poder, ou uma garantia dos direitos das minorias. No caso do Estado liberal-burguês isso significa a proteção da propriedade privada e do mercado. A separação dos poderes é considerada uma questão técnica de divisão de funções quando, na verdade, trata-se de uma questão política (ALTHUSSER, 1979). Ainda que, hoje em dia, a proteção de índios, negros, mulheres, crianças e idosos venha tendo mais espaço na jurisprudência dos tribunais, as novas democracias e as Constituições

contemporâneas exacerbaram a presença do Poder Judiciário na política e nas relações sociais (VIANA et al., 1999) a ponto de transformar este poder em um superego (MAUS, 2010) da sociedade, com consequências muitas vezes negativas para a democracia.

Esta tendência de redução do espaço público e da soberania popular não é um fato novo. O constitucionalismo institucionaliza a teoria elitista da democracia segundo a qual o cidadão tem apenas o direito – e a capacidade – de escolher seus representantes. De John Locke a Niklas Luhmann, passando por Montesquieu, Tocqueville, Stuart Mill, Jeremy Bentham, Max Weber, Joseph Schumpeter, Norberto Bobbio e Giovanni Sartori, a teoria elitista reduz o espaço da participação direta no debate e nas decisões que dizem respeito ao interesse público (SCHUMPETER, 1962; LUHMANN, 1992). As sociedades complexas e altamente diferenciadas não permitem altos níveis de participação, dado o caráter técnico das questões a serem decididas. Redução da participação seria, deste modo, um mecanismo essencial para preservar a complexidade social (LUHMANN, 1992, 2009). A teoria elitista parte também do pressuposto de que um debate mais amplo não leva à mudança na preferência dos eleitores. Ou seja, as preferências são dadas e não podem ser modificadas por um processo deliberativo, restando ao cidadão escolher a elite que vai governar e decidir, sendo o processo eleitoral um mecanismo de legitimação das elites (AVRITZER, 2000; PATEMAN, 1992).

Desta forma o constitucionalismo e o atual sistema representativo, inspirados nas teorias elitistas, bloqueiam a participação popular reduzindo a formação da vontade política ao período eleitoral. A teoria habermasiana propõe um conceito procedimental de soberania na qual a vontade política não se forma a partir do povo entendido como macro sujeito mas a partir da deliberação que se desenvolve na esfera pública, de forma intersubjetiva (HABERMAS, 1997, 1992).

As manifestações de junho de 2013 mostram que o poder comunicativo gerado no plano da esfera pública é um elemento importante na reformulação das instituições, como se observou tanto nas mudanças imediatas do poder público em relação a temas como tarifas de transporte, PEC do Ministério Público e PEC da “cura gay”. O efeito mais importante, no entanto, está na capacidade da sociedade civil em demonstrar sua insatisfação em relação ao sistema político brasileiro, obrigando os poderes públicos discutir a questão da reforma política que hoje tramita no Congresso Nacional. A abordagem habermasiana nos permite, simultaneamente, compreender a democracia para

além dos limites do texto constitucional e das instituições representativas, captando as relações – e tensões – existentes entre as instituições e a sociedade civil sua capacidade de revigorar as instituições via esfera pública. No caso brasileiro aqui analisado, verifica-se o paradoxo existente entre a crise do sistema representativo, e o desejo da sociedade civil em modificar sua relação com o Estado. No entanto esta transformação oscila na medida em que a capacidade de organização da sociedade civil entra em períodos de maior intensidade e outros de refluxo. Não se deve, evidentemente, considerar que toda manifestação da sociedade civil deva ter a dimensão das jornadas de junho de 2013, o que só acontece de tempos em tempos. Trata-se, como dissemos acima, de um movimento de massa e uma sociedade ativa e organizada consegue razoavelmente manter-se mobilizada em torno de diversos temas sem que movimentos desta dimensão eclodam. O que chama a atenção, porém, não é só a dimensão das manifestações, mas o fato de que aconteceram em um período em que, apesar da retração econômica, o Brasil ainda demonstrava certo vigor em relação ao crescimento econômico, criação de empregos e avanços nas políticas sociais. Este fato pode ser considerado suficiente para demonstrar que a crise política se limita ao desencontro entre sociedade e Estado no Brasil, alimentado pela inércia do sistema político em realizar uma reforma ampla no seu modo de funcionamento. Mas não necessariamente a uma crise da democracia em si mesma.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As manifestações de junho de 2013 no Brasil demonstram a crise de legitimidade do Estado brasileiro e o divórcio entre o sistema político e a sociedade civil. Os partidos políticos não são canais suficientes para a transmissão da vontade política dos cidadãos ao sistema político. De outro lado, percebe-se que os três poderes do Estado vem reagindo de alguma maneira às pressões sociais, mas de forma não sistemática e mesmo contraditória. A judicialização da política acaba por colocar em cheque as relações entre direito e política.

Em segundo lugar estas mudanças demonstram os limites da ciência jurídica de inspiração positivista para a compreensão e solução dos problemas colocados pela mobilização da sociedade brasileira. Esta abordagem não permite captar adequadamente as transformações que impactam o direito em uma sociedade complexa. A dogmática constitucional presa ao constitucionalismo liberal, não percebendo que a expansão do Poder Judiciário segue uma lógica

que nem sempre está a favor da afirmação dos direitos, mas dos interesses do mercado globalizado, implicando não uma simples “irritação” do sistema jurídico pelo sistema econômico, mas um avanço na ampliação do direito como *médium* em detrimento do direito como instituição fundado na deliberação dos parceiros do direito. A modernização da sociedade brasileira estimula o surgimento de novos conflitos e demandas que não cabem na estrutura do direito forjado a partir das estruturas lógico formais do direito liberal (FARIA, 2011, 1991) nem no sistema tradicional de adjudicação ancorados nos binômios público/privado, culpado/inocente, direito subjetivo/direito objetivo, lícito/ilícito. A fragmentação e o alto grau de complexidade social contemporâneos implodem as hierarquias tradicionais da sociedade e do direito. Mais do que isso, quando movimentos sociais apresentam dimensões expressivas, o processo decisório centrado em um jogo de soma zero perde o sentido.

O estreitamento do espaço público é uma das razões para a dificuldade de superação da crise do sistema representativo, como afirma Habermas em muitos dos seus textos. Quanto mais isolado o sistema político partidário, maior será o espaço para a violência caso a reforma política, uma demanda da sociedade civil e dos movimentos sociais, não seja realizada de forma profunda. Não é fácil, porém, identificar qual é a reforma exigida pelos movimentos, quem serão os interlocutores, quem definirá a pauta e o cronograma. As demandas apresentadas de forma difusa pelos movimentos sociais demonstram que o processo de modernização da sociedade brasileira colocou em cheque todas as estruturas institucionais e tradições. Avanços sociais na inclusão de milhões de pessoas, avanços na luta contra a discriminação racial e de gênero, abriram espaço para o questionamento das velhas hierarquias públicas e privadas.

Ou seja, a crise das instituições políticas decorre tanto da ineficácia do sistema político partidário quanto do impacto das mudanças sociais no plano da família, da empresa, dos movimentos sociais e da globalização econômica. As mudanças ocorridas nas últimas décadas estimulam ações coletivas de massa ou de grupos específicos que deslocam o conflito de classes para um plano secundário. Tratar a reforma política separadamente, em relação às mudanças nos demais planos da vida social, pode ser um risco para o sistema político e para o direito. Mas não pode ser negligenciado pelo analista.

Por fim, é possível afirmar que a sociedade civil brasileira está recompondo sua capacidade de organização, enfraquecida nos últimos dez anos, e poderá ter um papel decisivo nas mudanças legislativas e constitucionais no Brasil atual. Embora as manifestações de junho de 2013 tenham sido manifestações de massa e tenha agregado inúmeras parcelas desorganizadas da sociedade

brasileira, foi um movimento social bastante organizado, o Movimento Passe Livre, que deu início às manifestações, seguido por outros movimentos como o LGBTQTS. Após os movimentos alcançarem algumas conquistas, os movimentos organizados cancelaram as manifestações, esvaziando, pouco a pouco, as ruas. Por outro lado, se a sociedade civil teve papel fundamental em algumas mudanças nas decisões do poder público no plano mais imediato, no médio e longo prazo só ela poderá impulsionar, nos termos habermasianos, o revigoramento das instituições e resistir à colonização pelos sistemas de poder e dinheiro se demonstrar capacidade para manter o tema em discussão e forçando a ampliação da esfera pública. No momento a reforma política caminha no Congresso sem que a sociedade civil acompanhe e participe da discussão. Um eventual novo refluxo da sociedade implica deixar para que o sistema político monopolize o processo. As manifestações de junho de 2013 demonstram não existir uma crise na democracia brasileira mas, ao contrário, um desejo de aprofundamento das conquistas sociais da Constituição de 1988, demonstrando as contradições entre o modelo democrático representativo que se consolidou na transição do regime civil-militar no qual o *peemedebismo* tem papel central e precisa ser enfrentado. Trata-se, talvez, de uma crise do sistema representativo, mas ao mesmo tempo uma prova de resistência democrática que se diferencia das experiências políticas das democracias europeias, cujos delineamentos mais precisos só o tempo poderá mostrar. O constitucionalismo brasileiro e a ciência jurídica estão capacitados para compreender a natureza do processo de mudança em curso na sociedade civil? Tudo indica que, no meio acadêmico do direito, as movimentações da sociedade civil não são consideradas fundamentais e a ciência jurídica continua presa ao modelo liberal-elitista de democracia que a reduz ao processo eleitoral e à sua reforma pelos representantes. Resta saber se a sociedade brasileira se sente representada neste sistema político ou se o distanciamento entre Estado e sociedade se aprofundará nos próximos anos e com quais consequências.

## REFERENCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: la politica e la História**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública, **Lua Nova**, São Paulo, n. 49, p. 25-46, 2000.

CAMPILONGO, Celso. **Movimentos Sociais e a Interpretação do Direito**.

Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

COSTA, Sérgio; AVRITZER, Leonardo. Teoria crítica, Democracia e Esfera Pública: concepções e usos na América Latina. **Dados, Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 703-728, 2004.

COSTA, Sergio. Movimentos sociais, democratização e a construção de esferas públicas locais . **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.12, n.35, 1997 .

\_\_\_\_\_. A democracia e a dinâmica da esfera pública. **Lua Nova**, São Paulo, n.36, p.55-65, 1995.

DOWBOR, Monika ; SZWAKO, José. Respeitável público... Performance e organização dos movimentos antes dos protestos de 2013. **Novos Estudos - CEBRAP**, v. 97, p. 43-55, nov. 2013.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Justiça e Conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **O Brasil Pós-Constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FERNANDES, Florestan. **A Constituição Inacabada**: vias históricas e significado político. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

GUIBENTIF, Pierre. **Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu**: une génération repense le droit. Paris: L.J.D.J., 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

\_\_\_\_\_. L'espace publique, 30 ans après. **Quaderni**, v. 18, n. 18, p. 161-191, 1992.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes,



2009.

\_\_\_\_\_. **Poder.** Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

MAUS, Ingborg. **O Judiciário como superego da sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELKEVIK, Bjarne. **Habermas, Légalité et Légitimité.** Québec: Presses de L'Université de Laval, 2012.

\_\_\_\_\_. **Droit e Agir Communicationnel: penser avec Habermas.** Paris: Buenos Books International, 2012.

NOBRE, Marcos. **Brasil, Juin 2013: Mouvement Social et Refus du «Blindage» de la Démocratie.** Tradução de Olivier Voirol. *Movements*, n. 76, p. 130-135, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma.** São Paulo: Companhia das Letras, 2013b.

PAPADOPOULOS, Yannis. **Democracy in Crisis: politics, governance and policy.** New York: Palgrave Macmillan, 2013.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

SADER, Emir. **Quando novos personagens entraram em cena.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os Tribunais na Sociedade Contemporânea: o caso português.** Porto: Afrontamento, 1996.

SCHATTAN, Vera; NOBRE, Marcos. **Participação e Deliberação: teoria**

democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

SCHERER, Ilse Warren. **Redes de movimentos sociais**. São Paulo: Loyola, 1996.

SCHIMIDT, Volker H. Modernidade e diversidade: reflexões sobre a controvérsia entre teoria da modernização e a teoria das múltiplas modernidades. **Sociedade e Estado**, Brasília, v.26, n.2, p.155-183, 2011.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper and Row, 1962.

SOUZA, Jessé. A sociologia dual de Roberto da Matta: descobrindo nossos auto-enganos?, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 47-67. 2001.

VIANA, Luís Werneck et al. **Judicialização da política e das relações sociais**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLAS-BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIZEU, Fábio; BIN, Daniel. Democracia deliberativa: leitura crítica do caso CDES à luz da teoria do discurso. **Revista de Administração Pública**, v.42, n.1, p.83-108, Fev., 2008.

Submetido em 02/03/2015

Aprovado em 22/06/2015

**Como citar:** RIBEIRO, Hélcio. **Democracia deliberativa, sociedade civil e reforma política no Brasil**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.33-50, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p33. ISSN 2178-8189.

## O direito social condensado em Gurvitch e o comunitarismo de Ezioni: notas acerca de uma interconexão possível

### THE SOCIAL RIGHTS CONDENSED INTO GURVITCH AND THE COMMUNITARIANISM OF EZIONI: NOTES ON A POSSIBLE INTERCONNECTION

\* Eliane Fontana

\*\* Ricardo Hermany

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo geral uma investigação acerca da possível interlocução entre o direito social condensado trabalhado pela teoria de Georges Gurvitch e a corrente filosófico-política contemporânea do Comunitarismo Responsivo, de Amitai Etzioni. Busca-se evidenciar se há conexões possíveis no que tange às variáveis de similitudes e divergências. Concluiu-se que, apesar das notáveis diferenças entre os seus autores, as teorias buscam algo em comum: a integração social numa ambiente democrático. O rechaço às posturas extremistas, que imprimem o individualismo é a força motriz para a construção de um direito autorregulado pela sociedade- por Gurvitch- e, também, por Etzioni, neste, para o desenho de uma Plataforma que perfila uma terceira via ao individualismo e ao social conservadorismo.

**Palavras-Chave:** Amitai Etzioni. Comunitarismo. Direito social condensado. Georges Gurvitch.

**Abstract:** This paper aims an investigation into the possible dialogue between the Social Right condensed by Georges Gurvitch's theory and the current philosophical and political streaming of the Responsive Communitarism of Amitai Etzioni. It seeks evidences for possible connections between the variables of similarities and differences. It was concluded that, despite the notable differences between the authors, the theories seek something in common: social integration in a democratic environment. The rejection of extreme positions, that print individualism, is the driving force to the construction of a self-regulated rights by the society [Gurvitch] and also by Etzioni, in which, to design a Platform that works like a third way to individualism and social conservatism.

**Keywords:** Amitai Etzioni. Communitarism. Condensed social right. Georges Gurvitch.

- \* Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora da Faculdade de Direito no Centro Universitário UNIVATES em Lajeado/RS. Membro do Grupo de Pesquisa Comunitarismo e Políticas Públicas, vinculado ao CNPq. E-mail: eliane.fontana859@gmail.com
- \*\* Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e Coordenador do Grupo de Estudos Gestão Local e Políticas Públicas (UNISC). E-mail: hermany@unisc.br

## INTRODUÇÃO

Num primeiro momento se trará algumas notas acerca da teoria do Direito Social Condensado teorizado por Gurvitch e o que ela proclama, em termos gerais, fundamentalmente no tocante à concepção de uma comunidade autorregulada. Na sequência, se abordará o comunitarismo de Etzioni, no que tange aos seus aspectos mais importantes, tais como a ideia de uma boa sociedade e os diálogos morais compartilhados pela comunidade.

No terceiro ponto a ideia é dar relevo aos aspectos em que ambas as teorias buscam comumente alcançar, notadamente no que se relaciona ao contexto social, cada qual ao seu tempo. Gurvitch, que viveu a primeira metade do século XX e mesmo antes de vivenciar a ideia de um *Welfare State*, construiu uma proposta que dá à sociedade as formas de buscar as promessas da modernidade. Já Etzioni, que inicia sua vida acadêmica na segunda metade século XX e tornou-se expoente de uma corrente filosófica chamada de comunitarismo responsivo, bem como construtor de uma proposta teórica com bases sociológicas fortes que se apresentada como terceira via, em favor da renovação do projeto do *Welfare State* – por ele vivido.

Veja-se que, entre as diferenças cronológicas é possível visualizar uma conexão entre ambas as propostas e que dá o contributo para estas notas iniciais sobre a investigação de correntes tão importantes para a atual reflexão acadêmica do direito. O trabalho é puramente bibliográfico e tem como fundamentação teórica as obras dos autores referendados, primordialmente.

### 1 O DIREITO SOCIAL CONDENSADO DE GURVITCH: A SOCIEDADE AUTORREGULADA

Para contrapor-se a todo um arcabouço levantado a partir da segunda metade do século XIX sob a ótica individualista, tanto social como jurídica, a teoria abordada na obra de Georges Gurvtich, chamada *La idea de derecho social*, visa trabalhar a comunidade autorregulada. O autor reforça de que cada grupo em si propõe uma forma promotora de uma espécie de direito, divorciada da ideia estatizada do mesmo. A vida interna de uma comunidade – seja ela qual for – é por ela regulada de maneira a não necessitar existir a coação direta como apanágio.

Em que pese à sinonímia, há que se fazer de início a ressalva de que o Direito Social trabalhado na perspectiva de Georges Gurvitch não se correlaciona com o desenho de Direito Social (Estado Social/Providência/Bem-Estar Social) delineado em meados do século XX, que foi,

*[...] históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos. No hemos de ver las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino más bien como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos del XX para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad, regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización (GARCÍA-PELAYO, 1996. p. 18).*

Todavia, após a o intento de força social pós-industrial, por ocasião dos princípios do Consenso de Washington, combinados entre os países centrais em meados dos anos 80 do século XX, e “impostos” pelas agências financeiras multilaterais<sup>1</sup> (como é o caso do Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio) instituiu-se outra perspectiva, agora neoliberalista da economia inculpada numa intervenção mínima do Estado (MARQUES, 2008). O consenso de Washington impunha, assim, a transição do *welfare* para o *welfare*. (SANTOS, 2000).

Muito além da ideia de direito social advinda do século XX a qual se destaca o Estado Providência mencionado, a promoção de direitos mais coletivizados é a proposta de Gurvitch, que busca um espaço normativo cognitivo, relacionado à comunicação e a interlocução dos membros internos de um grupo. Fala-se em comunhão, integração, autenticidade. Um direito que vem do todo, independente de hierarquia e organização, mas valorado no poder social que vem de dentro pra fora do seio de uma comunidade.

<sup>1</sup> Foi com certeza um o Estado-Providência, já que se sentenciava o fim desse modelo de Estado, através da privatização da segurança social, da diminuição da intervenção estatal e da substituição das políticas sociais por medidas residuais dirigidas especificamente para as situações mais extremas de pobreza.

Considera-se a existência de um direito de integração, de um direito gerado de maneira autônoma pela vida coletiva do grupo, integrando as suas tradições, as suas necessidades e as suas aspirações, sendo fundamental que haja uma correlação com os princípios constitucionais como mínimo referencial, o que implica a superação do binômio estatização/privatização por uma estratégia que privilegie um contexto de integração entre sociedade e espaço público estatal (HERMANY, 2007), em função de que Gurvitch propõe,

*[...] un derecho autónomo de comunión, que integra de forma objetiva cada totalidad activa real, que encarna un valor positivo extratemporal. Este derecho se deriva directamente del todo en cuestión para regular su vida interior, independientemente del hecho de que este todo esté organizado o in-organizado. El derecho de comunión hace participar al todo de forma inmediata en la relación jurídica que enana de él, sin transformar este todo en un sujeto separado de sus miembros. [...] El derecho social precede, en su fase primaria. A cualquier organización del grupo y no se puede expresar de forma organizada más que si la asociación está fundada en el derecho de la comunidad subyacente objetiva y penetrada por ella, es decir, cuando constituye una asociación igualitaria de colaboración y no una asociación jerárquica de dominación. (GURVITCH, 2005, p. 19).*

Bem como a construção de um paradigma intermediário, situado entre o procedimentalismo e o substancialismo<sup>2</sup>, ele é, basicamente,

*[...] um direito como fato social, que encontra sua legitimidade a partir da própria sociedade, estabelecendo-se nitidamente uma lógica reflexiva, segundo a categoria habermasiana<sup>3</sup>, pois os autores sociais*

<sup>2</sup> A diferença é trabalhada na obra de Hermany (2007, p. 75) “Nota-se, portanto, que nas duas propostas o texto constitucional, forte em seus princípios, ocupa posição destacada, havendo uma divergência, isto sim, em relação aos atores responsáveis por sua consolidação e atribuição de sentido. Enquanto os procedimentalistas enfatizam o papel da comunidade de intérpretes, os substancialistas reiteram a importância da atuação do Judiciário.”

<sup>3</sup> O direito idealizado por Gurvitch não está divorciado de umas das teorias mais estudadas acerca da democracia, que é a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. Para Habermas (2003, p. 25) as comunicações políticas, filtradas deliberativamente, dependem das fontes do ele chama de “mundo da vida” – de uma cultura política libertária e de uma socialização política esclarecida, especialmente das iniciativas de associações que formam opinião – as quais se formam e se regeneram quase sempre de modo espontâneo, dificultando as intervenções diretas do aparelho político. Assim, a teoria do discurso considera o sistema político como um sistema de ação ao lado de outros, mas não o principal e nem o centro da sociedade.

são simultaneamente autores e destinatários do direito (HERMANY, 2006, p. 30)

Assim, com base numa atuação reflexiva da sociedade, o direito encontra sua garantia no reconhecimento social, a partir da atuação engajada dos quadros sociais estruturados ou não (organizados ou não<sup>4</sup>). O *hecho social* tão difundido em Gurvitch seria a elaboração, pela sociedade, de normativas que regerariam a vida em comunidade. Se a sociedade se engaja para a construção de suas leis ela concorda e palpita na gestão pública dos ditames que ela mesma terá de cumprir, numa perspectiva de gestão compartilhada.

Como toda a teoria, naturalmente há análise crítica (limites) desse fenômeno do direito social, notadamente pelo fato de que, em se desenhando uma via normativa para a sociedade, se deixaria sem limites – e, portanto, com possibilidade de abusos – tal papel legiferante. Para tal, é necessário que haja um referencial mínimo capaz de garantir as conquistas sociais, sob pena do retorno ao paradigma liberal<sup>5</sup>, de acordo com Hermany (2006). Há também que se aferir a questão do poder do mercado globalizado: já que dominação exercida pelas ordens não-estatais relacionadas ao setor empresarial, além de superar o ordenamento estatal, desvinculando-se dos princípios constitucionais, impedem o direito oriundo das organizações de natureza social, como sindicatos e as convenções coletivas de trabalho (HERMANY, 2006, p. 37).

Ainda, no que concerne aos referenciais mínimos é preciso alertar que Um reducionismo alicerçado tão-somente num sentimento de solidariedade global, a partir do qual a sociedade estabelece a auto legislação e forma as decisões públicas, contraria frontalmente a ideia de direito reflexivo é na Constituição que se encontram os princípios informativos que devem ser concretizados a partir da atuação reflexiva da sociedade (HERMANY, 2006, p. 54).

Assim, o tipo de direito social que atenderia a esses anseios e daria azo a imposição desses limites seria, segundo Gurvitch, um Direito Social Condensado:

---

<sup>4</sup> Para Gurvitch (2005, p. 63) a ideia de um direito não organizado é “ *un derecho social independiente, ya que predomina sobre el derecho de la comunidad política y de su superestructura organizada, el Estado, al igual que sobre el derecho de la comunidad económica: él regula las funciones y competencias de éstos*”.

<sup>5</sup> Para Hermany (2006, p. 50), a elaboração autônoma de normas, através de uma arranjo comunicativo, amparada no princípio do discurso, não pode ser entendida como uma possibilidade ilimitada da sociedade, através de um somatório simplificado de vontades individuais.

[...] Si el “derecho constitucional” de la organización estatal está penetrado por el derecho social que se desprende de la comunidad política subyacente, hacemos referencia a un derecho social, derecho social consensado en el orden del derecho estatal por su ligazón con la coacción incondicionada. Si esta penetración no ha tenido lugar, si la organización del Estado es más o menos independiente de la infraestructura de la comunidad política subyacente, se trata entonces de un orden subordinado y non de un derecho social. (GURVITCH, 2005, p. 94).

Para o autor, essa concepção de direito social, que relativizaria a ideia de um direito social puro<sup>6</sup>, permitiria que se estabelecessem elementos de conexão entre o processo de coordenação e integração dos atores sociais no processo de organização da sociedade, sem se afastar das garantias mínimas inclusas no texto constitucional.

A noção intermediária propõe que as normas jurídicas emanadas pela sociedade se mostrem condensadas a uma estrutura de Estado Democrático e, sua efetivação, como ordem de integração social, está intrinsecamente relacionada à assunção pela sociedade de seu papel de sujeito ativo no processo de atribuição de sentido ao texto constitucional de um Estado Democrático (HERMANY, 2006).

O sentido de integração, para justificar a construção de um Direito Social Condensado é trabalhado por Gurvitch numa concepção de entrelaçamento de interesses entre os membros de uma sociedade,

*En el proceso de integración social se encuentran y se unen dos movimientos diferentes: el todo si integra a sí mismo mediante la integración de los miembros en su seno. [...] “Integrar “a un miembro en el “todo” significa: hacerlo participar en este todo como un elemento de generación de su totalidad y según los principios de su unidad, sin someter sin embargo el elemento integrado en un poder unilateral (GURVITCH, 2005, p. 22).*

<sup>6</sup> A forma pura de Direito Social- matriz da teoria de Gurvitch é impraticável no plano fático, tendo em vista as falhas do excesso de abertura à elaboração normativa – pela sociedade- enquanto somatório de vontades individuais, sem os limites necessários, e tendenciosa à volta do ideal liberal. O autor expõe sua ideia de pureza quando diz que [...]el derecho social puro debe cederle el lugar e inclinarse ante él. Exteriormente, esta sumisión se manifiesta por la clasificación del derecho social puro en los ámbitos del derecho privado, lo que denota que la oposición entre el derecho privado y el derecho público, dependiente del orden del derecho estatal, es aplicable a esta realidad jurídica. (GURVITCH, 2005, p. 70)



O que se pode verificar é que, para o autor, o envolvimento da sociedade na construção de normas que conviveriam em harmonia com o a produção legal do Estado Democrático, relevaria verdadeiramente suas vontades, tendo em vista de “o todo”<sup>7</sup> não pode diluir as inúmeras discussões contidas na coletividade que o processo formal de elaboração de normas acaba suprimindo. Nesse sentido, verifica-se uma sociedade como o sujeito ativo no controle das decisões públicas e na produção do Direito, objetivando a obtenção do consenso.

Nota-se que a sociedade desenhada por Gurvitch é um ideal de coletividade engajada e, acima de tudo, preocupada com a auto-organização de seu espaço. Esse é o ponto de toque entre a parte até aqui trabalhada e àquela que se vai desvelar no ponto seguinte: que tipo de sociedade e de relação (comunicação) é necessário para que se realize o Direito Social Condensado? De que tipo de sociedade se poderia pressupor? Talvez a resposta desse questionamento estaria nos estudos de Amitai Etzioni quando trabalha a ideia de uma boa sociedade. As regras que limitam o poder das comunidades, segundo Etzioni (2000, p. 50 -51), devem ser reduzidas de forma a eliminarem barreiras às comunidades e, além disso, removerem, também, barreiras aos Estados e aos mercados. A boa sociedade conceituada na obra *La terceira Via* consegue alcançar seu equilíbrio mediante as restrições que seus elementos se impõem entre si..

Para Etzioni (2000, p. 17), uma sociedade que não seja somente sociedade civil, mas uma boa sociedade, a qual alimenta as relações Eu-tu, com valores que buscam limitar os conflitos e as batalhas culturais e alcançar compreensões compartilhadas. Uma sociedade em que todos são tratados com respeito, onde todos têm condições de atingir seu mais completo potencial humano tem-se simultaneamente; direitos individuais e responsabilidades sociais para com todos.

Diante dessa possível conjectura de teorias que, ao final, podem vir a idealizar sociedades enobrecidas e autorregulamentadas, passa-se a discorrer de maneira mais específica para alguns conceitos chaves de Etzioni que encontrariam pontes nesse viés condensado de direito social de Gurvitch.

---

<sup>7</sup> Para Morais, “[...] Trata-se da noção de pessoa coletiva complexa que permite ao direito social a legitimidade democrática sem ofuscar os grupos e indivíduos que se comportam como atores da ação comunicativa, que permeia a construção do consenso na sociedade, não havendo, conforme Morais (1997, p. 33), diluição do membro na totalidade.”

## 2 A BOA SOCIEDADE EM ETZIONI: REFLEXÕES MORAIS COMPARTIDAS

A boa sociedade é equilibrada num tripé formado pelo Estado, o mercado e a sociedade, todos adequadamente sustentados e limitados. As pessoas são fins e não meios, portanto, falar em Etzioni, é falar em uma bagagem moral da sociedade. Trata-se da responsabilidade de todos e para todos, pois a exclusão social é fator de desagregação social e a boa sociedade é universalista, defendendo Etzioni, o mutualismo (ajuda a todos) face ao voluntarianismo (ajuda ao necessitado).

Os diálogos sociais – e a importância de estudá-los – são o pano de fundo de um fundamento ético: o bem estar da comunidade. Os direitos sempre implicam em responsabilidades correspondentes. E entre os direitos e as obrigações existem conflitos acerca dos limites e valores que os ligam. Será que se deve ter autonomia e direitos individuais ilimitados? Ou, ao revés, seria mais pertinente que a ordem social máxima se sobressaísse sob as vontades individualizadas? Para Etzioni, nem uma, nem outra. E, para este brevíssimo estudo, esta concepção interessa e vem a ser o foco na discussão acerca da sociedade descrita no ponto acima.

Nos estudos de Etzioni encontra-se um novo paradigma, qual seja, a nova regra de ouro<sup>8</sup>, baseada no equilíbrio entre ordem e autonomia<sup>9</sup>, onde a boa sociedade fomenta tanto os direitos individuais como as virtudes sociais (responsabilidades sociais). Isso porque “uma comunidade não é um lugar concreto, mas um conjunto de atributos.” (ETZIONI, 1999, p. 26). A boa sociedade não é o domínio dos deveres impostos, pois apesar da diversidade, isto é, das tensões entre as preferências pessoais, toda comunidade tem valores compartilhados, dos quais decorre a ordem comunitária de responsabilidades sociais fundadas em compromissos morais entre seus membros tornando-a legítima. Nas palavras do autor,

[..] *el paradigma comunitario propuesto aplica la noción de la regla del oro en el ámbito social para caracterizar la buena sociedad*

<sup>8</sup> A antiga regra de ouro seria a ide ade bem comum e ordem social e Etzioni defende sua releitura.

<sup>9</sup> Esses elementos relacionam-se “simbioticamente”, mas não se trata de que quanto mais ordem desenvolve uma sociedade menor será sua autonomia e o inverso e também não é uma questão de complementaridade. Os elementos se enriquecem mutuamente quando em conjunto, entretanto, quando um se sobressai o outro começa a diminuir e o equilíbrio desaparece e surge o antagonismo. (ETZIONI, 1999).

*como una sociedad que fomenta tanto las virtudes sociales como los derechos individuales. Yo afirmo que, más que la “maximización” de orden o de autonomía, lo que una buena sociedad requiere es un equilibrio mantenido entre uno y otra.* (ETZIONI, 1999, p. 24).

Inclusa na ideia de boa sociedade está a voz moral<sup>10</sup>, que se dá quando o comportamento de cada membro da comunidade reflete em prol da sociedade, no reconhecimento de certas condutas como socialmente saudáveis. Mas como se cultivaria tal voz moral? Através da educação, pelo consenso e pela relevância de diálogos morais (acerca de valores compartilhados). Afinal, a ordem legal é que alcança os indivíduos e não o contrário. Quem cumpre responsabilidades apenas porque a lei as impõe, na realidade, não as reconhece. Assim,

*[...] podría considerarse que la voz moral de la comunidad constituiría uno de los mejores antídotos en contra de un estado opresor, capaz de limitar la libertad de los individuos[...]. Por tanto, la sociedad no se sostiene porque existe la ley sino porque se encuentra respaldada por el amparo moral de la propia comunidad. De este modo, el orden se alcanza mediante los instrumentos normativos que tienen que ver con la educación y el consenso, apartados de los medios de coerción, propios de los sistemas totalitarios o de los procedimientos mercantiles, tradicionalmente desarrollados en las sociedades libertarias.* (SAN ROMÁN; PEDROSA, 2012, p. 47).

Ou seja, “as boas sociedades descansam muito mais na voz moral que na coerção.” (ETZIONI, 1999, p. 149). A voz moral é muito mais compatível com a autonomia individual do que a confiança na polícia, que é coercitiva. O direito não é a base primária da ordem, mas sim a continuação da moral por outros meios, sem moral as leis são inúteis. A voz moral, ainda que interna dos indivíduos só o é quando expressa na comunidade, esta é que confere a característica de voz moral. A comunidade então pode ser definida mediante duas características: um conjunto de relações carregadas

---

<sup>10</sup> Par Etzioni (1999, p. 150), a voz moral; “*es una forma peculiar de motivación: alienta a la gente a adherirse a los valores que suscribe. Es peculiar porque, a diferencia de las motivaciones típicas, no es la persecución de una liberación fisiológica o psicológica[...]. El sentido de afirmación que tiene la gente cuando se guía por valores es fundamentalmente distintos*”.

de afeto entre grupo de indivíduos e o compromisso com um conjunto de valores compartilhados, normas e significados. Por essas razões o principal estamento social não é o Estado e os atores principais não são os cidadãos, o estamento é a sociedade e os atores são seus membros.

Para o comunitarismo – corrente a qual Etzioni hoje é expoente- há momentos em que o “tudo ou nada” não trazem respostas, pois para certas decisões não há margem para se ceder. Como se resolveriam esses problemas? Por meio de diálogos morais. Os diálogos morais seriam uma espécie de comunicação acerca de valores, em relação às propostas normativas de uns para com os outros, ou seja, para com a comunidade. É dizer,

*[...] los diálogos morales son una conversación sobre los valores. Si un determinado principio es compartido por todos los que dialogan estamos ante un acuerdo y constatamos que estamos ante un valor compartido [...] El objetivo va más allá del mero consenso coyuntural, se busca el acuerdo sustantivo (SAN ROMÁN; PEDROSA, 2012, p. 45).*

E ocorrem através “*de un proceso de especial importancia para aquellos que persiguen la buena sociedad: diálogo moral. Éste consite en una conversación mutua, un “toma y daca” en el salen a colación no meros intereses e deseos, sino fundamentalmente valores*” (ETZIONI, 2001, p. 62). Tais diálogos se dariam por meio de três vias trabalhadas por Etzioni. Uma delas seria a busca de uma proibição a qual todos concordam e se sentem livres por tê-la como norma. Na sequência seria a criação de dois grupos com valores distintos, mas que buscam um objetivo comum. Por fim, a educação em valores, a persuasão e a liderança seriam caminho, muito embora o autor alerte que essa via seria a mais tênue e perigosa. Tais procedimentos seriam necessários por que os diálogos devem explorar

*[...] todas las vías posibles para llegar a acuerdos sobre el fondo de la cuestión, sin contentarse con el mero establecimiento de diversas formas para evitar el choque. Aunque, obviamente, estos procedimientos para impedir esas colisiones tienen una enorme importancia. (SAN ROMÁN; PEDROSA, 2012, p. 49).*

Também há que referir que os diálogos precisam ser regrados, e Etzioni coloca que uma das regras do jogo é que àqueles que se queixam deveriam

assumir a responsabilidade de debaterem. Na obra *La Nueva Regla del Oro* o autor expõe uma lista de referências que contribuem para determinar até que ponto uma sociedade é ou pode ser comunitarista, sob o ponto de vista de assegurar-se de que novas práticas e políticas sejam:

*Ante de todo, una sociedad comunitaria no adopta recursos coercitivos (como la policía, las cárceles y la regulación) a menos que sirvan para enfrentarles a un peligro claro y actual.*

*En segundo lugar, cuando las sociedades comunitarias se ven obligadas a actuar para contrarrestar un peligro claro y presente, deben comenzar por tratar de hacerle frete sin recurrir a medidas que restrinjan la autonomía.*

*En tercer lugar, en la medida que haya que introducir medidas que debiliten la autonomía, esas medidas han de ser lo menos intrusivas posible.*

*Por último, las sociedades comunitarias trabajan para minimizar los efectos colaterales – a menudo no intencionales – de la disminución de autonomía que entrañan las medidas que deban adoptarse en pro del bien común.*

*Un comunitario sostiene que la privacidad es un derecho individual que, lo mismo que otros, debe enmarcarse en un contexto socio histórico y sopesarse con las necesidades sociales de orden. (ETZIONI, 1999, p. 75).*

A perspectiva de comunitarismo, tal qual se concebe nos textos de Etzioni, um renomado sociólogo israelense, radicado nos Estados Unidos, precursor do comunitarismo responsivo, apresenta a formulação de uma teoria abrangente das dimensões fundamentais da vida em sociedade, como a política, a economia, a educação, a ética e a cultura, com o objetivo de mostrar uma visão alternativa de mundo, uma terceira via<sup>11</sup> em relação às concepções focadas no Estado e no Mercado (SCHMIDT, 2014, p. 4). Mas como seria essa terceira via?

Entre as linhas básicas da Plataforma encontram-se as seguintes: a importância da comunidade na existência humana; o indispensável

---

<sup>11</sup> Schmidt (2014, p. 8) destaca que “a clara opção pela terceira via, um caminho alternativo à esquerda e à direita norte-americana, sem deixar de contemplar valores centrais de uma e outra, especialmente as questões da liberdade e da autonomia individual, prezadas pela esquerda, e as da moral e da ordem, substanciais no ideário da direita”.

equilíbrio entre a liberdade e responsabilidade, entre o bem comum e a autonomia individual; o papel da voz moral frente ao Estado e ao mercado, exercido pela persuasão e pela educação; o fortalecimento da democracia através do incremento da representação, da participação e da responsividade da política em relação aos cidadãos; a centralidade dos valores e deveres cívicos, da ética na política; a afirmação da democracia forte, não apenas majoritária; a necessidade de repensar e apoiar a família, primeira linha de defesa da educação moral; a formação do caráter como papel principal da escola, segunda linha de defesa; a relevância do fortalecimento das comunidades e do espírito comunitário; a defesa da saúde pública; a perspectiva cosmopolita do comunitarismo responsivo. (SCHMIDT, 2014, p. 8).

A boa sociedade deve ser formada por relações entre pessoas (“eu-você”) e baseada no princípio de que as pessoas são fins e não meios (ETZIONI, 2001, p. 16). A ideia comunitarista contempla que os indivíduos têm direitos individuais e responsabilidade para com os demais membros da sociedade. A boa sociedade está alicerçada em três fundamentos: Estado, mercado e comunidade. A Terceira Via deve buscar o fortalecimento desses elementos<sup>12</sup> (ETZIONI, 2001, p. 17), sendo “*el camino que nos guia hacia la buena sociedad*” (ETZIONI, 2001, p. 19), ou seja, a ideia básica é a de que a comunidade visa o fortalecimento da boa sociedade.

A comunidade referida na obra *La tercera via*, tem correlação ao ideal de sociedade que se descreveu num primeiro momento neste ensaio como ambientada num Direito Social Social Condensado, idealizado por Gurvitch, na medida em que denota que os valores de uma boa sociedade são construtores de laços de afeto, de reconhecimento e de envolvimento na gestão pública.

Por fim, “*la idea de que una buena sociedad requiere formulaciones sociales del bien, de que requiere una “virtud republicana”, no parece nada extraordinario hasta que se advierte con qué tenacidad se oponen los individualistas a esos conceptos*”

<sup>12</sup> O público abrange a forma estatal e a não estatal. O polo privado diz respeito ao indivíduo, à família, ao particular. A meio caminho, o comunitário, terreno do bem comum, do coletivo, do público não estatal. Nesse enfoque, o setor público (estatal) é o conjunto de órgãos e empresas pertencentes ou controladas pelo Estado, que proporcionam bens e serviços públicos; o setor privado é o conjunto das empresas e organizações particulares, que se caracterizam pela apropriação individual do lucro; o terceiro setor é o conjunto das organizações e instituições criadas e mantidas pela sociedade, que proporcionam bens e serviços de interesse coletivo e cujos resultados são apropriados coletivamente (SCHMIDT, 2014, p. 24).

(ETZIONI, 1999, p. 113). Assim, ampliar a participação dos cidadãos na política tem a ver com a forma como eles decodificam e internalizam normas e valores em relação à política, ou seja, o tipo de cultura política. Em uma avaliação retrospectiva sobre a importância da cultura política na explicação dos fenômenos políticos e sociais, constata-se que ela era vista como algo secundário, negligenciando uma discussão mais aprofundada sobre seu papel na configuração de um sistema democrático e participativo (BAQUERO, 2003, p. 90).

Reforçando a importância da tese de Etzioni e a estima que seus estudos possuem por envolverem a questão comunitária, Schmidt, Helfer e Bora colocam:

[...] o pensamento de Etzioni ilumina, em parte, a própria lembrança compreendida. Sua importância está no fato de proporcionar uma base para pensar o tema da comunidade numa perspectiva democrática, de ordem social marcada pelo equilíbrio entre o indivíduo e a coletividade, de participação ativa dos indivíduos na definição dos assuntos públicos e de ordenamento sociopolítico marcado pelo equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado (SCHMIDT; HELFER; BORA, 2013, p. 16-17).

Veja-se que Etzioni diverge de Habermas, pois não concorda com o deliberacionismo, porque entende que os códigos morais não são fruto de consenso, de debate, de deliberação. Assim, mesmo que não se tenha deliberação, o componente moral vai estar, invariavelmente, presente, num genuína *“reelaboración de esa cultura moral voluntária sobre qué es lo que la comunidad tolera o censura”* (ETZIONI, 2001, p. 64). Poder-se-ia dizer: remoralizar a sociedade.

### **3 A POSSIBILIDADE DE INTERCONEXÃO ENTRE AS TEORIAS DE GURVITCH E ETZIONI: A INTERAÇÃO SOCIAL COMO DEBATE COMUM**

Neste último ponto é primaz que se realcem, inicialmente, as pretensas diferenças entre as teorias (de direito social condensado e a comunitarista) no que tange ao modo como elas veem e estudam a interação da sociedade cada qual ao seu tempo.

Antes de tudo, cabem listar aqui ao menos sob dois âmbitos, algumas diferenciações (sociais e cronológicas) entre os autores destacados neste

breve estudo.<sup>13</sup> Primeiro, o fato de que, em ambos há (cada qual em sua teoria), sob uma ótica social, uma luta contra o individualismo. Em Etzioni, o autor explica, em sua obra, que, de maneira geral, os individualistas são as linhas de pensamentos liberais, os quais sustentam “*que cada persona debería formular su propia virtud y que las políticas y las costumbres publicas sólo deberían reflejar los acuerdos que los individuos realizan voluntariamente*” (ETZIONI, 1999, p. 31). Em Gurvitch, autor que edificou toda uma teoria no direito de integração, notadamente, o individualismo é rechaçado, pois “*excluye lógicamente a la justicia de la ética, es universalismo unilateral, por el contrario, confunde completamente la justicia en el ideal moral*” (GURVITCH, 2005, p. 107). A teoria liberal maximiza a figura do homem-singular, único capaz de julgar seus interesses (MORAIS, 1997, p. 32) e tal premissa distancia-se totalmente da ideia fulcral de ambas teorias.

Outra perspectiva de relevo é a apartada cronologia de vida dos dois autores. Um, Gurvitch, russo de nascimento, naturalizado francês em 1928. Licenciado e doutor em direito por Sampetesburgo/Petrogrado. Participou, com Lenine, na revolução bolchevique de 1917. Refugiou-se nos Estados Unidos durante a II Guerra Mundial. A partir de 1949 ensinou sociologia na Sorbonne, retomando a tradição de Émile Durkheim. Faleceu em 1965. Ou seja, sua realidade e sua construção teórica deram-se na primeira metade do século XX.

Amitai Etzioni é um sociólogo radicado nos Estados Unidos, possui hoje 85 anos e a construção de sua teoria tem como cenário a segunda metade do século XX, mais especificamente os anos oitenta. Assim, veja-se que Etzioni, na realidade, vivenciou mais de perto a cena altamente individualista (americana), pois que ambientado no berço do liberalismo. No caso de Etzioni, sua teoria nasceu mais fortemente a partir da década de noventa do século XX, e tem como influencia os pensadores clássicos da sociologia, como Bubber, Weber, Durkheim, Parsons, bem como Taylor, Sandel, Walzer e MacIntyre e, destes últimos, constrói a relevância da comunidade e do bem comum, a visão de que o liberalismo não contempla.

O desafio de falar em interação tem muito a ver com esses paradigmas, afinal, é natural que o impulso de Etzioni em formular uma teoria comunitarista

---

<sup>13</sup> É claro que não cabem investigações de pesquisas mais profundas dadas as parcas laudas deste artigo, mas servem apenas para localizar o leitor no tempo em que elas foram construídas (e, no caso de Etzioni, em franca construção).



deu-se numa época em que não era mais justificável a postura altamente arraigada numa concepção puramente particular. Para ele:

*El desafío al paradigma comunitario estriba en señalar las vías por las que se pueden mantener los lazos de una comunidad más extensa si eliminar las comunidades miembro. En muchos sentidos, la formación sociológica requerida es similar a la necesaria en las relaciones entre un individuo y una comunidad individual: autonomía antes limitada que sin trabas.* (ETZIONI, 1999, p. 227).

A formação sociológica acima descrita é a questão relacional aqui discutida: que se daria “*como redes sociales en las que los individuos están unidos entre sí por relaciones que cruzan dicha comunidad en todas direcciones, no por relaciones entre uno y otro individuo*”. (ETZIONI, 1999, p. 153). As comunidades exigem laços de afetos, valores morais em comum (ETZIONI, 2000, p. 24). A transmissão de valores morais é finalidade principal da comunidade. Os grupos baseados somente no interesse são categorizados como grupos de interesse e não comunidade, pois não consideram as pessoas fins em si mesma.

É necessário ver a democracia como gestora de um conjunto de oportunidades e o uso destas requer um estudo diferente que aborde a prática democrática e dos direitos políticos. A democracia não é panaceia (SEN, 2000). As realizações da democracia dependem não só de regras e procedimentos, mas também do modo como as oportunidades são usadas pelos cidadãos, o que, por sua vez, dependerá de vários fatores como o vigor da política multipartidária e o dinamismo dos argumentos morais e da formação de valores. (SEN, 2000, p. 183)

Em Gurvitch a integração social está presente a todo tempo, pois urge que a sociedade que se emancipa, vê seu espaço reconhecido e ali se une para criar normas que vivem ao lado das normativas formais tem, sim, um espaço livre e democrático no seu entorno. Assim,

*En el proceso de integración social se encuentran y se unen dos movimientos diferentes: el todo si integra a sí mismo mediante la integración de los miembros en su seno.[...] “Integrar “a un miembro en el “todo” significa: hacerlo participar en este todo como un elemento de generación de su totalidad y según los principios de su unidad, sin someter sin embargo el elemento integrado en un poder unilateral.* (GURVITCH, 2005, p. 22).

Direito é o direito da “transpessoalidade” e da democracia e se contrapõe ao direito individual, atrelado às ideias de coordenação. O direito como ordem de integração aparece como categoria central na teoria do direito social de Gurvitch, afastando qualquer possibilidade de subordinação, de dependência de organização, pois está fundado sobre a confiança compartilhada pelos membros do grupo, pelo esforço comum e pela ajuda mútua (MORAIS, 1997, p. 53).

Sem necessidade de coerção, subordinação e mesmo de organização, os *atos normativos* são construídos pela sociedade sob o prisma de justiça e ao ideal moral. Aqui se localiza a diferenciação das teorias: quando da construção da teoria do direito social, Gurvitch foi vanguarda em idealizar uma tentativa de gestão social de noções de justiça num âmbito local, vez que sua visão de mundo (primeira metade do século XX) era de necessidade de a comunidade unir-se para criar valores de justiça.

Num ótica bem diferente, Etzioni, mais tarde, já tendo vivido o excessivo individualismo norte americano, teorizou que houvesse uma terceira via, divorciada do mercado e do Estado, onde a sociedade (a boa sociedade), por meio de diálogos morais (reflexões morais compartilhadas) pudesse ser uma alternativa comunitária, sem procedimentos, cujo fundamento ético seria o seu bem estar. Chega-se ao comunitarismo responsivo (comunitário que dão respostas<sup>14</sup>), teoria bastante sedutora, pois baseada na ponderação e equilíbrio de fatores. Trata-se de um comunitarismo engajado politicamente – movimento intelectual. Projeta uma renovação da sociedade, onde a comunidade não é mais importante que o indivíduo, pois se deve buscar um equilíbrio entre direitos individuais e o bem comum. A principal finalidade do comunitarismo de Etzioni é a construção da boa sociedade, na qual as pessoas se tratam como fins e não como instrumento para atingir outros fins<sup>15</sup>. Portanto, o imperativo da boa sociedade é a harmonia entre Estado, comunidade e mercado. (SCHMIDT; HELFER; BORBA, 2013, p. 38).

Veja-se que, em Gurvitch, os procedimentos poderiam ser uma extensão de sua teoria, pois propõe um direito como fato social, que encontra

<sup>14</sup> A escolha do adjetivo responsivo (responsive) deu-se no contexto das preocupações em se diferenciar de outras formas de comunitarismo, particularmente do modelo comunista e do modelo asiático. Enquanto aquele se caracterizou pelo viés estatizante e coletivista, este, segundo Bell (2009 apud SCHMIDT, 2014, p. 8-9), distingue-se pela ênfase na família, na harmonia social e na precedência do social, sendo que ambas as perspectivas rejeitam os valores liberais da autonomia individual, da sociedade civil e das liberdades políticas.

<sup>15</sup> O autor fala das relações Eu-nós, sem deixar de considerar as relações eu-coisas.

sua legitimidade a partir da própria sociedade, estabelecendo-se nitidamente uma lógica reflexiva, segundo a categoria habermasiana, pois os autores sociais são simultaneamente autores e destinatários do direito. Por assim, dizer, “o direito encontra sua garantia no reconhecimento social, a partir da atuação reflexiva dos quadros sociais estruturados ou não”. (HERMANY, 2007, p.31).

Por sua vez, para o comunitarismo, o viés não é a proposta legiferante, mas um caminho alternativo às duas posições já consolidadas (e extremas) do individualismo do mercado e da ordem social do Estado. Essa busca não dá por meio de deliberações e consensos (atuação reflexiva), mas de uma plataforma construída de consolidações prospectivas assim estabelecidas, como vimos no ponto anterior:

As comunidades exercem uma função moral fundamental. Além da voz moral interior (pessoal), há a voz moral comunitária, exterior ao eu e que pode reforçar a voz pessoal. Ao compartilhar e reafirmar os valores comunitários, estimulando os seus membros a orientarem sua conduta por eles e censurando-os quando não o fazem, as comunidades são elementos indispensáveis para a precedência dos meios normativos sobre os meios coercitivos. Quanto mais eficazes são os meios normativos, menor é a necessidade de coerção. Investigações empíricas mostram que há forte conexão entre vínculo afetivo e voz moral (SCHMIDT, 2014, p. 8).

Vê-se que a proposta comunitarista não traz os procedimentos como possibilidades, mas, a relevância do fortalecimento dos vínculos das comunidades como base de sua plataforma. Em que pese este estudo não ser completo (e nem buscar sê-lo), denota-se que, apesar dos diferentes momentos das construções das teorias aqui levantadas, elas convergem na questão da interação social, na necessidade de romper com ideias particularistas.

A relevância em abordar as teorias é notar que, em ambas, há uma busca pela aproximação da sociedade, mesmo em papéis apartados. Antes mesmo de o pretense nascimento de um Estado Social<sup>16</sup>, Gurvitch um direito social que tinha como pressuposto uma auto-regulação comunitária,

---

<sup>16</sup> Em que pese ser vasto o estudo acerca do Estado Providência (*Welfare State*), é imperioso destacar aqui que fora “a instituição política inventada pelo capitalismo para (tentar) compatibilizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento do sistema capitalista” (STRECK, 2007, p. 22).

convivendo com a normatização estatal, a fim de buscar romper com o paradigma liberal-individualista. O desenho de sociedade pretendida por Gurvitch, contida numa ambiência de Estado Democrático e uma proposta ativa num processo de elaboração de fatos normativos cujo fulcro é reger a vida em comunidade.

Por sua vez, a boa sociedade, trabalhada por Etzioni, embora não referendadora de construção normativa no ambiente social, traz consigo um projeto ideológico apresentando-se como terceira via, em favor da renovação do projeto do welfare state e, “no terreno da política interna norte-americana, o movimento colocou-se como alternativa aos excessos dos neoconservadores por um lado e dos libertários por outro. Economicamente, faz a defesa do mercado regulado por valores sociais, opondo-se claramente ao neoliberalismo” (SCHMIDT, 2014, p. 9). Esta, talvez, seja a maior aproximação da busca de ambos os autores: a reconstrução de um projeto de Estado Social que, de fato, nunca houve e jamais correspondeu as promessas sociais alicerçadas na sua “ideia” propositiva.

Em ambas a democracia está presente. Para Etzioni, as sociedades democráticas costumam ser menos opressoras porque as pessoas podem escolher os grupos a que desejam pertencer, porém isso não é uma verdade inafastável. (ETZIONI, 2000, p. 25). Para Gurvitch, enfim, somente na constância de uma democracia haveria um direito como integração, um direito interior.

Por fim, como fecho a este ensaio, há que se reforçar que a aproximação maior de ambas as teses é a ideia de democracia. O sistema democrático é o único que pressupõe o convívio das diferenças. E por trás da diversidade de concepções avultam valores políticos – igualdade e liberdade – sem os quais perde a razão de ser. A liberdade é fundamento e limite da democracia, eis que a liberdade não pode ser posta em causa e a maioria é somente conjuntural. (MIRANDA, 1996, p. 194).

A busca pela emancipação social e a integração da sociedade é a busca para a transformação dos estados das coisas, em cada momento histórico onde as teorias foram erigidas. A ideia de democracia representativa esteve presente desde a Idade Média, embora sua conceituação tenha surgido com o Estado Contemporâneo Constitucional. Com o passar dos tempos, passou-se a diagnosticar insuficiências em seu modelo, e, desde antes da promulgação da Constituição de 1988 já se visualizava a adoção da democracia participativa. Mas quando o modelo representativo de

democracia se esgota? Algumas causas de esgotamento são consenso entre os cientistas políticos, como, por exemplo, a fragilidade da formação dos representantes, a concentração de poderes no Poder Executivo, a corrupção, a ausência de uma formação política por parte dos eleitores, e muitas outras.

A contribuição do comunitarismo é relevante para a revitalização democrática. O fortalecimento das comunidades é requisito para o fortalecimento da comunidade política, serve-lhe de apoio e espaço de desenvolvimento de habilidades cívicas. As comunidades se formam e se fortalecem no espaço público, constituindo-se em contraponto às tendências individualistas das sociedades atuais. Ao destacar a importância do bem comum, o comunitarismo responsivo não relega a autonomia individual, e sim enfatiza a necessidade do equilíbrio entre indivíduo e comunidade.

Por sua vez, ao se debruçar sobre a teoria gurvitchiana depara-se com um avanço em relação ao simples papel regulador e promotor do bem estar social, dando azo a uma autorregulamentação comunitária que convive com a normatização estatal, e, portanto, ambientada sofisticadamente na ideia democracia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou articular, primeiramente a teoria de Georges Gurvitch acerca do Direito Social condensado, explicitando alguns referenciais importantes que permeiam o papel da sociedade naquele enfoque. Na sequência foi trabalhado algumas notas sobre a teoria de Amitai Etzioni, chamada de comunitarismo responsivo e seus referenciais. Por fim, o ensaio tratou de aproximar as questões comuns em que as teorias- cada qual construída em seu tempo- debatem, para , traçar algumas interconexões.

Em que pese o desenrolar em apertadas laudas, concluiu-se que, apesar das notáveis diferenças entre seus autores (incluindo a cronologia de vida), as teorias buscam algo em comum: a integração social numa ambiente democrático. O rechaço às posturas extremistas, que imprimem o individualismo é a força motriz para a construção de um direito autorregulado pela sociedade- por Gurvitch- e, também, por Etzioni, pra o desenho de uma Plataforma que perfila uma terceira via ao individualismo e ao social conservadorismo.

Pode-se dizer que a concepção de Gurvitch acerca do direito social permite que se estabeleçam elementos de integração entre o processo de

coordenação e integração dos atores sociais no processo de organização da sociedade, ambientados num Estado Democrático enquanto o estudo do comunitarismo traz consigo algumas premissas que só fortalecem a ambiência democrática, tais como a precedência da comunidade sobre o indivíduo, a oposição ao individualismo (e ao gigantismo estatal) e a primazia dos valores pessoais sobre os valores de mercado.

A construção do ideário comunitarista implica uma mudança na educação atual dos cidadãos, nas formas de comportamento e no desenvolvimento de valores, estimulando pluralidade, a convivência pacífica, as práticas responsáveis de relacionamento e de solidariedade. Nesse mesmo sentido, para a construção de um Direito Social Condensado – os cidadãos para gestarem conjuntamente seus espaços por meio de uma legislação social – a ideia de cidadãos autônomos e reflexivos (autoeducação) permanece.

## REFERÊNCIAS

BAQUERO, Marcello. Construindo uma outra sociedade: o capital social na estruturação de uma cultura política participativa no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 21, p. 83-108, nov. 2003.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n21/a07n21.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

ETZIONI, Amitai. **La nueva regla de oro: comunidad y moralidad em una sociedad democrática**. Barcelona: Paidós, 1999.

ETZIONI, Amitai. **La tercera via hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo**. Sagasta: Trotta, 2000.

ETZIONI, Amitai. **La tercera vía hacia una buena sociedad: propuestas desde el comunitarismo**. Madrid: MinimaTrotta, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GURVITCH, Georges. **La idea de derecho social. Noción del sistema de derecho social, historia doctrinal desde el siglo XVII**

**hasta el fin del siglo XIX.** Tradução de José Luis Monereo Pérez e Antônio Márquez Prieto. Comares: Granada, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade II.** 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERMANY, Ricardo. **(Re)discutindo o espaço local:** uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc: 2007.

MARQUES, Jaqueline. A reconfiguração do estado-providência. **Gestão e Desenvolvimento**, Viseu, n. 15-16, p. 105-119, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Ciência política:** formas de governo. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan. **A Idéia de direito social:** o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SAN RÓMAN, José Antonio Ruiz; PEDROSA, Leticia Porto. Conflicto ético, diálogo e intervención social: la propuesta de “diálogos morales” de Amitai Etzioni. **Comunitania:** Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales, Madrid, v. 3, p. 44-53, Enero 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. Contexto e princípios de uma discussão sobre as políticas sociais em Portugal. In: Seminário Europeu Políticas E Instrumentos De Combate À Pobreza Na União Europeia: A Garantia De Um Rendimento Mínimo, 2000, Almansil. **Actas...** Almansil: Presidência Portuguesa da União Europeia, 2000.

SCHMIDT, João Pedro; HELFER, Inácio; BORBA, Ana Paula de Almeida de. **Comunidade e comunitarismo:** temas em debate. Curitiba: Multideia, 2013.

SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 91, mar. 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em ‘Crise Uma explosão hermenêutica da construção do Direito’**. 7.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Submetido em 06/04/2015

Aprovado em 18/07/2015

**Como citar:** FONTANA, Eliane; HERMANY, Ricardo. **O direito social condensado em Gurvitch e o comunitarismo de Ezioni: notas acerca de uma interconexão possível**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p. 51-72, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p51. ISSN 2178-8189.



## Complexidade, globalização e regulação jurídica: a conduta das empresas transnacionais e suas possibilidades de normatização

### COMPLEXITY, GLOBALIZATION AND JURIDICAL REGULATION: CONDUCT OF TRANSNATIONAL COMPANIES AND THEIR NORMATIVE POSSIBILITIES

\* Mateus de Oliveira Fornasier

\*\* Luciano Vaz Ferreira

\* Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestrado em Desenvolvimento, Especialização em Direito Ambiental e Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) todas pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, (UNIJUI). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). E-mail: mateus.fornasier@gmail.com

\*\* Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais (UFRGS), com período de pesquisa na American University (Washington, D.C., EUA). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professor Colaborador do Mestrado em Direito e Justiça Social (FURG). Pesquisador do Grupo PRISMA (UFSM) e do Centro de Estudos e Pesquisas sobre Corrupção (UNESP). Pesquisador associado do Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBE GEF), com sede em Portugal. Membro da Red Internacional de Juristas para a Integración Americana (RIJIA), com sede no México. E-mail: lvazferreira@gmail.com

**Resumo:** A análise das possibilidades de regulação da conduta das empresas transnacionais em um cenário hipercomplexo e policontextual, caracterizado pela pluralidade de possibilidades normativas, é o objetivo principal deste artigo. Seu problema de pesquisa é: de que modo é possível afirmar que a conduta de tais empresas é regulável por ordens jurídicas originadas nos mais diversos contextos? Como hipótese, apresenta-se que são reguláveis juridicamente não apenas em ordens nacionais ou internacionais, mas a partir de ordens jurídicas não estatais, mediante um Direito socialmente originado, não decorrente diretamente do Estado.

**Palavras-chave:** regulação jurídica; globalização; empresas transnacionais.

**Abstract:** The analysis of possibilities of regulation of conduct of transnational companies in a hypercomplex and polycontextual, characterized by the plurality of normative possibilities, is the main objective of this article. Its research question is: how is it possible to affirm that the conduct of such companies can be regulated by juridical orders originated in very diverse contexts? As its hypothesis, we presented that they can be regulated not only by State juridical orders, through a socially originated Law, that is not directly related to the State.

**Keywords:** juridical regulation; globalization; transnational corporations.

## INTRODUÇÃO

O século XX, peculiarmente, se caracterizou pela emergência de empresas transnacionais (ETNs), ocorrência esta que se estende, inclusive, até o início do século XXI – relacionando-se intimamente à globalização. Trata-se de grandes atores cujas comunicações e atos transbordam os tradicionais limites estatais, refletindo-se em uma multiplicidade concomitante não apenas de locais, mas também de vários sistemas sociais (Economia, Política, Mídia de Massa, Ciência, Tecnologia e Direito, etc.).

É bastante relevante estudar, atualmente, as implicações sociojurídicas correlatas a estes novos atores internacionais. As ETNs podem ser entendidas como “qualquer empresa que possui sede em um país e opera em, pelo menos, um país estrangeiro” (WILKINS, 1993, p. 24). Tais organizações se compõem de várias outras empresas estabelecidas em conglomerados cujo âmbito comunicativo (e de produção de sentido) transborda tradicionais limites estatais, sendo dotadas de fluidez tão característica e marcante que, muitas vezes, a regulação exercida apenas pelo poder normativo de entes nacionais ou internacionais não se demonstra eficaz (TEUBNER, 2012, p. 110). As tentativas de regulação da conduta das ETNs mediante normas estatais e internacionais não têm apresentado sucesso, pois se constituem, na maioria das vezes, de meras recomendações. Mas a pesada crítica pública, espalhada globalmente pela mídia, combinada à ação expressiva de movimentos e organizações da sociedade civil tem impulsionado o desenvolvimento, pelas próprias ETNs, de seus códigos de conduta corporativa. Tais códigos privados são aparentemente voluntários e pouco precisos, almejando o estabelecimento de boas relações (para com os consumidores, a opinião pública, etc.). As empresas, com tais normas, se comprometem imprecisamente a regular suas próprias condutas conforme padrões relacionados às áreas objeto de pressão.

O objetivo geral deste artigo é analisar, assim, as possibilidades normativas relacionadas à conduta das ETNs, em um ambiente social hipercomplexo e policontextual – marcado pela multiplicidade de formas comunicativas e deontológicas de mundo. Nesta senda, se dispõe a responder a seguinte questão: como se pode afirmar que as ETNs podem ter suas condutas reguladas por ordens jurídicas das mais diversas origens? A hipótese que busca responder este problema é a seguinte: os comportamentos de tais atores são juridicamente normatizáveis (termo considerado mais amplo em significados, aqui preferível à noção de disciplina,<sup>1</sup> pois esta se reportaria a contextos jurídicos passados

<sup>1</sup> Acerca da *Sociedade Disciplinar* e da superação da predominância do seu modelo, ver Foucault (2004) e Deleuze (2007).

bem delimitáveis no tempo e no espaço, mormente ligados ao caráter repressivo)<sup>2</sup> não apenas pelo Estado ou suas interações (tratados internacionais, convenções, etc.) mas também por normatividades não estatais, atinentes a um Direito socialmente emergente e independente da ação estatal.

Desenvolveu-se este texto em quatro partes. Inicialmente se contextualiza, em linhas gerais, a questão em torno da hipercomplexidade e da policontextualidade, sendo relevante, para isto, que é difícil sustentar, atualmente, qualquer argumentação sobre a regulação jurídica de âmbitos complexos que se disponha a considerar exclusivamente uma normatividade de lógica estatal, pois há possibilidades lógicas e comunicativas atuais que, em razão da sua fluidez, a estatalidade – mas isto não quer dizer que o Estado tenha sido relegado à obsolescência, ou a uma situação crítica incontornável e derradeira.

Após isto, trata-se de possibilidades territoriais e extraterritoriais de regulação das ETNs. Isto servirá para demonstrar que, apesar de não ser mais a única voz significativa a normatizar condutas na sociedade, o Estado ainda tem crucial importância regulatória – todavia, é necessário rever o seu papel a partir de um ponto de vista que considere a complexidade atual.

Em seguida, o terceiro momento deste trabalho se destina a refletir sobre algumas experiências de regulação da conduta de ETNs por normas de Direito Internacional já implementadas. Com isto, argumenta-se para delinear alguns óbices práticos e teóricos que esta importante via encontra na prática.

Finalmente, intenta-se apresentar, seguindo-se o raciocínio contextualizado na policontextualidade, na hipercomplexidade e no chamado pluralismo jurídico, os programas normativos internos de conduta das ETNs como verdadeiras ordens jurídicas não estatais – dada a complexificação social e procedimental que estas práticas têm assumido. Com isto, programas internos de *compliance*, decorrentes, em grande medida, de pressões sociais, bem como outras formas de regulação de condutas destes atores, são apresentadas.

## **1 POLIVOCIDADE E PLURALIDADE: REPENSAR A LÓGICA JURÍDICA A PARTIR DA COMPLEXIDADE E DA MULTIPLICIDADE DE CONTEXTOS**

A ideia dos operadores e estudiosos do Direito segundo a qual a lei (estatal), de forma simplista e errônea, é eficiente o suficiente para abranger um período de tempo futuro de longa duração, deve ser desmistificada. O tempo

---

<sup>2</sup> Sobre o contexto espaço-temporal do Direito Repressivo, ver Wilke (1999).

da sociedade pós-moderna é rápido e instantâneo, decorrido por meios de comunicação de alta tecnologia e rapidez – enquanto os juristas adstritos à visão linear e estatalista da Modernidade continuam presos à univocidade do texto escrito. Nota-se, portanto, uma defasagem significativa entre as noções de tempo e sociedade na dogmática jurídica e a atual experiência social; um grande paralelismo temporal, dado que os juristas programam normas para longas durações, mas elas não duram, muitas vezes, dias (ROCHA, 2003, p. 197). Aliás, não é rara a aprovação de leis pelo Poder Legislativo quando a matéria dos seus Projetos já está totalmente transformada, na realidade, em relação ao texto (surgindo, assim, leis “nascidas velhas”).

Também ocorre, nestes idos, um paralelismo espacial. No mesmo passo que o tempo se torna instantâneo, o espaço se relativiza para as comunicações velozes e deslocamentos economicamente interessantes, mas pode bloqueado com base em antigas justificativas de soberania quando necessário (fluxos migratórios de refugiados e pessoas economicamente desinteressantes) (BAUMAN, 2005, p. 81-116). Duas lógicas territoriais, portanto, convivem: uma que pouco considera as fronteiras jurídico-política soberanas – noção que simplesmente se esvazia de sentido nas comunicações e resultados (e.g. fluxos de dados pela rede mundial de computadores e danos ambientais), e que demonstra serem os Estados incapazes de afirmar sua autoridade diante de novos entes dotados de poder (ETNs, organizações criminosas, etc.) –; e aquela que, principalmente, na política e no Direito se reafirma, quando necessário (persecução de crimes; tributação e regulação de entes e fatos incapazes de se eximirem da lógica estatal).

Agrava-se esta questão a configuração não apenas uma dualidade de lógicas de tempo-espaciais, mas sim, de uma multitude de formas de normatividade e comunicação. Globalmente ocorre uma grande fragmentação de origens de emissões comunicativas sobre várias matérias, em muitas lógicas diversas. A (re)configuração do Direito na globalização está relacionada com a expansão das possibilidades de escolha proporcionada pela complexificação social decorrente da evolução de formas estratificadas de diferenciação social para formas funcionalmente diferenciadas. Este aumento de complexidade torna muito mais contingentes os contextos nos quais cada subsistema funcional opera e decide. A multiplicidade de centros de racionalização de sentido neste cenário faz com que, na esteira da globalização, não mais se pode atribuir uma existência causal unitária aos acontecimentos sociais.

Ademais, a acelerada fragmentação característica desta época torna permeáveis as fronteiras territoriais para as comunicações.

O Direito também é afetado por esta descrita fragmentação, de tal modo que seu funcionamento efetivo dependa das suas relações para com as outras instâncias sociais. Ou seja, o (sub)sistema jurídico (co)evolui com racionalidades diferentes (de outros sistemas sociais), num cenário em que o Estado não mais detém a univocidade de emanação normativa social. Uma pluralidade de atores sociais diferenciados em papéis e culturas emerge, redundando numa pluralidade de fontes normativas e de sujeitos de direito mercedores de proteção especial (consumidores, refugiados, hipossuficientes, etc.) (ROCHA; ATZ, 2010, p. 109).

Observa-se, com isto, um *pluralismo jurídico*, que se relaciona à multiplicidade de âmbitos comunicativos produtores de normatividade jurídica. O pluralismo jurídico é a “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos e consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo a sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais” (WOLKMER, 2001, p. 219).

Prova-se a multiplicidade de ordens jurídicas antagônicas e sobrepostas era bastante encontrável no Direito pré-Estado-Nação, particularmente no Medievo, em que conviviam manifestações normativas concorrentes, oficiais e não oficiais (e.g. costumes locais, foros municipais, estatutos das corporações de ofício, ditames reais, Direito Canônico e Direito Romano) (WOLKMER, 2001, p. 184). Com a centralização do Direito na figura do Estado moderno o fenômeno jurídico passou a ser identificado necessariamente com os atos estatais, negando-se a juridicidade das manifestações não estatais.

No século XX, sociólogos do Direito tais como Ehrlich (1986), Boaventura de Sousa Santos (2000) e Wolkmer (2001) trouxeram novamente a ideia de que o “Direito não se confunde com o Estado”, sendo possível a coexistência entre ordens jurídicas não estatais ainda hoje. Na mesma linha, Teubner (2003), baseando-se em Luhmann (2004), desenvolve a ideia de “policontexturalidade”, segundo a qual o “Direito é fragmentado em um pluralismo em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações” (ROCHA, 2009, p. 18). Sousa Santos exemplifica o pluralismo jurídico contemporâneo: nas regras de um núcleo familiar; na *lex mercatória*; no Direito indígena (povos tradicionais); no Direito paralelo das comunidades das favelas brasileiras; e, principalmente para os propósitos deste trabalho, nos códigos de conduta empresariais autoproduzidos (SANTOS, 2000, 1987).

Tal defasagem fática vem na esteira de uma defasagem teórica: a complexidade do mundo faz com que este não mais suporte uma lógica única. Enquanto a lógica aristotélica seria monocontextual (LUHMANN, 1995, p. 61), pois conforme ela apenas o “ser” e o “não ser” são possíveis (ou algo é conforme determinada lógica, ou não o é, de forma que uma terceira opção não seria possível). Esta racionalidade – adstrita a apenas uma contextualidade – se demonstrou muito importante para a história do pensamento, mas se queda insuficiente em um cenário hipercomplexo, repleto de variedade de formas de comunicação, bem como de centros emissores de normatividade (GÜNTHER, 2004, p. 3-4).

Diversas lógicas e códigos comunicativos seriam possíveis em tal ordem de coisas, o que demonstra a emergência de várias *contextualidades*, cada qual com seu respectivo código binário “conforme/em desconformidade” – mas que observam uns aos outros. Neste passo, verifica-se uma estrutura multinivelada de lógicas extremamente complexa. “Uma contextualidade é um domínio lógico de uma estrutura estritamente valorada em dois valores, e sua abrangência é determinada pelo uso do TND [Lógica “Tertium Non Datur”, sem terceiro elemento possível]”; mas quando se considera que o Universo deve ser observado como uma “intersecção de um número ilimitado de contextualidades duplamente valoradas” (GÜNTHER, 2004, p. 6), está-se diante de uma pluralidade de contextualidades – ou seja, uma situação de *policontextualidade*.

Esta ideia poderia ser desenvolvida um pouco mais para além, quando se toma conhecimento da noção de racionalidade transversal para uma conversação entre sistemas. A destruição seria o destino da sociedade moderna multicêntrica, formada por múltiplas esferas conflitantes entre si, se não desenvolvessem mecanismos intervinculantes que possibilitam o aprendizado e a influência recíprocas – os acoplamentos estruturais, os quais viabilizam as interferências entre diversos subsistemas sociais. Estes mecanismos, verdadeiras interpenetrações entre sistemas comunicativos, filtram (excluindo certas influências e facilitando outras) e promovem as influências e os estímulos intersistêmicos recíprocos de maneira duradoura, estável e concentrada, sem que os sistemas mediante eles acoplados percam suas características autônomias (LUHMANN, 1996, p. 121). Aliás, configura-se uma simultânea relação de independência e dependência entre tais sistemas, visto que suas estruturas “passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo

indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa” (NEVES, 2009, p. 35).

Os acoplamentos estruturais permitem a construção de *racionalidades transversais* (WELSCH, 2000) entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial, pois são mecanismos que estabelecem intercâmbios de experiência entre diferentes racionalidade parciais, as quais, “conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo” (NEVES, 2009, p. 38).

Identificar acoplamentos estruturais entre sistemas revela-se estratégia de grande valia num cenário policontextural e hipercomplexo, em que emergem não apenas sistemas comunicativos diferenciados, mas também diversas ordens de caráter normativo; não apenas ordens normativas, mas ordens jurídicas; não apenas ordens jurídicas estatais – ou dependentes da lógica estatal, tais como ordens internacionais (correlatas aos tratados internacionais) e supranacionais (da qual é exemplo significativo a União Europeia), mas também ordens jurídicas não estatais (formadas por laços contratuais entre empresas, numa contexto em que ETNs impõem, via contrato, a seus fornecedores, os próprios códigos de conduta corporativos). O simples raciocínio impositivo linear de uma ordem soberana estatal a condutas dos privados pode ainda perdurar, mas não mais se verifica como absoluta (de modo como fora outrora).

Sempre que dois sistemas comunicativos interconectam, esta interconexão os torna capazes de desenvolver seus próprios mecanismos de aprendizado e influência estáveis e mútuos. Dessa forma, tem-se que os acoplamentos estruturais constituem racionalidades transversais parciais, sendo que cada uma dessas racionalidades está estruturalmente vinculada às racionalidades particulares, parciais (sistêmicas) confrontadas – sendo, portanto, pontes de transição específicas (NEVES, 2009, p. 42).

O entrelaçamento entre o Direito e outros sistemas sociais, ou entre várias *ordens jurídicas* diferenciadas, que permite a construção de uma racionalidade transversal pelo aprendizado recíproco e pelo intercâmbio criativo pode ser denominado Constituição transversal (NEVES, 2009, p. 115). Este conceito implica em externalização e internalização de informações entre os mais diversos sistemas sociais funcionais que primariamente se reproduzem com fundamento em códigos binários de diferentes formas de comunicação.

Identificam-se, assim, relações entre ordens jurídicas diversas, que ocorrem no interior do mesmo sistema funcional da sociedade mundial atual, o

Direito – no qual se diferenciam ordens diferenciadas e subordinadas ao mesmo código binário (direito/ não direito), mas com programas e critérios diferentes. Esta diferenciação interna entre ordens jurídicas – que vai para além da segmentação entre ordens estatais – não vem a significar que tais ordens se encontrem desconectadas: há a ligação, por exemplo, entre ordens estatais e internacionais pelo instituto da ratificação; entre ordens estatais, o Direito Internacional Privado tem desenvolvido mecanismos conectivos também.

É peculiar, no entrelaçamento das diversas ordens jurídicas, o fato de haver relativa independência da mediação do sistema político em seu estabelecimento. No âmbito jurídico, são relevantes as “pontes de transições” desenvolvidas diretamente a partir dos respectivos centros dos seus sistemas (os juízes e tribunais) (LUHMANN, 2004, p. 293). Com isto, tem-se que não apenas a sociedade mundial, mas também seu Direito é multicêntrico – e os centros das demais ordens jurídicas constituem periferia para o centro de uma dada ordem (NEVES, 2009, p. 117). O caráter multicêntrico, com certa possibilidade de comunicação entre centro(s) e periferia(s) de maneira a constituir aprendizado, pode se dar entre as mais diversas categorias de ordens: entre Cortes estatais, entre Cortes estatais e internacionais, etc. Mas este diálogo entre centros não pressupõe uma cooperação permanente entre eles, já que vários conflitos são perceptíveis na práxis.

Tem-se, assim, que diferentemente da noção clássica de constitucionalismo, por exemplo (no qual era possível delimitar as problemáticas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais e da limitação e organização estatal às fronteiras nacionais), a noção atual do caráter constitucional (o que pressupõe não apenas a constituição de Estados e organizações interestatais, mas também a emergência de novos centros comunicativos de normatividade jurídica, como aquelas que decorrem das ETNs) exige atualmente a consideração da constitucionalização por outras ordens jurídicas (as que versam sobre Direitos Humanos, por exemplo). Deve-se referir a constitucionalismos nacionais, internacionais, supranacionais e transnacionais – os quais dialogam de maneira a estabelecer processos de aprendizado (seja em situações de cooperação, seja em situações de conflito entre ordens) (NEVES, 2009, p. 119-121).

## **2 AINDA O DIREITO ESTATAL: IMPORTÂNCIA NA REGULAÇÃO DAS ETNS**

Apesar de toda a fluidez com que as ETNs operam (o que colocaria suas comunicações, quase automaticamente, no império da lógica acelerada



e relativizadora do espaço e do tempo), ainda não se pode absolutizar esta posição – já que, em decorrência do próprio *gap* entre a lógica fluida e a lógica pretensamente bem delimitada no tempo e no espaço decorrente da soberania –, o fato de uma empresa ser caracterizada como transnacional não a coloca automaticamente em uma espécie de “limbo jurídico”, habitando em lugar imaginário na qual a *longa manus* das jurisdições estatais jamais alcança. Todas ETNs submetem-se, no mínimo, a duas ordens jurídicas: do país onde foram constituídas e mantém a sua sede (“país de origem”) e do local onde exercem as suas atividades (“país hospedeiro”). Ambos Estados possuem a liberdade de utilizarem o seu Direito interno (também chamado de nacional ou doméstico) e os mecanismos que garantem a sua aplicação, com objetivo de regular o comportamento destas entidades.

Em primeiro lugar, uma ETN é sempre compelida a adaptar-se ao Direito de um país hospedeiro. Tal situação advém da própria ideia de soberania, que concede a prerrogativa de cada Estado zelar pela ordem em seu território. Neste cenário regulatório, seria possível defender que bastariam que os países hospedeiros aprovassem legislações de controle da atividade empresária e aplicassem contra ETNs da mesma maneira que fazem com as empresas de atuação exclusivamente interna. Com a adesão da proposta por todos os países hospedeiros onde as ETNs exercem suas atividades, cada qual desempenhando o papel de controlar as atividades comerciais que ocorrem em seu território, diminuiriam as possibilidades de condutas indesejadas por estas entidades.

Pensar assim, no entanto, é simplificar o problema. Achar que mais de 200 países, com capacidades, realidades e interesses diversos, fiscalizarão estas empresas da mesma maneira, de forma espontânea e sem qualquer estímulo externo, é utópico, para não dizer ingênuo. Existe hoje uma acirrada disputa por atração de investimento estrangeiro direto que pode forçar a diminuição dos *standards* regulatórios, em uma espécie de “corrida para o fundo” (*race to the bottom*)<sup>3</sup> (GUZMAN, 1998, p. 671-674). De maneira óbvia, o Estado que está

---

<sup>3</sup> A *race to the bottom* (“corrida para o fundo”) ocorre quando os países, em um ambiente de competitividade, não regulam determinadas condutas, passando a tolerar práticas ilícitas para se tornarem mais competitivos. No longo prazo, piora a condição de todos os participantes. Em busca de tornar-se receptor de empresas estrangeiras e investimento externo direto, um Estado pode tornar a sua legislação menos rigorosa e mais permissiva a atividades ilícitas, como no caso da proteção ao meio ambiente, na qual é possível diminuir os requisitos para a concessão de licenças. O problema é que em um ambiente de grande competitividade internacional, muitos países podem ser compelidos a seguirem o exemplo e enfraquecerem seus padrões normativos ainda mais.

buscando incessantemente hospedar uma ETN dificilmente promoverá o endurecimento de seus mecanismos de controle em seu território, com medo de ser preterido na hora da escolha. Neste contexto e por estas razões, não se pode esperar grandes feitos por parte dos Estados hospedeiros.

Isto abre a possibilidade para que a regulação da conduta das ETNs ocorra partindo da ação dos Estados investidores, ou seja, aqueles onde estão sediadas estas empresas (DEVA, 2012, p. 50-51). Como estes Estados investidores se beneficiam economicamente desta relação, deveriam ter a responsabilidade de assegurar que suas ETNs não atuem em detrimento do Estado hospedeiro (SORNARAJAH, 2010, p. 159). Outro aspecto positivo é que se trabalharia com um número muito mais reduzido de países e que são detentores de capacidade de impor sanções efetivas. Esta proposta baseia-se na possibilidade de extensão extraterritorial da norma nacional para ações realizadas em país estrangeiro.

Brownlie (1997, p. 321-326) colaciona cinco formas dos Estados exercerem o controle jurídico de condutas. A primeira delas baseia-se no “princípio da territorialidade”: os Estados controlam todas as ações que ocorrem em seu território; trata-se de uma decorrência de sua soberania. Apesar de a territorialidade ser a regra geral, não existe proibição para um Estado que deseja, unilateralmente, criar norma de natureza extraterritorial que regule condutas realizadas no exterior, desde que haja um elemento de conexão que ligue este fato ao seu interesse nacional e não viole a soberania de outrem. No contexto da “extraterritorialidade”, pode recorrer-se ao “princípio da nacionalidade” ou “da personalidade ativa”, no qual a norma regula as ações realizadas por seus nacionais (pessoas naturais e jurídicas) produzidas no exterior. Pauta-se na ideia de que os cidadãos devem lealdade ao seu país de origem (PIETH, 2007, p. 270). Além disso, pode vincular-se ao “princípio da personalidade passiva” ou “da nacionalidade da vítima”, no qual se reprime atos praticados por estrangeiros contra nacionais no exterior; ao “princípio protetor” ou “da segurança”, no qual os Estados fiscalizam as ações praticadas no exterior que possam afetar a sua segurança; e por fim, ao “princípio da universalidade”, no qual a natureza grave da conduta impõe que todos os membros da comunidade internacional a reprimam<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Conforme Robinson (2001, p. 16), “o princípio da justiça universal é baseado na noção de que certos crimes são tão danosos aos interesses internacionais que os Estados podem – ou até mesmo são obrigados a – processar o infrator, independentemente do local do crime ou da nacionalidade do agressor ou da vítima”. Delitos como pirataria, escravidão, crimes de guerra, crimes contra a paz, crimes contra a humanidade, genocídio e tortura enquadrar-se-iam nesta categoria (MACEDO, 2001, p. 29).

O exercício da extraterritorialidade é limitado pela vedação de interferência na soberania de outros Estados. Sendo assim, os Estados não estão autorizados, sob o pretexto de cumprir uma norma jurídica nacional de abrangência extraterritorial, adentrar em território estrangeiro sem o consentimento e realizar atos soberanos, como medidas que necessitam de poder de polícia ou jurisdição (PIETH, 2007, p. 269). Em outras palavras, a abrangência extraterritorial da norma nacional não é proibida, podendo regular fatos ocorridos no exterior, mas a sua aplicação e efetivação, que implicam a realização de mecanismos sancionatórios, terá que ser feita dentro de sua circunscrição territorial. Por exemplo, se alguém viola uma norma nacional de um país enquanto está no exterior, na ausência de qualquer cooperação interestatal, só poderá ser coagido a cumprir pena, seja civil ou criminal, quando adentrar no país que emitiu a norma.

O exemplo mais tradicional de extraterritorialidade pode ser encontrado no Direito Criminal. Neste sentido, é possível existir uma legislação que estabeleça punição de crimes realizados por nacionais no exterior, ou ainda por estrangeiros contra nacionais. Há também os casos que envolvem crimes contra altos funcionários do governo (como chefes do executivo) durante sua estada no exterior, ou que atentem, de alguma forma, contra o patrimônio do Estado, como por exemplo, na produção de danos a bens de representação diplomática. Conforme Sornarajah (2010, p. 165), nos países de tradição jurídica de raiz romano-germânica é relativamente comum dispor em seus códigos criminais a extensão extraterritorial da lei penal de acordo com estes moldes<sup>5</sup>. Na mesma linha, observa-se a existência de legislações que punem nacionais que utilizam serviços de prostituição infantil no exterior. Estas normas estabelecem que o controle de tais condutas não deva ser feito somente no local onde a prostituição existe, geralmente de estrutura estatal deficitária e ineficaz, mas também pelos países onde se originam os turistas<sup>6</sup>.

Nesse passo, não existe óbice para a elaboração de normas nacionais que permitam o controle das operações das ETNs no exterior pelos Estados de origem (investidores). Trata-se de uma alternativa interessante, uma vez que existe uma tendência natural dos países hospedeiros evitarem a regulação, principalmente por medo de perderem investimentos (SORNARAJAH, 2010,

<sup>5</sup> Além do Brasil (art. 7º), existe legislação semelhante em Portugal (art. 5º), França (do art. 113-6 ao art. 113-12), Alemanha (título I, § 5º) e Argentina (art. 1º).

<sup>6</sup> É o caso da legislação na Suécia, Austrália, Canadá, Reino Unido e Estados Unidos (NICHOLS, 2000, p. 643).

p. 169). Os principais exemplos vêm dos Estados Unidos. O Direito estadunidense permite que sejam punidas práticas anticoncorrenciais realizadas por afiliadas no exterior<sup>7</sup>, desde que causem efeitos no mercado dos EUA. Também existem leis norte-americanas nos mesmos moldes que proíbem empresas de negociarem com países considerados como inimigos (MUCHLINSKI, 2007, p. 115).

Nas últimas décadas, com base na *Alien Torts Claim Act – ATCA* (“Lei das Ações Cíveis Movidas por Estrangeiros”), que permite que estrangeiro ingresse com ação civil de indenização no judiciário norte-americano por descumprimento de Direito Internacional, ETNs (dos EUA e estrangeiras) estão sendo processadas nos EUA por violações de Direitos Humanos no exterior<sup>8</sup>. O ingresso de vários casos em cortes norte-americanas<sup>9</sup> e as possíveis condenações decorrentes acarretariam a consolidação do controle extraterritorial da conduta destas empresas, no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos. Outros países seguiram o exemplo dos EUA e passaram a exercer jurisdição sobre as ações de suas ETNs no exterior a partir de construções jurisprudenciais, como é o caso da Austrália, Países Baixos e Reino Unido. Após anos de batalhas judiciais, em abril de 2013, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a *ATCA* não é aplicável a atos realizados no exterior, devendo o descumprimento de Direito Internacional ter ligação com o solo norte-americano, sob pena de ocorrer uma violação de soberania estrangeira, em uma tentativa de barrar o elevado número de ações propostas nos últimos anos.

<sup>7</sup> O precedente é o caso *United States v. ALCOA* de 1945. Na ocasião, vários produtores de alumínio de diferentes acertaram um acordo de cartel na Suíça. Uma empresa norte-americana participou por meio de sua afiliada canadense. Apesar de o ilícito ter se consumado no exterior, a Suprema Corte entendeu que a violação da legislação antitruste praticaria efeitos diretos e substanciais nos EUA (FARIA, 1990, p. 27).

<sup>8</sup> Neste contexto, a base jurídica está no direito costumeiro e pactício internacional voltado à proteção da pessoa humana que os Estados Unidos está submetido, como a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

<sup>9</sup> Em *Doe v. UNOCAL* discutiu-se a atuação de uma ETN norte-americana em Mianmar, que supostamente patrocinou torturas e trabalho forçados. Em *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, o processo foi contra uma empresa transnacional de capital britânico e holandês pela participação em um massacre de manifestantes contra a instalação de uma fábrica em Ogoni, Nigéria. Em *Bowoto v. Chevron Corp.* as acusações foram direcionadas a uma afiliada de empresa norte-americana também pelo uso indevido da força na Nigéria. Em *Sarei v. Rio Tinto* nacionais de Papua Nova Guiné processaram a empresa transnacional de origem britânica e australiana por terem apoiado ações violentas do governo. Em *Wang Xiaoning v. Yahoo!* chineses processaram a empresa de serviços de internet por terem repassado informações ao governo chinês, que prendeu e torturou os usuários por atividades supostamente subversivas. Em *Sinaltrainal v. Coca-Cola Company* os autores acusaram engarrafadores de refrigerante na Colômbia de colaborarem com as forças paramilitares em atos de violência contra membros de sindicato.

### 3 ETNS E DIREITO INTERNACIONAL: (CRÍTICA ÀS) PROPOSTAS JÁ EXISTENTES

O entendimento sobre a necessidade de controle das atividades das ETNs pelos países-sede não deve ser visto, contudo, como uma descoberta de uma fórmula mágica. É fácil reconhecer, em tese, a existência de uma obrigação destes países em fiscalizarem suas ETNs, difícil é operacionalizar esta afirmativa. Visto que a previsão da extraterritorialidade de suas normas é um ato unilateral que parte do próprio Estado no exercício de sua soberania, não há nada que simplesmente force a fazê-lo. Há uma forte tendência dos Estados poderosos economicamente permanecerem inertes, com objetivo de proteger as práticas comerciais de suas ETNs, ainda que estas ações prejudiquem os hospedeiros.

Conforme Nichols (2000, p. 628) existe uma dificuldade em se pensar na regulação de ETNs apenas sob a lógica exclusiva do Direito nacional. Enquanto as estruturas empresárias são formadas sem qualquer consideração com as barreiras políticas, o Direito nacional enfrenta os obstáculos fronteiriços. No mesmo sentido, Muchlinski (2007, p. 115) entende que existe um descompasso entre a amplitude gerencial e operacional das ETNs e o alcance jurisdicional do Estado que procura regulá-las. A estratégia de utilização dos Direitos nacionais aplicados de forma territorial ou extraterritorial enfrenta o problema da assimetria destas manifestações jurídicas. Não há nada o que assegure que os Estados irão efetivamente coibir estas condutas e, caso o façam, não existem garantias de que seguirão o mesmo padrão regulatório. A utilização do Direito Internacional pode representar o afastamento da dependência de medidas unilaterais estatais e a construção de um regime jurídico multilateral capaz de coibir as más condutas empresárias em qualquer lugar do mundo. Neste contexto, seriam depuradas as pretensões individualistas dos Estados quanto ao tema, buscando-se uma situação favorável para a comunidade internacional.

Historicamente, o Direito Internacional foi criado para regular a conduta dos Estados e garantir a coexistência pacífica no plano internacional (SHAW, 2010, p. 37). Difere do Direito nacional na produção e aplicação de normas, uma vez que não existe aqui um órgão externo centralizado, restando aos próprios Estados a realização da sanção, tal qual o Direito de uma sociedade primitiva<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Nas palavras de Weil (1983, p. 413-414), “como todo mundo sabe, o sistema normativo internacional [...] é menos elaborada e mais rudimentar que as ordens jurídicas domésticas – o que, é claro, não significa que é inferior ou menos ‘jurídico’ que eles: são apenas diferentes”. No direito de uma sociedade primitiva, o indivíduo que tinha seus interesses juridicamente protegidos violados estava autorizado pelo próprio ordenamento jurídico a tomar as medidas coercitivas previstas. É a autotutela ou justiça pelas próprias mãos. Com a organização da estrutura estatal, a autotutela deixou de ser permitida no direito doméstico e a sanção passou a ser aplicada por esta estrutura centralizada e externa. Não existe tal órgão nas relações entre Estados (KELSEN, 1986, p. 72).

A partir de sua expansão e desenvolvimento, o Direito Internacional contemporâneo não se preocupa apenas com as relações interestatais, mas também com a conduta dos Estados frente aos indivíduos. Questões que antes eram consideradas como domésticas e submetidas apenas ao Direito interno, como Direitos Humanos e Direito Ambiental, encontram-se submetidas a normas internacionais (SHELTON, 2006, p. 162)<sup>11</sup>. Hoje, qualquer assunto pode ser suscetível de regulação pelo Direito Internacional desde que seja de interesse da comunidade internacional (KELSEN, 2010, p. 250). Neste contexto, não existem óbices para a criação de normas internacionais com objetivo de regular as ETNs.

A operacionalização desta norma, entretanto, é um desafio. Ainda que a norma internacional seja voltada para indivíduos (ou uma coletividade, no caso a empresa), não é possível afastar a figura do Estado deste processo. Não se pode esquecer que são os Estados, e não as ETNs, os sujeitos de Direito Internacional (ALVAREZ, 2011, p. 34). Conforme Shaw (2010, p. 186), a razão disso reside nas falhas que as ETNs apresentam nos principais testes para averiguação de personalidade jurídica internacional, como a capacidade de celebrar tratados internacionais, o amplo acesso a tribunais internacionais e a possibilidade de ser punida por eles. Em relação ao segundo requisito, observa-se que existe um acesso limitadíssimo a dois tribunais, no entanto, as ETNs participam apenas como autores e nunca como réus, o que demonstra a natureza incompleta no cumprimento do pretense requisito<sup>12</sup>. Assim, na presença de norma internacional de matéria relacionada às ETNs são os Estados, os sujeitos internacionais, que possuem a obrigação internacional de garantir direitos e exigir deveres desta estrutura empresarial que opera em seu território, utilizando-se de seus mecanismos coercitivos (NASSER, 2006, p. 90).

Não existe impedimento para que um Estado aplique diretamente uma norma internacional em ETNs. Contudo, com a expansão do Direito Internacional em direção a novos temas (tidos tradicionalmente como domésticos), é comum encontrar normas internacionais incompletas (KELSEN, 2010, p. 493), que

<sup>11</sup> Conforme Shelton (2006, p. 162) até o século XX, praticamente todos os tratados eram bilaterais e dispunham apenas de relações jurídicas interestatais, como relações diplomáticas, direito marítimo, comércio e extradição. Hoje, o número de instrumentos internacionais cresceu exponencialmente e regulam vários assuntos, geralmente de maneira multilateral.

<sup>12</sup> O primeiro é o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos), corte arbitral ligada ao Banco Mundial que busca resolver lides envolvendo investimento estrangeiro. O segundo é o *Iran-United States Claim Tribunal*, instituição criada mediante acordo entre Irã e Estados Unidos para resolver os conflitos envolvendo a nacionalização de ativos norte-americanos após a Revolução Iraniana.

exigem a conversão ou criação de Direito interno, com objetivo de permitir as devidas adaptações de acordo com a realidade jurídica do Estado vinculado. Aqui, o Direito Internacional pode ser um instrumento para reforma do Direito e das instituições nacionais, possibilitando a absorção de experiências jurídicas testadas em outros países e difundidas mediante o consenso da comunidade internacional. Caso o procedimento legislativo interno não seja realizado, dita cláusula do tratado fica prejudicada até que as medidas legislativas nacionais sejam tomadas. Enquanto as normas domésticas não são criadas, cabe aos demais Estados avaliarem a situação do cumprimento do tratado e realizarem pressões políticas para que o país signatário tome as devidas providências. Um exemplo de norma internacional que carece de execução automática são os tratados que versam sobre Direito Penal e crimes transnacionais<sup>13</sup>. Incapazes de criminalizarem condutas, pois seria uma afronta à soberania nacional, limitam-se em criar a obrigação para os Estados de alterarem a sua legislação penal de acordo com o tratado, de modo a uniformizar a repressão penal frente a crimes de interesse internacional.

É necessário analisar qual fonte de Direito Internacional seria a mais adequada para tratar sobre ETNs. O costume internacional, prática reiterada de atos aceitos como Direito pelos Estados, foi a única fonte durante séculos, quando o Direito ainda era predominantemente não escrito (MALANCZUK, 1997, p. 36). Com o tempo, a partir dos processos de codificação do Direito, os Estados passaram a firmar acordos escritos estipulando normas jurídicas a serem observadas pelos signatários, na forma de tratados internacionais. Ainda que não exista hierarquia entre as duas fontes, não se pode negar que a clareza e estabilidade que é inerente a um documento escrito alçaram o tratado internacional à posição de principal recurso jurídico, vide o crescimento exponencial de número de acordos nos últimos dois séculos e o processo de codificação dos costumes internacionais. Uma norma jurídica com temática afeita às ETNs parece ser mais compatível com uma manifestação pactícia, pois bastaria o consenso dos Estados para a sua criação.

No entanto, as tentativas de criar um tratado internacional definitivo sobre a responsabilidade das ETNs fracassaram. Os tratados bilaterais de investimento, que poderiam dispor sobre o assunto, estabelecem apenas direitos às ETNs

<sup>13</sup> É o caso da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seu Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes; Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados; Convenção para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, e as convenções internacionais e regionais contra a corrupção, que serão estudados com detalhes ao longo da pesquisa.

(como proteção ao investimento e garantia de reparação econômica em caso de expropriação), sem a materialização de obrigações das estruturas empresárias frente ao Estado hospedeiro. Na década de 70, após o não cumprimento das promessas de desenvolvimento econômico e social do processo de liberalização do investimento estrangeiro direto, muitos países periféricos adotaram uma postura crítica em relação às ETNs, vistas como instrumento de uma dominação econômica e intervenção política (KELLER, 2008, p. 255). A propagação do modelo neoliberal nos anos 90 tornou os países mais interessados em atrair investimento estrangeiro direto a qualquer custo e menos preocupados com as possíveis consequências negativas destes empreendimentos, o que sepultou a criação do tratado internacional.

As pesquisas realizadas nas últimas décadas têm incluído uma nova fonte jurídica de Direito Internacional, nomeada de *soft law* (“Direito suave” ou “flexível”). De acordo com Nasser (2006, p. 25), são normas de “linguagem vaga, ou de noções de conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras”. Uma característica sua que contrasta com as outras normas (classificadas como *hard law*, “Direito duro” ou “inflexível”) é o afastamento de métodos tradicionais de coerção para o seu cumprimento, fundamentados em sanções, preferindo apostar em mecanismos mais brandos, estimulando, por exemplo, a prática da mediação e conciliação (NASSER, 2006, p. 25). Por vezes, parecem não ter aplicação obrigatória, preocupando-se mais em “sugerir” ou “orientar” a melhor conduta a ser adotada pelo destinatário, capaz de produzir a menor lesão social possível, do que prever uma consequência clara para o descumprimento da norma. Apesar de o conceito não se limitar ao Direito Internacional, o *soft law* costuma ser associado a esta manifestação jurídica.

Shelton (2006, p. 180) classifica como *soft law* qualquer instrumento internacional escrito que descreve condutas e princípios importantes a serem adotados pelos Estados, sem contudo, dispor sobre sanções diretas em caso de inobservância. Ao contrário dos tratados internacionais (de natureza de *hard law*), são normas não vinculativas, não podendo ser exigido juridicamente o seu cumprimento pelos demais membros da comunidade internacional. Tal atributo é particularmente interessante aos Estados, que podem aderir à norma sem o medo de descobrirem-se incapazes de cumprir seus dispositivos no futuro. Aqui, destaca-se a sua flexibilidade, que não exige procedimentos formais para criação e alteração, ao contrário dos tratados internacionais. Podem ser citados como



exemplos de normas internacionais de natureza de *soft law* as manifestações não obrigatórias de organizações internacionais; códigos de conduta ou “leis modelos” emitidos por estas instituições; e declarações conjuntas de vários países ao final de um encontro. O Direito Internacional Econômico e o Ambiental têm sido as principais áreas que recepcionaram as práticas de *soft law* (SHAW, 2010, p. 93).

Muitas normas internacionais de *soft law* são acompanhadas por mecanismos de monitoramento gerenciados pelos aderentes ao documento. Em um procedimento de “avaliação mútua entre pares”, os Estados registram as violações e avaliam o cumprimento do *soft law* pelos colegas, ao mesmo tempo em que são avaliados. Ao final, discutem os desafios a serem enfrentados e as possíveis medidas a serem tomadas para o aperfeiçoamento das condutas. Isto demonstra o caráter educativo do *soft law*, ao invés de concentrar-se na punição dos infratores, busca meios alternativos de sanção (CHINKIN, 1989, p. 862), operando em uma zona cinzenta entre Direito e Política internacionais (MALANCZUK, 1997, p. 54). Na manutenção de um canal de diálogo e negociação, a sanção torna-se indireta, na forma de pressão e constrangimento exercido pelos demais pactuantes cumpridores da norma.

Um ponto importante diz respeito à interação dinâmica entre o *soft law* e os instrumentos pactícios. É comum a edição prévia de normas de *soft law* como teste de aceitação de regras e princípios para depois elaborar um tratado internacional sobre o assunto. Outra função interessante é a criação de tratados internacionais que estipulam apenas aspectos jurídicos gerais, deixando para o *soft law* o seu detalhamento (SHELTON, 2006, p. 181). Evita-se, assim, o desgaste político na elaboração de emendas ou um novo instrumento pactício, deixando o Direito Internacional mais flexível, dinâmico e adaptável às mudanças. É imperativo ressaltar que o *soft law* também conserva o mesmo ímpeto transformador dos tratados internacionais em relação as ordens internas dos países vinculados, podendo estimular o surgimento de novas experiências de Direito nacional.

Os movimentos contestadores da década de 70 podem não ter sido capazes de criar um tratado internacional, mas impulsionaram o desenvolvimento de *soft law* inédita sobre o assunto. Em 1976, a OCDE elaborou as “Diretrizes para Empresas Multinacionais”. No ano seguinte, foi criada a “Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social” da OIT, que possui como objetivo difundir o respeito ao Direito do Trabalho pelas ETNs. Em 2003, a ONU criou as “Normas sobre a Responsabilidade das

Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos em Relação aos Direitos Humanos”. Tais normas de *soft law* dispõem sobre o dever dos Estados em proteger pessoas de violações de Direitos Humanos praticados por empresas, inclusive atos ilícitos produzidos no exterior, no que tange às ETNs domiciliadas em seu território.

Muchlinski (2007, p. 110) observa que, no que diz respeito à temática de regulação da conduta de ETNs, existe uma predominância no uso do *soft law* em comparação com os tratados internacionais. O autor defende que esta escolha não é arbitrária e segue interesses econômicos dos Estados investidores. Em temas sensíveis para este grupo, como comércio internacional e investimento estrangeiro direto, as fontes jurídicas apresentam natureza formal e obrigatória (*hard law*), como é o caso dos instrumentos bilaterais de proteção ao investimento estrangeiro direto. Em outra banda, no que se refere às questões ligadas à responsabilidade das ETNs frente às sociedades onde atuam, predominam-se fontes de caráter informal e de observância facultativa no plano internacional (*soft law*).

O que transparece é que as potências dominantes das relações internacionais apesar de exigirem práticas de responsabilidade corporativa no seu ambiente interno, relutam em garantir que suas ETNs não vão se comportar de maneira inadequada nos Estados hospedeiros, com medo que isto possa prejudicar seus interesses comerciais (KAMMINGA; ZIA-ZARIF, 2000, p. 7-8). A cobrança crescente da sociedade civil internacional, cada vez mais consciente da má conduta das ETNs, culminou na criação de algumas experiências normativas de natureza de *soft law*. Tais iniciativas, no entanto, parecem, por vezes, ser “cortinas de fumaça” para mascarar o problema, uma vez que os países ricos evitam claramente o reconhecimento de responsabilidade empresária por meio de normas imperativas de *hard law* (SORNARAJAH, 2010, p. 146-149). Na mesma linha e em tom crítico, Adeyeye (2007, p. 39) reconhece que a *soft law* podem ser inadequada e ineficiente no campo da responsabilidade das ETNs, necessitando-se de *hard law* nesta área.

#### **4 AUTORREGULAÇÃO: NOVO PARADIGMA PARA A NORMATIZAÇÃO DA CONDUTA DAS ETNS**

Uma análise descuidada encerraria com as fontes tradicionais de Direito. No entanto, é inegável que o fenômeno jurídico possui novas e complexas nuances na contemporaneidade, que impactarão diretamente nas estratégias

regulatórias envolvendo condutas das ETNs. Como se sabe, a formação dos Estados nacionais implicou a reivindicação do monopólio da criação do Direito (nacional ou interno) por estas estruturas. No plano externo, este esquema também é reproduzido, pois os Estados reservaram a prerrogativa de serem os produtores de suas próprias normas jurídicas. Hoje, este modelo tradicional é claramente tensionado pelos processos econômicos, políticos e sociais. A gradual integração e interdependência dos mercados nacionais e a proliferação do modelo capitalista neoliberal a partir da globalização propõem um Estado mínimo e de pouca intervenção, capaz de transferir uma série de responsabilidades do setor público para o setor privado (TEUBNER, 2012, p. 393), incluindo a produção e aplicação das normas jurídicas.

O processo contemporâneo de “privatização” do Direito vincula-se às ideias de *pluralismo jurídico* e de *policontextualidade*, as quais contemplam possibilidades de existência de *ordens jurídicas não estatais*, administrado pelos próprios atores privados, que são responsáveis pela produção e aplicação das próprias normas, em uma espécie de “autorregulação” de suas condutas. Não se trata de aceitar um modelo necessariamente economicista e conduzido por agentes de mercado, mas reconhecer a existência e importância de normas espontâneas e descentralizadas, fruto do exercício da autonomia social e baseadas em ações consensuais. Tais normas estão, em princípio, desprendidas de processos políticos centralizadores das estruturas estatais, passando a ser geridas pela própria sociedade civil (TEUBNER, 2012, p. 399, 421), situação que as aproxima das necessidades de diferentes segmentos sociais.

É importante dizer que este possível “Direito não estatal” não se encontra isolado de outros sistemas jurídicos (Direito nacional e internacional) e sociais (como por exemplo, economia e política), recebendo estímulos externos. Isto é comprovado com a difusão da noção de *compliance* no mundo dos negócios, fenômeno com consequências relevantes para o Direito. Certamente influenciado pelas ideias contemporâneas de responsabilidade empresária e boa governança, *compliance* advém do verbo da língua inglesa *to comply*, que, em linhas gerais, significa “cumprir” ou “estar em conformidade” com algo, sendo comumente utilizado no ambiente empresarial como “cumprimento de norma jurídica”. A ideia é criar mecanismos, dentro da empresa para assegurar o “cumprimento prévio” de normas jurídicas estatais, de modo a diminuir o risco de ser punido no futuro em alguma jurisdição. A cultura do *compliance* é implementada por meio de um “programa”, um conjunto de ações planejadas por uma organização para assegurar, mediante criação de estruturas e

mecanismos, o seguimento de uma certa conduta. Órgãos de fiscalização para a responsabilidade empresária (como no âmbito ambiental, tributário, anticorrupção, etc.) de diversos países costumam abrandar suas sanções frente a comprovação da existência de efetivos programas de conformidade (*compliance*), como uma maneira de estímulo ao processo de “privatização” da regulação e aplicação do Direito.

Apesar de muitas vezes originar-se de um estímulo externo, qual seja, uma tentativa de escapar das tradicionais sanções estatais, o desenvolvimento de programas de *compliance* conduzem a um processo de autorreprodução de um subsistema jurídico próprio, composto por normas jurídicas e suas respectivas sanções, criada e administrada por uma determinada organização empresária. No que tange às ETNs, devido a amplitude de suas atividades, este sistema de regulação não estatal adquire dimensões globais (MUCHLINSKI, 2007, p. 113), atingindo os funcionários destas empresas e seus parceiros comerciais.

A base de um programa de *compliance* costuma ser a manutenção de um código de conduta e ética elaborado por uma determinada empresa e direcionado aos seus funcionários. Em 1977, a *General Motors* era a maior ETN com atuação na África do Sul durante o regime do *apartheid*. À época articulava-se um forte movimento de desinvestimento no país para pressionar uma reforma política na região. O reverendo Leon Sullivan, membro do conselho de administração da companhia, ofereceu uma alternativa: a criação de um código de conduta interno que impedisse práticas racistas. O conjunto de princípios, conhecidos como *Sullivan Principles*, foi bem recebido pelo mundo empresarial, tendo sido reproduzido em vários códigos de conduta. Outra iniciativa semelhante foi o *MacBride Principles*, voltados ao respeito aos direitos dos trabalhadores na Irlanda no Norte (1984). Uma das primeiras ETNs a possuírem um código próprio foi a britânica *Royal Dutch Shell*. (EINHORN, 2007, p. 537-538). Hoje, várias ETNs mantêm os seus códigos. Tais normas também são comumente reproduzidas em contratos com seus parceiros comerciais, com o objetivo de alcançar também suas condutas. Estes códigos e os respectivos mecanismos de monitoramento estão revestidos de juridicidade, uma vez que descrevem condutas a serem observadas, tornando-se uma espécie de “lei interna”, de cumprimento obrigatório no âmbito da empresa (incluindo ETNs). A possível sanção para o descumprimento desta norma reside em medida disciplinar (como advertência, suspensão ou demissão das ETNs) aplicada pela empresa em seu funcionário ou rompimento de contrato, quando se tratar de um parceiro comercial.

Robé (1997, p. 62-65) fornece como exemplo a previsão no Código de Trabalho francês (*Code du Travail*) da possibilidade de manutenção de “regulamentos internos” (*règlements intérieurs*) por empresa. Seria a prova de reconhecimento, por parte do direito estatal francês, da validade jurídica dos códigos empresariais internos. O autor observa, contudo, que nas últimas décadas esta delegação legislativa tem perdido espaço, sendo permitida nos dias atuais apenas para grandes empresas e em assuntos restritos (disciplina, higiene e segurança).

Observa-se que cada ETN, com seus programas de *compliance* e códigos de conduta em geral, constitui um subsistema jurídico único. Contudo, além das interações com os sistemas tradicionais de Direito (Direitos nacionais), existe uma interação entre as próprias empresas que, por meio de ações em conjunto, podem conduzir a uma uniformização destes Direitos não estatais. Teubner (2003, p. 11-13) aponta que os atores privados podem criar laços transnacionais e elaborar um Direito totalmente independente das estruturas estatais e de aplicação global (um “Direito global” ou “anacional”, em oposição a um Direito “inter-nacional”, entre Estados). Dois exemplos podem ser citados de um Direito não estatal de alcance transnacional (TEUBNER, 2003, p. 11). O primeiro é a nova *lex mercatoria*, representada pelo conjunto de normas criadas de maneira independente pelas empresas para a prática do comércio internacional na contemporaneidade, baseando-se nos usos e costumes comerciais reconhecidos mundialmente. Manifesta-se na elaboração e difusão de “contratos padronizados” (*incoterms*), idealizados e atualizados pela Câmara Internacional do Comércio, organização internacional não governamental mantida pelo meio empresário. O outro exemplo é o Direito desportivo internacional (*lex sportiva internationalis*), organizado pelas entidades esportivas privadas internacionais, como a Federação Internacional de Futebol (FIFA). Enquanto o Estado representa um ente estranho a estes temas e repleto de limitações em seu alcance (como o princípio da territorialidade), os agentes produtores destas normas estão plenamente inseridos em seus segmentos sociais, o que torna esta manifestação jurídica deveras atrativa.

É importante dizer que a autorregulação e a possibilidade de aplicação de um “Direito não estatal” pelas ETNs não são, absolutamente, livres de críticas. Apesar de sua existência ser reconhecida nas pesquisas contemporâneas, sua eficácia costuma ser amplamente questionada, de modo a colocá-la sempre submissa a um Direito estatal nacional. Nesse sentido, Murphy (2005, p.44-53),

ao tratar da autorregulação de ETNs, não desvincula este sistema jurídico da necessidade de intervenção estatal. O autor defende que é imprescindível que os Estados estipulem oficialmente os parâmetros mínimos para a autorregulação, fiscalizem se as empresas estão efetivamente aplicando seus códigos de conduta e concedam algum tipo de benefício para aquelas que demonstrarem cumprimento de suas normas, como uma diminuição de pena em caso de sanção estatal ou um acordo favorável. Se isso não for feito, os códigos de conduta e os mecanismos de *compliance* viram meros instrumentos de retórica. Muchlinski (2007, p. 113) em seu turno, critica abertamente as propostas de autorregulação, taxando-as de neoliberais. Sua denúncia é no sentido de que se trata claramente de uma estratégia para retirar os Estados de alguns setores de regulação, substituindo-os por regramentos gerenciados pelas próprias ETNs, condizentes com os próprios interesses destas organizações empresárias e do capital internacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As modificações drásticas, decorrentes das potencializações que as tecnologias de informação, comunicação, transporte, produção e controle de processos, são características da atualidade. Tais transformações desafiam os postulados modernos atinentes à Política e ao Direito: monopólio estatal das normatividades política e jurídica; supremacia geopolítica do Estado para tutelar bens jurídicos socialmente considerados relevantes; dentre outros.

É importante analisar também juridicamente a emergência das ETNs, atores privados econômica e politicamente abrangentes em âmbito global. Não se trata de ter de desconsiderar a importância estatal na normatização e tutela das suas condutas: muitas vezes o Estado é meio de garantia de atenção aos interesses das próprias ETNs. Ademais, é também do Estado que elas dependem para se instalarem, funcionarem e produzirem legal e legitimamente, demonstrando-se não haver um esvaziamento da sua função normativa. Todavia, repensar seu papel conforme a policontexturalidade e a hipercomplexidade, a fim de que não se estanquem e obliterem as possibilidades regulatórias públicas significativas, é mister.

De outra banda, mesmo tendo se revelado mal sucedidas até hodiernamente as experiências regulatórias das ETNs pelo Direito Internacional, este âmbito também possui sua importância normativa relevante. Analisar tais estratégias, seus sucessos, fracassos e condições de operabilidade, não é

contraproducente para a questão da regulação das corporações atuantes de maneira fluida no cenário global.

A própria complexificação dos processos normativos internos das ETNs – decorrentes, muitas vezes, dos próprios processos sociais reflexivos (pressão da sociedade sobre tais empresas; atuação empresarial negocial) – é especializada e impõe econômica e juridicamente. Desconsiderar, assim, a importância da sua autorregulação é postura teórica totalmente alheia em relação ao ambiente social em que o Direito se encontra. Negar o pluralismo jurídico é negar a própria reflexividade entre Direito e sociedade.

Tem-se, por fim, que apesar da necessidade de mais pesquisas acerca deste tema, pode-se considerar que a regulação das ETNs se encontra em um ambiente social complexo, em que comunicações normativas multifatoriais reflexivas entre Estado, organizações internacionais e os próprios entes econômicos privados globais a serem regulados devem ser estabelecidas e analisadas. Trata-se de elevar qualitativamente a análise do Direito em sociedade ao nível de complexidade que os processos sociais atuais exigem.

## REFERÊNCIAS

ADEYEYE, Adefolake. Corporate Responsibility in International Law: Which Way to Go? **Singapore Yearbook of International Law**, Singapore, v. 11, p. 141-161, 2007.

ALVAREZ, Jose E. Are Corporations “Subjects” of International Law? **Santa Clara Journal of International Law**, Santa Clara, v. 9, n. 1, p. 1-36, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2005.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CHINKIN, C. M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 38, p. 850-866, 1989.

DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum* sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2007.

DEVA, Surya. **Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business**. New York: Routledge, 2012.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: UNB, 1986.

EINHORN, Aaron. The Evolution and Endpoint of Responsibility: The FCPA, SOX, Socialist-Oriented Governments, Gratuitous Promises, and a Novel CSR Code. **Denver Journal of International Law and Policy**, Denver, v. 35, p. 509-545, 2007.

FARIA, José Ângelo Estrella. A Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 105, p. 19-46, 1990.

FOUCAULT, Michel. Soberania e Disciplina. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Org. e trad. Roberto Machado. 20. ed. São Paulo: Graal; Editora Paz e Terra, 2004.

GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. **Vorkender**, fev. 2004. Disponível em: <[http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg\\_life\\_as\\_polycontextuality.pdf](http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontextuality.pdf)>. Acesso em 13 abr 2015.

GUZMAN, Andrew. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them? **Virginia Journal of International Law**, Charlottesville, v. 38, p. 640-688, 1998.

KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIF, Saman. Introduction. In: KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIF, Saman (Org.). **Liability of Multinational Corporations under International Law**. Haia: Kluwer Law International, 2000. p. 1-16.

KELLER, Helen. Codes of Conduct and Their Implementation: the Question of Legitimacy. In: WOLFRUM, Rüdger; VOLKER, Röben (Org.).



**Legitimacy in International Law.** Berlin: Springer, 2008. p. 219-298.

KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. 2. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito Internacional.** Ijuí: Unijuí, 2010.

LUHMANN, Niklas. Como se pueden observar estructuras latentes? In: WATZLAWICK, Pal; KRIEG, Peter. **El ojo del observador:** contribuciones al construtivismo. Barcelona: Gedisa, 1995.

\_\_\_\_\_. **La ciencia de la sociedad.** Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/ ITESO/Anthropos, 1996.

\_\_\_\_\_. **Law as a Social System.** Tradução para o inglês de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACEDO, Stephen. **The Princeton Principles on Universal Jurisdiction.** Princeton: Princeton, 2001.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's Modern Introduction to International Law.** 7. ed. New York: Routledge, 1997.

MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises and the Law.** 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MURPHY, Sean D. Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level. **Columbia Transnational Law**, New York, v. 43, p. 1-55, 2005.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional:** um estudo sobre a Soft Law. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NICHOLS, Philip M. The Myth of Anti-Bribery Laws as Transnational Intrusion. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 33, p. 627-655, 2000.

PIETH, Mark. Article 4: Jurisdiction. In: PIETH, Mark; LOW, Lucinda A.; CULLEN, Peter J. **The OECD Convention on Bribery: A Commentary**. Cambridge: Cambridge University Press. 2007. p. 267-288.

ROBÉ, Jean-Philippe. Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order. In: TEUBNER, Gunther (Org.). **Global Law Without a State**. Vermont: Dartmouth, 1997. p. 45-77.

ROBINSON, Mary. Foreword. In: MACEDO, Stephen (Org.). **The Princeton Principles on Universal Jurisdiction**. Princeton: Princeton, 2001. p. 15-18.

ROCHA, Leonel Severo. A Produção Autopoética do Sentido do Direito. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 13-26, 2009.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Do pluralismo jurídico ao diálogo inter-sistêmico das fontes na sociedade mundial. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). **Relações de consumo: globalização**. Caxias do Sul: Educs, 2010. p. 107-132.

SORNARAJAH, M. **The International Law of Foreign Investment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da razão indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: SOUZA Jr., José Geraldo (Org.). **O Direito Achado na Rua**. Brasília: UNB, 1987. p. 45-51.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SHELTON, Dinah. International Law and 'Relative Normativity'. In: EVANS, Malcolm (Org.). **International Law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 159-184.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 9-31, 2003.

\_\_\_\_\_. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (*Corporate Codes of Conduct*) privados e estatais. Tradução de Ivar Hartmann. Revisão de Germano Schwartz. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. After Privatization? The Many Autonomies of Private Law. **Current Legal Problems**, London, v. 51, n. 1, p. 393-424, 2012.

WEIL, Prosper. Towards Relative Normativity in International Law? **The American Journal of International Law**, Washington, v. 77, n. 3, p. 413-442, 1983.

WELSCH, Wolfgang. **Reason and Transition: on the Concept of Transversal Reason**. 29 out. 2000. Disponível em: <<http://www2.uni-jena.de/welsch/Papers/reasTrans.html>>. Acesso em 13 abr 2015. Informação postada no site Prof. Dr. Wolfgang Welsch, no menu Online Texts & Publication abstracts: Reason and transition.

WILKE, Helmut. Reflexivo (Direito). Tradução para o francês de Hugues Dumont. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WILKINS, Mira. European and North American Multinationals. 1870-1914: Comparisons and Contrasts. In: JONES, Geoffrey (Org.). **Transnational**

**Corporations:** a Historical Perspective. London: Routledge, 1992, p. 23-62.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

**Como citar:** FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. **Empresas transnacionais e regulação jurídica: da lógica estatal às ordens jurídicas não-estatais.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.73-100, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p73. ISSN 2178-8189.

## A logística reversa como instrumento de efetividade do princípio poluidor-pagador na redução dos impactos ambientais \*

A REVERSE LOGISTICS AS A TOOL FOR EFFECTIVENESS OF PRINCIPLE POLLUTERS-PAY IN REDUCING ENVIRONMENTAL IMPACTS

\*\* Murilo Carvalho Miranda Lima  
\*\*\* Fernando Joaquim Ferreira Maia

\* A pesquisa foi realizada com o apoio do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), em convênio firmado com a Universidade Federal Rural de Pernambuco (PIBIC/CNPq/UFRPE).

\*\* Graduando em Engenharia Florestal de Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico Tecnológico (PIBIC/CNPq). E-mail: murilo carvalho90@gmail.com

\*\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto II do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: fernandojoaquim maia@gmail.com

**Resumo:** O objetivo é analisar a logística reversa a partir das possibilidades da sua contribuição para a redução do impacto ambiental. A metodologia utilizada levou em consideração a demanda mundial por eletrônicos como um estímulo para a introdução de novas empresas no mercado. Procedeu-se a uma análise e a uma interpretação de modelos organizacionais de empresas e de decisões judiciais acerca de litígios ambientais. Tratou-se de um estudo descritivo e comparativo, mediante o princípio do poluidor-pagador, fazendo-se uso de dados de Organizações não Governamentais e dos textos nos sites das empresas do setor de eletro-eletrônicos, do tipo computadores, que fazem referência à Política Ambiental, à logística reversa e aos mecanismos de coleta. O resultado alcançado indica que existem deficiências na gestão interna das empresas em relação aos resíduos eletrônicos. Também constatamos que o Poder Judiciário atua de forma efetiva na resolução de litígios dos resíduos sólidos. Conclui-se também que a gestão compartilhada dos resíduos sólidos deve garantir o controle do Estado sobre a atividade empresarial acerca dos resíduos para evitar uma transferência de ônus ao consumidor.

**Palavras-chave:** Logística reversa. Meio Ambiente. Princípio do poluidor-pagador.

**Abstract:** The goal is to analyze the reverse logistics from the possibilities of their contribution to reducing the environmental impact. The methodology took into account the global demand for electronics as a stimulus for the introduction of new market entrants. The authors conducted an analysis and an interpretation of organizational business models and court decisions on environmental litigation. This was a descriptive and comparative study by the polluter-pays principle, making use of data from non-governmental organizations and texts on the websites of companies in the electronics sector, the type

computers, which make reference to Environmental policy, reverse logistics and collection mechanisms. The result obtained indicates that there are deficiencies in the internal management of companies in relation to electronic waste. I also noticed that the judiciary operates effectively in solving solid waste litigation. We also conclude that the shared management of solid waste shall ensure state control over business activity on the waste to avoid a transfer of charge to the consumer.

**Keywords:** Reverse Logistics. Environment. Principle Polluter-Pays.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é fruto do plano de trabalho aprovado para o Programa de Iniciação Científica-PIBIC-PIC/CNPQ/UFRPE, desenvolvido na Universidade Federal Rural de Pernambuco, com o apoio da CAPES, e parte das discussões do projeto de pesquisa “Retórica, meio ambiente e Poder Judiciário: as ideias sobre o meio ambiente nas decisões judiciais no Estado de Pernambuco”, aprovado pelo Cnpq na Chamada Universal 14/2012, sob o nº 475347/2012-9.

Trata-se de um estudo descritivo e comparativo. A pesquisa fez uso de dados de Organizações não Governamentais e dos textos nos sites das empresas do setor de eletro-eletrônicos, do tipo computadores, que fazem referência à Política Ambiental, à Logística Reversa e aos mecanismos de coleta, em busca de respostas fornecidas por estas, aos clientes, a respeito das suas estratégias. A investigação assumiu uma abordagem geral de caráter qualitativo, tendo sido escolhida como estratégia o estudo mediante a captura de informações relacionadas à logística reversa e disponibilizadas nos sites oficiais de empresas do ramo tecnológico. A opção metodológica escolhida foi considerada a mais adequada no sentido de nos aproximar da visão que leve em consideração o consumidor final.

Foram envolvidas nesta pesquisa 6 (seis) empresas de grande porte do setor tecnológico, onde foram mobilizadas as seguintes técnicas de recolhimento de dados:

- Observação das situações de utilização da Logística Reversa, considerando a falta de dados empíricos destes fenômenos;
- Estudo das bibliografias dos temas em pauta;
- Desenvolver o levantamento dos dados aplicados à pesquisa.

Foi realizado o levantamento dentre as principais empresas de computadores do mercado: Itautec, Lenovo, ASUS, Toshiba, Apple e Panasonic. A coleta de dados foi realizada em seus sites oficiais; buscou-se nos sites documentos que fazem referência à Política Nacional de Resíduos Sólidos, mais precisamente à logística reversa. Os escritos foram avaliados segundo a explanação sobre a Declaração explícita da política ambiental, comentário sobre o que é a logística reversa e se há a indicação de pontos de coleta para efetivar o princípio do poluidor-pagador.

Para a realização de uma análise global do universo amostral deste estudo e estabelecimento de rancagem, foi desenvolvida planilha analítica qualitativa

ponderada (Quadro 1) com os seguintes indicadores: política ambiental, comentário sobre logística reversa e indicação de ponto de coleta.

### Quadro 1. Legendas do quadro analítico

<b>Política Ambiental</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1 - Ausência de Selo.</li> <li>2 - 1 selo de Certificação Ambiental.</li> <li>3 - Mais de um Selo de Certificação Ambiental.</li> </ol>
<b>Comentário sobre a Logística reversa</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1 - Não comenta “Logística reversa” nem Conceito similar.</li> <li>2 - Não comenta “Logística reversa”, mas apresenta Conceito similar.</li> <li>3 - Comenta-se explicitamente o termo “Logística reversa”</li> </ol>
<b>Indicação de ponto de coleta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1 - Indica inexistência de mecanismos de coleta</li> <li>2 - Indica a existência de mecanismos de coleta mediante solicitação</li> <li>3 - Indica de forma direta local coleta</li> </ol>

Fonte: Os autores.

Também a pesquisa se deu também, de forma secundária e tendo por objetivo fornecer aporte aos dados acima, à base das atividades do judiciário. Aqui, foram observadas as decisões através de mecanismos de busca, e leitura de seu conteúdo integral e uso de trechos referentes aos objetivos desta pesquisa. Os mecanismos de busca foram feitos sobre palavras-chave. Elencaram-se palavras centrais como: resíduos sólidos, poluidor-pagador e logística reversa. Foram feitas combinações com o objetivo de se observar como o Judiciário esta se apropriando dos conhecimentos relacionados aos impactos ambientais gerados por resíduos de diferentes ordens, a importância dada e a aplicação na decisão judicial. Trata-se de se obter decisões com maior alinhamento com o objeto da pesquisa. A análise documental procurou mapear, numa perspectiva crítica, as ideias presentes na magistratura na aplicação da norma jurídica na regulação do descarte de resíduos sólidos, mais precisamente, em relação aos indicados pela obrigatoriedade da logística reversa bem como nas orientações jurisprudenciais adotadas.

Parte-se do pressuposto de a questão dos resíduos sólidos na Lei nº 12305/2010 deve ser tratada à base do processo histórico de evolução das leis



objetivas de desenvolvimento da propriedade privada e seu impacto na sociedade de risco. Defende-se que a logística reversa, mediante uma gestão integrada de resíduos sólidos, pode minimizar os impactos ambientais gerados pelas contradições que se verificam no modo de produção capitalista quanto à diminuição do ciclo de vida de produtos, principalmente eletrônicos, e o descarte inadequado destes. Destaca-se que as sucessivas revoluções tecnológicas do capitalismo resultaram numa exploração dos recursos naturais em larga escala; produz-se grande impacto sobre a estrutura da sociedade; gera-se um consumo desenfreado para atender às demandas do mercado. A lógica da economia de mercado conduz a um parasitismo na economia e ao esgotamento dos recursos naturais diante da incapacidade dos ecossistemas assimilarem os impactos da expansão econômica. Os reflexos diretos da expansão da economia de mercado no meio ambiente se traduzem num contínuo desaparecimento de espécies da fauna e da flora, na perda de solos férteis pela erosão e pela desertificação, pelo aquecimento da atmosfera e pelas mudanças climáticas, pela diminuição da camada de ozônio, pela chuva ácida, pelo colapso na quantidade e na qualidade da água e, sobretudo, pelo acúmulo crescente de lixo e resíduos industriais. Esses são os riscos ambientais e constituem os principais fatores da crise ambiental: a insustentabilidade do sistema político e econômico ocidental.

Neste sentido, o medo ecológico, da insustentabilidade, se traduz no receio do esgotamento dos recursos naturais, no problema da destruição das culturas tradicionais e, por fim, na multiplicação dos detritos industriais. Este último é o ponto da pesquisa. A questão principal é saber se o impacto dos resíduos sólidos eletrônicos sobre a sociedade é o fator principal na criação de novos instrumentos capazes de assegurar o desenvolvimento sustentável e, assim sendo, em que medida a logística reversa pode servir ao direito e à gestão ambiental.

Esta situação opõe objetivamente os diversos grupos sociais e se reflete, por sua vez, na atividade empresarial e, inclusive, nos litígios levados ao Judiciário. Por exemplo, os litígios relativos ao ciclo de vida dos produtos estão associados a dois outros conjuntos de conflitos. De um lado, o desenvolvimento de novas tecnologias está associado à crescente pressão da economia de mercado, marcada pela lei econômica da livre concorrência e anarquia na produção, o que força um manejo dos recursos de forma a expropriar e a exportar capital, a gerar saída de divisas. Nesse sentido, o número de computadores nos domicílios brasileiros tem crescido expressivamente na última década (IBGE, 2011). Apesar da queda da venda destes ter sido de 2%, em 2012, em referência a 2011, foram comercializados 15,5 milhões de equipamentos,

correspondendo a 30 computadores por minuto. Com este total de vendas, o Brasil ocupa a quarta posição no *ranking* mundial neste mercado, ficando atrás apenas da China, Estados Unidos e Japão (IDC BRASIL, 2013). Por outro lado, esta situação impõe uma vida útil dos computadores mais curta. Não obstante, a obsolescência programada e a renovação tecnológica dos programas seguem uma tendência constante de inovação. Este evento desconsidera a funcionalidade e a durabilidade do produto, convertendo estas características primordiais em secundárias. Deste modo, os computadores adquirem a condição de descartável, contribuindo para a constante reprodução do capital, mas com severos impactos ambientais; transformam-se em resíduos que contêm substâncias tóxicas prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente. Segundo Santos (2009), desde o surgimento dos computadores pessoais (PC), da década de 1980 até 2004, foram descartados 315 milhões de unidades em todo o mundo. Somente no Brasil um milhão se tornou resíduo eletrônico. Esses fatores colaboram para o aumento da degradação ambiental, o que gera reflexo, também, no aumento das lides socioambientais levadas ao Judiciário.

Distinguem-se os fundamentos teóricos e metodológicos da Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Abordam-se, especificamente os danos ambientais associados aos resíduos eletrônicos, a sua relação com o princípio do poluidor-pagador e a internalização dos custos de produção e a função da logística reversa na sociedade de risco como instrumento de prevenção de danos ao bem ambiental. Defende-se que a Lei nº 12305/2010 é decorrente do acirramento das contradições sociais geradas pela economia de mercado impactadas pela revolução tecnológica nas forças produtivas do capitalismo brasileiro, do aumento da produtividade e que oferece importantes instrumentos de gestão dos resíduos sólidos, além de constituir uma das bases do direito ambiental e da Política Nacional do Meio Ambiente.

Recorre-se, comparativamente, as Diretivas da Comunidade Européia nº 002/95/CE, 2002/96/CE e 2003/108/CE, regulamentadoras da produção e do sistema de Logística Reversa de equipamentos eletroeletrônicos no mercado europeu. As Diretivas definiram restrições da utilização de certas substâncias perigosas, tais como Chumbo (Pb), Mercúrio (Hg), Cádmio (Cd), Cromo Hexavalente (Cr<sup>6+</sup>), Polibromobifenilo (PBB) e/ou Éter de Difenilo Polibromado (PBDE), além de determinar a responsabilidade pós-consumo do fabricante.

Esta responsabilização é baseada no princípio do poluidor-pagador. Esse é um dispositivo legal que impõe ao poluidor a obrigação de assumir os gastos de prevenção, reparação e repressão da poluição acarretada pela sua atividade,

produto ou processo (LEMOS, 2012). Este princípio foi consolidado pela Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, instituída no Brasil em 2010 pela Lei Federal nº 12.305. Nesta lei, o referido princípio é citado no inciso II do art. 6º e implicitamente no art. 33, abordando a logística reversa como forma de prevenção de uma eventual poluição.

Portanto, este artigo, análogo a uma das Diretivas da Comunidade Europeia, dispõe acerca do dever dos fabricantes, bem como dos importadores, distribuidores e comerciantes de estruturar e de implementar sistemas de logística reversa de embalagens e de resíduos de agrotóxicos e de óleos lubrificantes, de lâmpadas fluorescentes, de pilhas e de baterias, de pneus e de produtos eletroeletrônicos.

Por fim, serão levantados os seguintes questionamentos: Como pensar a logística reversa de resíduos sólidos eletrônicos a partir da gestão integrada? Como determinadas empresas tratam da questão e qual o seu reflexo no Judiciário?

## **1 DANOS AMBIENTAIS ASSOCIADOS AOS RESÍDUOS ELETRÔNICOS DERIVADOS DE COMPUTADORES**

O consumo de equipamentos mostra um avanço na comunicação dos atores sociais e na qualidade de vida das pessoas. Tais instrumentais facilitam atividades, permitem contatos a longa distância e o avanço da ciência. Em contrapartida, a deposição final destes equipamentos, quando não funcionam ou não atendem mais as necessidades, deve ser tratada com rigor para garantir a resiliência do meio ambiente e proteger o bem ambiental (BENJAMIN, 1993).

A produção e circulação de bens de consumo dentro da história do capitalismo têm grande papel na reprodução da economia de mercado, reproduzem as contradições sociais que repercutem na regulamentação jurídica das condições de reprodução do capital. Essa situação gera novos problemas quando considerada a evolução das relações sociais, torna-se nuclear e leva a uma falsa impressão de que os bens de consumo asseguram uma vida digna quando, na verdade, caminha em sentido contrário afetando negativamente a qualidade de vida, antes desejada, entrando em choque com o art. 225 da Constituição Federal (LEMOS, 2012).

Exemplo claro disto é o tratamento dado aos metais utilizados em equipamentos eletrônicos. Considere-se o ouro. Independentemente da circulação monetária, a organização atual da produção tem necessidade de um

agente universal de troca, ocupada pelo ouro (MARX, 2004). Entretanto, a extração deste metal também aparece como matéria-prima no processo de produção, pois um dos metais mais nobres empregados em equipamentos eletrônicos é o ouro. A exploração do ouro, além de custosa, gera um significativo impacto socioambiental. Ressalte-se que a produção de 4g de ouro produz cerca de vinte toneladas de resíduos, devido ao seu processo tóxico, usado por inúmeras empresas, que consiste basicamente em lixiviação de montes de minério regados com Cianeto. Neste processo também são extraídos Cadmio, Chumbo e o Mercúrio. Quando não há interesse, são descartados em cursos d'água. O Cianeto, por ter alta toxidez, na quantidade de um grão de arroz, é capaz de matar um ser humano. O Mercúrio é uma neurotoxina potente capaz de afetar o cérebro, a medula, os rins e o fígado (LEONARD, 2011).

A não reutilização destes metais, junto à crescente demanda do mercado destes materiais, promove o aumento de áreas de mineração. Além do mais, a deposição inadequada também gera impactos ao meio ambiente, como contaminação de solo e mananciais, e à saúde humana. Tais fatos ratificam que a gestão destes resíduos tem importância em vários âmbitos do conhecimento sobre o tema. A deposição inadequada torna-se ilegal, obriga a prudência àquele que tem a propriedade e/ou posse do bem.

A PNRS está alinhada à proteção do bem ambiental, visto que este é um bem difuso e caracterizado pela sua universalidade. A proteção ambiental é tão fundamental para a qualidade de vida das presentes e futuras gerações que os comandos do artigo 225 da Constituição Federal extrapolam a mera defesa dos recursos naturais e tomam por meio ambiente os aspectos culturais, a relação de trabalho e mesmo a intervenção do homem na paisagem (BRASIL, 1988). Garantem o direito ao ser humano de uma existência digna. Tais considerações apontam que a responsabilidade do produtor-poluidor necessita determinar os contornos da sua obrigação de reparar o bem ambiental negativamente impactado. Desta forma, os limites fixados pela Lei, a respeito das obrigações do produtor-poluidor, não podem ser desconsiderados pelos operadores do direito e nem pela legislação ambiental, sob pena de obstar, conforme será visto, a aplicação do princípio do poluidor-Pagador. Além do que, é imprescindível que a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente seja abarcada de forma ampla pela legislação, a fim de tornar viável a proteção integral do meio ambiente e a punição do poluidor, que seguramente não se restringe aos produtores ou àquele que indiretamente causou o dano. Esta responsabilização é baseada em um dos princípios do direito ambiental, o princípio do poluidor-

pagador. É um dispositivo que impõe ao poluidor a obrigação de assumir com os gastos de prevenção e reparação da poluição acarretada.

Vale mencionar que todos possuem sua responsabilidade na prevenção e, portanto, aquele que contribuiu para o impacto ao meio ambiente deve ser incluído para pagar a sua parte, conforme a respectiva contribuição para a degradação do meio ambiente. Assim, diversos sujeitos contribuem para o desenvolvimento da atividade poluidora, o que dificulta a determinação da participação dos poluidores. Entretanto, pode-se afirmar que os poluidores que devem pagar são os que concorrem direta ou indiretamente para a concretização da poluição (LEONARD, 2011).

Por fim, em função da gravidade dos impactos negativos provocados pelos resíduos eletrônicos e seu crescente volume, foi necessária a criação de uma legislação específica. Os resíduos eletrônicos não constituem um problema ambiental apenas no Brasil. Em diversos países, como no Chile, existe forte pressão para uma regulação jurídica específica para esses tipos de resíduos. Ao serem descartados juntamente com resíduos domiciliares, ou outro tipo de resíduo destinado aos aterros sanitários ou vazadouros, os resíduos eletrônicos liberam substâncias altamente tóxicas como Chumbo, Mercúrio, Cádmiio, Cromo hexavalente, e produtos como polibromobifenilo e/ou éter de difenilo polibromado. Estas substâncias são danosas, quando dispostas inadequadamente no meio ambiente, e expostas a agentes externos que degradam os resíduos eletrônicos, poluem o solo, a água e, por conseguinte todos os seres vivos que fazem uso destes meios (SELPIS, 2012, p. 5).

## **2 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR: INTERNALIZAÇÃO DOS CUSTOS DA POLUIÇÃO**

Em meio às discussões sobre a proteção do meio ambiente e seus impasses gerados pelo desenvolvimento econômico insustentável, o princípio do poluidor-pagador surge formalmente em 1972, na reunião sobre o uso dos recursos hídricos dos países membros do Conselho da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Neste encontro é aprovada a “Recomendação sobre os princípios diretores relativos aos aspectos das políticas ambientais sobre o plano internacional”.

Posteriormente, em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada no Rio de Janeiro, é apresentada a Declaração do Rio. Destaque-se o Princípio 16, que afirma:

As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais (DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Sob o aspecto do ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, prevê o princípio do poluidor-pagador em seu art. 4º inciso VII, o qual propõe a imposição ao poluidor e ao predador do ônus de evitar, reparar e/ou indenizar os danos causados. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 3º, acrescenta que, independentemente da obrigação de recuperar os danos gerados, o poluidor estará sujeito a sanções penais e administrativas. Nesse sentido, cita-se o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ no julgamento do Agravo Regimental interposto contra decisão no recurso de Agravo em Recurso Especial:

É que, em se tratando de dano ambiental, aplica-se à responsabilidade objetiva pelo dano ambiental a teoria do risco integral, conforme inteligência dos arts. 225, § 3º da CF cD c art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. Isso significa que o agente poluidor é responsável pela reparação do dano causado independentemente de existir um fato culposo. Para o Direito Ambiental, são irrelevantes as circunstâncias do fato causador do dano. As excludentes do fato de terceiro, de culpa concorrente da vítima e do caso fortuito ou força maior não podem ser aceitas, de modo que, se o evento ocorreu no curso ou em razão de atividade potencialmente degradadora, incumbe ao responsável reparar eventuais danos causados, independentemente das circunstâncias justificadoras (BRASIL, 2014b).

Toda a poluição traz um custo ambiental para toda a sociedade. O princípio do poluidor-pagador consiste na transferência ao empreendedor dos custos do impacto causado ao meio ambiente, o que pode ser feito mediante a imposição de investimentos em tecnologia, medidas reparadoras e/ou outros mecanismos. Um deles é a logística reversa, destinada especificamente ao controle dos resíduos.

Assim sendo, o princípio aludido pode ser interpretado como um instrumento econômico de política de proteção ambiental que imputa ao causador

da poluição a obrigação de assumir economicamente a reparação do meio ambiente, visto que o poluidor está inviabilizando a coletividade de usufruir os serviços de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (LEMOS, 2012). Este princípio leva em conta a escassez dos recursos ambientais que a sua exploração pode acarretar, sua redução e sua degradação. Segundo Torres (2012), a pessoa física ou jurídica que degrada o meio ambiente está se apropriando do bem de uso comum da sociedade e desrespeitando o direito alheio. Portanto, esse princípio evita a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos e impede o enriquecimento ilícito do produtor.

Um dos problemas das externalidades negativas é a geração de ineficiências econômicas quando o preço de acesso é inexistente ou está subdimensionado. Quando inexistente, sendo um bem de livre acesso, ratifica-se a Teoria da Tragédia dos Comuns, onde os coletivos irão se apropriar do recurso até a sua máxima potência (HARDIN, 1968).

Entretanto quando o bem tem seu acesso monetarizado, se este valor não internalizar os reais custos, com a valoração dos bens, assim como de sua remediação, o equilíbrio preconizado por Keynes, onde a oferta e a demanda regulamentam o acesso e o preço, faz com que se tenha um pior aproveitamento de recursos e se coloca os preços abaixo do custo real de produção. Quando do ajuste do sistema, não há pessoas interessadas em pagar por este bem (AMAZONA, 2009; LEMOS, 2012).

Muitas vezes, o princípio referido é interpretado de modo equivocado, em razão da sua expressão “poluidor-pagador” sugerindo que se pode pagar para poluir ou “polui, pagou”, restringindo a uma compensação dos danos causados. Porém, é mais abrangente que isso, sendo uma imposição ao poluidor do dever de arcar com os gastos de prevenção, recuperação e repressão do impacto ambiental causado. Outro equívoco com o princípio questionado é associar ao princípio usuário-pagador. No princípio usuário-pagador não existe o poluidor, mas o consumidor/usuário que paga e usa licitamente um recurso natural, não havendo punição (TORRES, 2012; LEMOS, 2012).

Diante da nova demanda gerada pela lei federal 12.305/2010, magistrados se depararam com uma nova forma de ver os crimes ambientais, muitas vezes cometidos de forma banal, como o depósito inadequado de alguns resíduos ou o não cumprimento de sua responsabilidade em devolver ou destinar materiais enquadrados no artigo 33 desta lei, que indica a obrigatoriedade do retorno de materiais também citados.

Nesse sentido, a pesquisa montou um quadro de decisões de cada recorte do banco de dados, tendo por base a logística reversa, os resíduos sólidos e o princípio do poluidor-pagador. Partiu-se de palavras-chave e das suas combinações, observou-se que o número de decisões que tratam de resíduos sólidos supera em número as demais. O princípio do poluidor-pagador, que pode estar ligado a diversas questões ambientais, encontra-se em um número inferior de decisões. Na busca com as palavras “logística reversa”, que é um dos mecanismos de efetividade do princípio do poluidor-pagador para resíduos de grande potencial danoso, foi encontrado em 18 destas. Quando buscadas em conjunto com o filtro “poluidor-pagador” 4 resultados são assinalados (Quadro 2)

**Quadro 2.** Filtros de pesquisa e seu numero de decisões encontradas.

Recortes da pesquisa de decisões	Número de Decisões
“Resíduos Sólidos”	4.508
“poluidor-pagador”	2.307
“logística reversa”	18
“poluidor-pagador” e “resíduos sólidos”	38
“logística reversa” e “resíduos sólidos”	10
“poluidor-pagador” e “logística reversa”	4
“poluidor-pagador”, “resíduos sólidos” e “logística reversa”	4

Fonte: Os autores

Fazendo a análise documental do recorte, “poluidor-pagador” e “logística reversa”, foram encontradas 4 decisões. Trata-se de ações movidas pelo Ministério Público contra o Município de Itaqui-RS, devido ao depósito inadequado de lixo. Estas ações entraram no recorte devido a inserção de fragmento extenso da lei federal 12.305. Para ampliação dos dados, foi utilizado o recorte, “Logística Reversa” este possui 18 decisões dando um aporte maior ao que se propõe a pesquisa.

Ressalte-se que a pesquisa verificou apenas a presença dos termos mencionados nas decisões judiciais. Obviamente, quando se faz uma pesquisa deste tipo, transdisciplinar, deve-se entender que o Judiciário não utiliza termos técnicos da gestão ambiental. O que se quer dizer é que existe uma quantidade de decisões judiciais sobre logística reversa muito maior se a utilização for por



termos de senso comum. Por exemplo, com o termo “produto descartado” aparecem 145 resultados. O termo “reutilização” acusa quase 2000 resultados. Muito embora estes termos sejam de senso comum, é fato que muitas destas decisões utilizam termos diferentes para designarem logística reversa.

Isso fica mais evidente quando foi realizada a pesquisa pela combinação do termo “resíduo sólido” com as palavras que fazem parte do conceito de logística reversa posto no art. 3º, inciso XII da Lei n. 12305/2010. Nesta situação, quando combinada com a palavra coleta, foram encontradas 2991 decisões judiciais. Quando combinada com “restituição”, foram encontradas 292 decisões judiciais.

### **3 LOGÍSTICA REVERSA: INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS**

Os aspectos fundamentais necessários à sustentabilidade e à manutenção da resiliência giram em torno da canalização de energia e da reciclagem dos materiais. Qualquer desequilíbrio pode levar a um aumento significativo de um componente. Este desequilíbrio é corrigido por processos ecológicos autossustentáveis de ordem física e/ou biológica. A partir disso se observa que a deposição inadequada de resíduos eletrônicos pode romper esses processos ecológicos e os ecossistemas podem perder a capacidade de se automanterem, o que ocasiona problemas do tipo: diminuição da fertilidade, diminuição de densidade vegetativa, desertificação, aumento do escoamento superficial, erosão e interferência negativa na dinâmica hídrica (RICKLEFS, 2011).

Uma vez que a população humana pode ser afetada com a ingestão de componentes tóxicos e com a perda da base de recurso natural necessário para sua sustentabilidade surge a necessidade de se criarem instrumentos legais para assegurar a integridade do bem ambiental e atenuar os efeitos negativos da geração de resíduos sólidos pelo modo de produzirem as coisas. Nesse sentido, o ordenamento jurídico dá sentido amplo ao conceito de resíduos sólidos.

Em relação aos resíduos sólidos, o principal impacto ambiental do sistema de produção ocorre na etapa pós-consumo. É nesta etapa que são geradas grandes quantidades de resíduos, processo decorrente que abrange a extração de matéria-prima, a industrialização, a comercialização, o consumo e o descarte. Aqui entra a logística reversa. Constitui um meio eficiente de preservar o meio ambiente e, ao mesmo tempo, obter um retorno econômico de investimento pelas empresas.

Na logística reversa são atribuídas as atividades de coletar e de reinsserir os produtos descartados pelo consumo, com a reutilização dos descartados do ciclo produtivo em outros ciclos, ou, em última circunstância, mediante o esgotamento de todas as possibilidades de reaproveitamento. Deve ser proporcionada outra destinação final adequada de modo independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos. Uma vez que esse instrumento de gestão de resíduos sólidos busca prevenir os danos ambientais, resultando na internalização dos custos derivados dessa consequência, a logística reversa aplica claramente o princípio do poluidor-pagador ao tentar impedir a ocorrência de algum prejuízo ambiental aos agentes externos na transação de bens (LEMOS, 2012).

A logística reversa é um processo que deve fazer parte do planejamento e objetivar definir, implantar e controlar a eficiência e o custo efetivo do fluxo de matérias-primas, bem como o estoque em processo, os produtos acabados e as informações correspondentes do ponto de consumo para o ponto de origem. Tudo com o propósito de recapturar o valor ou destiná-lo à sua apropriada disposição.

Este gerenciamento dessa via inversa da cadeia de suprimentos possui dois tipos de canais de distribuição reversos, quais sejam, de pós-venda e de pós-consumo. O fluxo reverso de pós-venda é constituído por diversos meios de retorno de produtos, com ou nenhum uso, envolvendo, na maioria dos casos os próprios agentes da cadeia de distribuição direta. São múltiplos os motivos da utilização deste canal, tais como problemas de “garantia/qualidade” de produtos, que são os que possuem irregularidades de fabricação ou desempenho, ou danos no produto ou embalagens; problemas relacionados ao estoque, aqueles causados por erros de pedidos, excesso de estoque no canal de distribuição, consignação ou liquidação de produtos ponta de estoques e entre outros (QUINTANILHA, 2009). Essas mercadorias provenientes da questão de estoque voltam novamente ao mercado através da redistribuição em outros canais de venda. Quanto aos bens descartados por “garantia/qualidade”, podem ser encaminhados para o mercado primário ou secundário, processos de remanufatura, de reforma, de reciclagem dos produtos e dos componentes ou para um local de disposição final apropriado.

Os canais de distribuição reversa de pós-consumo são fluxos inversos onde os produtos descartados após a sua utilidade original retornam ao processo produtivo de algum modo. São evidentes dois subsistemas nesses canais: canais reversos de reuso e canais reversos de reciclagem/desmanche. Os processos

de reciclagem e de desmanche revalorizam os produtos, agregando valor econômico, ecológico e logístico. Quando não houver possibilidade de revalorização, os bens de pós-consumo são dirigidos a aterros sanitários ou são incinerados.

No site a Itautec descreve todo o processo de aproveitamento do resíduo ressaltando a importância do retorno e da valorização do mesmo, como indicativo das maneiras de efetivar este retorno. Focalizando a preocupação com a emissão dos gases poluentes e causadores do aquecimento global, a Lenovo também expõe suas práticas para a redução das alterações climáticas, contando com a parceria junto a organizações não-governamentais. A empresa atua com tom de conscientização em seus escritos e também oferece suporte para a coleta e destinação dos resíduos tecnológicos.

Reconhecendo a necessidade de cautela na utilização de substâncias e materiais com os impactos adversos conhecidos, ou com suspeita de efeito sobre a saúde humana e o meio ambiente, a ASUS se empenha em adotar uma abordagem de precaução na escolha e utilização dessas substâncias e materiais. Além da preocupação com o retorno, este grupo empresarial também atua na diminuição da emissão de gases, numa maior durabilidade dos seus equipamentos (evitando o descarte excessivo) e na redução da radiação eletromagnética. Entretanto, a página não dispõe de detalhes sobre o processo de retorno para usuários residentes da América do Sul.

Tendo certa preocupação com uma sociedade sustentável, o grupo Toshiba possui uma eficiente gestão ambiental, porém esta não dispõe de grandes informações públicas a respeito do direcionamento dos resíduos. A Apple assume uma abordagem abrangente para com o ambiente, desde a comunicação de todas as suas emissões de carbono e até a procura de formas redução. Um diferencial desta empresa é o fato de todos os desperdícios eletrônicos recolhidos pelos programas regulamentares e controlados pela mesma, em todo o mundo, são processados nos países onde são recolhidos. Nada é enviado para o exterior para reciclagem ou eliminação. A Apple expõe dados estatísticos a respeito do seu histórico no ramo da reciclagem e logística reversa, porém, não descreve com clareza como o consumidor pode realizar tal atividade. Segundo informações do site, desde 1999, a Panasonic do Brasil cumpre com os requisitos da norma ISO 14001. A empresa descreve seus principais princípios, mas deixa a desejar, assim como outras, no sentido de orientar o consumidor a como proceder para que o seu equipamento, já denominado resíduo, possa retornar a sua origem sem causar nenhum dano ao meio ambiente.

Aplicar a logística reversa não se resume a “mencionar que se recolhe resíduo eletrônico”, mas sim efetivar e tornar essa atividade o mais simplificada possível. Tudo para que o usuário-poluidor-pagador tenha a possibilidade de tornar-se parte dessa logística e equacionar a multiplicidade de aspectos logísticos do retorno ao ciclo produtivo de diferentes tipos de bens industriais e materiais. Estes materiais integram os resíduos industriais, por meio da reutilização controlada do bem e de seus componentes ou da reciclagem dos materiais constituintes, e dão origem a matérias-primas secundárias que, por sua vez, se reintegram ao processo produtivo.

O dito acima é evidenciado na Ação Civil de Improbidade Administrativa:10727978 PR 1072797-8. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por PIRELLI PNEUS S.A. contra a decisão interlocutória de fls. 205/207-TJ, que, em sede de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná, deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando à agravante e às demais empresas requeridas que apresentem Plano de Gerenciamento Ambiental para o recolhimento de pneus inservíveis no prazo de 30 (trinta) dias, com cronograma de execução, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), afirmando que a empresa já possui programa para o processo de coleta e destinação de pneumáticos inservíveis em âmbito nacional através da Associação Reciclanip. O agravo é negado em função de provas, apresentadas pelo ministério público no processo, com fotos onde é possível ver notória presença de pneus sem proteção e as responsabilidades pós-consumo decorrentes do princípio do poluidor-pagador explicitando a ineficiência do réu em concretizar os compromissos assumidos (BRASIL, 2014c).

É importante salientar que a atuação de responsabilidade ambiental irá impactar positivamente na imagem institucional das empresas e, ainda, permitirá a intensificação de novos negócios, com maiores possibilidades de geração de empregos, de serviços e de desenvolvimento tecnológico, tanto mais visível quanto maior a consciência da sociedade ao desenvolvimento sustentado.

Quanto à Política Ambiental (Quadro 2), observa-se que os sites de todas as empresas têm destaque quanto as certificações, mas não deixam de forma clara e independente a Política empresarial no foco ambiental. A política ambiental faz parte de certas certificações (CAJAZEIRA, 1998; MAINON, 1999; AMARAL; BARROS, 2002), como no caso da ISO 14.001, sendo que empresas com esta certificação não deixam clara a declaração de sua Política. Das empresas pesquisadas, três apresentam esta certificação.

**Quadro 3.** Declaração explícita de Política Ambiental por parte do universo de empresas estudadas.

<b>Empresa</b>	<b>Indicador</b>
Itaútec	“Empresa indica em notícias, no dia 04/11/2010 a existência de certificado ISO 14001”
Lenovo	“ ... a primeira empresa a receber uma certificação EPEAT Gold.”
ASUS	“ ...está em conformidade com todas as restrições obrigatórias de substâncias perigosas. E, ASUS procura ir além mandatos legislados de tal forma que, mesmo sem plena certeza científica sobre o impacto de uma substância sobre o meio ambiente. Certificado EAPET - Electronics Products Environmental Assessment Tool”
Toshiba	Selo ISO 9001, Selo ISO 14001 e FSC para as embalagens.
Apple	Certificação LEED Platinum do U.S. Green Building Council
Panasonic	“Desde 1999 a Panasonic do Brasil possui a conformidade com os requisitos da norma ISO 14001, sendo uma das 100 primeiras empresas a receber o certificação no Brasil, se encontrando atualmente na 3ª recertificação, possui também selo "Empresa Parceira da Natureza", concedido pelo IBDN - Instituto Brasileiro de Defesa da Natureza”.

Fonte: Os autores

A certificação está vinculada diretamente à implementação de um sistema de gestão ambiental que, a partir da PNRS, também deve incorporar preocupações com a logística reversa de seus produtos, especialmente se eletro-eletrônicos. Das empresas pesquisadas apenas uma não faz referência a este processo. Entretanto, as demais não orientam claramente quanto aos seus produtos, onde levá-los, qual o processo de logística reversa e por que e para quê esta ação (Quadro 3 e 4). Neste sentido, podem ser melhorados, agregando valor ao seu produto, aos serviços e elevando os atributos da própria marca, colocando a temática ambiental vinculada à sua imagem institucional.

Por outro lado, sites institucionais podem servir como meios corporativos de educação ambiental não formal, como regulamenta a Lei 9.795/99 (BRASIL, 1999), sendo primordial para o funcionamento pleno da Política Nacional de Meio Ambiente (BRASIL, 1981). Podem, inclusive, disponibilizar informações que busquem elevar a consciência ambiental dos consumidores sobre os impactos potenciais dos produtos desta tipologia, se descartados de maneira inapropriada, assim como orientar a população. Observamos (quadro 3) alguns dos comentários publicados no sites das empresas:

#### Quadro 4. Orientações e comentário nos sites das empresas sobre a Logística Reversa.

Empresa	Indicador
Itaútec	Indica como processo inicial de reciclagem a coleta seletiva de REEE, mas não faz referência ao termo logística reversa.
Lenovo	Indica a importância de cuidados com o descarte de equipamentos eletro-eletrônico e que estes devem ser enviados à pontos de coleta, autorizados para que sejam encaminhados e processados de acordo com a legislação local.
ASUS	Não é indicado ao consumidor brasileiro formas de descarte.
Toshiba	“A SEMP TOSHIBA recomenda não descartar produtos eletro-eletrônicos nem seus acessórios no lixo doméstico, na rua, em terrenos baldios, aterros sanitários e tampouco em córregos ou riachos”
Apple	“Assim que um produto Apple chegar ao final da sua vida útil, nós poderemos ajudar você a reciclá-lo de forma responsável. A Apple instituiu programas de reciclagem em cidades e campus universitários em 95% dos países onde os nossos produtos são comercializados, impedindo, desde 1994, que mais de 151.504 toneladas métricas de equipamento fossem parar em aterros”.
Panasonic	A empresa indica em texto oficial o interesse em reciclar junto ao projeto Eco ideias.

Fonte: Os autores

#### Quadro 5. Indicação no site das empresas do universo estudado de ponto de coleta dos eletro-eletrônicos

Empresa	Indicador
Itaútec	Não e explicitado pontos de coleta, embora que é citada a existência de coleta seletiva.
Lenovo	“A Lenovo possui um canal específico para auxiliá-lo no descarte de produto Lenovo, ligando para o SAC ou encaminhando um e-mail para reciclar@lenovo.com, informando o modelo, número de série e sua cidade, a fins de envio de instruções para o descarte correto e gratuito do seu computador ou baterias de notebooks Lenovo”.
ASUS	A empresa não indica pontos de coleta na América do Sul
Toshiba	“A SEMP TOSHIBA disponibiliza mediante solicitação, um serviço de logística reversa para retorno dos produtos e/ou acessórios por ela comercializados, ao final de sua vida útil, conforme a legislação em vigor”
Apple	“Se você mora no Brasil, pode participar do programa de reciclagem de produtos eletrônicos da Apple. É só ligar para 0800 772 3126 ou mandar um email para applecs@oxil.com.br para maiores informações”.
Panasonic	Não há nenhum indicativo de forma de viabilizar a coleta no site.

Fonte: Os autores

A partir da análise qualitativa ponderada (Tabela 1), observa-se que as empresas Lenovo e Apple apresentaram maior coeficiente de valor 12, seguidos das empresas Toshiba, Panasonic, Itaútec e ASUS com os coeficientes 11,10, 9 e 7 respectivamente.

**Tabela 1.** Planilha qualitativa ponderada de adequação das empresas de eletroeletrônicos a PNRS.

Empresa	Política Ambiental			Logística Reversa			Ponto de Coleta			Total Global
	Nota	Peso	Total	Nota	Peso	Total	Nota	Peso	Total	
Lenovo	2	1	2	2	2	4	2	3	6	12
Apple	2	1	2	2	2	4	2	3	6	12
Toshiba	3	1	3	1	2	2	2	3	6	11
Panasonic	3	1	3	2	2	4	1	3	3	10
Itaútec	2	1	2	2	2	4	1	3	3	9
ASUS	2	1	2	1	2	2	1	3	3	7

Fonte: Os autores

É possível perceber que as empresas não atingiram os requisitos máximos nos aspectos logística reversa e ponto de coleta, justamente os itens de maior peso e que indicam uma maior aproximação da adequação à PNRS.

A partir da leitura das decisões levantadas é possível perceber o adequado acolhimento de tais questões pelo Judiciário. Tal acolhimento é notório na ação Embargos de Declaração: ED 70048284558 RS. Os embargantes, Microlite S/A, Philips da Amazônia Ltda e Panasonic do Brasil Ltda, estava em discussão a participação dos Municípios de Lajeado, Sério e Cruzeiro do Sul na preservação ambiental, uma vez que a responsabilidade pela gestão e preservação dos recursos ambientais deve envolver todos os entes da cadeia de consumo. Agravo foi movido devido a campanha criada e desenvolvida pelos municípios de Lajeado, Sério e Cruzeiro do Sul, nomeada de “Metete Pilha”, sendo este o pólo de Ação ora citado, devido a ação movida anteriormente pelos municípios em função da negativa dos fabricantes em realizar a remoção e a devida destinação das pilhas, tão alegação é amparada pela PNRS, porém a ação provida pelos municípios não fere os direitos e deveres do fabricantes, onde deveria ser acolhido de maneira positiva devido

a diminuição das responsabilidades que são do principal agente da cadeia de consumo, os fabricantes (BRASIL, 2013).

Tal reação dos fabricantes de pilhas explicita a falta de preparo nas questões de cunho ambiental, bem como a distancia dos fabricantes a adequação ao requisitos indicados na PNRS.

## CONSIDERAÇÕES GERAIS

Um dos méritos da presente pesquisa está na coragem de enfrentar os resíduos sólidos a partir da logística reversa e na perspectiva de um princípio de direito, o do poluidor-pagador, o que vai além de uma abordagem multidisciplinar. Pode-se dizer que se trata de uma transdisciplinaridade.

Além disso, a pesquisa cuida de um tema que talvez seja um dos maiores impactos ambientais da última revolução tecnológica nas forças produtivas capitalistas, qual seja os resíduos eletrônicos, o que traz dificuldades extras em termos de leitura e reflexão, pois investiga em que medida se pode detectar o alcance destes resíduos nas relações ambientais. A preocupação mais evidente com a redução dos impactos ambientais, por seu lado, traz um interesse adicional no estudo do princípio do poluidor-pagador, considerado fundamental para a internalização dos custos ambientais. Utiliza como empiria as empresas Itautec, Lenovo, ASUS, Toshiba, Apple e Panasonic.

A tese do autor vai concluir por um viés keynesiano, pois, embora notadamente a logística reversa implique em divisão de responsabilidades entre consumidor, Estado e empresas, reconhecida a incapacidade da iniciativa privada de harmonizar a produção com o interesse coletivo, deve-se estimular a intervenção estatal na gestão dos resíduos sólidos.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, trouxe conceitos que devem ser considerados na análise da pesquisa.

Merecem destaque: a responsabilidade compartilhada e a logística reversa. O primeiro, aponta para o envolvimento de todos os componentes da cadeia de consumo, desde o produtor da matéria prima, o fabricante, o eventual importador, o distribuidor, o comerciante, o consumidor, até o destinatário final. O segundo deve ser visto respeitando também a cadeia de consumo acima apontada, recomendando-se, porém, o estabelecimento de regras que envolvem todos os que a compõem.



Todos, não só por razões de consciência ambiental, como também de responsabilidade direta com o destino final dos resíduos sólidos, têm obrigações a cumprir.

Isto é o que importa e indiretamente leva a concluir pela necessidade de defender o consumidor, no caso da disponibilidade de resíduos eletrônicos.

Embora a participação do consumidor do sistema de logística reversa seja determinante para garantir o retorno à empresa produtora e obrigar a mesma a dar destinação adequada, é nítido que existe um desequilíbrio entre o capital/empresa e quem compra o produto ou serviço/consumidor. Os incentivos oferecidos às empresas esbarram na lógica parasitária do capitalismo e tornam inócuas a mobilização da população consumidora para auxiliar na coleta do resíduo.

Neste ponto, cabe uma consideração: as políticas de incentivo ao descarte de resíduo eletrônico vêm atender exclusivamente critérios de conveniência dos empresários, mas nunca se indaga ao consumidor final qual a sua preferência.

Por exemplo, o ciclo de vida dos produtos. O consumidor final não é consultado sobre as normas que tratam deste tema. Muito menos as empresas pesquisadas (Itautec, Lenovo, ASUS, Toshiba, Apple e Panasonic) não se preocupam com isso, embora existam instrumentos legais que facultam a estas empresas se socorrerem da opinião dos consumidores.

Tudo isto está a demonstrar que o usuário de serviços ou, no caso concreto, o consumidor, pouco contribuiu para a larga utilização de resíduos eletrônicos, que hoje se propala de difícil absorção pela natureza.

Basta percorrer os corredores de um shopping center para se dar conta da grande utilização de plásticos, vidros, alumínio e papéis metalizados que envolvem os produtos eletrônicos oferecidos.

Na prática, para as grandes empresas parece irrelevante a questão ambiental ou melhor dizendo, pouco se preocupam os comerciantes componentes da cadeia de consumo com a destinação final destes resíduos.

No entanto, a pesquisa indica que na propaganda do produto existe uma tendência a dar relevância a uma mal disfarçada preocupação ambiental, recomendando-se a imposição de nova prática, a qual atinge apenas o consumidor final, exigindo-se deste que contribua com o descarte, às suas expensas. Descarte que retornará várias vezes ao mercado gerando lucros para o empresariado.

Tal imposição não pode ser encarada como fruto de séria preocupação ambiental. A uma porque colocam muito distante do que se diz a respeito da

responsabilidade compartilhada e da logística reversa, e outra porque implica alteração de antiga prática do setor, que muitas vezes querem impor compra casada de outro item. Por exemplo, capas protetoras de celular, não pretendidas pelo consumidor final, mas impostas pelo empresário. Muitas vezes a fragilidade do produto impõe a compra pelo consumidor.

Por outro lado, cabe outra reflexão advinda da destinação final de resíduos sólidos, pois se o resíduo eletrônico é sabidamente de difícil decomposição, isto leva a uma preocupação muito maior também com o tratamento das matérias-primas base destes resíduos. Ademais, as usinas de compostagem têm como primeira atividade a separação de lixos recicláveis daqueles degradáveis, destinando os primeiros à reciclagem.

Esta prática indica a necessidade de se implantar políticas públicas de forma mais abrangente e consistente, destinadas à adoção de coleta seletiva, ou a opção por estações separadoras de lixo. Porém, tais políticas devem obedecer aos requisitos da responsabilidade compartilhada, da logística reversa e até de acordos setoriais, itens previstos na lei já mencionada.

Em síntese, revela-se sem sentido o intento de se preservar o meio ambiente apenas penalizando o consumidor final.

É perceptível que o princípio poluidor-pagador, agente norteador da logística reversa na PNRS, garante a proteção do bem ambiental. Deve ser utilizado como instrumento de controle da atividade empresarial. É inaceitável que o Estado tolere que o tratamento do descarte dos resíduos eletrônicos seja feito apenas a nível de gestão dentro da empresa. O retorno, que é previsto na Política Nacional de Resíduos Sólidos, no artº 33, quando lido conforme a Política Nacional do Meio Ambiente, admite interpretação que indica o reuso e a reciclagem. Não apresenta deficiência na regulação de forma a justificar repasse de ônus ao consumidor final.

Como os prazos de adequação ainda vigoram, foi percebido um baixo interesse dentre as empresas pesquisadas em seguir a legislação. Conclui-se que esta adequação à PNRS ainda necessita de forte intervenção do Estado para forçar o cumprimento das normas ambientais pelas empresas, inclusive realizando auditorias nas empresas certificadoras.

A participação do consumidor no sistema de logística reversa deve ser incentivada, mas não pode, de forma alguma, ser realizada com ônus social para garantir o retorno à empresa produtora de produtos. Muito acertadamente, como se demonstrou, o Judiciário tem decidido assim quando da aplicação do princípio do poluidor-pagador na resolução de litígios envolvendo resíduos sólidos.

Mostra que a efetividade da direito dos resíduos sólidos passa pela correta implementação dos sistemas de logística reversa.

O que se observa é que muitas empresas (como exemplos Itaotec, Lenovo, ASUS, Toshiba, Apple e Panasonic) não prestam informações à municipalidade acerca do projeto de logística reversa implementado, notadamente quanto ao volume dos resíduos que deverão ser coletados; a plausibilidade ou não da referida exigência; assim como a razoabilidade do valor da multa aplicada.

Deve-se obrigar as empresas a dar a destinação adequada. Entretanto, é nítida a falta de desinteresse por parte das empresas e descompromisso com a questão ambiental. Existe uma preocupação do capital em repassar o custo da responsabilidade com o descarte de eletrônicos à população consumidora e com o claro objetivo de renunciar às suas tarefas no descarte.

O Estado pode e deve obrigar as empresas a dar a destinação adequada aos resíduos sólidos. O caráter parasitário da economia de mercado, associado à lei econômica fundamental do capitalismo, a do lucro máximo, força uma livre concorrência e anarquia na produção, o que gera um total desinteresse das empresas e descompromisso com a questão ambiental. Existe uma preocupação do capital em repassar o custo da responsabilidade com o descarte de eletrônicos à população consumidora e com o claro objetivo de renunciar às suas tarefas no descarte. A aplicação da PNRS pelo Judiciário não deixa de refletir isso.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, J. A. G.; BARROS, A. M. A. de. **Políticas ambientais nas empresas brasileiras: análise de conteúdo.** *Rev. Esc. Minas*, v.55, n.3, p. 223-227, 2002.

AMAZONA, M. C. **Valor ambiental em uma perspectiva heterodoxa institucional-ecológica: an institutional-ecological heterodox perspective.** *Rev. Econ. soc., Campinas* , v. 18, n. 1, Abr. 2009.

BENJAMIN, A. H. V. **O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Lei n. 12.305**, 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos sólidos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2013.

BRASIL. **Lei n. 6.938**, 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.759**, 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm)>. Acesso em: 13 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 176.810-PR**. Ação de indenização. Agravo regimental desprovido. Petrobrás S/A e Luís Carlos Alves. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe, 08 nov. 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24612883/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-176810-pr-2012-0098381-1-stj/inteiro-teor-24612884>. Acesso em 10 abr. 2014.b

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Ação Civil de Improbidade Administrativa Nº: 10727978 PR-1072797-8**. Juiz Des. Abraham Lincoln Calixto 18 de Março de 2014. Disponível em: <<http://pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25057153/acao-civil-de-improbidadeadministrativa-10727978-pr-1072797-8-acordao-tjpr/inteiro-teor-25057154>>. Acesso em: 18 maio 2014c.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação Embargos de Declaração: ED 70048284558 RS**. Juiz Des. Rogério Gesta Leal. 06 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112933791/embargos-de-declaracao-ed-70048284558-rs/inteiro-teor-112933801>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

CAJAZEIRA, J. E. R. **ISO 14001**: Manual de Implantação. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2014.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality. **Science**, Washington, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

IBGE. **PNAD 2011 – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_anual/2011/Volume\\_Brasil/pnad\\_brasil\\_2011.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Volume_Brasil/pnad_brasil_2011.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2013.

**IDC Brasil - International Data Corporation (2013)**. Segundo estudo da IDC, mercado brasileiro de computadores comercializou 30 unidades por minuto em 2012. **Disponível em:** <<http://br.idclatin.com/releases/news.aspx?id=1459>>. **Acesso em 14 jun. 2013.**

LEMOS, P. F. I. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

LEONARD, A. **A história das coisas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MAIMON, D. **ISO 14000 - passo a passo a da implementação nas pequenas e médias empresas**. Rio de Janeiro: QualityMark, 1999.

MARX, Karl. **Miséria da filosofia**. São Paulo: Ícone, 2004.

QUINTANILHA, L. A gestão sustentável do resíduo eletroeletrônico. **Revista Meio Ambiente Industrial**, São Paulo, v. 14, n. 81, p. 24-39, set/out., 2009.

RICKLEFS, R. E. **A economia da Natureza**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

SANTOS, E. F.; SOUZA, M. T. S. **Um estudo das motivações para implantação de programas de logística reversa de**

**microcomputadores.** Revista Eletrônica de Ciência Admisnitrativa (RECADM) v. 8, n. 2, p. 137-150, Nov. 2009.

SELPIS, A. N.; CASTILHO, R. O; ARAÚJO, J. A. B. **Logística reversa de resíduos eletroeletrônicos**, *Tékhne à Lógos*, Botucatu, SP, v.3, n.2, Julho. 2012.

TORRES, C. A. L.; FERRARESI, G. N. **Logística Reversa de Produtos Eletroeletrônicos.** RevInter Revista Intertox de Toxicologia, Risco Ambiental e Sociedade, v. 5, n. 2, p. 159-210, jun. 2012.

Submetido em 29/09/2014

Aprovado em 20/01/2015

**Como citar:** LIMA, Murilo Carvalho Miranda; MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. **A logística reversa como instrumento de efetividade do princípio poluidor-pagador na redução dos impactos ambientais.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.101-126, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p101. ISSN 2178-8189.

# A informalidade e a inclusão econômica por meio do Estatuto Nacional da Microempresa

## INFORMALITY AND ECONOMIC INCLUSION THROUGH NATIONAL STATUTE OF MICROENTERPRISE

\* Philippe Antonio Azedo Monteiro

\*\* Marlene Kempfer

**Resumo:** O presente estudo se propõe a analisar e concluir se o atual Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/06) tem efetivo potencial de promover o direito a inclusão econômica no Brasil. Os fundamentos teóricos da pesquisa têm por referência a obra *O Mistério do Capital* (2001) de Hernando de Soto, que apresenta análise e aponta caminhos diante da constatação de que o capitalismo não promoveu inclusões, tal qual a econômica, em países não desenvolvidos, dentre os quais pode-se incluir o Brasil. Dados confirmam que a informalidade é uma realidade que deve preocupar os governos, face as externalidades negativas inerentes a este ambiente econômico e social. Hernando de Soto aponta a necessidade de decisões jurídicas e políticas de inclusão ao mercado do que denomina de capital morto; ou seja, potencialidades que tendo acesso aos mecanismos jurídicos que lhes garanta o direito de propriedade, galgam a condição de capital formal e podem contribuir para a dinâmica positiva do capitalismo. A pesquisa busca na Constituição Federal de 1988 a competência do Estado (Art. 174 CF/88) para, por meio da intervenção normativa (Legislativo), fiscalização (Executivo) e incentivo (Legislativo e Executivo), promover oportunidades e reduzir a informalidade. Tal iniciativa estatal objetiva o acesso e a permanência no mercado, além de contribuir para a efetividade do Regime Jurídico Econômico Constitucional (Art. 170 CF/88) e para os objetivos de desenvolvimento nacional (Art. 3º CF/88). A Lei Complementar 123/06, com suas alterações, introduziu normas gerais nos termos do Art. 179 da CF/88, portanto, um regime uniforme de natureza federativa, que prescreve direito a um regime jurídico diferenciado para obrigações tributárias, administrativas, previdenciárias e creditícias aos microempreendedores.

**Palavras-chave:** Inclusão econômica. Informalidade. Intervenção estatal.

\* Mestrando pelo programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL; Bolsista CAPES; Pós-Graduado em Direito Empresarial pela PUC-PR e em Direito Civil e Processo pela UNAR. E-mail: philippe\_mont@hotmail.com

\*\* Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e do Curso de Graduação e Pós Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Professora Colaboradora-Convivada do Curso de Pós Graduação em Direito Civil Contemporâneo do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicas. E-mail: mkempferb@gmail.com

**Abstract:** This study aims to analyze and conclude whether the current National Statute of Micro and Small Businesses (LC 123/06) effectively has the potential to promote the right economic inclusion in Brazil. The theoretical foundations of research have by reference the work *The Capital of Mystery* (2001) of Hernando de Soto, which features analysis and points out ways given the fact that capitalism did not promote inclusions, like the economy, in undeveloped countries, among which can include Brazil. Data confirm that informality is a reality that should concern governments face the negative externalities inherent in this economic and social environment. Hernando de Soto points out the need for legal decisions and inclusion policies at the market what he calls dead capital; potential that having access to legal mechanisms which guarantees them the right to property, seek the formal capital condition and can contribute to the positive dynamics of capitalism. The research aims in the Federal Constitution of 1988 the jurisdiction of the State (Art. 174 FC/88) for, through regulatory intervention (Legislative), supervision (Executive) and incentives (legislative and executive), promote opportunities and reduce informality. Such state initiative aims to access and stay in the market, and contribute to the effectiveness of the Economic Constitutional Legal Framework (Art. 170 FC/88) and national development goals (Art. 3 FC/88). Complementary Law 123/06, as amended, introduced general rules under Art. 179 of FC/88, so a uniform system of federal nature, which prescribes the right to a different legal regime for tax, administrative, social security and lending to microentrepreneurs.

**Keywords:** Economic inclusion. Informality. State intervention.



## INTRODUÇÃO

O tema da inclusão econômica e do combate à informalidade tem, desde o final do século passado, conquistado expressivo destaque na literatura especializada e no discurso político, mormente no Brasil, que possui um significativo mercado periférico.

O Brasil é um país de severos contrastes, enquanto de um lado se observa o agronegócio e as grandes indústrias em expansão, de outro, o desenvolvimento divide espaço com um forte mercado informal que atua, especialmente, nos setores do comércio e serviços.

Hernando de Soto, na obra *O Mistério do Capital* (SOTO, 2001), estuda a informalidade e a necessidade de inclusão econômica em países não desenvolvidos e ex-comunistas de modo que mais pessoas possam usufruir das externalidades positivas do capitalismo. Destaca a importância de ações jurídicas e políticas de inclusão desse potencial que denomina de capital morto.

A presente pesquisa toma por fundamento tais estudos e se propõe a analisar e concluir se o atual Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (BRASIL, 2006), por meio das oportunidades que proporciona, poderá promover o direito a inclusão econômica e a redução da informalidade no Brasil.

Os desafios são muitos, pois, além de atrair para a formalidade é preciso investir em políticas para a permanência no mercado. Por isso, defende-se políticas estatais de fomento ao empreendedorismo nos pequenos negócios, pois além de gerar oportunidades de trabalho, estimulam a concorrência e a inovação. Enfim, os investimentos direcionados às microempresas revertem-se diretamente na promoção dos objetivos constitucionais de erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e estimular o desenvolvimento no país.

A pesquisa recorre a fontes bibliográficas, normativas e dados estatísticos, para destacar o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte na concretização do direito a inclusão econômica no Brasil.

## 1 O MISTÉRIO DO CAPITAL: ENERGIA POTENCIAL DOS ATIVOS E A REDOMA DE VIDRO DE BRAUDEL

A obra *O Mistério do Capital* (SOTO, 2001) de Hernando de Soto, afigura-se como estímulo condutor da presente pesquisa. O livro é resultado de um

estudo de campo realizado pelo autor e sua equipe, sobre o modo de vida dos povos da Ásia, Oriente Médio, América Latina e Caribe. O autor erigiu como objeto de investigação os países subcapitalizados, pois a obra se propõe a demonstrar que os povos do terceiro mundo e das antigas nações comunistas não conseguem viver o capitalismo tal qual o ocidente (Europa, Norte América e outros), já que os contratos sociais informais impedem a transformação de ativos em capital.

A informalidade e a irregularidade documental, típicas das regiões pesquisadas, fazem com que o ativo, que poderia tornar-se capital e ser utilizado para a geração de crédito, seja, na realidade, um capital morto, pois a falta de lastro e de regularidade impedem a sua utilização.

Entre as importantes afirmações que Hernando de Soto (2001) registra em sua obra, são destacados para este estudo, apenas dois pontos: a energia potencial dos ativos e a redoma de vidro de Braudel. Ambos estão localizados no capítulo terceiro da obra *O Mistério do Capital*.

O tópico sobre a energia potencial dos ativos aborda a capacidade de um ativo - uma casa, uma quota social, uma máquina - em ser usado para produzir, assegurar ou garantir valores no mercado econômico (SOTO, 2001, p. 57). Dentro de um sistema formal, como o dos países desenvolvidos, o ativo é facilmente transformado em capital, aproveitando o potencial econômico nele existente. Entretanto, esse potencial não pode ser explorado caso o ativo padeça de irregularidade documental, pois, sem lastro, torna-se um capital morto, tal qual ocorre em meio à informalidade dos países subcapitalizados.

O sistema formal de propriedade permite a transformação de um ativo em capital, pois o capital nasce da representação escrita das qualidades econômicas de um ativo - escritura, fiança, contrato e outros registros - e não do aspecto físico da coisa. Trata-se de uma visão conceitual e não material. Uma escritura, por exemplo, representa qualidades invisíveis, com potencial de produzir valor e qualidades que são economicamente utilizáveis.

A irregularidade documental resulta em, cada vez mais, informalidade, pois, uma casa, que poderia ser usada como garantia na tomada de um crédito junto ao banco, de nada irá servir se não estiver escriturada em favor do interessado. Aliás, as principais dificuldades enfrentadas na obtenção de crédito por microempreendedores residem justamente na falta de garantias, coadunando ao que Soto (2001, p. 60) discorreu sobre a energia potencial dos ativos e a dificuldade na transformação do ativo em capital. Diante disso, expõe a criação de mecanismos de facilitação ao crédito em bancos públicos e também fundos

de garantia para lastrear as transações feitas por microempresários e, assim, suprir essa lacuna.

Os tópicos estão intimamente conectados, pois, na redoma de vidro de Braudel, Soto (2001, p. 82-84) referindo-se ao historiador Fernand Braudel, expõe que a formação de capital foi alcançada por poucos privilegiados, uma minoria com acesso a oportunidades econômicas, ou seja, uma parcela social que parece estar em uma espécie de redoma de vidro que a separa do restante da sociedade. Aponta que, nos países subdesenvolvidos, a maioria da população não consegue ter os frutos do seu trabalho representados no sistema formal, ficam do lado de fora dessa redoma. Enquanto que, dentro da redoma, encontra-se uma minoria, daqueles capazes de acessar as oportunidades legais e pagando a advogados para auxiliá-los a superar as burocracias do sistema.

Soto (2001, p. 51) destaca a importância da representatividade dos ativos dos cidadãos, pois, o que cria o capital e possibilita avanços sociais, econômicos e culturais, não são os bens físicos em si, mas o modo com que são utilizados. A maneira como os direitos à propriedade dos bens são definidos é fundamental para o progresso. As dificuldades que o Terceiro Mundo encontra hoje para integrar setores extralegais à formalidade, são similares ao que viveu o Ocidente no século XIX. É crucial para se construir esta ponte que os governos compreendam que as leis precisam alcançar a realidade do povo.

Esse estudo aponta a intervenção do Estado por meio normativo, incentivo, fiscalização e planejamento (Art. 174) (BRASIL, 1988), para diminuir e até superar a falta de regularidades formais de registros, acesso ao crédito e oportunidades de negócios. Destaca-se a necessidade de atrair as potencialidades que estão no âmbito do capital morto para que sejam estimuladas a ter acesso e permanecer na redoma de vidro de Braudel.

## **2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO POR MEIO NORMATIVO E DE INCENTIVO PARA PROMOVER A INCLUSÃO ECONÔMICA**

A título de contextualização histórica, destaca-se que o debate sobre a importância da microempresa para o desenvolvimento econômico brasileiro toma corpo no início da década de 1980 (RIBEIRO, 1984, p. 14). Nessa época, começaram a surgir ações efetivas na seara legislativa. As medidas se iniciam em 1980, com o Decreto-Lei nº 1.780 (norma federal), que concedeu isenção de imposto sobre a renda de pequenas empresas e dispensou o cumprimento de

obrigações acessórias (BRASIL, 1980). No ano seguinte, 1981, a Lei nº. 6.939, estabeleceu um regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio, facilitando os atos registrares (BRASIL, 1981).

Em 1984 foi aprovada a Lei nº. 7.256, que disciplinou pela primeira vez a categoria de pequena empresa e, em linhas gerais, estabeleceu um tratamento privilegiado a microempresa nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista e comercial. A lei ansiava facilitar a constituição e o funcionamento das unidades produtivas de pequenas proporções e, ainda, fortalecer a participação no processo de desenvolvimento econômico e social do país (BRASIL, 1984a).

Ainda em 1984 a Lei Complementar nº. 48 (BRASIL, 1984b) isentou as microempresas do recolhimento de ICM (imposto sobre circulação de mercadoria) e ISS (imposto sobre serviço), isenção essa ampliada pouco depois pela lei 7.519, de julho de 1986.

Embora tais leis já tivessem por escopo o tratamento diferenciado às microempresas, este intento alcançou verdadeiro avanço com a promulgação da Constituição de 1988. O Estado brasileiro assumiu a competência para, por meio dos governos, promover inclusão econômica e inseriu esta atribuição em nível constitucional, no capítulo que trata dos pilares que devem ser considerados no âmbito das relações econômicas. Assim, por ser política de estado é vinculatória para todos os governos.

Após a aprovação da Constituição de 1988, o comando do Art. 170, inc. IX, fez com que outras medidas importantes fossem concretizadas, entre elas, foram aprovadas as Leis nº. 8.029 e 8.154 de 1990 e o Decreto nº. 99.570 de 1990, criando o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequenas Empresas), um órgão técnico de apoio ao desenvolvimento da atividade empresarial de pequeno porte, voltada para a difusão de programas e projetos de promoção e fortalecimento das micro e pequenas empresas.

Em 1994, a Lei nº. 8.864, passou a regular o Estatuto da Pequena Empresa, reiterando, em grande medida, benefícios já assegurados anteriormente. Embora a Lei não tivesse causado grande impacto pela falta de regulamentação, elevou a receita bruta anual de enquadramento da microempresa, ampliando o leque de abrangência, além de fazer surgir, pela primeira vez, a figura da empresa de pequeno porte, conforme previsto na Constituição Federal.

Em 1996, a Medida Provisória nº. 1.526, dispôs sobre benefícios do regime tributário diferenciado. E, ainda em 1996, adveio a Lei nº. 9.317, criando o regime tributário conhecido como SIMPLES (sistema integrado de pagamento

de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte). As empresas que aderissem a esse regime simplificado teriam o benefício de pagar diversos tributos mediante um único recolhimento mensal proporcional ao seu faturamento.

No ano de 1999, foi sancionada a Lei nº. 9.841, que recebeu a denominação de “Estatuto da Pequena Empresa e da Empresa de Pequeno Porte”. Não obstante tal fim, essa lei teve como objetivo facilitar a constituição e o funcionamento das microempresas, de forma a assegurar o fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social. O Estatuto passou a prever tratamento favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em campos não abrangidos pela lei do Simples; isto significa que, enquanto o Estatuto objetivou facilitar a constituição e o funcionamento da microempresa, assegurando o fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social; o SIMPLES estabeleceu tratamento diferenciado nos campos dos impostos e contribuições.

O grande marco regulatório no campo da microempresa data de 2006, com a publicação da Lei Complementar 123, reconhecida por “Lei Geral da Micro e Pequena Empresa”. Esta lei, contém normas gerais e federais e, em cumprimento à previsão constitucional, prevê um regime diferenciado tributário de arrecadação de impostos e contribuições, simplificações de deveres nos âmbitos administrativo (licenças, registros, baixas) e trabalhista, estímulo para acesso ao crédito público e de participação nos negócios públicos, sistema de fiscalização primeiramente de orientação e um importante sistema de gestão federativo com órgãos colegiados envolvendo a participação dos membros da federação e da sociedade.

O constituinte, por meio do Art. 179 da CF/88, incumbiu ao legislador e aos governantes, por meio de leis e políticas públicas, dispensarem tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte em obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 1988).

Sobre o tratamento favorecido, esclareceu Martins (1992, p. 79), que:

Tratamento favorecido é tratamento mais benéfico, com menos encargos, ônus e obrigações, com mais apoio, auxílio e suporte das autoridades [...] o discurso constituinte explicita que tal tratamento diferenciado será resultante de duas formas de incentivos, a saber: a) simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias; b) eliminação ou redução de tais obrigações.

O tratamento especial dispensado às micro e pequenas empresas é corolário do princípio da igualdade material no âmbito econômico para que, com o acesso se promova o direito à livre iniciativa e, com a permanência, a livre concorrência:

O desafio é ajudá-los a alcançar gradualmente a competitividade genuína, aperfeiçoando as suas qualificações e o acesso à tecnologia, ao crédito e ao mercado. Para tanto, é necessário ultrapassar o âmbito de políticas meramente setoriais; é preciso contemplar as formas de integração do universo dos pequenos produtores e empreendedores na economia nacional. (SACHS, 2003, p. 58).

Neste sentido é fundamental a intervenção estatal, uma vez que para sair da informalidade e competir com os desafios do mercado atual é dever dos governos promoverem investimentos públicos por meio das diferentes formas de fomentos.

### **3 A LEI COMPLEMENTAR 123/06 E AS OPORTUNIDADES PARA A INCLUSÃO ECONÔMICA**

O professor Antônio Lopes de Sá, na obra Tudo Sobre a Microempresa (SÁ, 1985, p. 9), se intitulou o primeiro autor brasileiro a escrever sobre a tema. Em sua época, já se apontava que para merecer a classificação e os benefícios legais dispensados às microempresas deveria ser considerada a receita ou volume de vendas. Este critério de enquadramento continua sendo usado até hoje.

Aponta Montaño, que as micro e pequenas empresas se caracterizam por:

[...] poucos trabalhadores, baixo volume de produção e comercialização e reduzido mercado e raio de incidência; pouco complexa - altamente centralizada, com pouca estratificação e escassa divisão de tarefas e

papéis; e relativamente informal - insuficiente definição explícita de objetivos, normas, sistemas de sanções e recompensas, assim como irregular aplicação das leis Sociais e Empresariais (MONTAÑO, 1999, p. 15).

No Brasil, a LC 123/06, atualizada pela LC 147/14, classifica seus destinatários em três categorias, segundo critérios de faturamento<sup>1</sup> e atuação: Microempreendedor Individual (MEI), até R\$ 60.000,00; Microempresa (ME) até R\$ 360.000,00; e Empresa de Pequeno Porte (EPP) acima de R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 e, ainda, poderá chegar a R\$ 7.200.000,00, com o estímulo à exportação<sup>2</sup>.

A possibilidade de enquadramento como micro e pequena empresa não mais se restringe às sociedades empresárias, de sorte que todos os benefícios podem ser, também, alcançados pelo Microempreendedor Individual (MEI) e a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), nos termos da LC 128/2008 e da Lei 12.441/2011, respectivamente.

A LC 147/14, alterou a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa (LC 123/06), ampliando as atividades que podem aderir ao sistema do Simples Nacional. Foram incluídas mais de 142 atividades, entre eles, setores de produção intelectual, técnica e científica, tais como advogados, médicos, dentistas, psicólogos, engenheiros.

### **3.1 Política de Estímulo ao Crédito, Garantia e Inovações**

Conforme alertou Hernando de Soto em sua obra (SOTO, 2001, p. 51), a dificuldade de acesso ao crédito é um óbice ao desenvolvimento do capital que denomina de “capital morto”, pois as instituições financeiras tendem a inibir a liberação de crédito por falta de garantias reais a lastrear os empréstimos.

<sup>1</sup> A LC 123/06 adotou como parâmetro classificatório de faturamento a receita bruta anual e, para não pairar dúvidas, esclareceu, no Art. 3º, inc. II, §1º, que: “Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste Art., o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos” (BRASIL, 2006).

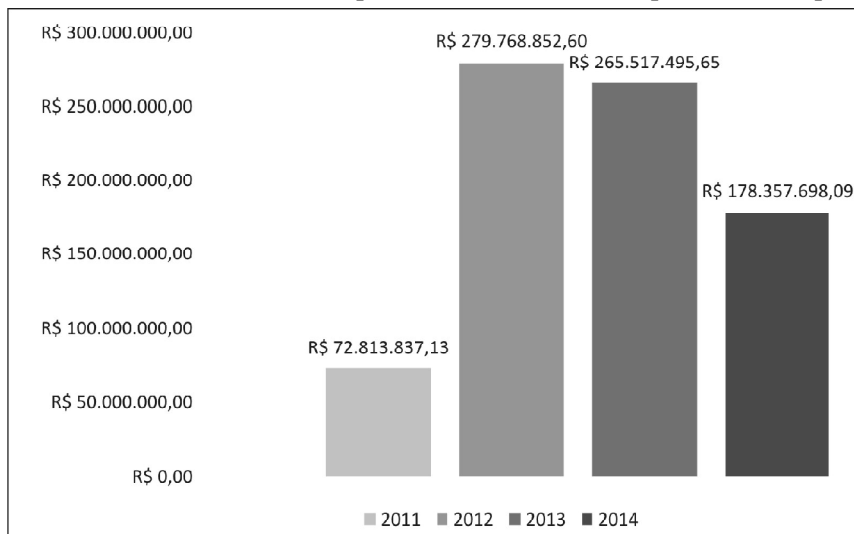
<sup>2</sup> Sobre os citados valores, destaca-se o Projeto de Lei Complementar 25/07, aprovado na Câmara dos Deputados e que segue ao Senado. O plenário votou pelo aumento do limite de enquadramento da microempresa no regime especial de tributação unificada. Pela proposta, a receita bruta anual máxima permitida para a microempresa passará de R\$ 360 mil para R\$ 900 mil. No caso das empresas de pequeno porte, será permitido para o intervalo de R\$ 900 mil a R\$ 14,4 milhões anuais. Atualmente, é de R\$ 360 mil a R\$ 3,6 milhões. Para as empresas de pequeno porte, em 2017, o novo limite iria até R\$ 7,2 milhões. E, somente em 2018 se admitiria empresas com receita bruta de até R\$ 14,4 milhões.

Com objetivo de enfrentar essa realidade a LC 123/06, em seu Art. 58, impõe aos bancos públicos o dever de manutenção de linhas de crédito específicas para as MEI, ME e EPP. Estabelece importantes mecanismos de controle desta obrigação: obrigar que tais créditos sejam identificadas nos orçamentos dos bancos e que desta obrigação seja dada ampla divulgação; apresentar relatório que mostre a alocação dos recursos de crédito, identificando os que foram utilizados e a explicação do bom ou mau desempenho da política pública; estes dados farão parte do Sistema de Informações de Crédito – SCR, do Banco Central do Brasil, para que possa estimular a oferta de créditos por bancos privados.

Nessa toada, por exemplo, foi lançado pelo governo federal, em 08/2011, o *Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (Programa Crescer)*, com o objetivo de facilitar as condições de financiamento, com menores taxas de juros e metas de empréstimos a serem atingidas pelos bancos públicos, oferecendo crédito de até R\$ 15 mil, com juros menores (próximos a 5% ao ano).

O Portal da Transparência aponta que o valor investido em operações de microcrédito teve um crescimento até 2012, seguido de uma queda em 2013 e 2014.

**Gráfico 1** - Valor investido em operações de microcrédito para Microempresas





Há mecanismos oficiais de prestação de garantias, com a criação de fundos de aval para facilitar a obtenção de crédito por micro e pequenas empresas (Art. 60-A). Ao tomar crédito, empreendedores de menor porte encontram dificuldades em atender as garantias exigidas pelas instituições financeiras, que inviabilizam a contratação do financiamento desejado, ou levam à aprovação em condições menos favoráveis. Isto, se deve pela falta de ativos capazes de lastrear as transações. Assim, ao complementar as garantias oferecidas pelas empresas aumentam as chances de aprovação dos pedidos de crédito. Este poderá ser utilizado para aquisição de equipamentos, expansão de unidades produtivas, aquisição de softwares, capital de giro, entre outros. Gerar oportunidade por meio deste sistema garantidor de crédito é fundamental para a redução das barreiras enfrentadas pelos pequenos empresários que necessitam de crédito.

Em relação ao apoio às inovações com o advento da LC 123/06 tem-se políticas de âmbito nacional. Define a lei que inovar é a concepção de um novo produto ou processo de fabricação, agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo produtivo.

Para implementar políticas de incentivo nestas iniciativas o micro ou pequeno empreendedor terá agências de fomento<sup>3</sup>, ICT<sup>4</sup>, núcleos de inovação tecnológica<sup>5</sup> e as instituições de apoio<sup>6</sup>, inclusive quando estas revestirem a forma de incubadoras.

Sobre as tais incubadoras, Renaldo Limiro da Silva (2007, p. 195), aponta que:

Uma incubadora de empresas é um mecanismo que estimula a criação e o desenvolvimento de micro e pequenas empresas (industriais, de prestação de serviços, de base tecnológica ou de manufaturas leves), oferecendo suporte técnico, gerencial e formação complementar do empreendedor. A incubadora também facilita e agiliza o processo de inovação tecnológica nas micro e pequenas empresas. Em geral, as incubadoras dispõem de um espaço físico especialmente construído ou adaptado para alojar temporariamente micro e pequenas empresas e oferece uma série de

<sup>3</sup> Agências de fomento: Instituição pública ou privada que atue no financiamento de ações e promoção da ciência, da tecnologia e da inovação.

<sup>4</sup> Instituição Científica e Tecnológica (ICT): entidade da administração pública que execute atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico;

<sup>5</sup> Núcleo de inovação tecnológica: núcleo ou órgão constituído por uma ou mais ICT com a finalidade de gerir sua política de inovação.

<sup>6</sup> Instituição com a finalidade apoiar a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento.

serviços, como cursos de capacitação gerencial, assessorias, consultorias, orientação na elaboração de projetos a instituições de fomento, serviços administrativos, acesso a informações etc.

O estímulo à inovação previsto na LC 123/06 se reveste em favorecimento e simplificação do acesso a tecnologias. As instituições referidas devem publicar relatório circunstanciado com as estratégias para maximização da participação das pequenas e microempresas e os recursos alocados a esse fim. A lei estipula, ainda, meta de, no mínimo, 20% dos recursos destinados à inovação sejam destinados para a micro e pequenas empresas.

Há, ainda, uma previsão de isenção de impostos e contribuições incidentes na aquisição ou importação de equipamentos e máquinas diretamente por micro e pequenas empresas para incorporação ao seu ativo imobilizado. Podem ser reduzidas a zero as alíquotas de IPI, Cofins, PIS/Pasep, Cofins-Importação, PIS/Pasep-Importação e ICMS.

### **3.2 Simplificação De Obrigações Administrativas, Trabalhistas E Tributárias E Fiscalização Orientativa**

A Lei Complementar 123/06 prevê a desburocratização e o acesso ao mercado com facilitação da constituição das empresas, a racionalização da exigência de documentos e de comprovantes para os MEI, ME e EPP.

A nosso ver, a burocracia pode ser um dos grandes obstáculos, o maior talvez, que poderão surgir para dificultar a efetiva implementação do Simples Nacional nos níveis da União, dos Estados/Distrito Federal e dos municípios. É que, por exemplo, quando da abertura ou do fechamento de qualquer microempresa ou empresa de pequeno porte, necessariamente esta tem que se reportar aos órgãos ou às entidades envolvidos nos três âmbitos de governo. Estes, por seu turno, têm a obrigação legal de unificar os respectivos procedimentos para tais fins, até mesmo por se constituir tal medida não somente uma inovação, mas também para alcançar a rapidez e a simplicidade buscadas pela Lei Complementar 123/06. (SILVA, 2007, p.42)

Uma das grandes dificuldades enfrentadas na constituição jurídica do empreendimento residia na falta de unicidade dos atos dos três âmbitos de governo. O legislador, então, conforme Art. 6º da LC 123/06, dispôs que diante dos requisitos legais de segurança sanitária, metrologia, controle ambiental e

prevenção contra incêndios deverão ser simplificados e as respectivas licenças com emissão unificada.

Outro avanço, para aquelas atividades que não ofereçam risco tais quais ao consumidor, ao ambiente, poderão iniciar as atividades sem licenças prévias. Terão que obter tais licenças posteriormente. Nesses casos, o Município-sede emitirá autorização, possibilitando, assim, o início das atividades logo após o ato do registro.

Na seara das relações trabalhistas, a LC 123/06, não foi muito além do que já disciplinava a Lei 9.841/99. Esta lei apontava que a pequena e a microempresa estavam dispensadas do cumprimento de determinadas obrigações acessórias que foram transcritas na LC 123/200: fixação de Quadro de Trabalho em suas dependências; anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; e empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem.

Em relação à simplificação das obrigações tributárias muitos avanços ocorreram. A realidade denunciava que o contribuinte estava sujeito a diferentes incidências tributárias (federal, estadual e municipal) e cada uma delas com seus meios de controle. A simplificação do sistema de arrecadação, é crucial ao funcionamento de toda a cadeia de favorecimento do microempreendedor.

Com a aprovação da lei, buscou-se instituir um regime especial unificado que contemplasse a maioria das microempresas e empresas de pequeno porte, nos seus diferentes segmentos de atuação no mercado, sejam atuantes no comércio, na indústria e também em alguns setores da prestação de serviços. (ALMEIDA, 2009, p. 36).

O regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições criado para os MEI, ME e EPP é um importante instrumento criado pela LC 123/06:

De fato, reduzir a quantidade de guias que deverão ser calculadas e recolhidas é uma interessante forma de simplificação, dado a enorme quantidade de tributos que as empresas normais brasileiras têm o dever de calcular e recolher (ALMEIDA, 2009, p.37)

Este novo sistema considera por base de cálculo a receita bruta anual da empresa e as alíquotas variam conforme o nível das diferentes receitas. Quanto maior a receita bruta anual, maior a alíquota. Portanto, realiza-se o princípio da

capacidade contributiva preconizado no Art. 145, § 1º, da CF/88. Os anexos da Lei Complementar trazem tabelas organizadas de acordo com a atividade desenvolvida pela empresa em: comércio; indústria; locação de bens móveis e prestação de serviços.

O regime especial envolve o recolhimento dos seguintes impostos e contribuições federais: Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ); Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS); Programa de Integração Social (PIS); Contribuição para a Seguridade Social (INSS). Em nível estadual o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM). E para os Municípios o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

Criou-se um sistema federativo cuja arrecadação está centralizada junto a Secretaria da Receita Federal do Brasil. Os créditos advindos dos pagamentos efetuados pelos contribuintes serão depositados no Banco do Brasil, em favor de cada um dos credores-destinatários federativos. É o sistema de distribuição da arrecadação federal. A normatização deste sistema é de competência do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A LC 123/06 (Art. 55) traz, ainda, um sistema especial de fiscalização, que pode ser denominado de fiscalização com prioridade de orientação. Para tanto exige que antes de autuar seja realizada a dupla visita. Essa situação já foi apreciada pelo Judiciário e o caso resultou, inclusive, em invalidade formal da autuação por inobservar o critério da dupla visitação.

ADMINISTRATIVO. MICROEMPRESA. AUTOS DE INFRAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DA DUPLA VISITAÇÃO. ART. 55 DA LC 123/06. ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO NA PORTARIA INMETRO 436/2007. NORMA QUE NÃO SE REVESTE DO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. 1. As infrações praticadas pelos microempresários, de acordo com o Art. 55 da LC 123/06, tem como regra, para autuação, a dupla visita (§ 1º), dispensando-se esse critério quando definida como infração fora da zona de alto risco (§ 3º) 2. A Portaria 436/2007 foi editada pelo INMETRO para estabelecer quais as atividades de alto risco, complementando a exigência da LC 123/06 3. O Tribunal de Apelação considerou estar as infrações cometidas fora da zona de alto risco, situação que, pela lei complementar, não dispensa a dupla visita. 4. Enquadramento legal das infrações na Portaria 436/2007 (arts. 1º, 3º e 4º),

cuja violação não autoriza a abertura da via especial, por ser considerada legislação infraconstitucional. 5. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2013).

Com este novo regime de atuação, cria-se um ambiente de aproximação entre administrados e o poder de polícia. Desta forma, espera-se diminuir a aplicação de sanções e estimular que as empresas atuem em conformidade com o a lei e seus regulamentos.

### **3.3 Oportunidade Para Participar Dos Negócios Públicos**

Mais uma das formas do Estado e dos governos fomentarem a participação e o crescimento das microempresas é oferecer oportunidade de negócios em suas próprias compras e serviços. Este caminho abre possibilidades para permanência do micro e pequeno empresário no mercado.

Para participar dos negócios públicos é preciso realizar o certame licitatório. A Lei Complementar em análise, traz modificações em relação ao regime hoje disciplinado por meio da Lei 8.666/93. Prevê direitos especiais, que podem ser exercidos nas fases de habilitação e de classificação do participante MEI, ME e EPP. Destaca-se: o direito de apresentar a documentação de regularidade fiscal somente na assinatura do contrato com a administração pública (Art. 43); e, constatado empate (assim considera a proposta de até 10% acima do valor declarado vencedor e, na modalidade Pregão, o percentual de até 5%), terá direito ao contrato (Art. 44). A respeito destas regras, Santos (2007, p. 31), esclarece:

Caso restem classificadas em primeiro lugar mais de uma proposta (propostas de idêntico valor, caracterizando situação de empate na acepção jurídica do termo), e uma delas for microempresa ou empresa de pequeno porte, esta terá preferência na contratação o desempate se dará pelo tratamento favorecido à microempresa ou empresa de pequeno porte. Este tratamento favorecido condiciona, entretanto, a preferência na contratação à oferta de proposta de preço inferior àquele originalmente proposto. Como a lei não estabelece qualquer parâmetro para esta nova proposta, qualquer valor menor do que a proposta original deve ser reputado suficiente para que o desempate se efetive (proposta apenas R\$ 1 menor do que a original, por exemplo). Pode-se sustentar que, no caso de empate decorrente da apresentação de propostas idênticas por microempresa ou empresa de pequeno porte e outra licitante que não

detenha esta condição, se deveria automaticamente dar preferência àquela, sem necessidade de apresentação de nova proposta, de menor valor.

Destaque-se a possibilidade, nos termos do Art. 48, § 3º, de “estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido”. (BRASIL, 2006). É o caminho para incentivar as atividades econômicas no mesmo âmbito territorial do consumo. Viabiliza-se geração de renda, emprego e desenvolvimento para a microrregião.

Enquanto os Estados e Municípios não criarem seu próprio regime de licitações para o Sistema do Simples Nacional, deverão ser aplicadas as normas mais favorável a tais empresas previstas em legislação federal, conforme Art. 47 da LC 123/06. Esta determinação legal atende as possíveis situações de omissões ou delongas dos demais membros federados de viabilizar tais acessos, caso não exerçam a competência concorrente, que lhes é garantida. Nestes casos, destaque-se: a regra de contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte cujo valor contratual seja de até R\$ 80.000,00, para cada item de contratação, segundo o Art. 48, I, da LC 123/06; e, na necessidade de contratação de obras e serviços pode-se exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Por meio das principais regras promocionais acima indicadas há reais possibilidades de vantagem competitiva em face dos demais licitantes. Logo, a proposta formulada pela pequena empresa terá condições de apresentar valor mais reduzido, possibilitando êxito na licitação. (JUSTEN FILHO, 2007, p. 145).

#### **4 A LEI COMPLEMENTAR 123/06 E A GESTÃO FEDERATIVA DO SISTEMA**

Importante inovação foi a criação de um sistema federativo para a gestão do Simples Nacional. Nos termos do Art. 2º, da LC 123/06, a estrutura administrativa é composta dos seguintes órgãos: Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), Fórum Permanente (FP) e Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM).

O Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, é composto por representantes da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios e tem por finalidade gerir e normatizar aspectos tributários do Sistema. Será presidido e coordenado por representante da União. As normas regulamentadoras editadas por este órgão são introduzidas por ato administrativo Resolução. Ao CGSN compete produzir normas infralegais e estas têm o nível hierárquico de normas gerais administrativas. Esta afirmação considera que: i) as matérias que são de competência deste Comitê objetivam uniformizar o tratamento tributário referente, por exemplo: regulamentar quanto a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, forma, periodicidade e o prazo relativamente aos tributos apurados na forma do Simples Nacional; ainda, ii) os destinatários imediatos de tais normas são os membros federados União, Estado, Distrito Federal e Municípios limitando ou excluindo no âmbito das competências relativos aos tributos que compõem a arrecadação unificada prevista no Art. 1º, I, da LC 123/06. Este novo sistema está conforme a condição de normas gerais que regulamentam de modo inaugural todo o Sistema Simples por meio de Lei Complementar. Ou seja, é a garantia jurídica, diante das peculiaridades federativas, para harmonizar a convivência normativa das diferentes esferas federativas e das políticas necessárias para alcançar os objetivos constitucionais de inclusão econômica.

O Fórum Permanente das Micro e Pequenas Empresas constitui um espaço de debates e de conjugação de esforços entre os governos federal, estaduais, distrito federal e municípios e fóruns estaduais das microempresas e empresas de pequeno porte e entidades de apoio e de representação nacional do segmento. Reúne, portanto, os interesses dos envolvidos diretamente com o Sistema Simples Nacional. Este órgão, sob presidência e coordenação da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, tem a importante finalidade, nos termos do Art. 2º, § 5º, de “orientar e assessorar a formulação e coordenação da política nacional de desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como acompanhar e avaliar a sua implantação” (BRASIL, 2006). Organizado em Comitês Temáticos para construir e avaliar ações em prol da Desoneração e Desburocratização, fomentar o Comércio Exterior, Tecnologia e Inovação, Investimento e Financiamento, Informação e Capacitação, e Compras Governamentais.

O Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, vinculado à Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, composto por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e

demais órgãos de apoio e de registro empresarial, tais quais: Associação Nacional de Presidentes das Juntas Comerciais; Diretor do Departamento Nacional do Registro do Comércio; Representante do Fórum Permanente. A competência consiste, essencialmente, nos termos da Resolução CGSIM nº 1/09, em seu Art.4º

regulamentar a inscrição, cadastro, abertura, alvará, arquivamento, licenças, permissão, autorização, registros e demais itens relativos à abertura, legalização e funcionamento de empresários e de pessoas jurídicas de qualquer porte, atividade econômica ou composição societária (BRASIL, 2009).

Na forma da lei as normas produzidas por este órgão contribuirão para simplificar deveres administrativos nos termos do Art. 179 da CF/88.

## **5 AVALIAÇÃO DOS AVANÇOS DO SISTEMA DA MPE SOBRE CRESCIMENTO DO SETOR E GERAÇÃO DE EMPREGOS**

Destacada a importância das possibilidades jurídicas de inclusão econômica é oportuno apresentar resultados dessas políticas e avaliar a contribuição para a inclusão social e a geração de empregos.

Embora existam diversas pesquisas relacionadas ao tema, o presente estudo adotou a publicação Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira, de autoria do SEBRAE (SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, 2014), por sua atualidade e por ser um órgão cuja finalidade é promover a competitividade, a capacitação para o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte e gerar dados confiáveis.

Os resultados consolidados na atividade de serviços, entre os anos de 2009 e 2011, geraram as informações representadas nas Tabelas abaixo, que estão organizadas segundo o porte das empresas.

### **5.1 Atividade Econômica - Serviços**

Na Tabela 1, a seguir, constata-se a forte presença das Micro e das Pequenas Empresas que, juntas, representam, na média do período, 98% de todas as empresas do setor de serviços e geram cerca de 44% de todo o emprego formal do setor.



**Tabela 1** - Setor de serviços – variáveis 2009 a 2011

SETOR DE SERVIÇOS						
Número de Empresas						
Ano	Micro Empresas	Pequenas Empresas	Micro e Pequenas	Médias Empresas	Grandes Empresas	Total
2009	86,3%	11,8%	98,1%	1,0%	0,9%	100%
2010	85,9%	12,2%	98,1%	1,0%	0,9%	100%
2011	87,0%	11,2%	98,2%	0,9%	0,9%	100%
Pessoal Ocupado						
Ano	Micro Empresas	Pequenas Empresas	Micro e Pequenas	Médias Empresas	Grandes Empresas	Total
2009	22,1%	21,2%	43,3%	6,8%	49,9%	100%
2010	21,2%	22,0%	43,2%	6,7%	50,1%	100%
2011	23,1%	21,0%	44,1%	6,6%	49,4%	100%

**Fonte:** Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (2014).

## 5.2 Atividade Econômica - Comércio

No comércio, a participação das Micro e Pequenas Empresas é ainda mais expressivo, cerca de 99% na média do período, do total das empresas classificadas na atividade comércio. No que tange às informações de emprego, constata-se que, cerca de 70% do pessoal ocupado está alocado nas Micro e Pequenas Empresas.

**Tabela 2** - Setor de comércio – variáveis 2009 a 2011

SETOR DE COMÉRCIO						
Número de Empresas						
Ano	Micro Empresas	Pequenas Empresas	Micro e Pequenas	Médias Empresas	Grandes Empresas	Total
2009	89,6%	9,7%	99,2%	0,5%	0,3%	100%
2010	89,2%	9,9%	99,2%	0,5%	0,3%	100%
2011	89,3%	9,9%	92,2%	0,5%	0,3%	100%
Pessoal Ocupado						
Ano	Micro Empresas	Pequenas Empresas	Micro e Pequenas	Médias Empresas	Grandes Empresas	Total
2009	41,2%	28,3%	69,5%	5,7%	24,8%	100%
2010	39,8%	28,3%	68,2%	5,8%	26,0%	100%
2011	40,4%	27,6%	67,9%	5,6%	26,5%	100%

**Fonte:** Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (2014).

### 5.3 Atividade Econômica – Indústria

Por fim, no setor industrial, embora as Médias e Grandes Empresas ainda concentrem a maioria dos funcionários empregados, é salutar o crescimento das Micro e Pequenas Empresas que atuam no setor industrial, tanto é que cerca de 95% das empresas desse setor são de pequeno porte.

**Tabela 3** - Setor da indústria – variáveis 2009 a 2011

SETOR DA INDÚSTRIA						
Número de Empresas						
Ano	Micro Empresas	Pequenas Empresas	Micro e Pequenas	Médias Empresas	Grandes Empresas	Total
2009	79,3%	16,2%	95,5%	3,5%	1,0%	100%
2010	78,7%	16,7%	95,4%	3,6%	1,0%	100%
2011	79,5%	16,0%	95,5%	3,5%	1,0%	100%
Pessoal Ocupado						
Ano	Micro Empresas	Pequenas Empresas	Micro e Pequenas	Médias Empresas	Grandes Empresas	Total
2009	17,9%	24,7%	42,5%	25,1%	32,4%	100%
2010	17,2%	24,6%	41,8%	25,2%	33,1%	100%
2011	17,4%	24,2%	41,5%	24,9%	33,6%	100%

**Fonte:** Serviço Brasileiro de Apoio as Micro e Pequenas Empresas (2014).

Considerando os dados obtidos no estudo em destaque é possível afirmar a relevância das Micro e Pequenas Empresas no panorama econômico nacional. Limongi França (2011, p. 35) afirma que o empreendedorismo é a chama que leva o homem ao novo, ao desafio, ao novo negócio. Para o autor, o tratamento diferenciado se justifica, pois:

Favorece o Estado as MPEs para que tenham a oportunidade de se desenvolverem em meio a uma concorrência cada vez mais cruel, na medida em que as empresas de maior porte não darão chance alguma às menores, a não ser que, depois de análises e verificações sobre retornos de investimentos, verifiquem ser mais vantajoso a elas a convivência com as pequenas ou mesmo a parceria de negócios com elas. (FRANÇA, 2011, p. 35).

O marco legal da LC 123/06, para inclusão e permanência, positiva a regra constitucional do direito a tratamento especial e favorecido daqueles

que estão na informalidade ou que se dispõe a desenvolver atividades em mercado fortemente concorrencial. O apoio institucional viabiliza oportunidades e não deve ser avaliado no nível de privilégios jurídicos. Trata-se da possibilidade de vivenciar as conquistas da igualdade material no âmbito econômico.

Apontadas intervenções dos Poderes Legislativo e Executivo, oportuno, por fim, também tratar da salutar participação interpretativa do Judiciário na busca pela redução da informalidade. Neste sentido destaque-se a ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 4033, proposta pela Confederação Nacional do Comércio e julgada no STF onde foi analisada a isenção concedida às microempresas e empresas de pequeno porte com relação à contribuição sindical patronal.

Isenção concedida às microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional ('Supersimples'). LC 123/06, Art. 13, § 3º. (...) O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte. Risco à autonomia sindical afastado, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos (BRASIL, 2011, p. 1817).

A ADI questionava a legalidade do Art. 13, § 3º da LC 123/06, que isentou as micro e pequenas empresas do pagamento de contribuição sindical. A Confederação Nacional do Comércio sustentou que a isenção concedida violou a reserva de lei específica para concessão de benefícios fiscais de que trata o Art. 150, § 6º da CF/88. O argumento foi de que a LC 123/06 não versa exclusivamente sobre a isenção e que houve violação da reserva de lei complementar para dispor sobre o tratamento diferenciado de que trata o Art. 146, III, d, da CF/88. Acrescentou que a isenção traz grave risco à manutenção do sindicalismo patronal, eis que os beneficiários pela LC 123/06, representam a quase totalidade das empresas de comércio

do país. Porém, o acórdão reconheceu que a isenção não viola o Art. 150, § 6º da CF/88, pois a contribuição sindical é tributo de competência da União e que a lei não se ocultou ao dispor sobre a exoneração tributária. A isenção também não viola o Art. 146, III, d, da CF/88, pois a lista de tributos prevista no texto legal que define o campo de reserva da lei complementar é exemplificativa e não taxativa.

Destaque-se a afirmação do STF no sentido de que a decisão em favor da isenção prevista na LC 123/06, está conforme a regra constitucional prevista no Art. 170, IX. Nesta condição, se impõe no nível de diretriz interpretativa do ordenamento jurídico de forma sistemática. A isenção trazida por meio da Lei complementar é norma federal e poderia ter sido introduzida por meio de Lei Ordinária. Portanto, foi introduzida por meio de processo legislativo que exige quórum qualificado. Tal tratamento está conforme o Art. 179 da CF/88 e os demais princípios que compõem o regime jurídico econômico constitucional, conforme argumento de que é válido “conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa reúne fundamentos teóricos de Hernando Soto (2001) a partir do livro *Mistério Capital*. O desafio do estudo do autor parte da constatação de que o sistema econômico capitalista falha nos países desenvolvidos e ex-comunistas, mas, avança nos países em desenvolvimento. Entre as importantes análises e conclusões que apresenta, destaca-se a indicação que faz sobre o potencial dos ativos dos cidadãos para produzir capital e assim alavancar produção, novos serviços, renda, emprego. Para tanto é fundamental o acesso ao direito de propriedade, pois ela é a base da construção do capitalismo. Por meio deste caminho os ativos que denomina de “capital morto”, e que estão no campo econômico da informalidade, poderão ser transformados em capital (bens que geram outros bens) e se integrar à economia formal. Assim, passam a fazer parte da redoma de vidro de Braudel, (referindo-se ao historiador Fernand Braudel), onde estão os poucos que usufruem dos efeitos jurídicos da propriedade privada. Estes estão no campo da legalidade e dos acessos que lhes é oferecido por meio de políticas públicas.

A partir destes estudos a pesquisa foca o Sistema Brasileiro do Simples Nacional criado por meio da Lei Complementar 123/06 e já aperfeiçoado por várias outras leis, para indicar que a intervenção do Estado para enfrentar o desafio da inclusão econômica, a que se refere Hernando Soto, está em bom caminho. Esta iniciativa legal tem por competência as normas do Art. 170, IX e 179 da CF/88, por meio da regulação normativa, fiscalização e fomentos previstas no Art. 174 da CF/88.

O critério para inclusão neste sistema é a receita bruta anual com restrições para algumas atividades econômicas. Entre os obstáculos para a formalização que a Lei Complementar possibilita enfrentar está: a simplificação em âmbito de obrigações administrativas para obter licenças e registros; desobrigações quanto a deveres de natureza trabalhista; garantia de implementar políticas para acesso a créditos público; incentivos e assessoria para inovações; preferências para participar de negócios públicos, inclusive, prestigiando a economia local e regional; fiscalização de cunho orientativo, exigindo pelo menos duas visitas antes de autuar; e, a criação de um regime único, de menor carga tributária e simples, para a arrecadação de tributos de competência da União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

Deve-se destacar a importância desta Lei Complementar uma vez que este Sistema Simples é de âmbito nacional (normas gerais), portanto, as normas que ela introduziu têm por destinatários imediatos todos os membros da federação. Por meio desta categoria de normas promove-se unidade, uniformidade e coordenação centralizada. Tal opção gera um sistema harmônico e estável, uma vez que qualquer alteração envolve, necessariamente, um maior quórum legislativo e a necessidade de diálogo com número maior de membros.

Para gerir o Simples Nacional, nos termos do Art. 2º, foram criados os seguintes órgãos: Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), Fórum Permanente (FP) e Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM). O primeiro comitê é formado por representantes dos membros da federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e tem competência para produzir normas infralegais. Elas são introduzidas por meio ato administrativo Resolução. Tais normas tem nível de norma infralegal geral. Este nível normativo é uma nova experiência jurídica e pode ser equiparada ao regime da competência legislativa concorrente, prevista no Art. 24 da CF/88.

O Fórum Permanente é o órgão que permite o exercício de avaliar a eficiência do Sistema Simples. Dele fazem parte, além dos membros federativos os representantes das entidades vinculadas ao setor do Simples Nacional. Aproxima os envolvidos diretamente para discussões, críticas e encaminhamentos de políticas públicas que tornem o Sistema mais eficiente. Este Fórum, portanto, possibilita a prática de democracia participativa. As consequências de tal ambiente são a legitimidade e fortalecimento do pacto que deve existir entre as esferas públicas e privadas.

O mais recente Comitê é para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), cujos participantes além dos membros federativos são representantes das Juntas Comerciais, do Departamento Nacional do Registro do Comércio e Representante do Fórum Permanente. Esta composição permite, efetivamente, buscar soluções para a crítica apontado por Hernando Soto quanto a burocracia excessiva e complicada que afasta os pequenos empresários, muitas vezes inviabilizando o acesso ao mercado formal.

Considerando os dados colhidos defende-se a importância da microempresa individual, microempresa e empresa de pequeno porte, confirmando a relevância destes empresários, apontada por Hernando Soto. Assim, defende-se que o Sistema Brasileiro do Simples Nacional está apto a enfrentar as dificuldades de inclusão e permanência econômica, em um país em desenvolvimento.

Pode-se afirmar que há caminhos jurídicos acessíveis para a transformação em capital dos ativos que estão na informalidade. É necessário reconhecer a força deste “capital morto” e buscar confiança deste empreendedores por meio de oportunidades. Percorrendo este caminho vivencia-se as externalidades positivas do capitalismo, iniciando-se com a valorização dos potenciais humanos, segue-se com estímulos à livre iniciativa que fortalece um ambiente concorrencial por meio da igualdade material.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes (Org.). **Comentários ao estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte**: lei complementar n. 123/06. São Paulo: Saraiva, 2009.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. acesso em: 5 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 1.780, de 14 de abril de 1980.** Concede isenção do imposto sobre a renda às empresas de pequeno porte e dispensa obrigações acessórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1780.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1780.htm)>. Acesso em: 4 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.884, de 25 de junho de 2009.** Institui o Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6884.htm)>. Acesso em: 5 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 4 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.939, de 9 de setembro de 1981.** Institui o regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L6939.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6939.htm)>. Acesso em: 5 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 48, de 10 de dezembro de 1984a.** Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas a isenção do imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM e do Imposto sobre Serviços - ISS. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp48.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp48.htm)>. Acesso em: 4 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984b**. Estabelece Normas Integrantes do Estatuto da Microempresa, Relativas ao Tratamento Diferenciado, Simplificado e Favorecido, nos Campos Administrativo, Tributário, Previdenciário, Trabalhista, Creditício e de Desenvolvimento Empresarial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7256.htm)>. Acesso em: 5 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1257391/RS**. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, Julgado em 18/06/2013. **Diário da Justiça**, Brasília, 26 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **A constituição e o supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA, Antônio de S. Limongi. **As pequenas e as microempresas no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da constituição de 1988**. São Paulo, Saraiva, 1989.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MARTINS, Ives Gandra Da Silva. **A Constituição Federal e as empresas de pequeno porte – inteligência dos artigos 170 inciso ix e 179 da lei suprema – parecer**. São Paulo: Universidade Mackenzie, 1992.

MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. São Paulo: Cortez, 1999.

RIBEIRO, Carlos Reinaldo Mendes. **O estatuto (contra a) microempresa**. São Paulo: Alfa-ômega, 1984.



SÁ, Antônio Lopes. **Tudo sobre a microempresa**. Belo Horizonte: Tecnoprint, 1985.

SACHS, Ignacy. **Inclusão social pelo trabalho**: desenvolvimento humano, trabalho decente e o futuro dos empreendedores de pequeno porte no Brasil. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o estatuto da microempresa. **Revista JML de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 3–20, jun., 2007.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE. **Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira**. Brasília: SEBRAE, 2014.

SILVA, Renaldo Limiro; LIMIRO, Alexandre. **Manual do supersimples**: comentários à lei geral das microempresas e empresas de pequeno porte. Curitiba: Juruá, 2007.

SOTO, Hernando. **O mistério do capital**. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Submetido em 06/10/2015

Aprovado em 18/11/2015

**Como citar:** MONTEIRO, Philippe Antonio Azedo; KEMPFER, Marlene. **A informalidade e a inclusão econômica por meio do estatuto nacional da microempresa**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.127-153, dez. 2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p127. ISSN 2178-8189.



# Universalização de direitos trabalhistas: uma proposta de avanço no papel da Organização Internacional do Trabalho

## UNIVERSALIZATION OF LABOR RIGHTS: A PROPOSAL OF ADVANCE IN THE ROLE OF THE INTERNACIONAL LABOR ORGANIZATION

\* Elve Miguel Cenci

\*\* Janaina Vargas Testa

\* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduado em Direito pela Faculdade Metropolitana Londrinense (FML). Professor Associado da Universidade Estadual de Londrina (UEL) nos cursos de Filosofia e Direito, atuante na graduação e pós-graduação lato e stricto sensu. E-mail: elve@uel.br.

\*\* Mestre em Direito Negocial (Relações Internacionais) pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Mestre em História Política pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Pós-graduada em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em História e em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: janainavargastesta@gmail.com.

**Resumo:** A presente discussão propõe uma reflexão a respeito da universalização de direitos mínimos trabalhistas no contexto da globalização econômica. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e de análise de documentos jurídicos (legislação e tratados internacionais), pretende-se demonstrar que a proteção de certos direitos trabalhistas, com *status* de direitos humanos, tem sido promovida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Em que pese tal fato, a fim de permitir a efetividade destes direitos, fazem-se necessários certos avanços no papel da OIT, em seu âmbito interno e em suas relações externas. Os elementos que poderiam representar estes avanços serão demonstrados por meio de alguns apontamentos que, mesmo tendo caráter de provocações, poderão contribuir para a consolidação de uma organização de garantia transnacional mais efetiva na proteção de direitos humanos trabalhistas.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Direitos trabalhistas. Organização internacional do trabalho.

**Abstract:** The present discussion proposes a reflection about the universalization of minimum labor rights in the context of the economical globalization. By means of bibliographical research and document analyses (legislation and international treaties), it intends to demonstrate that the protection to certain labor rights, with human rights *status*, has been promoted by the International Labor Organization (ILO). In spite of this fact, in order to permit the effectiveness of these rights, some advances in the role of the ILO are necessary, in its internal ambit and in its external relations. The elements which could represent this progress will be demonstrated by means of some notes that, even having character of provocations, may contribute to the consolidation of an organization of transnational guarantee which is more effective in the protection of human rights.

**Keywords:** Human rights. labor rights. International labor organization.

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a sociedade mundial assiste a um processo contínuo de avanço tecnológico, informatização da produção e aumento do consumo, fatores que tornam as relações econômicas mais complexas diante da existência de um mercado, cada vez mais, global. Neste contexto, novas formas de relações de trabalho surgem, as quais demandam a criação de novos direitos, bem como a proteção de direitos mínimos já existentes.

O Estado nacional, nesta esteira, contraditoriamente, intervém cada vez menos nas relações negociais, tendo em vista a minimização das economias nacionais e o constante aumento da integração dos mercados. A liberação do comércio internacional, a ausência de regulamentação do mercado e a eliminação de barreiras comerciais resultam na diminuição do papel do Estado nacional na economia e na delegação de suas funções ao setor privado.

Diante desta crise estatal e da falta de regras e limites para o mercado e para as relações negociais, questiona-se: como garantir a dignidade e os direitos fundamentais aplicados às relações de trabalho, se as empresas multinacionais e transnacionais acabam por colocar em concorrência os Estados, ao almejarem a redução de tributos e das garantias aos trabalhadores? Esta é a indagação nuclear do estudo que ora se propõe.

A solução, ao questionamento supracitado, poderia estar na criação de uma instituição de garantia transnacional, conforme propôs Luigi Ferrajoli, voltada para os direitos humanos em substituição e, se necessário for, contra os Estados, que tivesse a possibilidade de promover a universalização de direitos mínimos trabalhistas.

Sabe-se que já existe na sociedade global uma instituição cujo papel é o de tutelar os direitos laborais: a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Todavia, este estudo parte do princípio de que esta organização também vive um momento de crise, não possuindo força suficiente e nem legitimidade democrática para responder aos anseios dos trabalhadores nas atuais relações comerciais em nível transnacional.

A ideia, portanto, é apontar elementos, os quais, além de demonstrar que as iniciativas normativas da OIT são insuficientes para as mudanças ocasionadas pela globalização, se direcionam para uma nova feição de organização internacional mais efetiva e humanizadora, aproximando-se, assim, de uma instituição de garantia transnacional promotora de direitos universais trabalhistas.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e de análise de documentos jurídicos (legislação e tratados internacionais), propõe-se refletir sobre possíveis avanços no papel desta Organização Internacional.

## 1 DIREITOS TRABALHISTAS UNIVERSAIS

Todo trabalhador, por ser humano, possui a qualidade intrínseca da dignidade e é, portanto, merecedor deste reconhecimento, o que implica uma série de proteções que concretizem o respeito a essa dignidade.

Essa necessidade de se garantir direitos mínimos, fundamentais, que concretizem o respeito à dignidade do trabalhador está, inclusive, positivada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), ao estabelecer, em seu artigo XXIII, que toda pessoa humana tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Para que o trabalho contemple e promova a dignidade da pessoa humana, deve ser realizado dentro de condições dignas, decentes e saudáveis, de modo a satisfazer o *mínimo existencial* mencionado por Barroso (2013), no intuito de viabilizar as condições sociais mínimas, ao garantir, ao menos, as necessidades básicas do ser humano que labora.

Se a dignidade da pessoa humana pressupõe a existência de direitos que garantam o mínimo existencial, presume-se que a dignidade do trabalhador somente será concebida se certos direitos trabalhistas tiverem o seu reconhecimento universal como direitos humanos. Logo, se faz necessária a preservação de alguns direitos mínimos a serem preservados globalmente a todo ser humano. Mas, que direitos seriam esses?

Nascimento (2013), ao apresentar os direitos mínimos a serem assegurados a todo trabalhador, manifestou-se no sentido de que o direito do trabalho visa a uma plataforma de direitos básicos do trabalhador, impostergáveis, como o direito a um salário; ao descanso diário, semanal e anual; à proteção da integridade física e saúde com a reparação econômica dos danos que suportar pelo exercício do trabalho.

Delgado (2015, p. 123, grifo nosso), por sua vez, ao defender a ideia de que existem parcelas trabalhistas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido, afirma que:

[...] esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral [...]; **as normas de tratados e convenções internacionais** vigorantes no plano interno (expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança do trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).

Piovesan (2012) e Trindade (2003), ao destacarem a relevância do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, relatam que o documento enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração; o direito a um nível de vida adequado; à participação na vida cultural da comunidade. São direitos que propiciam o desenvolvimento dos indivíduos e consideram a condição humana como fim e abraça a ideia dos direitos sociais, econômicos e culturais, e não dos resultados econômicos em si.

Isto posto, ao tomar por base diversos documentos internacionais<sup>1</sup>, na perspectiva da dignidade da pessoa humana e da ideia de trabalho decente propagada internacionalmente, é possível afirmar que há, atualmente, um rol de direitos do trabalho universalmente reconhecidos, sob o *status* de direitos humanos: *Direito à liberdade de trabalho; Direito à igualdade salarial; Remuneração justa e satisfatória; Direitos sindicais; Direito ao repouso; Condições de trabalho justas e higiênicas; Combate ao trabalho forçado e à escravidão; Proibição do trabalho infantil; Combate à discriminação no trabalho; Proteção em face dos riscos sociais; Proteção contra o desemprego.*

Destarte, esses seriam os direitos a garantir um padrão mínimo civilizatório universal ao trabalhador. Sem dúvida que outros poderão ser agregados, acrescidos ao rol, de modo a criar uma proteção contínua e progressiva a quem labora. O fato é que, com fundamento em documentos internacionais, nenhuma comunidade/Estado/nação poderá se esquivar de garantir tais direitos, tendo em vista que todos os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) e da OIT são signatários da Declaração Universal dos Direitos

<sup>1</sup> Declaração Universal dos Direitos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948); do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966); do Ato Constitutivo da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946) e de sua Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho, adotada em 1998.

(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948); do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966); do Ato Constitutivo da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946) e de sua Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho, adotada em 1998.

Infere-se, por meio da leitura dos textos internacionais, que não é qualquer tipo de trabalho que poderá manter a dignificação do homem, mas somente o prestado em condições adequadas e justas, capaz de proporcionar um padrão de vida que assegure o mínimo bem estar: alimentação, vestuário, moradia, saúde e serviços sociais frente a algumas contingências, como no caso de desemprego, invalidez, doença, velhice (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Verificam-se, também, na própria ideia de trabalho decente propagada pela OIT, os fundamentos da proteção universal de direitos do trabalho, ao pregar a liberdade de associação e o reconhecimento do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1998).

O direito ao trabalho, diante seu caráter social, exige do Estado e dos particulares, uma posição ativa no sentido de prevalecer este direito. Nesta perspectiva, a padronização mínima de suas regras não pode e não deve estar a serviço da liberdade absoluta do mercado, por servir à própria saúde da concorrência do comércio, ao não permitir que a ausência de *standards* (padrões) universais transforme o trabalho em mera mercadoria, o que pode levar a coisificação do trabalhador.

Nas palavras de Mahnkopf (2005, p. 68):

Deve-se, genericamente, concentrar todos os esforços para que os *core labour standards* da OIT sejam implementados no mundo inteiro. Isso somente será possível se os padrões trabalhistas e sociais forem compreendidos como elementos centrais da luta pelos direitos humanos de segunda e terceira geração e do combate de formas modernas de trabalho forçado e trabalho escravo.

Assim, conclui-se que há direitos mínimos universais prescritos em normas internacionais, a serem aplicados a todo o trabalhador em nível global,

ao encontro da preservação do valor fundamental – dignidade da pessoa humana – e da ideia de trabalho decente. Podem ser chamados de direitos transnacionais porque não encontram fronteiras para a sua aplicação. Logo, infere-se que há, atualmente, um direito do trabalho global responsável pela garantia de mínimo existencial civilizatório ou, nas palavras de Moreira (2010), o mínimo existencial segundo o parâmetro global.

Importante frisar que o núcleo de direitos deve ser gradativamente ampliado, em esforço conjunto de todas as nações, acrescentando aqueles que se revelam essenciais para a concretização do trabalho decente e da dignidade do trabalhador.

Feitas estas conclusões, o questionamento que ainda persiste se refere à existência ou não de um órgão responsável não apenas em criar esta normativa, mas também de fiscalizar a efetividade das normas, bem como em julgar e punir no caso de violação.

Afinal, não basta a existência de direitos trabalhistas mínimos universais, aqui elencados, fazendo-se necessária a existência de uma Organização apta a efetivar esta proteção.

## **2 PARA ALÉM DE UMA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: POR UMA INSTITUIÇÃO TRANSNACIONAL GARANTIDORA DE DIREITOS UNIVERSAIS DO TRABALHO**

A presente discussão tem início com a constatação realizada por Faria (2010, p. 160), ao analisar os direitos humanos à luz da globalização econômica: “[...] a universalização e a efetivação dos direitos humanos vivem hoje uma situação paradoxal – quanto mais são afirmados, mais são negados e [...] abrem-se para o século 21 como uma interrogação, jamais como certeza”.

Justamente pela intenção de mudar essa realidade é que se pretende apresentar, a seguir, uma possível proposta, talvez audaciosa ou utópica, de uma instituição de garantia promotora de direitos universais aplicados às relações de trabalho. Esclarece-se, no entanto, que a pretensão se limita apenas à apresentação de alguns apontamentos que poderão contribuir para o desenvolvimento da proteção de direitos humanos trabalhistas.

A OIT, sem dúvida alguma, tem promovido um importante e imprescindível papel na proteção de direitos trabalhistas no campo mundial.



Não obstante a significativa atuação da OIT, torna-se possível inferir que a Organização tem vivido uma crise institucional, que para Crivelli (2010, p. 200) representa uma crise que redundou na sua capacidade jurídica e institucional de fazer frente aos novos fatos econômicos e sociais.

A crise acima aludida está associada a uma disfunção do modelo jurídico adotado pela OIT em relação à nova realidade econômica e social. Neste contexto, a seguir, serão realizados alguns apontamentos que poderão servir de elementos a promover o desenvolvimento da Organização, no sentido de aproximá-la de uma instituição de garantia, conforme propôs Luigi Ferrajoli (2005).

Cumpra esclarecer que tais apontamentos são apresentados mais como provocações do que como soluções. Afinal, este ensaio não tem a pretensão de resolver um problema tão complexo e importante do ponto de vista social, e sim o de contribuir para uma reflexão.

A ideia é pensar acerca da possibilidade de uma Organização Internacional do Trabalho cujas características sejam a obrigatoriedade, a universalidade e a desburocratização.

Todos os apontamentos representam uma proposta de melhoria da OIT, com o intuito de permitir que este órgão seja capaz de lidar com os efeitos prejudiciais da globalização econômica nas questões sociais, representando uma instituição transnacional, apta a regulamentar, fiscalizar e efetivar normas universais em matéria trabalhista; por meio de sistema de controle, monitoramento e acesso democrático, direcionado a limitar a celebração do negócio jurídico nas relações jurídicas laborais de caráter transnacional.

## **2.1 Primeiro Apontamento: a Representação Tripartite**

O primeiro apontamento a ser feito colocaria em pauta a questão da representação tripartite presente nos órgãos da OIT. A ideia não é extinguir o tripartismo, mas demonstrar que o sistema merece adequações.

É preciso considerar que a OIT, segundo Jeammaud (2000), além de ter sido constituída por meio de uma reivindicação do patronato e não dos trabalhadores, contém problemas de estrutura porque estabelece o dobro de representante dos Estados nacionais em detrimento da representação de empregadores e empregados, o que leva a inferir que a Organização não apresenta uma representação paritária, ao revelar um fator antidemocrático.

Crivelli (2010) também apresentou uma crítica à definição da composição e poderes na Conferência Geral da OIT, ao constituir um tripartismo não paritário,

adotando a representação governamental com dois votos, e as representações de trabalhadores e empregadores com um voto cada uma.

Ferrajoli (2005) estabelece que os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos devem atuar, se necessário for, contra os Estados. Essa realidade jamais se concretizaria simplesmente porque os Estados estão representados na Conferência Internacional da OIT<sup>2</sup> e no Conselho de Administração<sup>3</sup> duas vezes mais em relação aos empregados e empregadores, e possuem peso maior na votação de convenções, recomendações e decisões acerca do recebimento de queixas e reclamações.

Parece nítido que há um problema de legitimação na estrutura tripartite porque falta uma fundamentação plausível que possa justificar a maior representação pelos governos dos Estados. Se a pretensão, hodiernamente, é “derrubar” a dicotomia direito nacional *versus* direito internacional, no sentido de desenvolver a criação de um único ordenamento que possa proteger direitos trabalhistas mínimos universais, sob a concepção de que os direitos humanos prevalecem sobre os interesses estatais, torna-se lógico concluir que o sistema

<sup>2</sup> A Conferência Internacional (CIT) é o órgão de cúpula da OIT, conhecida também por Conferência Geral. É formada por representantes dos Estados-membros e realiza sessões, ao menos, uma vez por ano em Genebra, às quais comparecem os representantes, embora possa haver reuniões extraordinárias quando necessário. A CIT tem competência para delinear as diretrizes gerais das políticas e das ações da OIT, sendo o órgão no qual os Estados-membros da entidade negociam as normas e elaboram convenções e recomendações, aprovadas por dois terços dos votos dos delegados presentes. A Conferência Geral também é responsável por questões administrativas, tais como orçamento, admissão de novos membros; e tem poderes para deliberar acerca de sua competência, por meio de resoluções, aprovadas pela maioria simples dos votos dos presentes e respeitado o quórum mínimo de metade dos delegados que compõe a OIT. Para atender à composição tripartite, cada Estado-membro é representado por quatro delegados, sendo dois designados pelos governos, um pelos empregadores e outro pelos trabalhadores.

<sup>3</sup> Conselho de Administração é o órgão executivo da OIT cuja função é exercer a administração da Organização, sendo composta também de membros do Governo, trabalhadores e empregadores representantes dos países de maior importância industrial. Reúnem-se três vezes por ano, em Genebra. É formado por 56 titulares, sendo 28 representantes de Estados, 14 de empregadores e 14 de empregados, eleitos para mandatos de três anos por colégios eleitorais constituídos pelos delegados dos grupos participantes da CIT. Dentre os representantes governamentais, dez são nomeados pelos Estados-membros de “maior importância industrial”, conforme disposto na Constituição da OIT. Atualmente, os dez Estados-membros de maior importância industrial são Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia. Dentre as diversas competências do Conselho de Administração, destacam-se: a tomada de decisões sobre as políticas da OIT; a deliberação sobre as datas de reuniões da CIT; a designação dos 10 Estados de maior importância industrial; a eleição do Diretor-Geral da RIT; a instituição de comissões permanentes ou especiais; a deliberação sobre os relatórios e conclusões de seus próprios órgãos internos, como o Comitê de Liberdade Sindical; a fiscalização do cumprimento das obrigações dos Estados signatários das convenções da OIT; a adoção de medidas em caso de reclamação ou queixa contra um Estado-membro por inobservância de instrumento que tenha ratificado, tais como a edição de recomendações ou a suspensão de medidas executórias contra Estados que violaram a legislação internacional do trabalho.

tripartite da OIT deveria privilegiar a representação dos trabalhadores e empregadores, e não dos Estados nacionais.

Ademais, no momento em que a OIT foi criada, justificava-se a representação estatal em quantidade superior à representação de empregados e empregadores, simplesmente porque havia a concepção de que apenas Estados seriam sujeitos de direito internacional. Esta tese, atualmente, não mais se sustenta, tendo em vista que se pretende elevar o indivíduo – o trabalhador – a sujeito de direito internacional. Logo, o sistema tripartite deveria se pautar em uma relação paritária, isto é, em quantidade equânime de governo-trabalhador-empregador.

Essa relação paritária criaria uma base legitimadora à OIT no que se refere à representação de todos os interessados, ao construir uma política que leve em conta, prioritariamente, o interesse dos dois grandes sujeitos da relação de trabalho: trabalhadores e empregadores. É preciso também tornar transparente os processos decisórios e os atos da OIT, pois a simples transferência da competência do Estado nacional para uma organização internacional leva a um vazio de legitimação.

Isso poderia ser atenuado, por exemplo, com a participação dos trabalhadores, no âmbito dos Estados nacionais, na escolha de sua representação na OIT, o que poderia ser feito mediante a apresentação de listas de nomes pelas organizações profissionais, a fim de permitir a participação na escolha dos delegados.

## 2.2 Segundo Apontamento: o Diálogo Social

O segundo apontamento que merece ser apresentando se refere a medidas para o avanço do diálogo social<sup>4</sup>. Isso poderia ocorrer por meio de duas propostas: fortalecimento da representatividade sindical e o aumento da participação dos empregados na gestão da empresa. Tais providências poderiam ser tomadas como políticas de prioridade da Organização junto aos Estados-membros.

Em relação à primeira medida, qual seja, o fortalecimento da representatividade sindical, cumpre ressaltar que se trata de medida urgente a robustecer o diálogo social. Ericson Crivelli (2010, p. 230) teria, neste sentido,

<sup>4</sup> O Diálogo social é o quarto objetivo estratégico da promoção de trabalho decente lançada pela OIT. O diálogo social deve permitir que as normas, as políticas públicas e os programas sociais estejam direcionados para as atividades laborais e sejam construídos democraticamente por meio do debate tripartite - entre o governo, os trabalhadores e os empregadores; ou pelo debate bipartite, entre os Parceiros Sociais (sindicatos) e as organizações dos empregadores.

observado que “[...] se é certo que os sindicatos estão em declínio, também é certo que o modelo de diálogo social, uma das bases sobre as quais se assentou o direito internacional do trabalho, está seriamente ameaçado”.

Por isso, um avanço importante seria a formação de sindicatos representativos de trabalhadores de empresas multinacionais e/ou transnacionais, como tem ocorrido, por exemplo, na Europa (NASCIMENTO, 2013, p. 459):

O traço maior do direito sindical contemporâneo é a sua tendência expansiva territorial na União Europeia onde se estendeu em âmbito comunitário com a criação de entidades sindicais que representam trabalhadores de mais de um país. Na Europa, há sindicatos de trabalhadores de empresas multinacionais.

A formação de um sindicato nos moldes acima citados, que poderia ser criado por setores ou regiões, permitiria também o fortalecimento de negociações coletivas, que poderiam estatuir sobre determinados direitos, atendendo às especificidades de uma determinada região ou de um determinado setor da economia, com base nas diretrizes traçadas pela OIT, a serem seguidas pelas empresas multi/transnacionais. Assim, a Organização também teria que criar programas de conscientização nos Estados-membros ou em regiões abrangidas por Blocos econômicos, bem como estabelecer instruções básicas a serem respeitadas na geração de entidades sindicais nestes termos.

Sabe-se que a convenção coletiva é norma jurídica, pois norma não é, unicamente, um ato estatal. Deste modo, a convenção coletiva, por ser exemplo de norma privada, é expressão do pluralismo jurídico, isto é, a teoria segundo a qual a produção do direito positivo é estatal e não estatal.

A OIT, por meio das Convenções n. 98 e 154, incentiva a prática da negociação coletiva por considerá-la a melhor forma de composição dos interesses nas relações de trabalho. O Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho, órgão que aprecia reclamações de sindicatos sobre eventual violação da liberdade sindical no país, considera o direito de negociar, segundo Nascimento, elemento essencial da liberdade sindical, por isso torna-se imprescindível o comportamento da boa-fé pelas partes negociantes, como meio de inspiração da mútua confiança, necessário para o êxito da negociação (NASCIMENTO, 2013, p. 502):

Quanto às relações entre os diferentes níveis de negociação há modelos de *negociação articulada*, como a Itália, inter-relacionando-se os

contratos coletivos das centrais sindicais e os acordos coletivos de categoria e empresa, de modo que os primeiros estabelecem parâmetros máximos e mínimos que devem ser observados por estes, espécie de negócio jurídico coligado, iterativo, e há o modelo de *negociação desvinculada*, como no Brasil, sendo independentes as convenções e os acordos coletivos, hierarquicamente aplicável à cláusula mais favorável ao trabalhador na comparação entre as que foram em ambos fixadas (CLT, art. 620). (grifo do autor)

Obviamente que as negociações coletivas não poderiam criar direitos menos favoráveis aos trabalhadores e deveriam respeitar não somente os direitos previstos nas legislações nacionais/locais, mas também as normas da OIT, o que poderia ser realizado por meio da negociação articulada.

Além da Organização Internacional do Trabalho criar políticas em prol da criação de sindicatos representativos de empresas transnacionais e de incentivar a negociação coletiva, a OIT precisaria também trabalhar em prol da ratificação e efetividade da Convenção nº 87. Esta Convenção assegura a liberdade dos trabalhadores de selecionar o sindicato que melhor os representa, com base no princípio da pluralidade sindical, que permite a existência de diversos sindicatos representando a mesma categoria em uma mesma base territorial.

A pluralidade sindical é importante porque contribui para a consolidação da representatividade que consiste na efetiva capacidade do sindicato em ser o porta-voz dos seus representados, o que depende da legitimidade da organização sindical e de sua força de mobilização.

O Brasil, juntamente com os Estados Unidos, Índia, China e Irã, não assinaram a Convenção nº 87, e tais países representam grande parte da mão de obra do mundo. Esse fato compromete consideravelmente a efetividade desse instrumento. A omissão destes países contribui para o enfraquecimento de um dos pilares sobre os quais se erige a estrutura da OIT: a liberdade sindical, interferindo na consolidação do diálogo social.

Logo, se faz urgente a adoção de medidas, dirigidas pela OIT, no sentido de efetivar a Convenção nº 87.

A segunda medida a fortalecer o diálogo social seria a criação de programas junto aos Estados-membros que pudessem assegurar a participação dos trabalhadores na gestão das empresas. O trabalhador é, sem dúvida alguma, o ator social principal da atividade econômica e, contraditoriamente, o que menos possui poder de negociação nas relações de trabalho.

Além de proporcionar o exercício da transparência da gestão empresarial, o direito à participação na gestão da empresa possibilitaria uma maior motivação laboral, que resultaria na cooperação pelo desenvolvimento das atividades empresariais.

Particularmente, no Brasil, a Constituição de 1988 previu esse direito no art. 7º, inciso XI, mas pelo fato da norma exigir lei regulamentadora, a ausência desta tem impedido o exercício e a aplicabilidade do dispositivo constitucional. Em que pese tal fato, alguns tratados internacionais têm previsto tal direito, bem como a legislação de certos países.

Sobre a temática, Arnaldo Süssekind (2004) explica que a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919, foi a primeira a prescrever a criação de conselho de trabalhadores nas administrações das empresas. Mais tarde, em 1976, a Alemanha regulamentou o assunto mediante a lei de co-gestão dos assalariados, constituindo conselhos compostos de representantes dos acionistas e dos empregados, em igual número e com poderes de decisão.

Em sua Constituição Federal de 1958, a França previu o sistema de representação dos trabalhadores na gestão das empresas por meio de delegados. Mais tarde, uma lei do país de 1948 dispôs que (SÜSSEKIND, 2004, p. 213-214):

O Comitê de empresa determina que as empresas com mais de 50 empregados deve compor um comitê com um diretor, 2 a 11 trabalhadores eleitos, um representante dos sindicatos interessados (sem direito a voto) e um do serviço social da empresa. Este comitê opina em matéria econômica e financeira.

Arnaldo Süssekind (2004) explica que, a partir de 1970, o direito de participação na gestão da empresa foi previsto também nas Constituições de Portugal (1976), Equador (1978) e Peru (1979).

No âmbito internacional, as Convenções nº 135, 148, 155 e 158, da Organização Internacional do Trabalho, bem como as Recomendações nº 84, 94, 119, 129, 130, 137, 163 e 166 da mesma organização dispõem acerca da possibilidade da participação (NASCIMENTO, 2013).

A Convenção nº 158, por exemplo, em seu art. 13, § 1º, alínea “a”, estatuiu acerca do direito a consultas de trabalhadores e de suas entidades representativas no término da relação do trabalho, que apenas poderia ocorrer por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Tais consultas seriam necessárias principalmente nas despedidas coletivas. A Convenção impõe, ainda,

a obrigatoriedade da informação não apenas ao sindicado, mas também às autoridades públicas competentes com o fim de inspecionar a legitimidade e a veracidade da situação informada na empresa (art. 14, Convenção 158) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1985).

Apenas para fins elucidativos, imperioso frisar que o Brasil, embora tenha assinado e ratificado a Convenção 158 da OIT, o país a denunciou em novembro de 1996. A Constituição de 1988 previu a obrigatoriedade da justificativa da dispensa sem justa causa, em seu art. 7º, inciso I, porém exigiu a regulamentação mediante lei complementar, ainda não concluída no país. Tal situação consolidou a prática de que a dissolução do pacto laboral ficaria sujeita ao arbítrio patronal (LIMA NETO, 2003), constituindo no Brasil a chamada “denúncia vazia do contrato”, nas palavras de Delgado (2015).

A título de exemplo, cumpre destacar que a União Europeia, por meio da Diretiva n. 94/45/CE do Conselho, obriga, nas empresas com pelos menos 1.000 trabalhadores e que tenham pelo menos duas filiais em dois Estados-membros da União Europeia, ocupando cada qual, no mínimo, 150 trabalhadores, a constituição de uma Comissão de representação dos trabalhadores (NASCIMENTO, 2013, p. 148):

É digna de realce a criação de novas formas de representação dos trabalhadores em empresas da União Europeia. É um meio de abrir um canal de diálogo entre os trabalhadores e suas empresas transnacionais, assim consideradas as que se instalaram em mais de um país do território europeu comunitário.

Infere-se, portanto, que a OIT poderia, com base na regulamentação já existente por meio de suas Convenções, que seriam utilizados como base, criar programas nos Estados, estabelecendo metas para o concretização do direito dos trabalhadores na gestão da empresa. Tal medida seria importante para a inserção do trabalhador nas negociações laborais, além de contribuir com o fortalecimento da legitimidade da Organização, por meio da efetividade de suas convenções.

### **2.3 Terceiro Apontamento: Poder Sancionatório, de Controle e Monitoramento**

O terceiro apontamento que se faz premente diz respeito à ausência de imposição de sanções e penalidades por parte da OIT, no caso de violação de suas normas, e de seu procedimento de queixas e reclamações.

O campo de ação da OIT está restrito a um sistema de relatórios e denúncias à comunidade internacional sem a existência de um sistema repressivo ou um tribunal que julgue as violações a direitos trabalhistas cometidos no âmbito dos Estados nacionais. Tal fato, sem dúvida, coopera para a mitigação da atuação dessa Organização, debilitando a fiscalização junto aos entes nacionais que desprestigiam os direitos sociais trabalhistas.

Valério Mazzuoli (2013a), neste sentido, salienta que a falta de *enforcement powers* da OIT é um fator limitante para a eficácia dos direitos trabalhistas em âmbito internacional, e sugere a necessidade de dotá-la de um sistema sancionatório mais efetivo, voltado simultaneamente para a consecução de objetivos éticos no domínio dos valores e para a repressão das infrações aos direitos trabalhistas enquanto direitos humanos. “[...] [a consolidação] no plano multilateral é deixar à OIT a competência para lidar com a violação dos direitos trabalhistas, aprimorando-se os mecanismos de implementação das decisões adotadas” (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 139-40).

A única possibilidade, hoje, de estabelecer sanções em matéria de direitos trabalhistas seria por meio da Corte Internacional de Justiça<sup>5</sup>, quando uma queixa<sup>6</sup> promovida por um Estado-membro em face de outro Estado chega à Corte. Entretanto, tal possibilidade é raríssima e de pouca efetividade, já que as queixas é um procedimento raro na OIT.

No que se refere às reclamações<sup>7</sup>, promovidas por organizações sindicais de caráter nacional, não há como impor nenhuma penalização. A Comissão de Peritos<sup>8</sup> e o Comitê de Liberdade Sindical<sup>9</sup>, por exemplo, procuram por meio do

<sup>5</sup> A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão das Nações Unidas para o tratamento das questões legais, e possui função jurisdicional e consultiva. Apenas Estados podem submeter casos à Corte, não sendo estendida tal possibilidade aos indivíduos.

<sup>6</sup> Uma das espécies de monitoramento e controlado exercido pela OIT é feita mediante queixa. A queixa se trata de um procedimento formal, seu uso é menos frequente e está prevista nos artigos 26 a 34 da Constituição da OIT. A queixa é apresentada por um Estado-membro contra outro Estado-membro, por descumprimento de uma convenção que ambos tenham ratificado. Pode, ainda, ser apresentada de ofício pelo Conselho de Administração ou um por um delegado da Conferência Internacional. O Conselho de Administração assegurará aos Estados o direito de defesa e poderá constituir uma Comissão de Inquérito para examinar a questão, cuja função é apresentar suas conclusões e recomendações ao Conselho. O procedimento de análise das queixas é visto como a única espécie de exercício de jurisdição, uma vez que há a possibilidade de o Estado levar o caso à Corte Internacional. Porém, tal procedimento é praticamente inexistente no âmbito da OIT.

<sup>7</sup> As reclamações são mecanismos de controle e monitoramento por parte da OIT. Destinam-se especialmente às organizações de empregadores e de trabalhadores contra qualquer Estado-membro, sob a alegação de descumprimento de uma convenção internacional ratificada. Após recebidas e comunicadas ao governo interessado, as reclamações são transmitidas à mesa do trabalho do Conselho de Administração que decidirá pela admissão ou não da reclamação. Caso a admita, o Conselho irá constituir uma comissão tripartite para análise do caso. No processo de análise da



diálogo, demonstrar aos Estados que sua prática está em desconformidade com a norma internacional e tentam convencê-los a corrigir a situação. Entretanto, tais medidas não são eficazes.

A Comissão de Peritos, responsável por analisar as reclamações e emitir relatório sobre elas, não é um órgão jurisdicional, ainda que suas atividades tenham semelhanças com as desenvolvidas pelo Judiciário, já que aplica a norma jurídica ao caso concreto, colhe dados e realiza inspeções. Não obstante tal fato, a Comissão não tem a competência para julgar os casos que aprecia, mas tão somente registrar os casos de infrações e encaminhá-las à Conferência Geral da OIT.

Por isso, se o diálogo com o Estado violador não surtir efeitos, o caminho seria o de apenas estabelecer certa coação moral, por meio da apresentação e discussão do caso na Conferência Geral, com a exposição da situação perante todos os outros Estados-membros da OIT. Destarte, essa falta de imposição de sanções da OIT tem enfraquecido o papel da Organização.

Melhorar, porquanto, a atuação dos órgãos de controle da OIT, revestindo-as de poder jurisdicional poderia contribuir para a efetividade das convenções e para a consagração de uma jurisprudência em matéria de direitos trabalhistas universais.

Outro fator importante a destacar seria o de permitir que associações de trabalhadores, organizações não governamentais e o próprio trabalhador individualmente pudessem apresentar reclamações junto à Organização. A

---

reclamação, vários procedimentos poderão ser adotados, tais como a solicitação de informações à organização reclamante e ao Estado reclamado; poderá também enviar um representante da OIT ao país a fim de colher dados.

<sup>8</sup> A Comissão de Peritos é órgão também permanente da OIT, formada por vinte membros de nacionalidades diferentes e de diversas regiões do mundo, eleitos pelo Conselho de Administração, por proposta do Diretor-Geral da OIT, para um mandato de três anos, com direito a recondução, responsável por elaborar relatórios técnicos a respeito da observância das convenções da OIT pelos Estados-membro. Os integrantes da Comissão são personalidades imparciais e independentes, sem vínculos com organizações profissionais ou com qualquer Estado e com experiência em questões de política social e de legislação trabalhista. Esta Comissão de Peritos é responsável também por analisar os relatórios elaborados pelas missões enviadas aos Estados quando investigadas no caso de queixas e reclamações. Importante informar que o relatório da Comissão de Peritos é um documento de natureza jurídica, em que são ressaltados os aspectos jurídicos e fáticos sobre os quais se requer a aplicação efetiva de uma determinada convenção, mas isso não significa que tenham natureza jurídica de decisão judicial. As funções da Comissão de Peritos podem ser classificadas como “quase judiciárias”, já que ela não atua como um tribunal.

<sup>9</sup> O Comitê de Liberdade Sindical, criado em 1951, se ocupa efetivamente de questões sindicais na OIT. O Comitê tem composição tripartite de nove membros indicados pelo Conselho de Administração entre seus membros titulares. Admitem-se, pelo Comitê de Liberdade Sindical, reclamações de organizações sindicais em face de Estados que violam as Convenções da OIT atinentes às questões de liberdade sindical e negociação coletiva.

medida se faz urgente para que o trabalhador se torne sujeito de direito internacional.

É preciso lembrar, a título de exemplo, que o Tribunal Penal Internacional julga indivíduos (que é sujeito de direitos e obrigações internacionais); que a Corte Europeia de Direitos Humanos recebe queixas individuais, bem como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que de forma indireta. Isso sem falar de alguns Comitês previstos nos tratados da ONU, tal como o Comitê do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Logo, a OIT também precisa avançar neste sentido.

Afinal, as normas produzidas pela OIT são destinadas ao trabalhador, então, a legitimidade democrática desta Organização pressupõe a possibilidade de acesso direto deste, por meio de apresentação de reclamações individuais.

## 2.4 Quarto Apontamento: a Cláusula Social e o Selo Social

O quarto apontamento, a seguir aduzido, faz alusão a duas propostas já lançadas à comunidade internacional: a adoção da cláusula social e do selo social.

A proposta pela adoção de uma cláusula social nos contratos comerciais internacionais ocorreu mediante uma parceria da Organização Mundial de Comércio (OMC) e da OIT, com vistas a estabelecer como condição prévia dos acordos o estabelecimento de cláusulas que versem sobre padrões trabalhistas mínimos. O tema da cláusula social é diretamente relacionado com o *dumping social*, visando ao seu combate, ao permitir a aplicação de medidas como salvaguardas e sanções comerciais em geral.

A prática do *dumping social* representa uma forma de concorrência desleal, além de redundar frequentemente em violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Assim, a cláusula extrapolaria o significado de mero compromisso moral, tão frequente em declarações de cunho internacional: ela autoriza os países membros da OMC a apreciar se houve respeito à cláusula e, se for o caso, a adotar as medidas convenientes (ROMITA, 2013).

Entretanto, referida proposta tem servido de críticas por entender, primeiramente, que a OMC não teria a competência de exigir o cumprimento de normas trabalhistas e, segundo, pelo fato da medida ser usada, muitas vezes, para medidas protecionistas (MAZZUOLI, 2013a).

Romita (2013) esclarece que a cláusula social apresenta caráter ambivalente, porque, se de um lado representa uma garantia de jogo limpo em tema de comércio internacional, por outro lado pode mascarar um neocolonialismo baseado em práticas protecionistas.

Em que pese a proposta não seja ruim, ela pode, indiretamente, comprometer, ainda mais, o papel da OIT. Transferir para a OMC a função de fiscalizar o cumprimento de normas trabalhistas, sob pena de sanções comerciais, debilita a Organização trabalhista, pois intensifica a ausência de seu poder sancionatório. O caminho deveria ser o de atribuir à OIT o poder de penalizar os Estados que violam direitos trabalhistas mínimos e não repassar essa competência à OMC.

Isso não significa que a OMC deve simplesmente abandonar a instituição da cláusula social, mas sim atuar juntamente com a OIT, transferindo a esta a responsabilidade pelas sanções no caso de violação de normas trabalhistas.

Aliás, a falta de poder sancionatório da OIT representou uma das causas principais que levaram os Estados Unidos e diversos outros países desenvolvidos a considerarem a Organização Internacional do Trabalho foro inadequado para o tratamento da cláusula social (MAZZUOLI, 2013a).

A solução parece estar no trabalho conjunto das duas Organizações, delegando à OMC o papel de fiscalizar o cumprimento da cláusula, tendo em vista que se insere nos contratos comerciais; e à OIT a função de estabelecer o conteúdo da cláusula e a aplicação de punições em caso de descumprimento.

Por sua vez, o *selo social* poderia servir de alternativa à cláusula social como uma medida a ser adotada pela OIT por meio de políticas e programas perante os seus Estados-membros. O selo social consistiria na fixação de um sinal ou etiqueta em produtos industrializados destinados à exportação, mostrando ao consumidor que o Estado, onde foram fabricados, respeitou as normas internacionais de proteção ao trabalho (MAZZUOLI, 2013a).

Esse selo, também conhecido como “etiqueta social”, foi objeto de proposta do ex-Diretor-Geral da OIT, Michel Hansenne, em 1998, e consistiria, para Beltran (1998), num sistema de marcas que deveriam ser estampadas nas embalagens de produtos destinados à exportação como comprovação de que tais mercadorias foram produzidas em consonância com padrões trabalhistas mínimos.

Obviamente que tal medida exigiria um comprometimento por parte das empresas e, principalmente, dos consumidores, ao criarem a consciência de optar por produtos com o selo.

A “etiqueta social”, portanto, poderia ser conferida por escritórios da OIT ou por meio de parcerias desta Organização com entidades empresariais, Organizações não governamentais, etc. Um exemplo de certificação dessa modalidade é o selo UNICEF, ao conferir a municípios brasileiros que

empreendam determinados esforços para a melhoria na qualidade de vida de crianças e adolescentes.

O selo social, então, seria a certificação emitida pela OIT aos produtos/serviços exportados que atenderam os padrões mínimos trabalhistas proclamados pela Organização.

## 2.5 Quinto Apontamento: a Propagação de Princípios do Direito Internacional

O quinto e último apontamento destina-se à proposta de propagar e difundir, por parte da OIT, alguns princípios jurídicos do direito internacional, na intenção de torná-los obrigatórios a todos os Estados-membros.

O primeiro princípio se refere à aplicação da norma mais favorável ao trabalhador - *pro homine* – e da proibição do retrocesso social.

Particularmente, no caso brasileiro, na intenção de avançar na efetividade de um direito do trabalho global, o país precisaria abandonar a tese de supralegalidade<sup>10</sup> dos tratados de direitos humanos. Esta tese, pacificamente adotada pela jurisprudência brasileira, quando o tratado não é aprovado pelo Congresso Nacional nos termos do quórum estabelecido pelo §3º do art. 5º da CF/1988, apenas enfraquece a proteção dos direitos humanos.

Ora, é preciso lembrar que a Constituição Federal brasileira de 1988, ao arrolar as espécies normativas em seu artigo 59, não previu a espécie “supralegalidade”, de tal forma que inexistente na ordem jurídica constitucional brasileira esse *status* jurídico. Na realidade, o STF, ao prever a supralegalidade acabou, inconscientemente, consagrando a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem natureza constitucional, sejam na forma do § 2º ou § 3º do art. 5º da Constituição (TESTA; CENCI, 2014).

Ora, se nenhuma legislação infraconstitucional pode derogar os tratados de direitos humanos, nem mesmo suprimir a sua eficácia; e se, ainda, nenhuma lei pode alterar ou negar vigência aos tratados, a única conclusão plausível é a de que as normas supralegais são, na verdade, constitucionais. Neste sentido, o posicionamento de Feliciano de Carvalho (2013, p. 149), ao afirmar que o STF, ao copiar a teoria da supralegalidade de outros países, constitucionalizou todos os tratados sobre direitos humanos:

---

<sup>10</sup> A supralegalidade se refere à tese de que os tratados e convenções de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico, qual seja, acima das leis infraconstitucionais.

**[...] a verdade é que de modo inconsciente o Supremo Tribunal Federal consagrou a correta tese da constitucionalidade dos tratados internacionais** sobre direitos humanos, quer tenha sido aprovados como emenda, quer não tenham sido; tese que tem respaldo no § 2º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. (CARVALHO, 2013, p. 149, grifo nosso).

Feliciano de Carvalho (2013) destaca ainda que se a norma supralegal paralisa os efeitos da legislação infraconstitucional, em regra, somente emendas à Constituição poderiam alterar ou suprimir as normas supralegais. Isso ocorreria, apenas, em regra, porque nem mesmo as emendas teriam autorização do Constituinte originário para suprimir direitos humanos ou fundamentais, sob pena de negar vigência aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

A título dedutivo, percebe-se que, se as normas supralegais são constitucionais, estas não podem sofrer alteração ou serem suprimidas pela legislação comum, nem mesmo por emenda à Constituição, já que, ao consagrarem direitos considerados pela Carta Magna como cláusulas pétreas, não podem também ser abolidas. Esse entendimento é corroborado pela interpretação correlata do que dispõe o texto constitucional brasileiro, em seu art. 1º, III, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; art. 4º, II, ao dar prevalência aos direitos humanos nas relações internacionais; art. 5º, §2º, ao conceber a existência de direitos humanos e fundamentais, ainda que não estejam expressos no texto constitucional (TESTA; CENCI, 2014).

Aliás, importante destacar que, mesmo atribuindo o *status* de supralegalidade a estas normas internacionais, é preciso considerar a aplicabilidade do princípio da norma mais favorável - *pro homine* – e da proibição do retrocesso social no direito internacional de direitos humanos.

Destarte, no caso de conflito, as normas de direitos humanos, com o fim de atender ao princípio *pro homine*, irão prevalecer sobre as normas constitucionais, pois segundo Sarlet (2012), entendimento diverso acarretaria verdadeiro retrocesso social.

Afinal, é vedado o retrocesso quando a temática envolve direitos fundamentais. Para Sarlet (2012), a proibição resulta diretamente do princípio da maximização da proteção de todos os direitos dos direitos fundamentais, impondo não somente ao poder constituinte reformador, mas também ao legislador ordinário e demais órgãos estatais e internacionais, o dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, Weis (2010) observou que as hierarquias normativas são apenas construções teórico-jurídicas dos Estados e não podem servir de óbice ao reconhecimento e à aplicação de direitos fundamentais, seja qual for o veículo normativo em que estejam previstos. Assim, aplicar-se-á sempre a norma mais favorável, independentemente se advinda da ordem jurídica interna ou internacional.

A busca pela efetividade de um direito internacional, no âmbito das relações de trabalho, propagada por uma instituição de garantia, reclama a superioridade do direito internacional e a maior hierarquia das declarações e os direitos humanos como parte do *jus cogens*, isto é, norma imperativa, com o surgimento de um direito universal dos direitos humanos.

Referida interpretação conduz ao entendimento de que, em havendo conflito entre uma convenção internacional do trabalho ratificada e as leis internas nacionais, a prevalência será por aquela em que se apresentar mais favorável à proteção dos direitos fundamentais, em homenagem ao princípio *pro homine*. Mazzuoli (2013b) observa que se um dos propósitos da OIT é a universalização das regras trabalhistas, não seria razoável para o trabalhador que eventuais normas das convenções adotadas pela Organização fossem menos favoráveis em relação às normas do Direito interno de seu país. Tal raciocínio tem respaldo no § 8º do art. 19 da Constituição da OIT, ao dispor expressamente que (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1946, grifo nosso):

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições **mais favoráveis** que as previstas pela convenção ou recomendação.

A cláusula supracitada pode ser chamada de “cláusula de diálogo” ou “vaso comunicante”, destaca Mazuolli (2013b), entre o direito internacional dos direitos humanos e outras normas de proteção. Tais cláusulas são aquelas, presentes nos tratados de direitos humanos, cuja função é promover a interligação entre a ordem jurídica internacional com a ordem interna dos Estados nacionais, de tal modo que não haja prevalência de um ordenamento sobre o outro, mas sim diálogo entre eles.

O art. 19, § 8º, da Constituição da OIT, é exemplo de cláusula de diálogo especial, pois não se refere exclusivamente às leis, ao dispor também sobre as

sentenças, costumes ou acordos que possam assegurar condições mais benéficas aos trabalhadores, em comparação ao disposto em convenções e recomendações da OIT (MAZZUOLI, 2013b, p. 85-6, grifo nosso):

Daí a possibilidade de uma norma jurídica interna – assim como uma sentença, ou um costume ou eventual acordo – ser aplicada em detrimento do estabelecido por uma convenção ou recomendação internacional do trabalho, **uma vez que o princípio adotado pela OIT não é a primazia das normas internacionais do trabalho sobre o Direito interno estatal, mas a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador.**

Isso significa que a opção será sempre pela aplicação da norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa. O sentido e o conteúdo do princípio *pro homine* é exatamente esse: abrir as possibilidades para o julgador e o intérprete do direito aplicar com mais justiça no caso concreto, atendendo ao fim social que o direito do trabalho e os direitos humanos reclamam.

Outros princípios a serem difundidos pela OIT e que devem ser observados, tanto na elaboração de novas normas, como também na apreciação e julgamento dos casos ora submetidos, seriam: a) princípio da observância do *minimum core obligation*; b) princípio da aplicação progressiva, do qual decorre o princípio da proibição do retrocesso social.

Piovesan observa que o estudo dos relatórios do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU permite revelar que tais princípios são importantes em matéria de direitos sociais. A respeito do primeiro princípio, a autora salienta que (PIOVESAN, 2010, p. 21): “A jurisprudência internacional [...] tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais [...]”.

No que se refere ao segundo princípio – aplicação progressiva e da proibição do retrocesso social – Piovesan (2010) ressalta que cabe aos Estados nacionais, de acordo com o Comentário Geral nº 3 do Comitê, adotar medidas por meio de ações concentradas, de modo mais efetivo possível, voltadas à implantação dos direitos sociais: “Note-se que há medidas de aplicação imediata concernente aos direitos sociais, como é o caso da cláusula da proibição da discriminação” (PIOVESAN, 2010, p. 22).

Tais princípios são condizentes com o estabelecimento e respeito a direitos básicos trabalhistas universais que possam garantir o padrão civilizatório mínimo com o fim de resguardar a dignidade do trabalhador.

Assim, a OIT poderia criar programas e políticas direcionadas ao reforço e promoção dos princípios aqui aduzidos, pois, em pese sejam princípios do direito internacional, previstos, inclusive, em convenções da OIT, muitas vezes os Estados, a exemplo do Brasil, repelem a sua aplicação, ao criar teses como o da supralegalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As consequências da globalização não se fizeram sentir apenas em relação ao Estado, tendo impactos profundos sobre as relações de trabalho. A integração dos mercados, a existência de empresas transnacionais e a concorrência acirrada destas acabaram por tornar mais complexas as relações laborais, e levaram a uma fragmentação do modo de produção e do aumento da precarização do trabalho.

O domínio tecnológico e o fenômeno da globalização da economia são irreversíveis e, num mundo globalizado, os países e suas economias estão interligados, de tal modo que as relações laborais merecem proteção advinda de regras universalmente impostas, já que aplicar apenas o ordenamento jurídico interno não traria muitos resultados. Essa realidade reclama a existência de padrões mínimos universais a serem aplicados nas relações de trabalho, e o reconhecimento de certos direitos trabalhistas como direitos humanos universais.

Diversos documentos internacionais, à luz da dignidade da pessoa humana e da ideia de trabalho decente propagada internacionalmente, permitiram concluir que há, atualmente, um rol de direitos do trabalho universalmente reconhecidos, sob o *status* de direitos humanos.

Não basta, todavia, normatizar direitos que garantam o padrão mínimo civilizatório, é necessário que haja uma instituição capaz de efetivá-los na comunidade internacional/transnacional.

Embora a Organização Internacional do Trabalho tenha cumprido tal papel, se faz necessário avançar na função desta Organização. Assim, este ensaio buscou demonstrar, ao fazer alguns apontamentos que poderiam representar avanços na OIT, por meio de políticas a serem realizadas internamente na instituição, e outras a serem concretizadas no âmbito externo, juntamente aos Estados-membros.

A intenção primordial foi o de refletir sobre um processo de melhoria da Organização Internacional do Trabalho, de tal modo que essa instituição seja capaz de lidar com os efeitos prejudiciais da globalização econômica nas questões



sociais, ao representar uma instituição de garantia transnacional, apta a regulamentar, fiscalizar e efetivar regras mínimas universais em matéria trabalhista; por meio de sistema eficaz de controle e monitoramento, destinado a contribuir para o desenvolvimento do direito internacional rumo à construção de uma comunidade universal constituída por relações jurídicas transnacionais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto. Cláusula social: um tema de debate. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 129-141, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/456/r141-11.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, Feliciano de. A natureza jurídica constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos: análise da suprallegalidade e da inconsciência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: DEL OLMO, Florisbal; GUIMARAES, Antonio Márcio C.; CARDIN, Valéria S. G. (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos I**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 137-157.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FARIA, Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 127-160.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, estado de derecho y jurisdicción em la crisis del Estado Nacional. In: FERRAJOLI, Luigi; ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y argumentación em el estado constitucional de derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. p. 109-133.

JEAMMAUD, Antoine. A internacionalização do trabalho: os novos desafios da integração econômica. In: JEAMMAUD, Antoine et al. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 75-92.

LIMA NETO, Arnor. A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador brasileiro no contexto dos direitos fundamentais e sua efetividade. In: HASSON, Roland (Org.). **Direito dos trabalhadores & direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003.

MAHNKOPF, Birgit. O futuro do trabalho: globalização da insegurança. In: PETERSON, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga (Org.). **Globalização e justiça II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 47-68.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, p. 71-92, 2013b.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Por um constitucionalismo global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 18, n. 73, p. 102-116, out./dez. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração universal de direitos humanos**. 1948. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT.

**Constituição e seu anexo:** Declaração De Filadélfia. 1946. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT.

**Convenção 158.** 1985. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT.

**Declaração relativa aos direitos e princípios fundamentais no trabalho.** 1998. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao\\_oit\\_547.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

PIDESC. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/pacto\\_internacional\\_direitos\\_economicos\\_sociais\\_culturais.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/pacto_internacional_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 3-31.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESTA, Janaina Vargas; CENCI, Elve Miguel. O transconstitucionalismo e a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos como propostas para a prevalência dos direitos humanos e a humanização do direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 418-442.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Submetido em 09/10/2015  
Aprovado em 21/11/2015

**Como citar:** CENCI, Elve Miguel; TESTA, Janaina Vargas. **Universalização de direitos trabalhistas: uma proposta de avanço no papel da Organização Internacional do Trabalho**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.155-180, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p155. ISSN 2178-8189.

## Cooperação internacional e organizações não governamentais: releitura do papel institucional no combate às doenças negligenciadas

INTERNATIONAL COOPERATION AND NON-PROFIT ORGANIZATIONS: RE-READING THE INSTITUTIONAL ROLE IN COMBATING NEGLECTED DISEASES

\* Marcos Vinício Chein Feres

\*\* Pedro Henrique Oliveira Cuco

\*\*\* Lorena Abbas da Silva

**Resumo:** Este artigo pretende analisar a função jurídica da patente e a importância das cooperações internacionais em saúde, especialmente aquelas realizadas entre os países do hemisfério Sul, bem como das organizações não governamentais para a prevenção e o combate às doenças negligenciadas. A partir do conceito de direito como identidade, e da estratégia metodológica de análise qualitativa de conteúdo, foram coletados e analisados alguns casos de cooperação entre Estados e instituições públicas e privadas com o objetivo de desenvolverem novos medicamentos para o combate às doenças negligenciadas e garantirem equidade de acesso a esses fármacos.

**Palavras-chave:** Patente. Doenças negligenciadas. Direito como identidade. Cooperação Sul-Sul. DNDi.

**Abstract:** This paper aims to analyze the juridical role of patent rights and the importance of international cooperation concerning the health system, especially those held between the countries of the South, as well as not-for-profit organizations for the prevention and combating neglected diseases. From the theoretical perspective of law as identity, and the methodological approach of qualitative content analysis, some cases of cooperation between states and public and private institutions were collected and analyzed in order to develop new drugs to combat neglected diseases and ensure equity of access to these drugs.

**Keywords:** Patent. Neglected diseases. Law as identity. South-South Cooperation. DNDi.

\* Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999) e Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1994), Pesquisador de Produtividade PQ2/CNPq, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Vice-Reitor da UFJF. Email: mvchein@gmail.com

\*\* Graduando em Direito e bolsista de iniciação científica do programa BIC na Universidade Federal de Juiz de Fora. Email: phocuco@gmail.com

\*\*\* Graduanda em Direito e bolsista de iniciação científica do programa PROVOQUE na Universidade Federal de Juiz de Fora. Email: lorena.abbas@hotmail.com

Esta pesquisa conta com o apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) e da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), através de sua Pró-Reitoria de Pesquisa.

## INTRODUÇÃO

O grande número de pessoas atualmente atingidas pelas doenças negligenciadas requer uma análise crítica sobre as dimensões do papel de toda comunidade no combate às desigualdades sociais, em especial no que tange ao direito à saúde e suas várias faces. As doenças negligenciadas são típicas de países menos desenvolvidos, a maioria deles localizados no hemisfério Sul, nos quais as condições de infraestrutura e saneamento básico são precárias e altos são os níveis de exclusão social (BRASIL, 2010, p.1).

O termo “negligenciadas” é empregado especialmente em alusão à população mais afetada por essas patologias, a saber, populações mais pobres as quais não possuem condições econômicas para arcar com custos de prevenção e tratamento dessas doenças.

A falha de mercado, gerada pela falta de interesse econômico na exploração de novos fármacos para essas doenças, é potencializada pela falha de ciência e de políticas públicas. Patologias como dengue, leishmaniose, doença de chagas, doença do sono e malária são denominadas doenças negligenciadas, pois se configuram como economicamente inviáveis às empresas farmacêuticas, sendo que os países mais afetados por essas doenças não possuem recursos pessoais e, especialmente, materiais para fomentar a pesquisa nesse setor (MSF, 2012).

Em muitos Estados periféricos, a alocação de recursos não corresponde às necessidades e anseios da população, seja porque os recursos são escassos seja porque não são aplicados de modo a atender às demandas. A dificuldade em se formular e aplicar uma política eficaz de combate às doenças negligenciadas se apresenta de diversas formas, desde a incapacidade de se universalizar o acesso à água potável ou à rede de esgoto até à má distribuição de medicamentos e desigualdade no acesso a profissionais e tratamentos de saúde.

Apesar de se entender que medidas preventivas surtiriam mais efeito a longo prazo para erradicação dessas doenças, como o investimento em saneamento básico, introdução de práticas higiênicas, sociedade e Estado não

podem se abster da produção de fármacos voltados às doenças negligenciadas, visto que uma parte representativa da população padece destes males e não existem no curto prazo condições exequíveis para a erradicação dos riscos de contaminação nas áreas mais afetadas pelos vetores destas doenças. No estágio evolutivo em que se encontram tais sociedades, é essencial ainda criar-se um ambiente atraente para investimentos no setor de fármacos com propriedades preventivas e curativas em relação às doenças negligenciadas.

Diante disso, o presente artigo se destina a analisar as cooperações internacionais, especificamente aquelas realizadas entre países do hemisfério Sul, a ineficácia do instituto da patente em saúde e a atuação de organizações não governamentais no combate às doenças negligenciadas.

O referencial teórico utilizado é o do direito como identidade, extraído da interação entre a teoria moral de Charles Taylor e do direito como integridade de Ronald Dworkin. A análise qualitativa de conteúdo foi eleita como estratégia metodológica para o estudo dos textos legais e teóricos que embasaram esta pesquisa, bem como dos dados empíricos extraídos de documentos oficiais disponibilizados por órgãos internacionais de saúde.

Este artigo se divide em quatro partes: em primeiro lugar, pretende-se contextualizar o referencial teórico e a metodologia utilizados, adaptando os conceitos ao caso das doenças negligenciadas. Em seguida, o atual cenário de descaso para com essas patologias é explicitado, bem como a ineficiência do mecanismo das patentes como incentivo à pesquisa na área. Posteriormente, realiza-se a análise da Cooperação Sul-Sul<sup>1</sup> como alternativa para a promoção do acesso à saúde e desenvolvimento igualitário entre os países do Sul. Por último, procura-se demonstrar a importância das organizações não governamentais, a partir da atuação da DNDi<sup>2</sup>, no combate às doenças negligenciadas.

## **1 ANÁLISE METODOLÓGICA SOB O ENFOQUE DO DIREITO COMO IDENTIDADE**

A partir da concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin (1986) e do conceito de identidade de Charles Taylor (1989), este estudo tem

<sup>1</sup> A Cooperação Sul-Sul, estabelecida por países em desenvolvimento, é um mecanismo de cooperação internacional que busca a diminuição das desigualdades econômicas e sociais.

<sup>2</sup> A Iniciativa Medicamentos para Doenças Negligenciadas (DNDi) é uma organização sem fins lucrativos fundada com o objetivo de organizar e direcionar a pesquisa de medicamentos para doenças negligenciadas com base na necessidade dos pacientes.

como objetivo analisar os valores morais que fundam e orientam uma comunidade personificada por meio da reinterpretação dos mecanismos de cooperação para a promoção do desenvolvimento técnico-científico e o acesso à saúde, bem como das organizações não governamentais e sua atuação no combate às doenças negligenciadas.

O mecanismo de construção da identidade moderna descrito por Taylor (1989) ajuda a dimensionar os elementos constitutivos do *self* dos sujeitos e da comunidade personificada (DWORKIN, 1986), a qual deve ser entendida como um ente autônomo capaz de se responsabilizar por si mesmo e por seus respectivos membros. Isto quer dizer que, considerando o contexto das doenças negligenciadas, os Estados periféricos são os responsáveis pela busca de soluções para esse problema endêmico.

Taylor (1989) sugere a existência de uma teia ou rede de interlocução na qual todos os *selves* estejam conectados entre si. A constante interação realizada por meio da comunicação e dos jogos de linguagem (WITTGENSTEIN, 2001) articula-se nas avaliações fortes. Nesse sentido, escolhas morais são realizadas a partir de discriminações qualitativas a respeito da vida que vale a pena ter, de modo que as relações sociais são moldadas pelo constante contato entre os *selves* e suas escolhas. Em vista disso, são estudados casos em que o combate às doenças negligenciadas é o ponto de partida para cooperação internacional entre as nações periféricas, bem como o objetivo de setores da sociedade civil preocupados com a realidade de milhares de pessoas que não possuem acesso à saúde e medicamentos para tratar tais patologias.

Dworkin (1986), ao criticar o convencionalismo positivista e o pragmatismo utilitarista, desenvolve uma interpretação orientada pela ideia de integridade sustentada pela justiça, pela equidade e pelo devido processo legal. A integridade é vista pelo autor como prática interpretativa e construtiva derivada de um conjunto coerente de princípios extraídos dos valores compartilhados universalmente em uma dada comunidade. A universalidade desses princípios dentro da comunidade personificada possibilita que direitos e deveres jurídicos sejam reconhecidos de maneira íntegra, ainda que não estejam explícitos no texto normativo.

Assim, os vínculos jurídicos estabelecidos em consonância com os valores morais da comunidade podem ser legitimados. Isto implica dizer que, mesmo países que não garantem explicitamente o direito à saúde, devem concretizar este direito, uma vez que este é um valor compartilhado universalmente.



Desse modo, as doenças negligenciadas precisam ser observadas sob a ótica da integridade, uma vez que seu combate – além de estar colocado de forma abstrata no direito à saúde –, entra em conflito com a realidade de exclusão do mercado farmacêutico originada pelo direito à patente, constitucionalmente positivado, sendo necessária uma política e um sistema legal diferenciados para que se consiga efetivamente encontrar soluções para esse problema. Sob o enfoque do direito como integridade, a efetivação do direito à saúde por meio do combate às doenças negligenciadas é premissa dos acordos de cooperação internacional e da atuação da DNDi.

A estratégia metodológica utilizada nesta investigação foi a análise qualitativa de conteúdo direto e indireto, respectivamente, por meio da análise de dados extraídos dos relatórios World Health Statistics 2013, do Relatório da Cooperação Sul-Sul na Ibero-América 2012 e do estudo de textos teóricos e legais disponíveis sobre o tema. Também foi realizada uma análise casuística da Cooperação Sul-Sul e da DNDi, de modo a considerá-los ações importantes no atual cenário de abandono das populações afetadas pelas doenças negligenciadas.

Buscou-se, como abordagem metodológica, construir um sistema analítico de conceitos, a partir de traços de significação, “unobtrusive research” conforme Babbie (2007), aplicável à reinterpretação construtiva das políticas públicas adotadas para o desenvolvimento de insumos à saúde.

Interligadas as teorias de Taylor (1989) e Dworkin (1986), é possível, a partir dos valores relevantes cultivados pela comunidade personificada, reconstruir criticamente o sistema jurídico a fim de se reavaliar a proteção intelectual aos fármacos para doenças negligenciadas, bem como suas políticas públicas. A comunidade personificada, regida por valores e princípios estabelecidos pela interação dos sujeitos, tem plenas condições de orientar seu sistema jurídico a fim de aperfeiçoar as deliberações legislativas, tornando-as mais justas, equânimes e coerentes. Esses ideais de justiça, igualdade e coerência configuram-se como indissociáveis e fundamentais para aplicação do direito íntegro no que tange à proteção da propriedade intelectual e na efetivação do direito à saúde.

O direito como identidade estrutura-se a partir de relações intersubjetivas que são reflexo dos valores comunitários e interfere no processo de construção coletiva da sociedade que se pretende ter. Na verdade, o direito como identidade exige um compromisso moral tanto do indivíduo isoladamente considerado quanto da comunidade como um todo, cuja associação de valores deverá espelhar o

processo de análise crítica e reconstrutiva das políticas e práticas jurídicas aplicadas em sua realidade. O direito como identidade significa um processo de análise da prática jurídica, tendo por parâmetro não somente a coerência interna do processo de interpretação jurídica mas também um contexto de relações interindividuais o qual demanda uma necessária reflexão crítica sobre esta prática interpretativa.

Sendo assim, o direito como identidade se manifesta precipuamente nas práticas reconstrutivas dos direitos, entendidas estas como a conjugação dos valores consagrados pela comunidade personificada e o momento histórico em que ela se insere, na medida em que cada ser individualmente considerado é constituído e constituidor dessa comunidade. As avaliações feitas pelos atores, públicos e privados, na esfera do combate às doenças negligenciadas devem se pautar, seguindo a ideia de identidade, no reconhecimento dos ideais objetivados para si e ao mesmo tempo para a sociedade da qual fazem parte.

É preciso que os indivíduos sopesem as suas escolhas na medida em que estas reverberam em esferas diversas na sociedade. Aproximar-se do outro passaria, então, a significar aproximar-se de si, aspirando e trabalhando por uma vida que vale a pena ter não só individualmente, mas também coletivamente, sem que isso denote qualquer prejuízo à esfera singular do ser.

Isto posto, o combate às doenças negligenciadas pressupõe a consciência de que os direitos positivados constitucionalmente são devidos para todos os jurisdicionados, sem distinção de cor, situação econômica ou ideologia. Identificar e ser identificado como sujeito de direito e parte de uma comunidade intimamente interligada por valores morais os quais ultrapassam as barreiras individualistas e egoísticas é a prática inerente de uma comunidade que garante, indistintamente, a inserção dos indivíduos e a efetivação de suas escolhas morais.

## **2 DIREITO À SAÚDE E DOENÇAS NEGLIGENCIADAS**

A Organização Mundial de Saúde estima que cerca de 2,6 bilhões de pessoas não têm acesso a saneamento básico, o que se traduz em baixos índices de desenvolvimento humano e carências básicas de infraestrutura. Regiões como da África Subsaariana, sul da Ásia e Oceania, contam com níveis baixos de cobertura sanitária se comparadas com os países desenvolvidos, constituindo-se como as regiões mais afetadas pelas doenças negligenciadas (WHO, 2014).

Diante de condições de infraestrutura precárias em países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, é essencial se reavaliar os valores

intrínsecos ao direito à patente, como a promoção da pesquisa e desenvolvimento industrial e o direito ao monopólio da exploração da invenção por determinado período de tempo, para que se possa compreender a falha estrutural de mercado quando se trata de investimentos voltados para doenças negligenciadas.

A gestão eficiente dos recursos financeiros e humanos, a promoção de parcerias entre instituições públicas e privadas, além do financiamento público de novos tratamentos para doenças negligenciadas são alternativas que podem ser adotadas. A formação de redes colaborativas para transferência de tecnologia e promoção do direito à saúde em países que não possuem muitos recursos também se faz necessária.

Nos dizeres de Denis Borges Barbosa (2010), “uma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia.” Esse mecanismo de proteção intelectual se sustenta em uma lógica implícita de um direito fundamental do autor em ter exclusividade sobre o que produz. A própria Constituição Federal Brasileira, no inciso XXIX do artigo 5º, estabelece a proteção intelectual como direito fundamental (BRASIL, 1988).

A proteção patentária, em regra, serve como incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento em diversos níveis técnico-científicos, de modo que os lucros advindos da exclusividade de exploração são utilizados para cobrir os gastos com todo o processo de pesquisa e criação do produto final. No caso das doenças negligenciadas, entretanto, essa proteção é inócua e não estimula o desenvolvimento e a pesquisa de fármacos, constituindo-se em mais um óbice ao acesso a medicamentos a preços acessíveis para as populações carentes.

É evidente o descompasso existente na tentativa de construir uma comunidade global mais justa e fraterna no âmbito da saúde, uma vez que os habitantes dos países mais desenvolvidos têm muito mais acesso à pesquisa farmacêutica de primeira linha e ao desenvolvimento de práticas sanitárias mais eficientes, além de a condição econômica da população atender às expectativas de lucro das indústrias farmacêuticas.

Segundo o relatório World Health Statistics 2013, a disponibilidade média de medicamentos genéricos selecionados pelo setor público em países de baixa e média renda era de apenas 57% entre os anos de 2007 e 2012. Nos países pobres, grande parte da cobertura de saúde deriva da renda particular da população enferma, pois o Estado não garante de modo eficiente o acesso a medicamentos e a tratamentos, o que leva a uma redução ainda maior do poder aquisitivo e da qualidade de vida dessa parcela da população (XU et al, 2007).

O direito à saúde, que não se encontra em posição hierárquica inferior ao direito à patente, só pode ser efetivamente concretizado por meio da reconstrução crítica das políticas públicas e das legislações específicas, como pelo enfoque do direito como identidade, de modo a que novas estratégias para a promoção do acesso a medicamentos e tratamentos essenciais sejam prioridade em uma comunidade que preza por seus valores morais e sociais. O desenvolvimento de medicamentos para essas patologias não é suficiente para mudar o status de negligenciadas, mais que isso é essencial a formulação de políticas de acesso aos fármacos para o devido tratamento e, principalmente, campanhas de prevenção e conscientização.

O atual panorama de abandono e descaso com a população atingida pelas doenças negligenciadas não se coaduna com o princípio da igualdade e o direito universal à saúde. O direito não pode servir à promoção das mazelas sociais, mas deve ser um instrumento para concretização do bem-estar de todos os indivíduos que compartilham dos valores de uma comunidade. Da forma como o direito vem sendo aplicado, percebe-se a perpetuação de um modelo desigual e injusto, pois não basta que sejam dados incentivos para P&D em doenças negligenciadas, mas faz-se necessária a ingerência ativa do Estado na criação de estratégias de combate às doenças negligenciadas.

Nesse sentido, é relevante considerar que o direito como identidade surge não somente para fundamentar decisões judiciais e políticas locais, mas também para se repensar o padrão de universalidade e de relatividade dos direitos humanos no mundo globalizado. O direito como identidade constitui-se numa ferramenta de análise jurídico-interpretativa capaz de reconduzir demandas empíricas locais para abstrações universais em termos de efetividade de direitos humanos.

Entretanto, deve-se observar que a propriedade intelectual e o desenvolvimento da ciência possuem função social, a saber, não estão apartadas das condições em que se encontram inseridas, devendo, dessa forma, atuarem como estrutura de ligação entre a situação precária presente e a concretização da situação futura calcada na imaginação social da comunidade personificada.

Destarte, é de extrema urgência que os valores fundantes da legislação atual aplicável às patentes farmacêuticas sejam rememorados e reavaliados, para que, por meio de uma reinterpretação do direito à patente relacionada à doença negligenciada, o desinteresse das grandes indústrias em desenvolver tratamentos para essas doenças não persista. A comunidade deve chamar para si a responsabilidade de repensar as velhas regras, aquelas que não cumprem seus objetivos ou mantêm intacta a desigualdade social. Os ideais de justiça,

igualdade e coerência são fundamentais ao se analisar a triste realidade das doenças negligenciadas, de modo a incentivar cada vez mais a sociedade a buscar meios para reverter tal quadro.

Assim, a fim de promover o desenvolvimento e superar dificuldades comuns, como o fomento à pesquisa na área da saúde, muitos países aliaram-se no que se convencionou chamar Cooperação Sul-Sul. Nesse processo, percebe-se a dinâmica local de cada um dos países envolvidos e os desejos comunitários específicos sendo congregados no interesse de desenvolver o direito à saúde de forma universal. A seguir, faz-se uma análise crítica acerca da Cooperação a fim de demonstrar seu potencial em transferência de tecnologia e colaboração para a diminuição das desigualdades.

### **3 A COOPERAÇÃO SUL-SUL – PARCERIAS DE SUCESSO**

Após a Segunda Guerra Mundial, países emergentes passaram a intensificar suas relações em busca de respostas a desafios comuns e como forma de superar a conjuntura internacional desfavorável na qual estavam inseridos e caracterizados como subdesenvolvidos. Os países do Sul global, localizados mais expressivamente na África, Ásia e América Latina, se encontravam em diferentes níveis de desenvolvimento econômico e científico. Tal diferenciação corroborava para a cooperação mútua visando ao intercâmbio de recursos econômicos, pessoais e científicos para que esses países crescessem.

Em um contexto de luta para se inserir mais ativamente no cenário econômico global, alguns desses países passaram a firmar acordos econômicos e de transferência tecnológica, promovendo parcerias entre setores públicos e privados e potencializando suas pesquisas e inovações. No ano de 2000, foi realizada a I Cúpula Sul-Sul, na qual se destacou a importância da Cooperação na busca por um arranjo mais democrático no cenário econômico globalizado (ULLRICH et al, 2013).

Sendo um dos desafios comuns aos países do Sul o combate às doenças negligenciadas, uma vez que essas patologias são típicas dessa região do planeta, a criação de uma rede colaborativa para atuação mais incisiva no que tange à promoção da pesquisa e desenvolvimento de medicamentos é de grande relevância. Por via da Cooperação, os países constituem-se em uma comunidade solidária que compartilha anseios e dificuldades comuns, além de valores, os quais articulados de maneira responsável e justa, promovem o crescimento sustentável, assim como conduzem à superação de problemas econômicos e sociais.

Os investimentos em pesquisa e desenvolvimento de projetos na área da saúde têm aumentado significativamente nos países do Sul. Segundo o Relatório da Cooperação Sul-Sul na Ibero-América 2012, 32,8% dos projetos em execução no ano de 2011 destinavam-se ao fortalecimento de temas sociais relacionados à saúde – geral e reprodutiva –, educação, políticas públicas de previsão e saneamento de água. Isso demonstra um grande avanço no combate à falta de estrutura e saneamento básico para a população, influenciando diretamente no combate a doenças cujo veículo transmissor mais relevante é a água.

Vários institutos do Sul global têm se unido em parcerias para o desenvolvimento produtivo (PDPs), incrementando a pesquisa em doenças negligenciadas e ampliando a capacidade produtiva dos laboratórios locais. O processo da “triangulação” – modalidade de cooperação em que dois países se unem com objetivo de qualificarem e fortalecerem recursos humanos e tecnológicos para colaborar com um terceiro –, tem revelado a eficácia da união de esforços para promoção do desenvolvimento de países sem muitos recursos próprios.

A África tem sido um dos continentes que mais recebe suporte por meio da Cooperação Sul-Sul. Vários países desenvolvem ações conjuntas para o combate às doenças negligenciadas, envolvendo transferência de tecnologia, quando o país apresenta condições de produzir medicamentos, capacitação de recursos humanos e construção de sistemas universais de saúde.

Brasil e Cuba foram responsáveis por conter um surto de meningite no chamado Cinturão da Meningite, que se situa na África Subsaariana do Senegal até a Etiópia, após apelo emergencial da OMS. A região, que abriga mais de 400 milhões de pessoas, possui um dos IDHs mais baixos do mundo. Isso ocorreu por meio da parceria entre o Instituto de Tecnologia em Imunológicos (Bio-Manguinhos/Fiocruz) e o Instituto Finlay, de Cuba. Este se responsabilizou pelo desenvolvimento dos ingredientes ativos da vacina contra as meningites A e C, enquanto o instituto brasileiro se encarregou do processo de liofilização (secagem por congelamento), estabilização, armazenamento e controle de qualidade da vacina.

Tal cooperação, firmada por meio da solidariedade e fraternidade, salvou a vida de milhares de africanos ao garantir um preço acessível às vacinas, cerca de US\$ 0,95, sendo que as grandes empresas farmacêuticas cobravam entre US\$ 15 e US\$ 20 por dose (GROGG, 2010, tradução livre). O número de doses distribuídas pela UNICEF, Médicos Sem Fronteiras e Cruz Vermelha chegou a 19 milhões, reafirmando que a parceria entre Brasil e Cuba não

funcionou como uma simples política utilitarista de promoção do bem-estar social, mas sim um processo de reconstrução dos mecanismos políticos e jurídicos em solidariedade (MOEHLECKE, 2013).

O Brasil possui uma série de projetos na área da saúde, especialmente com os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa, a exemplo da Sociedade Moçambicana de Medicamentos. A implantação desse projeto contou com o suporte do Instituto de Tecnologia em Fármacos (Farmanguinhos/Fiocruz), por meio de um acordo de cooperação técnica. Até que se conclua o processo de cooperação, em 2014, pretende-se capacitar até 90 funcionários (MATOS, 2012). A produção em massa de medicamentos a preços acessíveis deve reduzir a dependência de importação e ampliar a disponibilidade de fármacos em Moçambique, principais causas dos altos índices de mortalidade e falta de tratamentos essenciais no país.

Embora o direito de patente continue a guardar uma relação com o processo de exploração capitalista do século XVIII, é importante se reconstruir o sentido do direito como processo de construção de identidades livres e autônomas no contexto de sociedades ainda mal estruturadas do ponto de vista de acesso à saúde e a medicamentos. O direito como identidade serve para fundamentar ações políticas como as acima descritas para que se possa criar um ambiente de produção em que as necessidades individuais e culturais específicas sejam estabelecidas como padrão para orientação de práticas jurídicas adequadas ao ambiente social e econômico da comunidade em questão.

#### **4 ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS – OS VALORES DA COOPERAÇÃO E SOLIDARIEDADE COMO PROPULSORES DO BEM-ESTAR SOCIAL**

No que tange ao combate às doenças negligenciadas, as organizações não governamentais possuem papel fundamental. Apesar de ser um conceito amplo, há que se ressaltar quatro características principais para se definir uma ONG, segundo Peter Willetts (2015), quais sejam: independência do controle direto do governo, não configuração partidária, ausência de fins lucrativos, bem como de fins violentos. Apesar de o Estado não ser o agente controlador e tomador de decisões na conformação da ONG, nada impede que esta receba financiamentos, firme contratos e parceiras com o governo em prol de causas de grande importância para a sociedade civil. O que caracteriza e permite a inclusão da DNDi, por exemplo, no conceito de ONG, é a sua estrutura bem

como o seu controle desvinculados de um Estado específico, o que amplia a sua liberdade de atuação e possibilidades de parcerias para atingir objetivos socialmente relevantes.

A DNDi (Drugs for Neglected Diseases initiative) foi fundada em 2003 por meio da parceria entre sete instituições, públicas e privadas, os Médicos Sem Fronteiras (MSF), a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o Instituto Pasteur, o Conselho Indiano de Pesquisa Médica, o Instituto de Pesquisa Médica do Quênia, o Ministério da Saúde da Malásia e o Programa Especial de Pesquisa e Treinamento em Doenças Tropicais (TDR) do PNUD-Banco Mundial-OMS. Por meio da formação de PDPs (parcerias para desenvolvimento de produtos), a DNDi busca maneiras de suprir a falha de ciência que existe no caso das doenças negligenciadas, como por exemplo, o caso da doença de Chagas, a qual permaneceu por décadas sem qualquer tipo de inovação científica no âmbito de medicamentos. Por meio de uma parceria com o Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco (LAFEPE), foi desenvolvida uma versão pediátrica do Benznidazol, o medicamento mais utilizado no combate à doença na região (DNDi, 2010).

A atuação da DNDi, e outras ações que visam à cura e prevenção de doenças negligenciadas, são fruto de uma reconstrução do sentido que o direito possui, especificamente o direito à saúde, diante do quadro de desigualdade no qual se insere uma grande parcela da população global. Ainda que as doenças permaneçam com o status de negligenciadas, as novas descobertas e os avanços no combate aos altos níveis de carência de tratamentos essenciais podem ser associados, em grande medida, ao resultado de ações conjuntas promovidas por organizações não estatais.

Outro exemplo de superação das lacunas na situação das doenças negligenciadas se encaixa no caso do US National Institutes of Health (NIH). Entre os 123 produtos em desenvolvimento listados nos registros de ensaios clínicos do NIH e da OMS no ano de 2011, organizações sem fins lucrativos estavam envolvidas na produção de 19 medicamentos destes 123. Cerca de metade (10 em 19) destes produtos são para doenças negligenciadas (PEDRIQUE et al, 2013, p.5, tradução livre).

Os membros que compõem uma organização sem fins lucrativos estão envolvidos pelos mesmos valores e sentimentos, erigidos por meio de uma avaliação crítica acerca da realidade que os circundam e do tipo de sociedade em que desejam estar inseridos. Transformar a realidade das pessoas afetadas pelas doenças negligenciadas é corroborar para uma vida



plena, na dimensão física e também psicológica, uma vez que resignar-se à existência de patologias para as quais não se tem cura ou acesso a tratamento rápido e de baixo custo não se correlaciona ao sentimento de integração a uma comunidade que prega o direito à saúde como um direito fundamental. Viver, plenamente, o direito como identidade significa se envolver nesse processo de transformação política, social e econômica de espaços comunitários, embora o membro da ONG não seja parte integrante deles, mas é capaz de se sentir, empaticamente, afetado por essas mazelas sociais quanto às populações enfermas.

O alto custo dos medicamentos e as composições muito tóxicas (com muitos efeitos colaterais), que inibem o tratamento dessas pessoas, são enfrentados por meio da coordenação de projetos de P&D de novas formulações, mais baratas e menos nocivas à saúde, e pela capacitação de voluntários que se disponibilizam a ajudar no combate a essas patologias. O compromisso moral que essas organizações possuem em prol do interesse público é visível, de modo que sua atuação demonstra não só a possibilidade de mudança do quadro das doenças negligenciadas, mas também de uma mudança de paradigma perante uma sociedade capitalista e egoísta.

O direito como identidade fundamenta a lógica de adequação e de reconstrução criativa dos princípios instituidores do direito à patente, a saber, a busca pelo desenvolvimento científico e tecnológico, sem se desprezar os interesses sociais, conforme dispõe a Lei nº 9279/96 e a Constituição da República Brasileira.

Reconhecer o direito como instrumento da construção de uma identidade social e política a qual dê conta de uma realidade hostil aos interesses de uma população pobre e doente demonstra a necessidade de um processo de integração cultural e institucional entre o desejo de indivíduos culturalmente separados e o desejo universal de promoção da liberdade cultural. Este acaba por se tornar inócuo se não houver uma intervenção pública nas condições de possibilidade de exercício dessa liberdade do sujeito na sociedade na qual ele vive, o que, ao fim e ao cabo, constitui o parâmetro de identidade jurídica a ser alcançado pela normatividade institucional, a saber, a efetiva aplicação do direito como identidade no processo de criação e aplicação da lei.

A lógica do lucro não pode ser óbice à concretização dos direitos fundamentais, muito menos motivo de escusa diante das dificuldades sofridas por parcela significativa da população global. Sob a ótica do direito como identidade, é necessário que o Estado, as entidades privadas e organizações da

sociedade civil se unam, para que a partir de uma rede de colaboração mútua e eficaz possam enfrentar problemas que não são só locais, mas globais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o cenário de descaso figurado pelas doenças negligenciadas, o presente artigo buscou demonstrar, a partir de uma análise qualitativa de conteúdo, a necessidade de se reavaliar criticamente os valores e princípios que norteiam o mecanismo de proteção intelectual no que tange aos medicamentos para essas patologias. Sob a ótica do direito como identidade, ao se conjugar as teorias de Taylor e Dworkin, propôs-se uma reinterpretção do mecanismo de proteção jurídica dos medicamentos para doenças negligenciadas, uma vez que, diante da carência de recursos financeiros que os países mais afetados por essas patologias possuem, o interesse da indústria farmacêutica é ínfimo e o acesso a medicamentos e tratamento por parte da população não se concretiza.

Nesse contexto, a estrutura teórica do direito como identidade serve para se superar o paradigma da mera coerência interna do direito e caminhar rumo à adesão de uma coerência do direito com as estruturas política, econômica, social e cultural as quais interferem na construção do sujeito contemporâneo. Isto quer dizer que o processo de construção do sistema jurídico deve se basear na relação dialógica com sistemas externos ao direito, de maneira a se atingir coesão numa estrutura global, orientado pela constituição do *self*. O processo de aquisição da liberdade e da igualdade demandam uma lógica de aquisição de direitos como formadores da identidade do *self*.

É certo que o atual sistema de proteção patentária não se constitui como um mecanismo de incentivo à P&D de fármacos para doenças negligenciadas da mesma maneira que para com outras patologias, sendo que a formação de uma rede de colaboração entre instituições públicas e privadas para transferência de tecnologia e capacitação de recursos humanos, além do financiamento público de pesquisas nessa área, são alternativas a serem adotadas, viabilizando a proteção de ambos os interesses. O direito como identidade requer um processo de intervenção pública para que a formação do sujeito contemporâneo se estruture em contextos políticos, econômicos e sociais diversos. A intervenção do direito no processo de aquisição de condições sanitárias e de acesso à medicamentos revela-se como essencial no processo de formação da identidade desse sujeito.

Percebeu-se, perante a análise casuística da Cooperação Sul-Sul, que a união de esforços em prol da promoção do bem-estar e do interesse social na área da saúde resulta em altos índices de avanço e desenvolvimento no combate às desigualdades de acesso a fármacos e tratamentos para a população carente. As parcerias para desenvolvimento de produtos (PDPs) são modalidades de cooperação que procuram desenvolver as áreas potencialmente mais produtivas dos países envolvidos no processo com vistas a implantar projetos de pesquisa e desenvolvimento em uma região mais carente. Essas parcerias tem sido de grande sucesso na área da saúde e seus resultados não são percebidos somente no destino do projeto, mas permanecem e podem gerar frutos nos países e instituições colaboradoras. O caráter institucional do direito como identidade é importante para se constituir mecanismos como as PDP a partir dos quais uma lógica de colaboração estrutural viabiliza o respeito e o acesso à saúde das múltiplas identidades de diversas comunidades. O direito como identidade fundamenta uma estrutura colaborativa de produção de formas alternativas de poder em que são promovidos novos procedimentos de aquisição e distribuição de direitos.

Constatou-se também que as organizações não governamentais têm surgido no cenário das doenças negligenciadas como importantes colaboradoras na criação e coordenação de projetos de combate a essas doenças. A DNDi, utilizada como exemplo neste estudo, trabalha em prol da correção da falha de pesquisa de fármacos menos tóxicos para essas patologias, além de ajudar no mapeamento e distribuição de medicamentos em áreas endêmicas.

As políticas públicas devem atuar de maneira simultânea no que tange à erradicação das condições de propagação das doenças negligenciadas e na produção de medicamentos eficazes e inovadores no tratamento ou atenuação dos efeitos das doenças negligenciadas nas pessoas atingidas. A articulação dos valores que circundam as escolhas legislativas e das políticas públicas em prol do interesse social deve ser observada a todo instante e por todos os níveis da sociedade. Setores públicos e privados possuem um grande peso no que tange ao desenvolvimento de toda a sociedade e esse avanço se perfaz também na área da saúde, direito fundamental e requisito essencial para uma vida plena e convivência comunitária.

Reavaliar, reinterpretar e reconstruir os direitos e deveres que envolvem uma sociedade, sob a perspectiva dos valores e princípios que mobilizam seus membros, é o que pode transformar uma sociedade egoísta e exclusivista em uma verdadeira comunidade de sujeitos que compartilham dos mesmos

sentimentos e consideram o outro como um sujeito concreto de direitos, embora não compartilhem o mesmo *ethos*. Nesse contexto reside o real efeito prático da adoção dos fundamentos teóricos do direito como identidade.

## REFERÊNCIAS

BABBIE, Earl. **The Practice of Social Research**. Eleventh Edition. Belmont : Thomson Wadsworth , 2007.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2. ed. (revista e atualizada). Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998. 293 p.

BRASIL. Doenças negligenciadas / Wanderley de Souza, coordenador. – Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 2010. Disponível em: < <http://www.abc.org.br/IMG/pdf/doc-199.pdf> >. Acesso em: 19 maio 2015.

DNDi América Latina. Disponível em: <<http://www.dndial.org/index.php>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Oxford: Hart Publishing Press, 1986.

GROGG, Patricia. Cuba, Brazil Unite for Africa's Health. **Inter Press Service Nws Agency**. Havana, Oct 25, 2010. Disponível em: < <http://www.ipsnews.net/2010/10/cuba-brazil-unite-for-africas-health/>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

MATOS, Alexandre. Fábrica de medicamentos em Moçambique entrega primeiros antirretrovirais. **Agência Fiocruz de Notícias**. 22 nov. 2012. Disponível em: < <http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/f%C3%A1brica-de-medicamentos-em-mo%C3%A7ambique-entrega-primeiros-antirretrovirais>>. Acesso em 21 jan. 2014.

Médicos Sem Fronteiras (MSF). **Milhões aguardam inovações médicas**

**para doenças negligenciadas.** 2012. Disponível em: <<http://www.ms.f.org.br/noticias/milhoes-aguardam-inovacoes-medicadas-para-doencas-negligenciadas>>. Acesso em: 19 maio 2015.

MOEHLECKE, Renata. Combate à meningite: atuação da Fiocruz na África é destaque na ‘Science’. **Agência Fiocruz de Notícias**. 2 jan. 2013. Disponível em: <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/combate-%C3%A0-meningite-atua-%C3%A7%C3%A3o-da-fiocruz-na-%C3%A1frica-%C3%A9-destaque-na-science>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

PEDRIQUE, Belen; STRUB-WOURGAFT, Nathalie; SOME, Claudette; OLLIARO, Piero; TROUILLER, Patrice; FORD, Nathan; PÉCOUL, Bernard; BRADOL, Jean-Hervé. The drug and vaccine landscape for neglected diseases (2000-11): a systematic assessment. **Lancet Glob Health**, 2013. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(13\)70148-7](http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(13)70148-7)>. Acesso em: 21 jan. 2014.

TAYLOR, Charles. **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

ULLRICH, Danielle Regina; MARTINS, Bibiana Volkmer; CARRION, Rosinha Machado. A Cooperação Sul-Sul como Estratégia de Política Externa Brasileira: análise dos governos Lula e Dilma. **ANPAD (Associação Nacional de Pós-graduação e pesquisa em Administração)**. Set. 2013. Disponível em: <[http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad\\_2013/06%20-%20ESO/PDF%20ESO%20-%20Tema%2011/2013\\_EnANPAD\\_ESO911.pdf](http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2013/06%20-%20ESO/PDF%20ESO%20-%20Tema%2011/2013_EnANPAD_ESO911.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2014.

XALMA, Cristina. **Relatório da Cooperação Sul-Sul na Ibero-América 2012**. Madrid: Secretaria-Geral Ibero-Americana (SEGIB), 2012.

XU, Ke; EVANS, David B.; CARRIN, Guido; AGUILAR-RIVERA, Ana Mylena; MUSGROVE, Philip; EVANS, Timothy. Protecting Households From Catastrophic Health Spending. **Health Affairs**, 26, no.4 (2007):972-983. Disponível em: <<http://content.healthaffairs.org/content/26/4/972.full.html>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World Health Statistics 2013.**

Disponível em: <[http://www.who.int/gho/publications/world\\_health\\_statistics/EN\\_WHS2013\\_Full.pdf?ua=1](http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/EN_WHS2013_Full.pdf?ua=1)>. Acesso em 21 jan. 2014.

WHO. **World Health Organization.** 10 Facts on sanitation. 2011.

Disponível em: <<http://www.who.int/features/factfiles/sanitation/facts/en/>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

WILLETTS, Peter. **What is a Non-Governmental**

**Organization?** Disponível em: <<http://www.gdrc.org/ngo/peter-willetts.html>>. Acesso em: 23 maio 2015.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations.** Tradução G. E. Anscombe. 3. ed. Oxford: Blackwell, 2001.

Submetido em 27/10/2014

Aprovado em 17/02/2015

**Como citar:** FERES, Marcos Vinício Chein; CUCO, Pedro Henrique Oliveira; SILVA, Lorena Abbas da. **Cooperação internacional e organizações não governamentais: releitura do papel institucional no combate às doenças negligenciadas.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.181-198, dez. 2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p181. ISSN 2178-8189.

## Aspectos jurídicos da adoção *post mortem*

### JURIDICAL ASPECTS OF *POST MORTEM* ADOPTION

\* Sergio Rodrigo Martinez

\*\* Natália Novais Fernandes Gomes

**Resumo:** O legislador, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a prever a denominada adoção póstuma, que permite que a morte do adotante, no curso do procedimento, não gere a extinção da adoção pleiteada. Tem-se por escopo demonstrar que, não obstante a falta de previsão legal, a construção de novas famílias por adotante e adotado sejam reconhecidas, desde que permeadas pela afetividade socialmente demonstrada, ainda que nesse transcurso ocorra a morte do interessado antes de ter início à formalização judicial do pedido de adoção, caracterizando, assim, a figura da adoção póstuma sem manifestação judicial prévia.

**Palavras-chave:** Adoção póstuma. Princípio da afetividade. Possibilidade jurídica.

**Abstract:** The legislature, with the enactment of the Statute of Children and Adolescents, now provides the named posthumous adoption, allowing the death of the adopter, in the course of the procedure does not generate the extinction pleaded adoption. Has the purpose to show that, notwithstanding the absence of such law, the construction of new adopters and adopted by families are recognized, since permeated the socially demonstrated affection, even in passing the death of the person occurs before you have to start legal formalization of the adoption petition, thus characterizing the figure of posthumous adoption without prior judicial manifestation.

**Keywords:** Posthumous adoption. Principle of affectivity. Legal possibility.

\* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito das Relações Negociais pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra (UC). Professor Especial Stricto Sensu da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Professor Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNOESTE). E-mail: srmartinez@unochapeco.edu.br

\*\* Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). E-mail: natalianfg@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O instituto da adoção apresenta, na sua evolução, diversas alterações. Suas características e efeitos sofreram transformações em razão dos costumes e das leis que a disciplinaram. Hoje, a adoção é um ato jurídico solene, o qual observado os requisitos legais, alguém estabelece um vínculo fictício de filiação.

Contudo, adoção é mais que trazer para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha, é o nascimento, a concretização de um vínculo fortificado pelo afeto.

Em justificativa desse preceito surgiu a adoção *post mortem*, em que possibilitou ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença, ter respeitado seu sentimento de pai/mãe já concretizado pelo afeto, e, principalmente, resguardar os direitos e garantias da criança ou adolescente, no que diz respeito à sua condição de filho.

No presente trabalho, será analisada a possibilidade jurídica de adoção póstuma sem que tenha havido manifestação judicial prévia, fundando-se, somente, na comprovação de que o pretense adotante havia manifestado em vida sua intenção em ter o adotado como filho, sendo tal intenção claramente visualizada com a caracterização da paternidade socioafetiva.

Para tanto, é utilizado o método dedutivo, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, sobressaltando a busca de subsídios com a pesquisa documental, mediante a consultada legislação aplicável, bem como da jurisprudência a respeito do tema.

Primeiramente, é apresentada a evolução histórica do instituto da adoção até os dias atuais, que se funda no afeto no seio das famílias, atingindo diretamente a posição do legislador frente às mudanças que a sociedade, junto com as novas tecnologias, vem sofrendo. Segue com a análise de seus requisitos de forma a respeitar e proteger o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. Ainda, trata dos efeitos de ordem patrimonial e pessoal, dando ênfase ao princípio constitucional do art. 227, § 6º, da CF, onde o legislador estatutário dispôs que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios.

Em capítulo posterior, são tratados os aspectos jurídicos da adoção *post mortem*, onde se aborda a sua possibilidade via autonomia de vontade pretérita, ainda que sem processo em andamento, mediante a inserção da afetividade como requisito para se evidenciar o estado de filiação e, por fim, analisam-se os



posicionamentos jurisprudências acerca do tema, concluindo que a doutrina e a jurisprudência vêm convergindo, no sentido de aplicar esse instituto na defesa de que a concretização do estado de “pai e filho” se faz mediante a demonstração de afeto que se evidenciava na vida de pretensos adotando e adotante.

## **1 ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Sustentam Teixeira e Ribeiro (2008, p. 322), que o direito de família contemporâneo, vem se moldando de forma a atribuir aos laços socioafetivos o status de um de seus principais alicerces. No contrapasso da evolução tecnológica e das ciências biológicas, a dignidade humana e a afetividade são fundamentos para o estabelecimento do estado de filiação, obrigando a que todos os institutos relacionados à afirmação de vínculos parentais sejam revisitados, no intuito de emprestar ao ordenamento jurídico sistematicidade, coerência e efetividade.

Indiscutível a afirmação de que o instituto da adoção é, por essência, expressão de solidariedade e afeto, refletindo a principiologia constitucional que impulsiona o direito de família brasileiro. Todavia, revolvendo-se a história, por fatores e circunstâncias de origens variadas, é possível constatar que o instituto enfrentou momentos de prestígio e desprestígio.

Contudo, com a implementação do direito de família com novos institutos, novas percepções acerca do núcleo familiar, e do crescente reconhecimento dos efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo, é preciso indagar acerca de sua colocação dentro do sistema jurídico e de seus reais objetivos ou propósitos.

### **1.1 Evolução histórica do instituto da adoção**

O instituto da adoção no direito brasileiro vem sofrendo inúmeras transformações no decorrer dos anos, uma vez que a sociedade em si evoluiu mentalmente e progrediu cientificamente.

Conforme leciona Leite (2005, p. 253), o Código Civil de 1916 regulou a matéria de adoção de acordo com os princípios dominantes no Direito Romano, isto é, com o específico escopo de atribuir artificialmente filhos a quem a natureza os negou.

Enfatiza Monteiro (2004, p. 336) que a adoção além de proporcionar esse conforto moral, representa fonte de benemerência, porque, por ela, muitas

vezes se socorrem criaturas desamparadas, oriundas de pais desconhecidos ou sem recursos.

Dessa forma, extrai-se da obra de Leite (2005, p. 254), que hoje, contrariamente à antiguidade, a adoção é uma forma de filiação, calcada na presunção de uma realidade afetiva, e não biológica.

Entende ainda:

A evolução das mentalidades, de um lado, e o infinito progresso científico, de outro, representado pelas procriações artificiais, alterou profundamente o sentido inicial da adoção—dar artificialmente filhos a quem a natureza os negou—criando assim uma nova hipótese de adoção (plena) que encontrou no ECA, sua manifestação legislativa mais intensa. (LEITE, 2005, p. 254).

No Brasil, a matéria de adoção sofreu 5 (cinco) importantes alterações, quais sejam: a Lei 3.133 de 1957, Lei 4.655 de 1965, Lei 6.697 de 1979, Lei 8.069 de 1990 e, por fim, a Lei 12.010/2009.

A lei 3.133 de 1957 alterou a estrutura da adoção, que até então era a de atender o interesse pessoal dos adotantes para uma finalidade assistencial, como meio de melhorar a condição do adotado.

Com essa lei, foi permitindo a adoção por pessoas de 30 anos e os adotantes podiam ou não ter prole legítima ou ilegítima, o que pelo Código Civil de 1916 eram requisitos da adoção.

Tanto o Código Civil de 1916 quanto a lei 3.133 de 1957 admitiam a adoção simples, ou restritiva, na qual o vínculo de filiação, que se estabelece entre o adotante e o adotado, é limitado. Portanto, o adotado, embora se inserindo em um novo círculo familiar, continuava vinculado à família biológica e, além disso, podia se desvincular da adoção quando atingisse a maioridade.

Já a lei 4.655 de 1965, dita, “da legitimação adotiva” misturou as noções da adoção (estabelecendo um parentesco de 1º grau, em linha reta) e da legitimação, parentesco igual ao que vincula o pai ao filho biológico.

Contudo, a lei 6.697 de 1979, dita esta, “Código de Menores” substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, que vinculava o adotado à família do adotante, como se fosse filho de sangue. A adoção plena (estatutária ou legitimada) foi introduzida no país, sem alterar o instituto da adoção.

Com isso, veio a lei 8.069, conhecida como “Estatuto da Criança e do Adolescente” que extinguiu a distinção entre adoção simples e plena. Hoje, só há para os menores de 18 anos uma adoção: a adoção plena que, através de

uma ficção jurídica, vincula o filho adotado aos pais adotantes, como se fosse filho biológico.

Ainda, com o advento do ECA, tendo o adotante mais de vinte e um anos de idade, independentemente do estado civil, passou a poder livremente adotar, tivesse ou não prole; conforme seu artigo 42, sendo casados ou vivendo em união estável, deixou de ser exigido prazo de duração da relação entre os pretendentes à adoção, requerendo-se somente a sua estabilidade (MONTEIRO, 2004, p. 336).

Os diplomas anteriores, ao tratarem da adoção, não previam a possibilidade de a adoção ser deferida a quem não estivesse vivo. Foi a partir de 1990, graças à promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que o ordenamento jurídico passou a consagrar a denominada “adoção póstuma”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu a sua primeira grande reforma, por intermédio da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, a chamada “Lei Nacional de Adoção”, como uma tentativa de agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições, deixando exclusivamente para o ECA a adoção de crianças e adolescentes.

Quanto às alterações trazidas pela nova Lei de Adoção, Dias (2013, p. 477) destaca que:

A Lei da Adoção, apesar de contar com somente oito artigos, introduziu 227 modificações no ECA. O seu primeiro dispositivo confessa que a intervenção do Estado é prioritariamente voltada à orientação, apoio, promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer. Somente em caso de absoluta impossibilidade, reconhecida por decisão judicial fundamentada, serão colocadas em família substituta, adoção, tutela ou guarda. Muitas das mudanças são mera troca de palavras, como por exemplo, o que era chamado de “abrigo” passou a ser chamado de “acolhimento institucional” (ECA 90, IV). [...] [...] Claro que a lei tem méritos, traz nada menos do que 12 princípios que regem a aplicação das medidas protetivas (art. 100, parágrafo único e incisos I a XIII do ECA).

Silva Filho (2011, p. 41) corrobora ao afirmar:

A referida lei alteradora tratou, ainda, de forma exaustiva dos procedimentos de adoção nacional, internacional, da habilitação de pretendentes à adoção, da adoção de crianças integrantes do cadastro e

da dispensa de previa habilitação. [...]

Essas são apenas algumas das muitas inovações trazidas ao ECA pela Lei Nacional da Adoção, revogou expressamente a matéria adicional do Código Civil (arts. 1.620 ao 1.629).

Com isso, verifica-se que, em realidade, em que pese a intenção do legislador em dar mais agilidade ao processo de adoção, através dessa nova lei, esta não consegue alcançar seu propósito, visto que impôs mais entraves para sua concessão. Segundo Dias (2011, p. 478):

A adoção transformou-se em medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência à prioridade da família natural (L 12.010 de 2009, art. 1º, parágrafo 1º e ECA arts. 19, parágrafo 3º, 39, parágrafo 1º, 50, parágrafo 13, II, 92, I e II, 100 parágrafo único, X, 101, parágrafos 1º, 4º, 7º e 9º).

Conclui-se, portanto, que, ao longo das décadas o instituto da adoção sofreu inúmeras alterações, sempre convergindo para se adequar ao melhor interesse da criança e adolescente, de forma a, nos dias atuais, não se questionar que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto à seus pais biológicos.

Contudo, quando se verifica impossível ou desaconselhável a convivência com a família biológica, melhor atende ao interesse da criança ou adolescente o qual a família não deseja, ou não pode ter consigo, ser ele entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-lo como filho. Ocorre que, a Nova legislação burocratizou ainda mais um processo que deveria ser o mais célere quanto possível, a medida em que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (art. 227 da CF).

## **1.2 Requisitos e peculiaridades técnicas da adoção**

Imprescindível tecer algumas considerações a respeito dos requisitos objetivos imprescindíveis para a adoção.

Esses requisitos, exigidos pelo ECA, são relativos à idade mínima, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 669), para poder adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, vedado o ato em favor do requerente que seja ascendente ou irmão do adotando (art. 42).

A diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado é requisito que, segundo Diniz (2009, p. 526), preceitua que o adotante há de ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotando. No caso de os adotantes serem casal, bastará então que um dos cônjuges, ou conviventes, seja 16 anos mais velho que o adotando.

Outro requisito é o consentimento dos pais biológicos do adotando ou de seu representante legal (tutor ou curador) e a concordância do adotando quando tiver mais de 12 anos de idade, colhida em audiência, conforme dispõe Azevedo (2013, p. 270).

Rossato, Lépure e Cunha (2012, p. 216), complementam que o consentimento será dispensado em casos de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar, sendo oportuno lembrar que a destituição do poder familiar poderá ser feita incidentalmente, nos autos do processo de adoção.

Mais um requisito fundamental da adoção é o processo judicial, já que, em acordo com Azevedo (2013, p. 270), seu vínculo constitui-se por sentença judicial (art. 47 do ECA), intervindo, obrigatoriamente, o Ministério Público, ainda que o adotando seja maior de 18 anos de idade.

Quanto ao requisito da irrevogabilidade, Diniz (2009, p. 531) leciona que mesmo que os adotantes venham a ter filhos, o adotado estará equiparado, tendo os mesmos deveres e direitos, inclusive sucessórios, proibindo-se quaisquer designações discriminatórias, relativas à filiação. A adoção é irreversível, entrando o adotado definitivamente para a família do adotante. A morte do adotante não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

Destaca-se ainda, conforme lecionam Rossato, Lépure e Cunha (2012, p. 217) a precedência de estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar, observadas as peculiaridades de cada caso, salvo na adoção por estrangeiro (porque essa tem prazos certos).

O estágio de convivência tem como função verificar a compatibilidade entre adotante e adotando. Ele deve ser acompanhado por estudo psicossocial que tem por finalidade apurar a presença dos requisitos subjetivos para a adoção (idoneidade do adotando; reais vantagens para o adotando e; motivos legítimos para a adoção).

Ainda, há de se mencionar o estágio de convivência entre divorciados (adotantes) e adotando, que se tenha iniciado na constância da sociedade conjugal. Em acordo com Diniz (2009, p. 531), deve haver acordo sobre guarda e regime de visitas entre divorciados que pretendem adotar, conjuntamente, pessoa que com eles conviveu na vigência do casamento.

A autora supramencionada traz, também, o requisito de comprovação da estabilidade familiar se a adoção se der por conviventes.

Passa-se à exposição acerca dos requisitos subjetivos. O primeiro, segundo Rossato, Lépre e Cunha (2012, p. 215), é a idoneidade do adotante.

O segundo é a existência de motivos legítimos para a adoção que se traduz no desejo de filiação, ou seja, na vontade de ter a pessoa em desenvolvimento como filho.

Apresenta-se, ainda, como requisito subjetivo, a existência de reais vantagens para o adotando (art. 43 do Estatuto, inalterado). Traduz-se na possibilidade efetiva de convivência familiar e estabelecimento de vínculo adequado à formação e ao desenvolvimento da personalidade do adotando.

Gama (2008, p. 437) finaliza afirmando que, apesar de não estar incluído expressamente como requisito para a adoção, é importante observar o disposto no art. 28, § 2º, do ECA, relativamente ao vínculo de afinidade e/ou afetividade que existe entre adotante e adotando.

Com isso, verifica-se que os requisitos aqui expostos, sejam eles objetivos ou subjetivos, visam dar maior seguridade ao processo de adoção, garantindo o melhor lar aos adotados e preservando, dessa forma, o princípio do melhor interesse do menor.

### **1.3 Efeitos jurídicos da adoção**

A adoção acarreta consequências jurídicas de ordem pessoal e patrimonial.

Em harmonia com o princípio constitucional do art. 227, § 6º, da CF, o legislador estatutário dispôs que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, conforme Silva Filho (2011, p. 175).

Em acordo com Azevedo (2013, p. 275-276), desde a edição do Código Civil de 1916, existiam princípios constitucionais então vigentes, que impediam a discriminação entre categorias de filhos.

Qualquer lei que discrimine os filhos, estabelecendo restrições quanto a seus direitos, é inconstitucional e afronta o princípio de direito natural da preservação da dignidade da pessoa humana.

Quanto aos efeitos pessoais decorrentes da adoção, tem-se o rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem, mantidas, tão somente, as restrições decorrentes dos impedimentos matrimoniais, é o que dispõe Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 677).

Diniz (2009, p. 533) traz também como efeito pessoal o estabelecimento de verdadeiros laços de parentesco civil entre o adotado e o adotante, abrangendo

a família do adotante, exceto para efeitos matrimoniais, em que prevalecem os impedimentos previstos no art. 1.521, I, III, V, do Código Civil.

Outro efeito pessoal encontra-se na transferência definitiva e de pleno direito do poder familiar para o adotante, se o adotado for menor, com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes (DINIZ, 2009, p. 533).

Há também a liberdade razoável à formação do nome patronímico do adotado, em que dispõe Azevedo (2013, p. 274-275) estar o filho adotivo sujeito ao poder familiar do adotante, ficando o adotado com o nome deste, podendo ser modificado o prenome, com a observação do disposto no § 6º, do art. 47 do ECA.

Entende-se ainda, como efeito pessoal, a possibilidade de o adotado propor a ação de investigação de paternidade para obter o reconhecimento de sua verdadeira filiação (DINIZ, 2009, p. 534).

Dentre os efeitos jurídicos patrimoniais produzidos pela adoção, tem-se a de que o adotante tem o direito de usufruto e de administração dos bens do adotado menor de idade, por exercerem o poder familiar (art. 1.689, I e II, do Código Civil), em conformidade com o que explana Azevedo (2013, p. 276).

Quanto ao direito do adotado a alimentos, Silva Filho (2012, p. 205) leciona resultar da influência do princípio constitucional da igualdade entre filiações e do dever constitucional dos pais em “assistir, criar e educar os filhos menores” (art. 229, CF).

Diniz (2009, p. 535) complementa ao evidenciar que, da mesma forma, o filho adotivo tem obrigação de fornecer alimentos ao adotante, por ser este, parente, tendo também dever de prestá-lo aos parentes do adotante, que também são seus. Isto é assim por ser o direito à prestação de alimentos recíproco entre pais e filhos e pelo fato de o adotado estar ligado ao adotante.

Há que se falar também que, pelo regime jurídico da adoção, assumem os adotantes, na plenitude, a posição dos pais, passando a responder civilmente pelos atos do adotado (SILVA FILHO, 2012, p. 214).

Por fim, Diniz (2009, p. 535-536) trata como efeito jurídico patrimonial o direito sucessório do adotado, visto que se equipara ao filho advindo de parentesco consanguíneo, herdando, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou convivente do falecido, na qualidade de descendente do autor da herança (CC, arts. 1.829, I e 1.790, I e II), afastando da sucessão todos os demais herdeiros do adotante que não tenham a qualidade de filho.

No que tange ao direito à sucessão, existe a reciprocidade nos efeitos sucessórios, pois se o adotado falecer sem descendência, se lhe sobreviveu o

adotante, a este caberá por inteiro a herança, faltando cônjuge ou convivente do *de cuius* (CC, arts. 1.626, parágrafo único, e 1.829).

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 677-678) entendem que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecera certidão (art. 47, ECA), como decorrência da própria garantia constitucional da preservação da intimidade e da vida privada.

A adoção apenas produz os seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, ressalvada a hipótese de adoção póstuma (se o adotante vier a falecer no curso do procedimento), que tem força retroativa à data do óbito, conforme define Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 678):

[...] se, por um lado, a sentença proferida em sede de ação investigatória de paternidade é declaratória da relação paterno ou materno filial, a que for prolatada em procedimento de adoção, é de fato, desconstitutiva do vínculo natural anterior e constitutiva do novo vínculo que se forma.

Conclui-se que dois efeitos decorrentes dessa sentença se destacam: a desconstituição do vínculo anterior (ressalvada a hipótese de o poder familiar dos pais biológicos já não mais existir) e a criação do novo vínculo parental entre o adotante e o adotado.

## 2 ASPECTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO *POST MORTEM*

A adoção póstuma está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em dispositivo legal assim redigido: “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença” (RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2012, p. 138).

Dessa forma, pela letra de lei, o juiz só poderá deferir a adoção se houver prova inequívoca de que o adotante manifestou em vida a intenção de adotar, sendo normalmente interpretada essa manifestação inequívoca por meio do processo de adoção já em andamento. Portanto, sem essa prova – processo judicial em andamento – a sentença de adoção, a princípio, irá contra a previsão expressa pelo legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Seguindo essa interpretação, como ficará, quando, mesmo inexistindo procedimento instaurado, o adotante tiver manifestado a inequívoca vontade afetiva de adotar, ainda em vida?



Nesse ponto, surge a problemática central a ser enfrentada, a qual trata acerca da possibilidade da adoção póstuma, ainda que o processo não tenha sido instaurado com o adotante em vida, “contrariando” a tradução pura do § 6.º art. 42 do ECA.

## **2.1 Possibilidade via autonomia de vontade pretérita, ainda que sem processo em andamento**

Leciona Farias e Rosensvald (2014, p. 951) que a sentença de adoção possui eficácia constitutiva, operando a partir do seu trânsito em julgado. Dessa forma, há de se verificar que se trata, pois, de uma eficácia “ex nunc”, não retroagindo os seus efeitos. Assim, a adoção somente se aperfeiçoa no momento do trânsito em julgado da sentença que julgou procedente o pedido.

Contudo, destaca Giorgis (2010, p. 155), no art. 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece-se uma exceção quando analisado de forma ampla, permitindo a retroação dos efeitos à data do óbito quando o adotante falecer no curso do procedimento. Têm-se, aqui, excepcionalmente, efeitos “extunc” da sentença.

É a chamada adoção póstuma ou adoção nuncupativa. Empresta-se esta designação do instituto do casamento para definir a adoção que se constitui com a morte do adotante no curso de procedimento judicial instaurado, retrocedendo os reflexos da decisão à data da morte.

Quanto à analogia entre casamento nuncupativo e a adoção nuncupativa, esclarece Lôbo (2011, p. 118):

O termo jurídico nuncupativo diz respeito ao ato não escrito, ao que é só oral ou de nome, quando circunstâncias excepcionais admitem que seja afastada a forma escrita ou solene exigida em lei. Também é denominado *inarticulo mortis*. O casamento nuncupativo, pois, é o que se realiza sem as formalidades legais da habilitação e da presença e declaração do celebrante, quando um dos nubentes está em iminente perigo de vida.

A justificativa do permissivo legal, excepcionalmente reconhecendo a retroatividade dos efeitos da sentença de adoção à morte do adotante, reside na proteção avançada do interesse do adotante, de forma a garantir um desejo que este já havia manifestado em vida, o de estabelecer um vínculo filiativo.

Com isso, evita-se a frustração da adoção por conta da fatalidade, de forma a também garantir a efetividade do princípio do melhor interesse da

criança ou adolescente, que, nesse caso, também já havia estabelecido um vínculo afetivo com o pretense adotante, de forma a ser-lhe protegido seu estado de filho, no que se refere também a todos seus direitos e garantias como tal (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 952).

De acordo com a letra expressa do texto legal citado (art. 42, § 6º, do ECA), o deferimento da adoção póstuma estaria submetido à existência de um procedimento judicial em andamento, ou seja, pressupõe a propositura de uma ação de adoção, com a morte superveniente do adotante:

Art. 42. [...]

§6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (BRASIL, 1990).

Contudo, tal entendimento merece ser ampliado, uma vez que, em muitos casos, mesmo não havendo procedimento em curso, existia à época do falecimento do adotante manifestação de vontade inequívoca de que viria a adotar, verificado pela relação afetiva estabelecida entre adotante e a criança ou adolescente.

Nesse sentido, para Farias e Rosensvald (2014, p. 951):

Percebe-se que o falecimento do adotante no curso do procedimento judicial de adoção, após ter exteriorizado manifestação inequívoca da vontade de adotar, não impede o estabelecimento do vínculo de parentesco entre ele e o adotando. A vontade externada, nesse caso, se projeta para depois da morte, possuindo uma eficácia futura.

Portanto, o conceito de “manifestação de vontade inequívoca” é aberto, devendo ser alcançado a depender das circunstâncias concretas. Por isso, admite-se que a vontade inequívoca decorra da chamada posse do estado de filho, em casos nos quais o adotante, antes de sua morte, estabeleceu com o adotando uma relação fática paterno-filial, conforme elucidam Farias e Rosensvald (2014, p. 952, grifo nosso):

De acordo com a letra expressa dos textos legais citados, o deferimento da adoção póstuma estaria submetido à existência de um procedimento judicial em andamento. Ou seja, pressupõe a propositura de uma ação de adoção, com a morte superveniente do autor-adotante. No entanto, em

louvável posicionamento, **a jurisprudência vem mitigando a dureza da norma legal, admitindo que a adoção seja deferida mesmo que o procedimento em juízo não tenha se iniciado, desde que comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante.** Sem dúvida, é a melhor solução na medida em que a **vontade de adotar pode ter sido manifestada, inequivocamente, antes mesmo do ajuizamento da ação.** Na prática forense, essa possibilidade é chamada de adoção *post mortem* e se aproxima, conceitualmente, de uma ação de investigação de paternidade ou maternidade *post mortem* socioafetiva.

Sem dúvida, é a melhor resolução desse impasse, na medida em que a vontade de adotar pode ter sido manifestada, inequivocamente, antes mesmo do ajuizamento da ação.

Dias (2013, p. 488), em comum posicionamento interpreta que a exigência de que o procedimento judicial de adoção já tenha iniciado, deveria ser afastada, bastando que fosse comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante.

Conforme mencionado acima, essa seria a real extensão da ideia de uma adoção “nuncupativa”, cuja origem do termo remonta-se ao “casamento nuncupativo”, criando-se vínculo afetivo sem a presença da autoridade do Estado constituída.

Dias (2013, p. 485, grifo nosso) ressalta:

Ora, no momento em que é admitida a possibilidade da adoção, mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, às claras se esta aceitando o **reconhecimento da paternidade afetiva.** Até porque é isso que a sentença faz. Flagrada a posse do estado de filho, ou melhor, da posse do estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção.

Pereira (2007, p. 689) conclui que:

A lacuna quanto ao reconhecimento póstumo dos filhos adotivos de fato é notória pela legislação brasileira, tendo em vista que a mesma não faz menção expressa ao reconhecimento da posse de estado de filho, como elemento definidor da adoção de fato. Apesar disso, a ciência do direito, que tem por fim maior a justiça, não pode eximir-se de reconhecer que a adoção de fato é uma realidade a qual não deve ficar a margem do direito positivado, tendo em vista os danos acarretados por este tipo de descaso.

Imprescindível mencionar que, na própria Constituição, o legislador, em detrimento das notáveis mudanças no direito de família, abordou a integração de pessoas no meio parental, protegendo a igualdade entre os filhos, incluindo os de origem afetiva e possibilitando, assim, que o afeto torne-se também um fundamento da adoção de fato.

Em síntese, a hipótese de adoção póstuma em apreço, deverá ser reforçada pela interpretação da importância do vínculo afetivo formalizado, fugindo de interpretações puramente positivistas do art. 42, § 6º, do ECA, as quais impedem a aplicação do melhor interesse da criança e adolescente, tornando os processos de adoção mais burocráticos e menos eficazes.

## **2.2 Afetividade e estado de filiação: adoção póstuma na jurisprudência**

Apesar de a adoção ser uma relação judicialmente viável na forma *inter vivos*, a adoção póstuma é uma hipótese tratada distintamente, pois, como visto, há que se verificar, no caso concreto, se há a presença da manifesta e inequívoca vontade de adotar, seja no curso do procedimento ou antes dele, neste último, por meio do vínculo afetivo estabelecido entre pretensos adotante-adotado.

Dessa forma, a cada caso concreto, expectativas da constituição de um novo núcleo familiar são levadas ao judiciário numa tentativa de reconhecer, deferir, declarar, proclamar, constituir o direito ali efetivado, por meio da aplicação de um ou mais princípios que, por sua vez, têm a função de operar da melhor forma o direito, complementando as normas.

Pode-se verificar que as decisões dividem-se ainda entre a aplicação da lei pura, sem se analisar de forma minuciosa e única cada caso concreto, e a maleabilidade dessa mesma aplicação, quando unidas aos princípios e ao sentimento.

Verifica-se nos seguintes julgados a inteligência ainda vinculada à letra da lei por si só, sem levar-se em consideração o vínculo socioafetivo estabelecido entre pretensos pai e filho juridicamente amparados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE. Embora demonstrado o vínculo afetivo entre o de cujus e a apelada, ausente prova inequívoca e expressa da vontade do primeiro de adotar a segunda, inviabilizando o deferimento do pedido de adoção póstuma. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70056693310, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 18/12/2013, DJe 21/01/2014). (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Não há falar em extinção do processo por impossibilidade jurídica uma vez que o pedido encontra amparo em nosso ordenamento jurídico. ADOÇÃO PÓSTUMA. AUSÊNCIA DE EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO ADOTANTE. Embora demonstrado o vínculo afetivo entre o de cujus e o menor, ausente prova inequívoca e expressa da vontade do primeiro de adotar, inviabilizando o deferimento do pedido de adoção. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70056125131, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 13/11/2013, DJe 13/11/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA SEM QUE O PROCEDIMENTO TENHA SIDO INICIADO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO RECONHECIDA NA SENTENÇA E CONFIRMADA. Ainda que reconheça a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria em comento, filio-me à tese que entende pela efetiva impossibilidade jurídica do pedido de adoção manejado pelo pretense adotando, pois entendo que o ato jurídico da adoção é volitivo, dependendo, dessa forma, da inequívoca, expressa e inquestionável vontade do adotante, não se podendo cogitar de eventual adoção contra a sua vontade. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70051565729, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 12/12/2012, DJe 12/12/2012) (RIO GRANDE DO SUL, 2012b).

Dessa forma, fica demonstrada claramente a necessidade, perante esses Tribunais, de se comprovar a manifestação inequívoca da vontade de adotar, que, caso não esteja presente, dará ensejo ao não provimento da adoção.

Logo, o entendimento desses julgados é o de que há que ser público e notório a efetiva intenção do adotante em se ver como pai ou mãe, demonstrada explicitamente diante da sociedade e por esta aceita e reconhecida.

Com isso, há de se verificar os casos no Judiciário que vêm superando esse entendimento retrógrado, em que não há uma declaração expressa do indivíduo, dizendo, “quero adotar”. Há sim, a demonstração clara e inequívoca deste liame de paternidade ou maternidade afetiva, somada à condição fática do estado de filho, ou seja, pela simples comprovação do vínculo afetivo estabelecido em vida do pretense adotante com a criança ou adolescente.

AGRAVO INTERNO. ADOÇÃO SOCIOAFETIVA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE ADOÇÃO PÓSTUMA. Presente prova inequívoca da relação mãe e filha, revelando o vínculo afetivo e familiar e a vontade da falecida na manutenção do vínculo, é de ser deferido o pedido de adoção póstuma. Precedentes. Agravo interno desprovido. (Agravo Nº 70050111731, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 29/08/2012, DJe 29/08/2012) (RIO GRANDE DO SUL, 2012a).

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE RESTAURAÇÃO DE ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO. ADOÇÃO DEFERIDA À MULHER VIÚVA. FALECIMENTO DO CÔNJUGE VARÃO ANTES DO AJUIZAMENTO DO PROCESSO DE ADOÇÃO. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVO DO ARTIGO 1.628 DO CÓDIGO CIVIL, EM QUE SE MOSTRA POSSÍVEL RECONHECER A FORMALIZAÇÃO DA ADOÇÃO MESMO QUE NÃO INICIADO O PROCESSO PARA TAL, HAJA VISTA A AUTORA EXERCER DIREITO INDISPONÍVEL PERSONALÍSSIMO E QUE DIZ RESPEITO À DIGNIDADE DO SER HUMANO. VERIFICADA A EXISTÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CERTIDÃO DE BATISMO DEMONSTRANDO O INEQUÍVOCO DESEJO DO ADOTANTE DE SER PAI DA AUTORA. CONTEXTO PROBATÓRIO CONSTANTE NOS AUTOS COMPROVANDO A ADOÇÃO TÁCITA PREEXISTENTE. SITUAÇÃO QUE AUTORIZA O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO PATERNA. Recurso provido. (Apelação Cível Nº 70014741557, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 07/06/2006) (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Mediante esses julgados, verifica-se que é tendência, tanto a doutrina quanto a jurisprudência convergirem para o reconhecimento da importância do afeto, para que então se obtenha a decisão mais benéfica, não só para o adotante, como, principalmente, ao adotado.

Nas palavras de Nogueira (2001, p. 84-85):

O verdadeiro sentido nas relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita nem comprovadas cientificamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são “invisíveis” aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não têm os olhos limitados, que podem enxergar os

verdadeiros laços que fazem de alguém um “pai”: os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e de dispor a dá-lo. Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo estes para os sentidos dela o seu “porto seguro”. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem.

Extrai-se, portanto, que o afeto é o grande aliado para a constituição de qualquer relação humana, é algo que se conquista a partir de uma reciprocidade entre as pessoas, e este sentimento é tão importante na identificação de alguém quanto ao sobrenome advindo de uma relação biológica.

Boeira (1999, p. 54) complementa:

A posse de estado de filho revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrências de elementos, frutos de uma convivência afetiva.

Assim enfatiza Bordallo (2010, p. 249):

Deve-se ser levado em consideração, principalmente, que a adoção é puramente um ato de amor, que acontece nos corações do adotante e do adotando, sendo assim, independe de ato judicial que faz produzir tão somente os efeitos jurídicos. Com base nisso que se interpreta a adoção póstuma como sendo justa, adequada e possível.

Quanto ao deferimento da adoção póstuma, ainda que sem processo em andamento, há de se levar em consideração os casos em que a relação afetiva já se concretizou, e só se quer do poder judiciário o reconhecimento legal, conferindo ao pretenso adotante reafirmar o que para ele já é uma realidade inquestionável, que é a condição de “pai e filho”. Dias (2013, p. 485) complementa:

A posse de estado de filho é mais do que uma simples manifestação escrita feita pelo *de cuius*, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção. A justiça apenas convalida o desejo do falecido.

O vínculo de afeto não se desfaz com a morte do adotante, materializa-se juridicamente na verdade da vontade inequívoca de adotar, na adoção póstuma.

Portanto, pode-se afirmar que o afeto é um novo critério para a definição da filiação, prevalecendo nas famílias contemporâneas laços de afeto e solidariedade entre pais e filhos e esta situação passa a ter, enfim, para o mundo jurídico, uma significação. Mesmo que de forma lenta, esta noção vem reivindicando uma posição clara na doutrina e na jurisprudência sobre o seu papel no sistema de estabelecimento da filiação (CHAVES; WELTER; MADALENO, 2004, p. 10).

Como prova disso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa possibilidade, no qual, em situações excepcionais, de comprovação inequívoca do vínculo afetivo, poderia permitir a adoção póstuma, mesmo sem início do procedimento, antes da morte do adotante:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. LAÇO DE AFETIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO. VEDADO REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação sócio afetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1326728/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 27/02/2014) (BRASIL, 2014).



Por essa decisão supracitada há de se reconhecer que o referido dispositivo legal não limita a adoção póstuma à possibilidade delineada em sua redação, devendo ser compreendido como uma ruptura no sisudo conceito de que a adoção deve-se dar em vida.

O STJ já havia se manifestando de forma receptiva em caso semelhante, como se observa:

ADOÇÃO PÓSTUMA. Prova inequívoca.

- O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção.

- Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida.

- Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA.

- Recurso conhecido e provido.

(REsp 457.635/PB, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 17/03/2003, p. 238). (BRASIL, 2003).

Em que pese a doutrina, de maneira quase uniforme, condicionar o acolhimento da adoção à existência de procedimento instaurado, verifica-se que a inexistência desse procedimento não constitui óbice ao deferimento da adoção póstuma. Entende-se então que ainda que não tenha sido instaurado procedimento perante a Vara da Infância e Juventude, a adoção ainda poderá ser acolhida pelo Poder Judiciário, desde que o adotante tenha manifestado em vida, e de maneira inequívoca, seu desejo de adotar.

Dentro desse contexto vale ressaltar o posicionamento de Silva (2000, p. 95-96):

[...] A adoção póstuma poderá ser deferida mesmo à falta de procedimento instaurado antes da morte do adotante?

Pela letra da lei, não

No entanto, malgrado os termos da lei, entendemos possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo à falta de procedimento instaurado antes da morte do adotante [...] após uma análise mais acurada do assunto, passamos a entender que o indeferimento da adoção pelo simples fato de o adotante não ter formalizado em juízo o pedido de adoção atentaria contra o art. 1º do ECA. É deste teor o dispositivo em epígrafe: „Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente .

Ora, se o Estatuto da Criança e do Adolescente quis dar proteção integral à criança e ao adolescente, não faria o menor sentido impedir o deferimento da adoção póstuma, sob o argumento de que o adotante, em vida, não manifestara perante os órgãos da Justiça o desejo de adotar uma criança ou um adolescente.

[...] Certamente que haverá uma elasticidade interpretativa em face da doutrina da proteção integral. Acreditamos que uma prova inequívoca da manifestação da vontade, por documentos, testemunhas, etc, valerá como fundamento para deferir-se o pedido

[...] Assim, em conclusão, perfilhamos a opinião de que, mesmo à falta de procedimento instaurado, a adoção póstuma poderá ser deferida. Basta que o adotante tenha manifestado em vida, de maneira inequívoca, a vontade de adotar determinada criança ou adolescente.

Deste modo, verifica-se que, havendo em algum caso concreto a possibilidade da concessão da adoção póstuma sem procedimento judicial prévio, porém, comprovando-se a manifestação de vontade do pretense adotante por meio da caracterização da paternidade socioafetiva, a decisão do Poder Judiciário não poderia divergir do seu deferimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que não enseja mais dúvidas a lacuna quanto à questão da adoção póstuma pela legislação brasileira, haja vista que a mesma não faz menção expressa ao reconhecimento da posse de estado de filho, como elemento definidor da adoção de fato. Contudo, a ciência do direito, que tem como finalidade primordial a justiça, não pode eximir-se de reconhecer que a adoção de fato é uma realidade a qual não pode atrelada tão somente ao direito positivado, tendo em vista os danos acarretados por este tipo de descaso.

Como já citado anteriormente, o principal meio para se buscar este reconhecimento na forma judicial seria um pedido de reconhecimento de filiação de fato, ou de reconhecimento de adoção de fato com conjunto probatório motivado nos requisitos da posse de estado de filho, ou seja, a filiação afetiva em que, ainda que mesmo não havendo qualquer vínculo biológico ou jurídico, os “pais” criam uma criança ou adolescente dispendo todo seu cuidado e carinho de forma a criar uma família cuja união se dá puramente pelo amor entre seus integrantes e o vínculo é o afeto.

Imprescindível ressaltar que o direito de família sofreu inúmeras e consideráveis mudanças, tendo hoje, como seu alicerce, a figura do afeto, trazendo

dessa forma a igualdade entre os filhos, incluindo os de origem afetiva e possibilitando assim, que o afeto torne-se também um fundamento da adoção de fato.

O relevante neste tipo de adoção é a vontade, o desejo, o afeto, a intenção de exercer a paternidade ou maternidade. Porém um desencontro propiciado pela vida, a morte do adotante, não pode acabar com essa expectativa já criada dentro de um coração esperançoso, que, como todos sabem, já conhece a dor do abandono, e não deve ser acometido pela perda. Perda essa que, fatalmente, lhe trará mais um dissabor, quando se refere aos laços afetivos já criados entre adotante, adotado e toda a convivência familiar estabelecida.

Por fim, conclui-se que a admissão da adoção *post mortem*, sem procedimento em curso, deve considerar cada caso concreto, embasado no vínculo afetivo formado entre adotante-adotado.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**: curso de direito civil. São Paulo: Atlas, 2013.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho: paternidade sócio afetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ação de adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente, aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1326728/RS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. 20 de agosto de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1326728&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 457635/PB. Relator: Ministro Ruy Rosado. Quarta Turma. 19 de novembro de 2002. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 de março de 2003. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200201046230&dt\\_publicacao=17/03/2003](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201046230&dt_publicacao=17/03/2003)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann; WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo. **Curso de direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Figueiras. **Afiliação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo nº 70050111731, Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. 29 de agosto de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 de agosto de 2012a. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70050111731&num\\_processo=70050111731&codEmenta=4881854&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70050111731&num_processo=70050111731&codEmenta=4881854&temIntTeor=true)>. Acesso em: 20 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70051565729. Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolará Medeiros. 12 de dezembro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 de dezembro de 2012b. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70051565729&num\\_processo=70051565729&codEmenta=5046462&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70051565729&num_processo=70051565729&codEmenta=5046462&temIntTeor=true)>. Acesso em: 20 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70056125131. Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. 13 de novembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 de novembro de 2013. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70056125131&num\\_processo=70056125131&codEmenta=5547734&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056125131&num_processo=70056125131&codEmenta=5547734&temIntTeor=true)>. Acesso em: 20 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70056693310. Sétima Câmara Cível, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. 18 de dezembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 21 de janeiro 2014. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70056693310&num\\_processo=70056693310&codEmenta=5613065&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056693310&num_processo=70056693310&codEmenta=5613065&temIntTeor=true)>. Acesso em: 13 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70014741557. Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. 07 de junho de 2006. **Diário da**

**Justiça Eletrônico**, 7 de junho de 2006. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70014741557&num\\_processo=70014741557&codEmenta=1450978&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70014741557&num_processo=70014741557&codEmenta=1450978&temIntTeor=true)>. Acesso em: 6 out. 2014.

SILVA, José Luiz Mônaco. **Estatuto da criança e do adolescente (852 perguntas e respostas)**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SILVA FILHO, Artur Marques. **Adoção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Suzana Paula de Oliveira. Adoção de fato e a possibilidade de seu reconhecimento póstumo. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 5, n. 1, p. 689-720, 2007. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/165](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/165)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ivonete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Submetido em 15/12/2014

Aprovado em 03/03/2015

**Como citar:** MARTINEZ, Sergio Rodrigo; GOMES, Natália Novais Fernandes. **Aspectos jurídicos da adoção *post mortem***. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.199-222, dez. 2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p199. ISSN 2178-8189.

## Governança, globalização e atores não estatais: uma análise sob a perspectiva do Direito Internacional

GOVERNANCE, GLOBALIZATION AND NON-STATE ACTORS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

\* Gabriela Soldano Garcez  
\*\* Gilberto Passos de Freitas

**Resumo:** O artigo objetiva tratar da conexão entre governança e atores não estatais, fenômeno intensificado no atual cenário mundial de globalização. Inegavelmente, tais atores fazem parte dos mecanismos de implementação e eficiência da governança, entretanto ainda figuram no centro do debate doutrinário acerca (da ausência ou reconhecimento) de suas personalidades jurídicas. Neste panorama, o presente artigo aborda, primeiramente, a governança e a globalização, indicando as três correntes a respeito desta última. Após, destaca quais são os principais atores não estatais na atualidade, avaliando a atividade dos mesmos para os processos de governança. Por fim, analisa a controvérsia do reconhecimento da personalidade jurídica internacional destes atores não estatais.

**Palavras-chave:** Governança. Globalização. Atores não estatais. Personalidade jurídica. Direito internacional.

**Abstract:** The article aims to address the connection between governance and non-state actors, phenomenon intensified in the current world scenario of globalization. Undeniably, these actors are part of the implementation mechanisms and efficiency of governance, however they still appear in the center of the doctrinal debate about (the lack or recognition) of their legal personalities. According to this background, this article discusses, at first, governance and globalization, studying the three lines of thought about globalization. After, highlights the main non-state actors nowadays, examing the activity of those for the governance processes. Finally, it analyzes the controversy about the recognition of the international legal personality of these non-state actors.

**Keywords:** Governance. Globalization. Non-state actors. Legal personality. International law.

\* Doutoranda em Direito Ambiental Internacional (bolsista CAPES), pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental (bolsista CAPES), pela Universidade Católica de Santos. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho, pela Universidade Católica de Santos. Conciliadora capacitada pela Escola Paulista da Magistratura. Advogada e Jornalista. E-mail: gabrielasoldanogarcez@adv.oabsp.org.br

\*\* Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular da Universidade Santa Cecília. Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público. Professor titular da pós-graduação (mestrado e doutorado) e graduação da Universidade Católica de Santos. E-mail: gpassosfreitas@uol.com.br

## INTRODUÇÃO

No cenário mundial, é cada vez mais crescente e influente a presença da governança (com conceito trazido pela Comissão sobre Governança Global, da ONU, de 1992), tendo em vista a implementação de novos processos para a busca de soluções para os problemas comuns. Processos estes que devem envolver tanto os indivíduos, quanto as instituições públicas e privadas.

Neste sentido, a governança fortalece a participação ampliada de outros atores, e não somente dos Estados, ou seja, de atores que não pertencem as estruturas clássicas dos Estados. Demonstrando, assim, a importância e a necessidade da gestão dos problemas entre todos os envolvidos, bem como da cooperação na busca pelas soluções que atendam aos interesses das pessoas e das instituições (sejam públicas ou privadas).

Apesar da característica na ampliação da participação e, da inserção e influência destes atores no cenário global, o Direito Internacional tradicional permanece voltado às relações tão somente entre os Estados, únicos sujeitos de Direito Internacional. O que impede, portanto, que os atores não estatais pratiquem determinados atos, como, por exemplo, a regulação de temas a eles diretamente relacionados.

Neste contexto, o presente artigo visa, primeiramente, abordar a governança, indicando seu conceito e importância. Após, pondera sobre a globalização, lembrando como, a partir dela, cresce o interesse para o estabelecimento de formas de governança nas mais diferentes áreas do conhecimento, bem como aponta as três atuais correntes sobre a globalização.

Em seguida, avalia os atores não estatais nos processos de governança, indicando os principais atores da atualidade, quais sejam: Organizações Intergovernamentais Internacionais, os Movimentos de Libertação Nacional e Oposições Armadas, as Organizações Não Governamentais e as Companhias Multinacionais ou Transnacionais.

Por fim, aborda a controvérsia da personalidade jurídica internacional dos atores não estatais, explicando sobre os “indícios de personalidade” e as atuais teorias sobre o tema, quais sejam: positivista, pluralismo jurídico e funcionalista.

Dessa forma, o presente artigo pretende ressaltar que os atuais mecanismos de governança necessitam da inclusão de todos os atores (estatais



e não estatais) para a administração e, posterior, solução efetiva do problema, mesmo que a doutrina clássica do Direito Internacional não lhes forneça a condição de “sujeitos de Direito Internacional”.

## 1 GOVERNANÇA: UMA NOÇÃO INTRODUTÓRIA DA NOVA SISTEMÁTICA GLOBAL

O atual conceito de “Governança Global” surgiu através da Comissão sobre Governança Global, criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1992, como sendo:

[...] a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pela qual é possível acomodar interesses conflitantes e realizar ações cooperativas. Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 2).

Entretanto, desde o início do século XXI, a governança tornou-se uma expressão comum nas áreas das Ciências Humanas, Sociais Aplicadas e afins, como sendo imprescindível para os processos de desenvolvimento tanto econômico quanto social, além de solução para problemas entre Estados e atores não estatais, tendo em vista que é

[...] cada vez maior a preocupação em estabelecer formas e mecanismos de gestão compartilhada do poder, de maneira transparente, onde Estados, Organizações Internacionais, empresas multinacionais e organizações da sociedade civil possam ter papel relevante (GONÇALVES, 2014, p. 83).

A expressão “governança” assume caráter específico no final dos anos 80 (criada com as práticas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, que, em seu conjunto, tinham a intenção de formular princípios e nortear os trabalhos com os países-membros) para designar a capacidade exigida de organizações e governos para a gestão adequada do desenvolvimento sustentável, “adotando políticas sociais e ambientais mais

rigorosas, e garantindo um papel mais ativo para cidadãos e agentes locais” (GONÇALVES, 2014, p. 84).

Neste sentido, o aumento da interdependência dos povos (fenômeno derivado da globalização) deu origem a diversos problemas que não permaneceram aprisionados as fronteiras dos Estados.

Esta interdependência entre os mais variados atores no cenário internacional torna-se fonte de conflitos, quando

[...] a busca de objetivos por parte de indivíduos pertencentes a um grupo interfere ou impede que outros atinjam as próprias finalidades, mas pode, entretanto, tornar-se a base da cooperação quando surgem oportunidades para aumentar o bem-estar coletivo se forem tomadas medidas de coordenação das ações dos diferentes membros do grupo. Constatada a interdependência entre atores, coordenação e cooperação são elementos-chave para o estabelecimento da governança (GONÇALVES, 2011, p. 47).

Para a solução integrada e comum de tais problemas, torna-se necessária a criação de novas fórmulas.

O aumento da interdependência dos povos torna necessária a criação de novas instituições, que atendam às demandas resultantes da globalização econômica e dos demais fenômenos. A resposta tem sido a criação de regimes internacionais, em um sistema que pode ser denominado ‘governança global’ (MATIAS, 2005, p. 445).

Percebe-se, portanto, que é necessário para a prática da “boa governança” o reconhecimento de que problemas comuns exigem ações conjuntas com os Estados e a chamada “participação ampliada”, compreendida, atualmente, como se tratando das Organizações Internacionais, empresas transnacionais e sociedade civil organizada, ou seja, atores não estatais, definidos como todos os agentes que não pertencem a estrutura estatal, mas que atuam num determinado plano (seja nacional ou internacional), produzindo seus efeitos e, conseqüentemente, gerando influência.

Assim, não é um processo que exclui a participação dos Estados, mas sim um processo que implica na participação dos mais variados agentes. Trata-se da busca de soluções para os problemas envolvendo novos atores.

Em suma, “governança é um fenômeno mais amplo do que governo; abrange as instituições governamentais, mas implica também em mecanismos informais, de caráter não-governamental” (ROSENAU, 2000, p. 15-16).

Portanto, um dos grandes avanços da Comissão sobre Governança Global citada foi introduzir neste processo novos mecanismos e atores na busca pela construção de um consenso, que é o resultado final de um processo de discussão e interação entre todos os envolvidos naquela problemática.

Vale salientar que, a palavra consenso, neste caso, não é empregada como a busca por unanimidade, mas compreendida como a procura por soluções viáveis e aceitas pela maioria, após a discussão pelos envolvidos.

Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendem aos interesses de pessoas e instituições [...]. No plano global, a governança foi vista primeiramente como conjunto de relações intergovernamentais, mas agora deve ser entendida de forma mais ampla, envolvendo organizações não governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capital globais. Com estes interagem os meios de comunicação de massa, que exercem hoje enorme influencia (BIERMANN; PATTBERG, 2012, 281).

Assim, diante destas novas fórmulas de solução de problemas, a governança global se distingue das demais, pois não se limita a atuação estatal, mas permite a existência e influência de uma infinidade de atores, que contam com suas próprias estruturas e processos de decisão.

Tal procedimento é corroborado por uma das conclusões do relatório da Comissão sobre Governança Global: “uma enorme variedade de atores pode estar envolvida em qualquer área da governança” (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 3).

With regard to an action-oriented approach, authors have characterized governance as a multi-actor system which extends beyond traditional actors (such as states and international organizations) and includes non-governmental organizations, in particular, activist groups, networks of scientist, business associations and policy research institutions. While states, at least formally, are still the primary actors within this framework, there is a growing number of non-governmental organizations (NGOs), societal movements and other private actors which are transforming the character of the whole system. [...] Last but

not least, the individual has become increasingly involved as an actor. (BEYERLIN; MARAUHN, 2011, p. 244-246).

O conceito de governança global implica, portanto, em assegurar a participação de diversos atores sociais na resolução dos problemas comuns.

O crescente interesse para o estabelecimento de formas de governança nas mais diferentes áreas do conhecimento decorrente do processo de globalização.

## 2 GLOBALIZAÇÃO

Globalização, de forma bastante modesta, consiste na integração do que acontece no mundo. Trata-se de uma integralização com características de instantaneidade e velocidade, além de possuir caráter polissêmico, uma vez que abrange mais de uma área, como, por exemplo: cultural, política, jurídica, econômica, entre outras.

Globalization is not a specific object, instead, it is a process. Or more precisely, globalization is a set of accumulating process, resulting from and generating a dialectical whole of political, economic technological, and cultural changes. I define globalization as a multidimensional phenomenon that embodies a shift in organization of human activity and the deployment of power from a local and national orientation towards global patterns, a rising interconnectedness on a global sphere, and a rising awareness of this interconnectedness. (PIERIK, 2004, p. 454).

Com isso, percebe-se que, a globalização tem claramente encolhido as distâncias e aproximado as pessoas.

Não existe uma definição única e universalmente aceita para a globalização. Como acontece com todos os conceitos nucleares das ciências sociais, seu sentido exato é contestável. A globalização tem sido diversamente concebida como ação à distância (quando os atos dos agentes sociais de um lugar podem ter consequências significativas para “terceiros distantes”); como compressão espaço-temporal (numa referência ao modo como a comunicação eletrônica instantânea vem desgastando as limitações da distância e do tempo na organização e na interação sociais); como interdependência acelerada (entendida como

a intensificação do entrelaçamento entre economias e sociedades nacionais, de tal modo que os acontecimentos de um país tem um impacto direto em outros); como um mundo em processo de encolhimento (erosão das fronteiras e das barreiras geográficas à atividade socioeconômica); e, entre outros conceitos, como integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação global e intensificação da interligação inter-regional (HELD; McGREW, 2001, p. 11).

A globalização abre espaço para a solução dos problemas com base na governança global, uma vez que esta defende a participação dos atores interessados naquele determinado conflito, em nome de uma coexistência social harmoniosa. Trata-se, portanto, de uma participação ampliada visando à solução dos conflitos, mediante a busca de consenso.

## 2.1 As Perspectivas a Respeito da Globalização

A globalização que domina o cenário mundial deste a década de 80 possui três grandes perspectivas a respeito de sua existência e amplitude: hiperglobalista, cética e transformacionista.

Alguns autores descrevem a perspectiva hiperglobalista como uma abordagem que vê a globalização como uma nova época na história humana. Esta nova época é caracterizada pelo declínio da relevância e autoridade do Estado-nação, provocada em grande parte através da lógica econômica de um mercado global (HIRST, 1997; JONES, 1995).

Dessa forma, para os hiperglobalistas, com a crescente globalização da economia, as organizações de governança transnacional se tornarão cada vez mais importantes e, como resultado, os governos nacionais perderão influência.

Neste sentido, para o professor da Universidade Harvard, Dani Rodrik, é impossível ter simultaneamente democracia, soberania nacional e globalização econômica (RODRIK, 2011). Para preservar a globalização é preciso abdicar ou dos Estados nacionais ou da democracia. Para reforçar a democracia é preciso escolher entre o Estado nacional e a integração econômica mundial. Se o Estado nacional quiser ser preservado, deve-se abrir mão da globalização ou da democracia.

Por outro lado, para os céticos, a *belle époque* da globalização ocorreu no final do século XIX. Para esta corrente, o que vivemos, na atualidade,

seria uma “regionalização”, por se tratar de processos mais fragmentados do que globalizados (HIRST; THOMPSON, 1999; THOMPSON, 1998; WEISS, 1998).

Em vez de globalização, os céticos concluem que uma conceituação mais válida das tendências atuais seria captada pelos termos ‘internacionalização’ – isto é, laços crescentes entre econômicas ou sociedades nacionais essencialmente distintas – e ‘regionalização’ – o agrupamento de trocas econômicas e sociais transfronteiriças. (HELD; MCGREW, 2001, p. 15).

Para os autores céticos, a globalização não passa de um mito utilizado para legitimar o neoliberalismo, ou seja, visa consolidar o capitalismo do Ocidente nas principais regiões do mundo. E, com isso, acaba por marginalizar ainda mais os países subdesenvolvidos, ao invés de agregá-los a economia global.

“O conceito de globalização funciona como um ‘mito necessário’, através do qual os políticos e governos disciplinam seus cidadãos para que eles satisfaçam os requisitos do mercado global” (HELD; MCGREW, 2001, p. 16).

Por fim, a perspectiva transformacionalista não crê que exista uma causa única para o processo de globalização, isto é, não ocorre apenas na lógica econômica. Por outro lado, tal corrente analisa a globalização como um conjunto de processos inter-relacionados em todos os campos básicos hoje existentes, como, por exemplo: político, econômico, social, educacional, tecnológico, jurídico, entre outros.

A globalização não pode ser reduzida simplesmente a processos tão somente no setor econômico, pois abrange outras dimensões da dinâmica social, sendo certo que, cada uma destas dimensões avança em ritmo diferente (GIDDENS, 1990; MANN, 1986).

Por conta disso, o resultado do processo de globalização não é determinado, uma vez que uma nova arquitetura mundial está em desenvolvimento.

É inegável o fato de que a globalização existe e que, por ser resultado de múltiplas dimensões atuando em conjunto (conforme mencionado acima), gera, simultaneamente, tanto cooperação quanto conflito, uma vez que faz desaparecer as limitações de espaço e tempo entre as sociedades,

aproximando-as e colocando-as em constante interação. Esta situação cria a possibilidade de novas organizações sociais, bem como a reordenação do território, inserindo determinadas comunidades num contexto global.

À medida que as atividades econômicas, sociais e políticas transcendem cada vez mais as regiões e as fronteiras nacionais, isso representa um desafio direto para o princípio territorial da organização social e política moderna. Esse princípio pressupõe uma correspondência direta entre a sociedade, a economia e a organização política num território nacional exclusivo e delimitado por fronteiras. Mas a globalização rompe essa correspondência, na medida em que a atividade social, econômica e política já não pode ser entendida como tendo limite idênticos aos das fronteiras territoriais nacionais. (HELD; MCGREW, 2001, p. 22).

Diante deste fenômeno, há necessidade de transformação das relações de poder, momento onde a governança pode ser facilmente identificada, devido a necessidade de cooperação internacional.

O resultado desse movimento, intensificado nas últimas décadas, é a redução do poder dos Estados e o aumento do protagonismo de outros atores, como indivíduos, empresas e sociedade civil organizada. Não se trata do fim da soberania estatal, como apregoado por alguns, mas a emergência de um novo paradigma de soberania, fundado em dois conceitos básicos: a capacidade de representação dos interesses aos governados e a legitimidade conferida a suas ações (GONÇALVES, 2014, p. 88).

Neste contexto, surgem novos atores não-estatais de influência internacional, uma vez que a globalização permite a ampliação de relações e atividades sociais, intensificando os fluxos globais.

### **3 OS ATORES NÃO ESTATAIS E A GOVERNANÇA GLOBAL**

Os novos atores não estatais podem ser definidos como os agentes que, não pertencem a estrutura estatal, atuam em determinado plano e produzem efeitos.

“If the process of globalization does have an impact on the development of international Law, the practice and opinions of non-state actors can no longer be excluded from an assessment of the law” (NOORTMANN, 2001, p. 74).

Assim, na atualidade, diante dos avanços tecnológicos na área da comunicação, transporte, informática, bem como diante das relações internacionais e do fenômeno da globalização e da governança (mencionados anteriormente), surge a chamada sociedade global. Dentro dessa, há a ascensão da “sociedade civil transnacional”.

“Na sociedade global, os Estados dividem parte de seu poder com outras entidades transnacionais e supranacionais” (MATIAS, 2005, p. 445). Neste contexto, os Estados soberanos convivem com relações muito mais complexas do que aquelas do início do século XX, pois deixaram de ser considerados como únicos atores de Direito Internacional, e passaram a coexistir com outros da “sociedade civil transnacional”.

Por “sociedade civil transnacional”, pode-se entender “*grupos, indivíduos e instituições que são independentes dos Estados e das fronteiras estatais, mas que estão, ao mesmo tempo, preocupados com os assuntos públicos*” (KALDOR apud MATIAS, 2005, p. 446). São os chamados atores não estatais.

É evidente que a governança não se resume a ação ou papel de atores não governamentais: ela envolve os Estados, as organizações internacionais, atores não estatais. Mas estes têm papel relevante no processo de governança, vista como forma e processo de resolver problemas comuns (GONÇALVES, 2011, p. 67).

O grupo de atores não estatais compreendem as Organizações Intergovernamentais Internacionais, os Movimentos de Libertação Nacional e Oposições Armadas, as Organizações Não Governamentais e as Companhias Multinacionais ou Transnacionais (NOORTMANN, 2001, p. 60).

A governança, trazendo ao cenário a participação ativa de setores e atores não estatais, contribui sobremaneira para ampliar as contribuições e opiniões capazes de influir nos resultados, seja no campo das políticas públicas, seja na regulação internacional, seja no campo estrito da produção e revisão das normas (GONÇALVES, 2014, p. 99).

No que se refere aos movimentos de libertação nacional e de oposição armada, ganham relevância jurídica internacional a partir do momento em que são reconhecidos. Isto é, para que sejam detentores de direitos ou, ainda, para que se sujeitem as obrigações pactuadas, o grupo deve ser



reconhecido na ordem jurídica internacional, nos termos do Direito Internacional.

Entretanto, os critérios para reconhecimento devem ser objetivos, bem como a personalidade será transitória e restrita à situação de conflito e seus assuntos. Tome-se, como exemplo, a Organização para Libertação da Palestina (OLP), considerada como sujeito parcial de Direito Internacional, pois tem capacidade legal de manter relações diplomáticas e assinar tratados (NOORTMANN, 2001, p. 68).

Quanto as companhias transnacionais, cresce cada vez mais o número de interações celebradas com os Estados, reguladas pelo Direito Internacional, seja público ou privado, sendo certo que a doutrina contemporânea já não pode mais qualificar estas relações jurídicas apenas como manifestações do princípio da liberdade contratual, tendo em vista que o Direito Internacional impõe direitos e obrigações às companhias. As atividades empresariais não são realizadas fora do âmbito do Direito Internacional.

Ademais, as companhias podem fazer reivindicações legais e serem responsabilizadas com base em instrumentos jurídicos internacionais, especialmente no que diz respeito aos Direitos Humanos.

Entretanto, esta questão ainda é bastante controversa quanto ao conteúdo e o alcance destas companhias no Direito Internacional.

On the basis of the above-mentioned trends in international political and legislative processes, it can be asked whether the status of TNCs has fundamentally change. It is more likely that TNCs are at least in a transitional phase between being object and subject of international law. At the other end of the theoretical spectrum it is even possible to find academics who concluded that the transitional phase has been completed and TNCs must be considered one of the 'new subjects of international law' (NOORTMANN, 2001, p. 70).

Para as Organizações Intergovernamentais Internacionais, é possível que tenham finalidade e objetivos próprios. Entretanto, dependem da intenção e vontade dos Estados para que sejam reconhecidas em âmbito internacional.

[As Organizações Internacionais] São associações voluntárias criadas por tratados internacionais, de caráter permanente, das quais os Estados fundadores são membros, e dotadas de regulamento e órgãos de direção próprios, com personalidade jurídica de DIP. Sua finalidade é atingir

objetivos comuns definidos em sua constituição e pela vontade dos Estados-membros (GONÇALVES, 2014, p. 91).

Por fim, pode-se entender por Organizações Não Governamentais (ONGs), “toda organização que se propõe a representar o Povo e a trabalhar em seu interesse, independentemente das estruturas estatais (e frequentemente contra elas)” (MATIAS, 2005, p. 447).

Devido ao seu crescimento exponencial e a extensão de suas atividades nos mais variados campos, as ONGs têm atuação tanto no cenário interno quanto no internacional, inclusive celebrando acordos com os Estados, como ocorre, por exemplo, com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Greenpeace (NOORTMANN, 2001, p. 71). Entretanto, para que haja tal relação jurídica com os Estados, há necessidade de vontade política dos envolvidos.

Além disso, as organizações não-governamentais também colaboram para a governança global, influenciando comportamentos por meio da mídia, pressionando as empresas transnacionais, contribuindo em certa medida para definir como determinados assuntos deverão ser tratados no plano mundial (MATIAS, 2005, p. 463).

Percebe-se, portanto que, tais atores fazem parte intrínseca dos processos de governança, tendo em vista a ideia absorvida por esta de que é necessária a participação ampliada, de todos os envolvidos, ou seja, de outros atores, que não os Estados.

De fato, não se pode negar que os Estados têm figurado no centro do sistema jurídico internacional. Entretanto, tal circunstancia não implica dizer que o Direito Internacional se aplica exclusivamente aos Estados.

O impacto das atividades dos atores não estatais mencionados está crescendo a tal ponto que o papel exclusivo dos Estados nas áreas tradicionais do direito internacional, como, por exemplo, legislação e solução de controvérsias, é questionada.

As is true for public international Law in general, states are not only important actors, but have remained the primary actors in international governance. However, changes that the international legal system in general underwent in the second half of the twentieth century also prompted changes in the role of states in the international law. This

transformation of the international legal system occurred over a period of years with a broad variety of inputs (BEYERLIN; MARAUHN, 2011, p. 245).

Entretanto, vale salientar que, a noção de Direito Internacional exclusivamente preocupada com os direitos e deveres dos Estados domina a jurisprudência internacional por mais de três séculos, tornando controvertida a atuação internacional dos atores não estatais mencionados.

### **3.1 A Controvérsia da Personalidade Jurídica Internacional dos Atores não Estatais**

Embora seja bastante comum reconhecer a existência de atores não estatais, a concepção centrada no Estado como único sujeito de Direito Internacional prevalece, sob o ponto de vista de quatro questionamentos específicos:

1. the existence of an international legal personality of non-state actors;
2. the role of non-states actors in the international law-making process;
3. the position of non-state actors in international dispute-settlement procedures; and
4. the institutional arrangements between international governmental organizations and other non-state, especially non-governmental, organizations (NGOs) (NOORTMANN, 2001, p. 60).

Entende-se como sujeito de Direito Internacional a entidade capaz de possuir direitos e obrigações no plano internacional, bem como de manter seus direitos por meio de ações realizadas em tribunais internacionais.

Neste sentido, para que haja personalidade jurídica no plano internacional, faz-se necessário a observância de três requisitos cumulativos, denominados de “indícios da personalidade”: capacidade de apresentar reclamações por violações de Direito Internacional; entrar em relação com outros sujeitos de Direito Internacional, concluindo acordos internacionais válidos; e, usufruir de privilégios e imunidades da jurisdição nacional (NOORTMANN, 2001, 64).

Dessa forma, tradicionalmente, somente os Estados podem ser sujeitos de personalidade jurídica internacional, uma vez que perfazem os três critérios citados.

Por outro lado, os membros da sociedade civil transnacional (quais sejam: Organizações Intergovernamentais Internacionais, os Movimentos de Libertação Nacional e Oposições Armadas, as Organizações Não Governamentais e as Companhias Multinacionais ou Transnacionais) seriam chamados apenas de atores. Pois, por não possuírem personalidade jurídica internacional, não podem ingressar nos processos de criação de normas internacionais ou participar das decisões sobre assuntos internacionais, mesmo que sejam capazes de influenciar (em diferentes graus) os resultados dos processos sociais no âmbito internacional.

A realidade internacional vem demonstrando que, embora os Estados sejam os únicos sujeitos incontroversos de Direito Internacional, eles não são mais os únicos atores no plano global, uma vez que governança lida com todos estes “novos atores”.

Diante dessa realidade, uma teoria positivista e tradicional vê o Direito Internacional como o sistema legal que rege as relações entre os Estados. Estes seriam os únicos constituintes criadores e destinatários do Direito Internacional, ignorando a atuação de qualquer outro ator.

A abordagem positivista estuda o Direito Internacional no que diz respeito e através do comportamento dos Estados (NOORTMANN, 2001, p. 70).

Por outro lado, a corrente do pluralismo jurídico admite a existência e influência de diversos atores no âmbito internacional. Entretanto, o Estado ainda seria o fator relevante no processo de elaboração do Direito Internacional, enquanto que os demais atores teriam papel fundamental na operacionalização de projetos.

In a pluralistic legal system, states are only one relevant factor in the making-law process. IGOs and NGOs participate in the international law-making process in two ways. First, they are involved in operationalising projects which require implementation and interpretation of the relevant rules, and secondly they are involved in settling disputes between the local and the international level (NOORTMANN, 2001, p. 61).

Por fim, a abordagem funcionalista prevê que a atuação desses atores não estatais deve ocorrer em todos os processos de Direito Internacional, porque eles fazem parte do mesmo sistema, bem como são necessários para

fazer este sistema internacional funcionar com eficiência e justiça (NOORTMANN, 2001, p. 62).

O certo é que, ainda que os Estados sejam encarados como o principal ator de direitos e obrigações no âmbito internacional, os atores não estatais não podem ser excluídos, uma vez que são parte essencial dos processos de governança.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos bastante modestos, a governança nada mais é do que a gestão e/ou cooperação em nível internacional para a solução de um problema comum.

Nas últimas décadas, os processos de governança foram intensificados pelo avanço da globalização e pela complexidade dos temas envolvidos atualmente nas mais diferentes áreas (como, por exemplo, político, cultural, ambiental, econômico, entre outros), que demandam a ação conjunta de todos os atores interessados.

Não se pode pensar qualquer mecanismo de governança sem a inclusão de todos os atores envolvidos para a solução efetiva do problema comum, tendo em vista que a “governança é um amplo, dinâmico, e complexo processo interativo de tomada de decisão que está constantemente evoluindo e se ajustando a novas circunstâncias” (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 2).

É evidente que, a governança não pode negar a existência e relevância dos Estados, necessitando a participação dos mesmos neste processo, mas, por outro lado, deve contemplar também os demais atores, não estatais (que são, na atualidade, principalmente: Organizações Intergovernamentais Internacionais, os Movimentos de Libertação Nacional e Oposições Armadas, as Organizações Não Governamentais e as Companhias Multinacionais ou Transnacionais), para a administração e obtenção de resultados positivos.

Entretanto, estes “novos atores” não estatais ainda não receberam a alcunha de “sujeitos de Direito Internacional”, uma vez que não possuem os chamados “indícios da personalidade”: capacidade de apresentar reclamações por violações de Direito Internacional; entrar em relação com outros sujeitos de Direito Internacional, formalizando acordos válidos; e, usufruir de privilégios e imunidades da jurisdição nacional. Por esta razão, mesmo desempenhando papel importantíssimo perante a governança, são chamados de “atores”, pois

não possuem personalidade internacional para regulamentar situações jurídicas ou decidir assuntos no âmbito internacional.

É inegável, no entanto, mesmo diante da ausência de qualificação e definição de status jurídico, a participação dos atores não estatais na busca do consenso, sendo necessários para a construção dos mecanismos de governança.

Dessa forma, os atores não estatais não podem ser preteridos.

Como a atual globalização tem impacto no desenvolvimento do Direito Internacional, na medida em que confere interdependência aos países e interliga os problemas a serem discutidos, bem como conecta os desafios a serem superados pela cooperação internacional, a prática e a necessidade das opiniões e atuação dos atores não estatais não podem ser excluídos, sob pena do eventual processo em que não estiverem presentes não ser considerado um mecanismo de governança.

## REFERÊNCIAS

BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. International environmental governance. In: \_\_\_\_\_. **International environmental law**. Londres: Hart Publishing, 2011. p. 244-246.

BIERMAN, F.; PATTBERG, P. **Global environmental governance reconsidered**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa comunidade global**: relatório da comissão sobre governança global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

GIDDENS, A. **The Consequences of Modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990.

GONÇALVES, Alcindo. Governança global e o direito internacional público. In: JUBILUT, Liliana Lyra (Coord.). **Direito internacional atual**. Rio de Janeiro: Ellsevier, 2014.

GONÇALVES, Alcindo. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.

HELD, David; McGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

HIRST, P. The Global Economy: Myths and Realities. In **International Affairs**. vol. 73. n. 3, pp. 409-425. London: Royal Institute of International Affairs, 1997.

HIRST, P.; THOMPSON, G. **Globalization in Question**. 2.ed. Cambridge: Polity Press, 1999.

JONES, R.J.B. **Globalization and Interdependence in the International Political Economy**. London: Frances Pinter, 1995.

MANN, Michael. **The sources of social Power**. Vol I: From the beginning to 1760; vol. II: the rise of classes and nation-states, 1760-1914. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

NOORTMANN, Math. Non-state actors in International Law. In: ARTS, Bas; NOORTMANN, Math; REINALDA, Bob (Ed.). **Non-state actors in international relations**. Burlington: Ashgate, 2001.

PIERIK, Roland. Globalization and global governance: a conceptual analysis. In: HEERE, W. P. Heere (Org.). **Government to governance: the growing impact of non-state actors on the international and european legal system**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

RODRIK, Dani. **The globalization paradox: democracy and the future of the world economy**. New York: W. W. Norton, 2011.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N; CZEMPIEL, Ernst-Otto. **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

THOMPSON, G. Globalization versus Regionalism?. In **Journal of North African Studies**. vol. 3. n.2. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 1998.

WEISS, L. **State Capacity: Governing the Economy in a Global Era**. Cambridge: Polity Press, 1998.

Submetido em 30/11/2014

Aprovado em 02/03/2015

**Como citar:** GARCEZ, Gabriela Soldano; FREITAS, Gilberto Passos de. **Governança, globalização e atores não estatais: uma análise sob a perspectiva do Direito Internacional**. *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.223-240, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p223. ISSN 2178-8189.



## RESENHAS / REVIEWS

SOTO, Hrnando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001. Cap. 2. p. 29-50.

### **O mistério da informação ausente**

#### THE MYSTERY OF THE MISSING INFORMATION

\* Rafael Aragos

A obra é peculiar por ser o resultado de um estudo de campo realizado durante anos por Soto e sua equipe, com o intuito de estudar o modo de vida dos povos da Ásia, Oriente Médio, América Latina e Caribe, especialmente a informalidade e a vultuosidade da riqueza existente, mas sem a legalização (ausência de registro, de matrículas, de títulos de domínio, de constituição formal de empresas), além dos contratos sociais informais, isto é, as regras realmente vivenciadas e respeitadas pelas pessoas e não o que o Estado tenta impor.

Soto denomina essa riqueza extralegal como setor subcapitalizado, estando este composto por bens desde barracos, passando por áreas rurais, até apartamentos, além de empreendimentos informais de todos os portes e etc. Há imóveis ilegais desde o nascedouro da propriedade, bem como aqueles que, inicialmente, estavam dentro da legalidade, mas que posteriormente não conseguem permanecer no sistema em razão do custo, burocracia e/ou exigências demasiadas.

Como resultado, observa o Autor que quase ninguém possui escritura válida, estando os registros irremediavelmente atrasados, ficando esses recursos de uma grande maioria invisíveis, comercial e financeiramente falando. Não se sabe oficialmente quem tem o que e onde, quem é o responsável pelas obrigações, quem responde por perdas, fraudes e quais os mecanismos disponíveis para fazer cumprir os pagamentos pelos serviços e mercadorias entregues. Isso tudo impossibilita a validação da posse dos ativos, não sendo governado por nenhum conjunto de regras de fácil reconhecimento. Inexistem atributos econômicos potencialmente úteis dos ativos, logo não podem ser usados

---

\* Advogado e Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: rafa.aragos@efo.adv.br

na obtenção de valores em operações financeiras. Isso é mundo de ativos com capital morto.

Soto argumenta que foi muito enfatizada a miséria dos Países em desenvolvimento e dos antes comunistas, esquecendo-se de documentar as virtudes, capacidades e habilidades dos pobres em acumular ativos. Em seu levantamento de campo, o Autor constatou que nestes Países há um grande volume de ativos, mas a maioria capital morto (fora do sistema legal).

Pelos estudos de campo do Autor, foi constatado que nos Países em desenvolvimento há tecnologia e bens que proporcionam conforto. O que não se encontra é a possibilidade, de grande parcela da população economicamente ativa, realizar transações controladas por normas que estabelecem os direitos de propriedade, bem como acessar políticas de incentivo, entre outras benesses restritas a quem está dentro da legalidade. Não há na grande maioria: títulos de propriedade; endereços verificáveis que respondam por cobranças e gerem outras riquezas, melhor prestação do serviço público etc.

Observa Soto alguns fatores que contribuíram historicamente para essa extralegalidade, argumentando que até 1950 os países do Terceiro Mundo eram compostos em sua maioria por sociedades agrícolas, o que muito se assemelha à Europa do século XVIII. Depois disso, com o advento da revolução econômica e surgimento de novas máquinas, reduziu-se a demanda de trabalho rural, que somado ao avanço dos fármacos e da saúde pública, levou a um aumento da população, a qual se dirigiu em massa para as cidades (êxodo rural). Isso levou ao crescimento desordenado, em favelas, sem a infraestrutura necessária.

Consigna o Autor que muitas regras e obstáculos eram colocados a essas pessoas para que não adentrassem nas atividades urbanas sociais e econômicas estabelecidas legalmente. Para essas pessoas era extremamente difícil a aquisição de moradias legalizadas, a participação em negócios formais ou empregos legais. Isso perdurou no tempo, como uma herança, passando de geração em geração.

Além disso, segundo o Autor, é quase tão difícil permanecer legal quanto tornar-se legal, pelo que ele afirma que não são os imigrantes que quebram as leis, mas sim as leis que quebram os imigrantes, que acabam por optar em ficar fora do sistema, obedecendo regras próprias de acordos informais, gerando o chamados contratos sociais extralegais. Essa situação criou um setor vibrante, mas subcapitalizado, o centro do mundo dos pobres.

De fato, como observa Soto, o mercado subcapitalizado é comum a quem vive fora do ocidente. Em todos os ramos de atividade há um elevado percentual

de informalidade, há bairros inteiros formados por casas, estabelecimentos, comércios informais. Basta tomar um táxi ou ir a uma loja para ter contato direto com essa realidade. A legalidade é que passou a ser marginal, uma vez que a extralegalidade tornou-se norma. Os pobres tomaram o controle de vastas quantidades de imóveis e de produção, a tal ponto que as agências internacionais estão dialogando apenas com uma fração do mundo empresarial.

Nesse cenário, Soto consigna que só cabe aos governos dessas nações decidir se estas vão integrar esses recursos em uma estrutura legal ordenada e coerente ou continuarão a viver em anarquia e sem cooperar com o crescimento conjunto de suas nações.

O autor chama a atenção para a vultuosidade de capital morto existente nessas nações. Em um levantamento realizado por Soto, ele constatou que o valor total, apenas dos imóveis (que são os bens mais tangíveis) de posse extralegal dos pobres do Terceiro Mundo e nas nações do extinto bloco comunista é de pelo menos US\$ 9,3 trilhões, que corresponde ao dobro do total do suprimento de moeda norte-americana em circulação. É aproximadamente o valor total de todas as empresas listadas nas principais bolsas de valores dos vinte países mais desenvolvidos do mundo.

Soto finaliza o capítulo equiparando essas riquezas extralegais a “hectares de diamante”, concluindo que os representantes do Terceiro Mundo e dos Países antes comunistas não precisam procurar erroneamente suas fortunas nas instituições internacionais, mas apenas aprender a transformar os ativos existentes nos seus bairros e favelas, em capital vivo, que representam trilhões de dólares (hectares de diamantes).

Resenha recebida em: 02/03/2015

Aprovado para publicação em: 10/07/2015

**Como citar:** ARAGOS, Rafael. **O mistério da informação ausente.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.241-243, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p241. ISSN 2178-8189.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

## **Da administração pública burocrática à gerencial**

FROM BUREAUCRATIC PUBLIC ADMINISTRATION TO MANAGEMENT

\* Tiago Freire dos Santos

“Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública”, do economista e cientista político Luiz Carlos Bresser Pereira, traz um conjunto de idéias no sentido de propor uma reforma profunda na gestão pública com base na redefinição dos papéis do Estado.

Ao criticar a gestão pública burocrática adotada pelo Brasil, o autor sustenta a idéia de que além da propriedade privada e da propriedade estatal, há uma terceira forma de propriedade relevante para o capitalismo moderno, relacionando tal concepção à administração eficiente e gerencial da organização do Estado.

Assim, indaga quais as atividades ou papéis exclusivos que o Estado brasileiro deveria desempenhar, distinguindo das atividades sociais e científicas que tem interesse em financiar, mas não executar diretamente, e da produção de outros bens e serviços de mercado.

O autor sugere que, além das atividades exclusivas desempenhadas pelo Estado, ações estas que visam garantir diretamente que as leis e as políticas públicas sejam cumpridas e financiadas, executada pelo núcleo estratégico estatal através de propriedades estatais, há atividades não exclusivas que devem ser executadas por organizações públicas não estatais e privadas.

As organizações públicas não estatais são financiadas pelo Estado e orientadas para o interesse público, mas não fazem parte da máquina estatal, adotando a forma de empresas privadas, bem como não respondem diretamente aos chefes dos poderes do Estado, além do fato de que o seu pessoal não é composto de servidores públicos estatutários.

Assim, para o Autor é fundamental distinguir aquelas atribuições exclusivas do Estado que envolvem o uso do poder estatal (definição de leis e políticas públicas, imposição e arrecadação de tributos, manutenção da ordem pública e garantia da justiça etc.) daquelas atividades não exclusivas, embora, por escopo,

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: tiagofreire@onda.com.br

definem o Estado socialdemocrático e o Estado social-liberal, particularmente os serviços sociais e científicos básicos e a produção de bens e serviços.

Segundo o autor, os serviços sociais, culturais e científicos (escolas, universidades, hospitais, creches, museus, rádios etc.) devem ser dirigidos pelos princípios gerenciais e não devem ser realizados diretamente pelo Estado, mas executados através de organizações públicas não estatais contratadas.

Em última *ratio*, são atividades competitivas que não devem ser tratadas como monopólios: não devem continuar no aparelho do Estado para serem executadas com eficiência. Isso porque para serem executadas com eficiência, esses serviços exigem autonomia, impossível de ser assegurada dentro da máquina pública.

Insta registrar que para o autor há inúmeras razões para que o poder público financie esses serviços. O principal argumento econômico para justificar o financiamento parcial ou total é que esses serviços envolvem importantes externalidades positivas que, na maioria das vezes, não são devidamente remuneradas pelos mercados.

Na medida em que as organizações públicas não estatais são financiadas em parte ou totalmente pelo Estado, um dos mecanismos de responsabilização adotados deve ser a exigência de um contrato de gestão com o governo.

Na última linha tem-se a produção no mercado de bens e serviços, que devem ser na medida do possível transferida para a iniciativa privada através de privatizações, pois onde quer que exista a possibilidade de competição e sistemas de incentivos e punições de trabalhadores, os mercados são mais eficientes do que o Estado para coordenar as atividades.

Dessa forma, de acordo com o modelo de gestão pública proposto pelo autor, o Estado deveria, ele próprio, executar as atividades exclusivas do Estado. Os serviços sociais e científicos deveriam ser contratados com organizações sociais e, salvo algumas exceções, a produção de bens e serviços no mercado deveria ser executada eminentemente pela iniciativa privada. A proposta direciona-se para a obtenção de um modelo que assegure os direitos universais e disponha de um sistema desenvolvido de bem-estar social.

Luiz Carlos Bresser Pereira destaca que a reforma da gestão pública envolve a descentralização e delegação, para unidades subnacionais, de atividades e dos correspondentes recursos fiscais para financiá-las. Apenas assim é possível imprimir maior flexibilidade e eficiência na gestão pública e adaptá-la às demandas sociais. Segundo o autor, quando a descentralização se faz de acordo com os princípios da administração gerencial, envolvendo aumento

da competição entre as organizações sociais, e mecanismos de controle como contratos de gestão e o controle exercido pela sociedade, estaríamos caminhando na direção desejada.

A proposta do autor tem o mérito de reunir na obra convincente fundamentação que sustenta a tese da necessidade de reforma da gestão pública para um modelo gerencial e atenua o choque que os teóricos têm ao se depararem com a idéia de reforma profunda na gestão pública.

Resenha recebida em: 25/02/2015

Aprovado para publicação em: 02/06/2015

**Como citar:** DOS SANTOS, Tiago Freire. **Da administração pública burocrática à gerencial.** *Scientia Iuris*, Londrina, v.19, n.2, p.244-246, dez.2015. DOI: 10.5433/2178-8189.2015v19n2p244. ISSN 2178-8189.

# INSTRUÇÕES AOS AUTORES

## INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

### SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser originais, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro periódico ou coletânea no país. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- Primeira etapa: seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.

- Segunda etapa: parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;
- b. aceitação com alterações;
- c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo). 1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos.

---

Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; Abstract; Key word; Introdução; Desenvolvimento; conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

### 3. Forma de apresentação dos artigos

3.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

3.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

3.2.1. Folha de rosto despersonalizada contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português.

3.2.2. Folha de rosto personalizada contendo:

- Título em inglês
  - Título em português
  - Nome de cada autor, seguido por afiliação institucional e titulação por ocasião da submissão do trabalho.
  - Indicação do endereço completo da preferência do autor para constar na publicação do texto e para o envio de correspondência. O endereço eletrônico deve também ser inserido.
  - Indicação do endereço para correspondência com o editor sobre a tramitação do artigo, incluindo fax, telefone e endereço eletrônico.
  - Se necessário, indicação de atualização de afiliação institucional.
-



- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

3.2.3. Folha contendo Resumo (máximo de 100 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e Palavras-chave (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico.

3.2.4. Folha contendo Abstract e Key word, em inglês, compatível com o texto em português. O Abstract deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de Key word, compatíveis com as palavras-chave.

3.2.5 Textos propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

- As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se o sistema autor-data. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...

... posse pro labore ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).

Segundo Canutilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82), ...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada

---

referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Remover e Dinamarca (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 2 (dois) espaços. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome dá o bar (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em

Tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

3.2.6 Referências (NBR 6023 – Informação e Documentação - Referências - Elaboração

/ Ago. 2002) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

3.2.6.1 Referências dos documentos consultados. Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

---

## 4. Direitos Autorais

### 4.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista SCIENTIA IURIS. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

### 4.2. Reprodução parcial de outras publicações

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

5. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

### Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao Editor”.

Os arquivos para submissão estão em formato Microsoft Word, Open Office ou RTF (desde que não ultrapassem 2MB)

Orles para as referências foram informadas quando necessário.

---

O texto está em espaço 1,5; usa uma fonte de 12-pontos; emprega itálico em vez de sublinhado (exceto em endereços URL); as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento, como anexos.

O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na seção Sobre a Revista.

A identificação de autoria do trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em Assegurando a Avaliação Cega por Pares.

O texto possui abstract e keyboards.

#### Declaração de Direito Autoral

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

#### Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

---