



# ANAI S

## IX CONGRESSO DE DIREITO DA UFSC 2014

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-67995-00-7



9 788567 995007

**Anais do IX Congresso de Direito  
da UFSC**



# **Anais do IX Congresso de Direito da UFSC**

Florianópolis

Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF

2014

## ANAIS DO IX CONGRESSO DE DIREITO DA UFSC – 2014

### Coordenação Científica do Evento

Prof. Me. Marcus Vinícius Motter Borges e Esp. Rodrigo de Lima Mosimann

### Coordenação Geral do Evento

Rodrigo Braz Barbosa Coelho

### Comissão Organizadora do Evento

Beatriz Luiza Goedert de Campos, Bruna Medeiros das Neves, Celso Ferreira da Silva Junior, Eduardo de Brida Alves, Eduardo Freccia de Oliveira, Eduardo Xavier Costa Andrade, Gabriela Consolaro Nabozny, Gustavo Becker Monteiro, Ivan Pereira Remor, Júlia Bordin Mandelli Correa, Júlia Padova Cornelius, Leandro de Souza Corrêa, Letícia Mulinari Gnoatton, Lucas Souza Rodrigues, Lukas Ruthes Gonçalves, Marina Machado Schmitt, Mathias Foletto Silva, Paullina Luise Bochi, Renata Caroline da Silva, Sylvester Vieira Rochadel da Silva, Victor Henrique Rorato, Victor Machado Schmitt, Vitória Regina Müller Santos.

### Responsável Editorial

Júlia Bordin Mandelli Correa

### Pareceristas

Caetano Dias Corrêa, Javier Rodrigo Maidana, Luana Renostro Heinen, Grazielly Alessandra Baggenstoss, Magda Cristina Villanueva Franco.

### Realização

Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF

### Revisão

Marja Mangili Laurindo

ISBN: 978-85-67995-00-7

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da

Universidade Federal de Santa Catarina

C749a Congresso de Direito da UFSC (9. : 2014 :  
Florianópolis, SC).

Anais / IX Congresso de Direito da UFSC ;  
[organização, Centro Acadêmico XI de Fevereiro].  
- Florianópolis : CAXIF/UFSC, 2014.

214 p.

Inclui bibliografia.

Evento realizado de 22 a 25 de abril de 2014.

## SUMÁRIO

Apresentação .....	7
Programação .....	9
Trabalhos Apresentados na Mostra de Pesquisa .....	12

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E O PLURALISMO DE VALORES DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA..... 15  
*Ana Catarina de Alencar*

ACREDITARAM OS ROMANOS EM SUA FILOSOFIA? AS TENSÕES ENTRE ESTOICISMO E DIREITO ROMANO (II a.C. – II d.C.) ..... 33  
*Márlio Aguiar*

DEMOCRACIA E PARTIDOS POLÍTICOS: NEXO CONCEITUAL E SUA MANIFESTAÇÃO NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE PARTIDOS BRASILEIRO ..... 67  
*Marjorie Carvalho de Souza*

DIREITO À IDENTIDADE PLENA E RECUSA AO EXAME DE DNA: REFLEXÕES SOBRE UM CASO CONCRETO À LUZ DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL ..... 101  
*Lígia Ziggotti de Oliveira*

ATIVISMO JUDICIAL E CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ..... 118  
*Camila Damasceno de Andrade*

A SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO:  
O CONFLITO ENTRE ESTADO E NAÇÃO EM CLÓVIS BEVILÁQUA E LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA ..... 138  
*Guilherme Bedin*

O EQUILÍBRIO DE PODER NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS ..... 150  
*Priscilla Camargo Santos*

AS EXCEÇÕES GERAIS DO GATT E OS CASOS TUNA-DOLPHIN & SHRIMP-TURTLE: EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA? ..... 169  
*Mariana Clara de Andrade*

O MEIO AMBIENTE E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE DAS NEGOCIAÇÕES PARA DEFINIR BENS AMBIENTAIS ... 186  
*Mariana Caroline Scholz*

## Apresentação

O Centro Acadêmico XI de Fevereiro tem a honra de publicar os Anais do IX Congresso de Direito UFSC, evento que foi realizado entre os dias 22 e 25 de abril de 2014 e contou com a participação de diversos juristas renomados e reconhecidos por sua maestria nas mais variadas áreas do Direito.

O Congresso de Direito da UFSC, organizado pelo CAXIF, é uma tradição que iniciou em 2004 e se consolida anualmente com o esforço dos acadêmicos da graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Hoje, comporta o título de maior congresso de direito do Brasil organizado exclusivamente por estudantes, com cerca de 3.000 inscritos em todo o estado de Santa Catarina, além de estados vizinhos e outras regiões do país.

O objetivo do evento foi promover um espaço de discussão e reflexão de questões atuais, relevantes e controversas para todos que atuam no meio jurídico. Com a temática da Segurança Jurídica, que norteia problemáticas em diversos flancos do Direito, foram ministradas palestras em temas que foram do projeto do Novo Código de Processo Civil às questões da incapacidade no Direito Civil; dos desastres na perspectiva do Direito Ambiental e das atuais polêmicas que resguardam os Terrenos de Marinha até discussões sobre o papel do STJ e os novos caminhos para a ciência do Direito com a análise econômica; da influência da mídia e a Teoria dos Jogos no Processo Penal aos diálogos acerca do presente e o futuro da arbitragem no Brasil.

O conteúdo da presente publicação é o resultado dos trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa do IX Congresso de Direito UFSC, que aconteceu no dia 25 de abril e teve a participação de acadêmicos das mais diversas instituições, efetivando um espaço de diálogo e promovendo a troca de conhecimentos.

A Comissão Organizadora buscou, no arranjo desse espaço de divulgação de pesquisas, incentivar a pesquisa científica na área jurídica e possibilitar discussões entre os pesquisadores, e destes com os demais alunos. O CAXIF entende que a pesquisa é uma das funções da universidade e deve ser valorizada,

pois é o que permite o sair de uma postura passiva de aprendizado para a construção de novos conhecimentos. Ao produzir uma Mostra de Pesquisa, este sempre foi nosso objetivo: fazer com que os acadêmicos tivessem um espaço para expor, discutir e aprimorar suas ideias.

A Comissão Organizadora do IX Congresso de Direito UFSC agradece, primeiramente, a todos os palestrantes que se dispuseram a participar do evento, contribuindo para a construção de um espaço de debates de alta qualidade e relevância para os demais juristas participantes. Agradece, também, à Universidade Federal de Santa Catarina e sua Pró-Reitoria de Extensão, ao Centro de Ciências Jurídicas e a todas as empresas parceiras que apoiaram o congresso e possibilitaram que fosse realizado não apenas gratuitamente, mas, sim, nos moldes do alcance e da qualidade que teve. Por fim, merecem igual agradecimento todos os acadêmicos que contribuíram para a excelência do encontro: aos que voluntariamente se dispuseram a organizar o evento, aos que suscitaram discussões e reflexões ao longo das palestras, aos que prestigiaram os dias de congresso com sua presença e, especialmente, aos que elevaram a qualidade acadêmica da reunião ao apresentarem seus notáveis trabalhos em nossa Mostra de Pesquisa.

Espera-se, com o evento e com esta publicação, que se possa contribuir para o interesse em temas atuais e relevantes para o estudo do direito e também para o despertar de reflexões críticas e o interesse na área da pesquisa científica.

Florianópolis, 25 de abril de 2014.

Comissão Organizadora

# PROGRAMAÇÃO DO EVENTO

## Dia 22.04.2014 – Terça-feira

**19h** – ABERTURA

**20h** - MODELOS PROCESSUAIS E O NOVO CPC: O DESAFIO DA SEGURANÇA EM TEMPOS DE DESORDEM

*Prof. Dr. Araken de Assis*

*Advogado e Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*

## Dia 23.04.2014 – Quarta-feira

**08h30** – A CAPACIDADE DOS INCAPAZES: UMA RELEITURA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES NO DIREITO PRIVADO

*Prof. Dr. Nelson Rosendal*

*Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais*

**10h20** – DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE AO SISTEMA ELEITORAL VIGENTE

*Prof. Dr. Paulo Lopo Saraiva*

*Advogado e Professor Aposentado da UFRN*

**14h** – DIREITO DOS DESASTRES NA PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL

*Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho*

*Advogado e Professor na UNISINOS*

*Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Cristiane Derani*

*Professora da UFSC*

*Prof. Dr. José Rubens Morato Leite*

*Professor da UFSC*

**16h** – TERRENOS DE MARINHA: O CASO DOS BEACH CLUBS E OUTRAS POLÊMICAS

*Prof. Dr. Eduardo de Avellar Lamy*

*Advogado e Professor da UFSC*

**18h30** – SEGURANÇA JURÍDICA E OS NOVOS CAMINHOS PARA A CIÊNCIA DO DIREITO: INTERDISCIPLINARIEDADE E EMPIRISMO

*Prof. Dr. Cristiano Rosa de Carvalho*

*Advogado e Professor da UFRGS*

**20h20** – STJ: DE CORTE DE CONTROLE DA LEGALIDADE PARA CORTE DE PRECEDENTES

*Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni*

*Advogado e Professor da UFPR*

## Dia 24.04.2014 – Quinta-feira

**08h30** – A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL: DO CASO VON RICHTHOFEN AO MENSALÃO

*Dr. Roberto Tardelli*

*Promotor de Justiça do Estado de São Paulo*

*Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro*

*Advogado*

**10h20** – A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

*Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr*

*Advogado*

**14h** – AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS E A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL

*Prof. Dr. Alexandre Ricardo Pessler*

*Advogado e Professor da UFSC*

*Prof. Me. André Soares Oliveira*

*Doutorando na UFRGS*

*Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto*

*Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina e Professor da UFSC*

**16h** – O PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina e Professor da UFSC

Prof. Me. Anna Carolina Faraco Lamy

Advogada e Professora do CESUSC

**18h30** – RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL: UMA ABORDAGEM NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE SOCIEDADES

*Prof. Dr. Arnaldo Rizzardo*

*Advogado e Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*

**20h20** – O SISTEMA PRISIONAL DO SÉCULO XXI

*Prof. Dr. Rogério Greco*

*procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais e Professor da PUC-BH*

**Dia 25.04.2014 – Sexta-feira**

**08h30** – OS VINCULOS DE FILIAÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA

*Prof. Dr. Rolf Madaleno*

*Advogado e Professor da PUC-RS*

**10h20** – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

*Prof. Dr. André Fontes*

*Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Professor da UNI-RIO*

**14h** – ESTATUTO DO TORCEDOR: SISTEMÁTICA DE ATUAÇÃO NA DEFESA DOS CONSUMIDORES

*Dr. Eduardo Paladino*

*Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina*

*Prof. Me. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa*

*Professora Aposentada da UFSC*

**16h** – MOSTRA DE PESQUISA

**19h** – ENCERRAMENTO

**19h30** – O PRESENTE E O FUTURO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

*Prof. Dr. Sílvio de Salvo Venosa*

*Advogado, Professor e Juiz Aposentado do Estado de São Paulo*

TRABALHOS APRESENTADOS  
NA MOSTRA DE PESQUISA

## CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E O PLURALISMO DE VALORES DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

Ana Catarina de Alencar<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** teoria da justiça; John Rawls; pluralismo.

**Resumo:** O objetivo deste trabalho consiste em analisar e compreender a ideia de justiça como equidade em John Rawls, enquanto forma de justificação de um ideal público de justiça política. Para tanto, será feita uma análise não exaustiva da obra do filósofo de Harvard, partindo do escrito *Uma Teoria da Justiça*, bem como de seu *O Liberalismo político*, a fim de verificar o sentido da reorientação proposta pelo autor em sua teoria ao longo da transição entre essas duas obras, marcada pelas críticas deferidas a Rawls, principalmente pelo comunitarismo. Para tanto, este trabalho concentra-se na análise de noções fundamentais para o adequado entendimento da obra do filósofo, tais como a *posição original*, *o véu de ignorância*, *o pluralismo razoável*, *o consenso sobreposto*, e a *razão pública compartilhada*. Ao final, empreende-se uma breve reflexão acerca da contribuição da teoria da justiça de John Rawls no que diz respeito ao universo do Direito e da Democracia nas sociedades plurais.

### 1 Introdução: do contratualismo clássico a *Uma Teoria da Justiça*

A resposta à grande questão da filosofia política – “O que é uma sociedade justa?” – foi apresentada por várias frentes teóricas, de diversas maneiras ao longo da história.

No que diz respeito à tradição contratualista clássica, pode-se citar como característica marcante das teorias de justiça seu recurso a valores centrais, ou ideias gerais de bem, a fim de dar substância à justificação de um modelo político institucional por meio de uma ideia de contrato social. Neste sentido, havia uma

<sup>1</sup> Acadêmica do 5º ano de Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville - FCJ. Estagiária do Jurídico Corporativo da companhia Whirlpool S.A. – Unidade Embraco.

convergência entre os ideais de bem e de justiça, de forma que o justo decorreria do bem, isto é, de uma concepção abrangente sobre a “boa vida”. Em síntese, o ideal de justiça das instituições políticas de uma dada sociedade era marcado por determinadas virtudes integrantes das diversas doutrinas abrangentes, que buscavam fazer a defesa de uma ideia de justiça substantiva eivada da “boa vida”, em contraposição às doutrinas não abrangentes, das quais decorreria uma concepção de justiça como imparcialidade, ou de justiça procedimental, conforme se verá ao longo do presente estudo.

Contudo, na passagem do Estado Moderno para o Estado Direito, correspondente ao período que abrange o final do século XVI até o advento da pós-modernidade, essas teorias passaram a ser tidas como restritas demais, face ao surgimento das sociedades complexas. Essa transição histórica faz florescer o apelo social por uma postura de maior neutralidade e abertura democrática por parte do Estado. Neste sentido, verifica-se uma releitura da tradição da filosofia política anterior, de viés contratualista clássico, em comparação às teorias de justiça de cunho neocontratualista que foram se produzir a partir do advento e afirmação do Estado Democrático de Direito.

Diante deste cenário, surge o nome do filósofo político, John Bordley Rawls, que teoriza acerca da formação de um ideal de justiça política comum em meio às exigências de uma sociedade pluralista. Rawls foi um filósofo que percebeu as incongruências geradas pelo fato do pluralismo de valores, inerente a uma sociedade complexa, e a formação de um ideal de justiça política comum que se aplique à estrutura básica da sociedade.

Assim, a teoria da justiça proposta por John Rawls teve o intuito de apresentar-se como uma alternativa ao utilitarismo, que dominava o cenário da filosofia política até então. O utilitarismo consiste em uma teoria da justiça de tipo consequencialista, isto é, uma doutrina que “ao avaliar determinado curso de ação, examina o modo como tal ação contribui para a obtenção de um certo resultado de coisas considerados como sendo bons”. A natureza consequencialista do utilitarismo implica em considerar que sua fundamentação moral consiste na produção de um resultado específico visado, qual seja a produção de bem-estar social. Portanto, preconiza o máximo bem para o maior número possível. Numa

perspectiva utilitarista, determinada decisão entre duas alternativas se mostra mais justa, na medida em que é capaz de produzir o maior bem-estar social. Repousa nisto o conceito de bem numa aceção utilitarista que, por conseguinte, demonstra-se como uma concepção abrangente. Segundo a perspectiva adotada por Rawls, o utilitarismo recairia em um obscurantismo que permitiria a legitimação de um Estado de tirania da maioria, chancelado pela proteção incerta e temível de direitos e garantias fundamentais. Como corolário disto, a concepção utilitarista de justiça seria insustentável do ponto de vista do pluralismo de valores existentes em um Estado Democrático de Direito (GARGARELA, 2008, p.13).

Em *Uma Teoria da Justiça*, publicada em 1971, Rawls afirma a ideia de uma concepção de justiça como equidade, marcada pela escolha de princípios que levariam a uma sociedade justa. Tratam-se dos princípios da liberdade e da igualdade de posições e de oportunidades, este que se desdobra no polémico princípio da diferença. Portanto, a justiça como equidade consistia em uma proposta para conciliar liberdade e igualdade em um único ideal de justiça política<sup>2</sup>. Assim, sua obra pode ser vista dentro do conjunto denominado “liberalismo igualitário” ou “igualitarismo liberal”<sup>3</sup> que implica no reconhecimento da proteção das liberdades fundamentais e a efetivação de um estado de coisas que vise a igualdade substancial, em termos socioeconômicos. A fim de empreender sua justificação da liberdade e do igualitarismo, enquanto princípios de justiça basilares de uma sociedade, Rawls recorre a uma construção teórica de molde contratualista hipotético, distinta de uma concepção abrangente do bem, conforme se verá na reorientação de seu trabalho empreendido em “O liberalismo político”.

Decorre disto o viés neocontratualista do filósofo de Harvard, tendo em vista a busca de princípios norteadores de uma sociedade justa por meio de uma ideia de contrato social, sem afastar as premissas de neutralidade liberal e pluralismo de valores inerente às sociedades complexas democráticas.

<sup>2</sup> “A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade.” (RAWLS, 2002, p. 8).

<sup>3</sup> “[Rawls] explorou e desenvolveu sua fundamentação filosófica em uma profundidade sem precedentes – e, por conseguinte, transformou o conteúdo da filosofia política de nosso tempo – e ele defendeu uma concepção distinta, fortemente igualitária que é estranha à maioria das concepções de cunho liberal, muito embora, ele a enxergue como se seguisse as ideias básicas do liberalismo no que tange à suas conclusões lógicas.” (FREEMAN, 2003, p. 62-63, tradução nossa).

## 2 A Posição Original e o Véu de Ignorância

Rawls se vale de um mecanismo artificial de representação, equivalente ao próprio estado de natureza que denominou *posição original* (OLIVEIRA, 2003, p. 14). A posição original desenha um cenário hipotético, no qual as partes decidem quais princípios de justiça deverão reger seu arranjo social. Para tanto, Rawls lança mão de outra figura de linguagem intitulada *véu de ignorância* (RAWLS, 2002, p. 146).

Nesta situação hipotética-ideal, representantes da sociedade são levados à posição original sendo cobertos por um véu de ignorância. Esta figura quer significar que as partes por detrás do véu desconhecem as circunstâncias afetas às suas vidas, tais como suas concepções de bem, a posição socioeconômica em que se encontram, os talentos dos quais são dotados, os interesses que cultivam, entre outros. Contudo, as partes têm conhecimentos gerais de psicologia, economia, sociologia, entre outras ciências e são concebidas dentro de um ideal liberal-igualitário no qual são livres, iguais, capazes de um senso de justiça e razoáveis. Nos dizeres de Rawls:

Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e, ninguém conhece sua sorte na distribuição dos dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. [...] Os princípios de justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais. (RAWLS, 2002, p. 13).

Segundo Rawls, este panorama conduziria à escolha dos dois princípios de justiça endossados por *Uma Teoria da Justiça*: o princípio da igual liberdade e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades que se desdobra no princípio da diferença (OLIVEIRA, 2003, p. 18). Neste sentido, importante atentar-se para a consideração de que a teoria da justiça de Rawls parte de uma psicologia moral própria em moldes kantianos na qual as pessoas por detrás do véu de ignorância não são meros “apostadores” descomprometidos com a realidade social, mas são sujeitos razoáveis.

O primeiro princípio referente à liberdade, dividido em liberdade de ocupação de cargos e posições e de oportunidades, aponta para o caráter liberal de sua teoria, enquanto o princípio da diferença consiste em dizer que nesta concepção de justiça delineada por Rawls as desigualdades só são permitidas e, portanto, justas na medida em que beneficiem os mais desprovidos de recursos<sup>4</sup>. Deste modo, na medida em que aqueles que foram de alguma forma beneficiados por talentos natos valorizados por determinada sociedade, ou por uma procedência familiar abastada podem perseguir seus planos de vida e se beneficiarem de forma substantiva por estes dotes da loteria natural desde que uma parte dos seus ganhos se reverta para o favorecimento dos mais desprovidos de recursos.

Esse entendimento se firma na noção de que as pessoas menos favorecidas em uma sociedade não podem ser penalizadas por fatores arbitrários do ponto de vista moral. Isso porque, a grande maioria dos indivíduos já parte de uma condição de desigualdade socioeconômica em face dos demais, em razão de circunstâncias da loteria natural da vida que não foram corrigidas ou bem tratadas pelo arranjo institucional básico de uma determinada sociedade. Logo, se nasci em uma comunidade pobre, mas tenho plena capacidade de estudar e me tornar alguém com uma posição significativa em minha comunidade, não há razões para se justificar e permitir a perpetuação de um arranjo institucional básico que não trate as desigualdades e acabe fazendo delas o grande fato gerador da marginalização social, por meio de condições precárias de moradia, saúde, educação e cultura. Importante dizer que desigualdades deste gênero são arbitrárias do ponto de vista moral, tendo em vista que ninguém pode controlar o local de seu nascimento, as habilidades com as quais nasceu, bem como, se estas são e, em que medida, valorizadas economicamente pela sociedade na qual está situado.

Assim, no princípio da diferença reside o caráter igualitário do liberalismo de John Rawls, pois preceitua a justificação de um ideal de justiça como equidade

<sup>4</sup> “Devido ao fato de as partes começarem a partir de uma divisão igual de todos os bens sociais primários, aqueles que se beneficiam menos têm, por assim dizer, um poder de veto. Chegamos ao princípio da diferença. Tomando a igualdade como base de comparação, aqueles que ganharam mais devem tê-lo feito em termos que são justificáveis aos olhos daqueles que ganharam o mínimo.” (RAWLS, 2002, p. 163).

que se dá a partir da conjugação entre esses dois valores fundamentais, a saber, liberdade e igualdade.

### 3 O Fato do Pluralismo e o Pluralismo Razoável

A justiça como equidade de John Rawls se baseia no reconhecimento da teoria do pluralismo, que considera o fato da pluralidade de concepções de bem como um dado natural das sociedades complexas democráticas. A teoria do pluralismo, enquanto traço marcante das teorias de justiça filiadas à tradição liberal parte de uma concepção de indivíduo autônomo em sentido kantiano. Isso implica em dizer que estes indivíduos são livres para perseguir seus planos de vida segundo suas diversas concepções de bem, ou seja, diversas concepções abrangentes razoáveis. Portanto, a justiça como equidade está firmada no fato do pluralismo, que se entende como característica inerente a uma sociedade complexa informada por princípios democráticos.

Rawls não problematiza a teoria do pluralismo em si, mas enxerga o fato do pluralismo enquanto dado empírico de uma sociedade complexa. Isso porque sua teoria está situada em um determinado contexto histórico e social, que é o da sociedade liberal democrática norte-americana do século XX. Logo, sua concepção de justiça tem razão de ser apenas para aqueles que assentem nas premissas de um Estado Democrático de Direito em uma economia de matriz liberal.

Neste sentido, o florescimento de várias concepções abrangentes no seio social surge como decorrência do que Rawls denominou *limites naturais da razão* (RAWLS, 2011, p. 66). Segundo o filósofo, os *limites naturais da razão* têm como fundamentos:

- a) A complexidade habitual das evidências empíricas e científicas sobre um mesmo caso;
- b) A dificuldade de sopesar de maneira adequada tais evidências, mesmo que concordemos na determinação delas;
- c) A ambiguidade que é própria de todos os conceitos políticos, morais, etc;

- d) Nossa tendência a avaliar, de modo distinto, as evidências e valores com os quais deparamos a partir de nossas próprias vidas e experiências particulares;
- e) A dificuldade para sopesar diferentes considerações normativas que em geral se situam de um lado e de outro da mesma questão; e
- f) A genuína dificuldade que existe para tomar uma mesma decisão última diante desse tipo de dilemas valorativos. (GARGARELA, 2008, p. 29).

Contudo, não se trata de qualquer pluralismo. O fato do pluralismo em Rawls é descrito como um pluralismo razoável, pois está fundamentado em concepções abrangentes razoáveis. As concepções abrangentes razoáveis são ideias, teorias ou doutrinas, filosóficas, políticas ou religiosas que têm em si uma dimensão de razoabilidade. O conceito de razoabilidade em Rawls recebeu muitas críticas de várias frentes, e considera-se ainda hoje que este foi trabalhado de maneira insuficiente pelo filósofo, pautando-se numa racionalidade meramente intuitiva<sup>5</sup>.

A razoabilidade de John Rawls baseia-se em sua psicologia moral sobre o indivíduo, que é tomado em uma dimensão racional, no sentido de conseguir determinar meios para a consecução de fins, capaz de um senso de justiça e, razoável, na medida em que está apto a conceber razões justificáveis do ponto de vista moral que os outros não poderiam razoavelmente rejeitar. Exemplifique-se com a seguinte situação: imaginemos que duas partes estão prestes a celebrar um contrato. Todavia, uma das partes estará em posição de desvantagem, pois os termos do contrato lhe impõem ônus e encargos que não pode cumprir. Assim,

<sup>5</sup> “Em primeiro lugar, é preciso mostrar os questionamentos que foram feitos a Rawls em torno da ideia fundamental do ‘razoável’, que aparece em sua obra inúmeras vezes, com sentidos diferentes, sempre representando um papel decisivo, e sempre carregada de uma extrema ambigüidade (assim como mostra Leif Wenar, Rawls faz referência a princípios de justiça razoáveis, juízos razoáveis, decisões razoáveis, uma concepção de justiça razoável, expectativas razoáveis, um consenso sobreposto razoável, normas razoáveis, uma sociedade razoável, desacordos razoáveis, fé razoável, medidas razoáveis, dúvidas razoáveis, uma crença razoável, respostas razoáveis, uma psicologia razoável, e um longo et Cetera). [...] Como afirma Jean Hampton, não existe nenhuma passagem em LP na qual as idéias do razoável e do não-razoável sejam descritas de modo claro. Por isso, em última instância, tais idéias acabam recebendo conteúdo a partir da mera intuição. E isso é o que vem a ser inaceitável para Hampton: a ‘tentativa de garantir a estabilidade a partir da exclusão de certos pontos de vista, com base em noções que dependam da intuição.’” (GARGARELA, 2008, p. 239-240).

reclama à outra parte que a negociação não pode subsistir, tendo em vista que não é de nenhum modo razoável aceitar um acordo nesses termos. Logo, o acordo é inválido e recusado, pois não encontra apoio no conceito de razoabilidade. Razoável, neste sentido, seria tudo aquilo que por não ferir algum aspecto da liberdade e igualdade de outrem, este não poderia deixar de aceitar.

#### 4 A importância da crítica comunitarista

A teoria da justiça de Rawls recebeu muitas críticas de várias frentes ao longo dos anos. Uma delas que recebe especial destaque é a crítica comunitarista, haja vista que implicou importantes mudanças e revisões na obra de Rawls, conforme se verá em seu *O liberalismo político*.

O comunitarismo<sup>6</sup> é compreendido de maneira ampla como uma doutrina contraposta à teoria do pluralismo liberal e às considerações que dela se extraem. O que se contesta primordialmente é a concepção “atomista”<sup>7</sup>, de um indivíduo separado de sua realidade social e, por conseguinte, a existência de um “estado” de pluralismo, marcado por diferentes concepções do bem. Para a vasta maioria dos comunitaristas, o indivíduo é produto de sua cultura, e como tal não pode ser desvinculado dela, como se sozinho conseguisse conceber e perseguir interesses e ideais de vida<sup>8</sup>. Logo, as concepções de bem, que para os liberais são o traço distintivo da sociedade informada por princípios democráticos, são vistas com grandes ressalvas pelos comunitaristas, tendo em vista que não consideram que os

<sup>6</sup> “O conjunto de críticas mais importantes veio, sem dúvida, dos comunitaristas, encabeçados por Michael Walzer, Alisdair MacIntyre, Charles Taylor e, acima de tudo, Michael Sandel.” (OLIVEIRA, 2003, p. 22).

<sup>7</sup> “[...] No liberalismo, a defesa de uma posição ontológica peculiar (e crucialmente diferente da assumida pelo comunitarismo), e que foi caracterizada como uma posição ‘atomista’. O ‘atomismo’ é um termo com o qual os comunitaristas tendem a descrever aquelas doutrinas ‘contratualistas’, surgidas no século XVIII, que adotam uma visão da sociedade como um agregado de indivíduos orientados por objetivos individuais. O ‘atomismo’ parte de uma análise sobre os indivíduos e seus direitos, aos quais atribui uma óbvia prioridade perante as questões sociais. Defender uma postura atomista, segundo os comunitaristas, implica ignorar que os indivíduos só possam crescer e se auto-realizar dentro de um certo contexto particular. Para os comunitaristas, é claro desde o início que os indivíduos na verdade não são auto-suficientes, por isso precisam da ajuda do contrato com os demais.” (GARGARELA, 2008, p. 143-144).

<sup>8</sup> “Walzer confere prioridade à comunidade em relação ao indivíduo. Na medida em que ele é essencialmente um ser produzido culturalmente. Precisamente porque os sujeitos primários dos valores são as comunidades históricas específicas – e a correção destes valores é resultado exclusivo de sua efetiva aceitação – os indivíduos estão integralmente vinculados às culturas que eles criam e compartilha.” (CITTADINO, 2004, p. 86).

indivíduos sejam autônomos numa acepção liberal clássica, mas extremamente vinculados e engendrados pelo contexto sociocultural no qual se desenvolvem. Fala-se nesse sentido, de um particularismo histórico e social, marcado pela diversidade de identidades sociais, mas não de um pluralismo de valores em termos liberais<sup>9</sup>.

A proposta comunitarista consiste, portanto, em atribuir uma função mais interventiva e prestacional por parte do Estado, em detrimento da mera atribuição de direitos individuais de caráter universalista e uma suposta neutralidade em relação aos fins procurados pelas pessoas. Portanto, a partir dessas entre outras críticas, Rawls revisa parte de sua teoria com a publicação, no ano de 1993, da obra intitulada *O liberalismo político*. Nesta nova fase, buscou-se afirmar que a *Teoria da Justiça* não tinha pretensões universalistas, como afirmavam os comunitaristas e que não fazia parte de uma doutrina filosófica implícita.

### 5 O problema da estabilidade e a reorientação da *Teoria da Justiça*

A *Teoria da Justiça* foi vista por muitos de seus críticos como uma doutrina abrangente e, portanto, incapaz de conciliar-se com o fato do pluralismo. Esta interpretação se deve à demonstração da concepção de justiça como equidade como integrante de uma teoria moral, que desvelaria uma doutrina filosófica maior.

Na formulação de sua teoria moral, a concepção de *bem como racionalidade* implicava considerar que a “boa vida” era aquela extraída de uma escolha racional e autônoma dentre os vários modos de vida possíveis em uma sociedade. Logo, o bem enquanto racionalidade revelava parte de uma doutrina abrangente que comprometia a estabilidade da sociedade bem-ordenada de *Uma Teoria da Justiça*. Note-se que frente ao fato do pluralismo, a concepção de bem enquanto racionalidade poderia ser incompatível com as demais concepções

<sup>9</sup> “Como efeito, Walzer utiliza o termo pluralismo para descrever a diversidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas que estão presentes em qualquer sociedade moderna e complexa. Ao vincular o pluralismo às múltiplas identidades sociais – e não às concepções individuais de bem – Walzer define o seu compromisso com o particularismo histórico e social.” (CITTADINO, 2004, p. 85).

abrangentes de bem existentes comprometendo o projeto da estabilidade. Conforme leciona Roberto Gargarella:

Contudo, por que se pode dizer que a “teoria da justiça” não é uma concepção capaz de garantir as bases de sua própria estabilidade? Basicamente, porque, apesar de a “teoria da justiça” não constituir uma concepção “plenamente abrangente”, ela não esclarecia de modo conveniente qual era seu alcance, quais eram seus limites. O leitor, então – e segundo a opinião do próprio Rawls – ‘podia concluir razoavelmente que a ideia da justiça como equidade era entendida como parte de uma visão abrangente que logo e, se fosse necessário, poderia ser desenvolvida’. Essa conclusão – acrescenta Rawls – era, em suma, apoiada pela discussão realizada na “teoria da justiça” sobre o significado de se contar com uma sociedade bem organizada. Ali, assumia-se que todos os membros dela aceitavam a mesma concepção de justiça, e segundo parece, a mesma doutrina abrangente, como se aquela concepção fosse, necessariamente, uma parte ou uma derivação dessa doutrina: a “teoria da justiça”, assim apresentada, pressupunha um ideal “iluminista” segundo o qual se podia esperar a descoberta de uma doutrina filosófica que fosse capaz de nos revelar quais condutas são corretas e quais não, e que fosse, ao mesmo tempo, capaz de ser reconhecida por qualquer pessoa que raciocinasse de modo adequado. (GARGARELA, 2008, p. 226-227).

Assim, em *O liberalismo político*, Rawls reorienta sua filosofia, a fim de pensar a justiça como equidade enquanto uma função meramente política desempenhada em uma sociedade democrática. Nos dizeres do filósofo, o objetivo central dessa nova fase foi:

Transformar a doutrina da justiça como equidade proposta em Uma Teoria da Justiça em uma concepção política de justiça que se aplica à estrutura básica da sociedade. Transformar a justiça como equidade em uma concepção política requer converter em concepções políticas as idéias componentes que constituem a doutrina abrangente da justiça como equidade. (RAWLS, 2011, p. XV).

A justiça como equidade, que agora poderia ser enfrentada como uma concepção não abrangente, estava apta a ensejar o consentimento dos indivíduos aos princípios de justiça por meio de um amplo consenso social, denominado consenso sobreposto.

## 6 O Consenso Sobreposto e a Razão Pública Compartilhada

O consenso sobreposto é o resultado da reorientação empreendida por Rawls em sua filosofia e constitui a resposta do filósofo de Harvard para lidar com a questão de uma concepção de justiça política que funcione em meio a uma sociedade complexa. Trata-se de um acordo maior, assentido por toda a sociedade que tende a possibilitar a convivência de vários “discursos” num mesmo plano social, permitindo a todos levar adiante seus próprios planos de vida.

Consoante à lição de Roberto Gargarella, o consenso sobreposto é uma concepção política da justiça, porém não é amoral. Ela é moral, mas “elaborada em relação a um objeto mais específico – as instituições políticas sociais e econômicas.” (GARGARELA, 2008, p. 230). Portanto, tem o dever de “manter-se por si só” (GARGARELA, 2008, p. 230), sendo independente de qualquer doutrina abrangente particular, e por fim, deve ter seu conteúdo expresso em termos familiares aos cidadãos, por meio de ideias baseadas na cultura política da sociedade democrática.

Portanto, o consenso sobreposto não é uma perspectiva amoral de consentimento, vez que é desenvolvido em determinado contexto histórico e cultural, sofrendo as mesmas interferências deste contexto. Assim, conforme reverbera Gargarella:

O fato de defender uma concepção “política” da justiça não significa que ela seja distinta de todo ou, muito menos, oposta de uma concepção “moral”. Como diz Rawls, a concepção política da justiça é uma concepção moral, porém “elaborada em relação a um objeto mais específico: as instituições políticas, sociais e econômicas”. Em suma, trata-se de uma concepção que se refere à estrutura básica da sociedade, e que não se estende, por exemplo, a normas sobre a nossa conduta pessoal ou ideais de vida. (GARGARELA, 2008, p. 230).

Em Rawls, o alcance desde estado de consenso sobreposto passa por um processo gradual de três etapas até que esteja completo<sup>10</sup>. A primeira etapa

<sup>10</sup> “A passagem de uma mera situação de *modus vivendi* a um consenso constitucional, assim como a passagem deste para o consenso sobreposto, baseia-se, fundamentalmente, na concepção de psicologia moral que Rawls admite como presente ao longo de LP. De acordo com ela, as pessoas

consiste no que se denominou *modus vivendi*, ou seja, um *status quo* no qual os indivíduos se veem impelidos a incorporar certos princípios de justiça como a única forma de encerrar enfrentamentos civis permanentes. Na segunda etapa, que corresponde à fase do *consenso constitucional*, os princípios de justiça anteriormente incorporados e reconhecidos primeiramente a contragosto, chegam a ser aceitos por diferentes concepções rivais, de maneira que se forma um consenso constitucional sobre a questão. Todavia, essa fase não significa que se tenha alcançado uma concepção pública compartilhada, mas políticas muito básicas, meramente formais, apenas para evitar uma possível retomada àquele enfrentamento civil. Por fim, chega-se ao consenso sobreposto na medida em que o êxito do consenso constitucional vai se formando, e os cidadãos vão ganhando mais confiança uns nos outros (VITA, 2007, p. 293-294). Nos dizeres de Rawls, o consenso sobreposto é:

- a) mais profundo, ao basear-se em certas idéias particulares sobre as pessoas e a sociedade; b) mais amplo, até abranger princípios relativos a toda a estrutura básica da sociedade – incluindo, assim, certos direitos essenciais como os de uma equitativa igualdade de oportunidades e princípios relativos à satisfação das necessidades básicas de cada um; e c) mais específico, concentrando-se em uma peculiar concepção de justiça. (GARGARELA, 2008, p. 234).

Considerando-se que se tenha atingido um ponto de consenso acerca dos princípios de justiça, será necessário saber quais as razões ou argumentos democraticamente sustentáveis para dar substância ao consenso em si mesmo. Neste ponto, surge em Rawls a outra dimensão do consenso sobreposto, a saber, a concepção de razão pública compartilhada. No que diz respeito ao debate democrático, é necessário indagar-se sobre quais tipos de razões seriam apropriadas para oferecer critérios que levassem a atingir um entendimento comum de decisão política sobre princípios constitucionais básicos e ideias básicas de justiça. Na esteira do que propugna Rawls, a razão pública deve guiar a “pauta da agenda democrática”, tendendo a afastar deste panorama as razões que os indivíduos não possam razoavelmente aceitar por estarem vinculadas a uma

têm, junto com (‘os dois poderes morais’) sua capacidade para formar uma concepção do bem e sua capacidade para aceitar concepções de justiça e equidade, o desejo de agir em virtude de tais concepções.” (GARGARELA, 2008, p. 236).

específica concepção abrangente, isto é, cosmovisões de mundo que não se impõem a toda uma sociedade (VITA, 2007, p. 274-275). De acordo com o filósofo de Harvard, a razão pública é:

- a) Pública enquanto a razão dos cidadãos como tais: é a razão do público;
- b) Pública enquanto ao objeto que tem como próprio: questões que têm a ver com o bem público em assuntos fundamentais de justiça; e
- c) Pública quanto à sua natureza e conteúdo, que se vincula a ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade. (RAWLS, 2011, p. 251).

Importante ressaltar, entretanto, que esta imparcialidade moral exigida pela razão pública compartilhada em contraposição às razões de cunho privado sobre a democracia deliberativa, só toma lugar na medida em que seja preciso solucionar conflitos concernentes a “fundamentos constitucionais” e “questões básicas de justiça”. Veja-se, conforme leciona Álvaro de Vita, que não são todas as questões sociais que ficam afastadas de um possível debate no qual as razões privadas possam ser levantadas:

O ideal de unanimidade razoável nos conduz a uma norma de neutralidade de justificação de princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade. Esperamos ser capazes de justificar esses princípios e suas configurações institucionais de forma que não pressuponha o valor intrínseco superior de nenhuma concepção específica do bem. Mas, não há por que supor que essa norma de neutralidade deva incidir sobre um sem-número de decisões que não colocam em questão a distribuição básica de direitos e deveres da sociedade [...] O fato de que as questões pertinentes à estrutura básica da sociedade devam ser solucionadas com base em um padrão estrito de razão pública – isto é, com base em razões que todos podem, em princípio, compartilhar – não significa que tudo o mais seja subtraído da discussão pública. (VITA, 2007, p. 279-281).

O cerne da questão acerca da razão pública reside em compreender que o Estado não deve, sob nenhuma hipótese, revelar-se sectário de uma certa doutrina

abrangente, sob pena de violar o princípio da legitimidade<sup>11</sup>. O princípio da legitimidade aparece na teoria de Rawls enquanto dever moral de todos os cidadãos quando se discutem os princípios fundamentais da Constituição e ideais básicas de justiça. Referido princípio tem o condão de demonstrar se o poder político é exercido legitimamente ou não. O dever moral em que se apóia é chamado de “dever de civildade”<sup>12</sup>, que se relaciona com o próprio ideal de cidadania das sociedades democráticas plurais, vislumbrando a cooperação mútua de indivíduos capazes de levar a efeito seus planos de vida, sem prejuízo da liberdade dos demais para fazer o mesmo.

### **7 Considerações Finais: Reflexões acerca da contribuição da teoria da justiça de Rawls para o Direito e as sociedades democráticas plurais**

No desfecho do presente estudo, que não teve a pretensão de ser um guia exaustivo sobre a obra de John Rawls, a ênfase que se dará incide sobre a contribuição do filósofo para o debate em torno da Democracia e do Direito.

Verifica-se que o procedimentalismo de Rawls reside em sua proposta de afirmação da neutralidade liberal em sociedades plurais.

Necessário ressaltar que Rawls parte do pressuposto de que há uma ideia intuitiva básica implícita na cultura pública das democracias que descreve a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais (CITTADINO, 2004, p. 80). Esta ideia confere o embasamento liberal de sua teoria que, por conseguinte, acaba dialogando com as sociedades democráticas plurais de matriz econômica liberal. Assim, a proposta do filósofo de Harvard consiste em asseverar o ideal de neutralidade liberal do Estado em relação às várias concepções abrangentes, por meio do recurso a dispositivos fortemente marcados

<sup>11</sup> “O respeito ao princípio de legitimidade é, então, em síntese, o que vêem a promover nos cidadãos um ‘dever que não é legal, mas moral’, que é o dever de recorrer a razões públicas toda vez que se discute o conteúdo essencial da constituição. Rawls chama esse dever de ‘dever de civildade.’” (GARGARELA, 2008, p. 238).

<sup>12</sup> “[...] o ‘dever de civildade’ é definido como um dever próprio do ‘ideal de cidadania’, que exige que sejamos capazes de explicar uns aos outros ‘de que modo os princípios e políticas [que propomos e votamos] e, em tudo o que tange a questões fundamentais, podem ser apoiados pelos valores políticos da razão pública’. Esse dever – continua Rawls – envolve também nossa disposição para escutar os outros e determinar quando temos que nos adaptar a seus pontos de vista.” (GARGARELA, 2008, p. 238).

pela ideia de uma releitura da tradição contratualista clássica. Dentre estes dispositivos de representação se colocam a posição original, o véu de ignorância, a concepção de razoabilidade, de razão pública, dentre outros.

Em que pese às várias críticas tecidas à *Teoria da Justiça*, Rawls se destaca ainda hoje por sua proposta de superação do fim das ideologias ou de sua homogeneização, para estabelecer meios e condições tendo em vista a construção do diálogo e manutenção de “todas” as ideologias, pautados em um dever de civilidade inerente à cultura democrática. Pode-se dizer, então, que a *Teoria da Justiça* de John Rawls renova a tradição contratualista clássica, situando-a dentro da complexidade das sociedades plurais democráticas, a fim de fundar uma concepção de contratualismo particular, hodiernamente denominada neocontratualismo.

No que diz respeito ao universo do Direito, importante considerar que as teorias da justiça se fundamentam em postulados ideológicos que sedimentam um conceito de Direito e de Estado, na medida em que justificam a existência das instituições políticas em determinado contexto social. Esta correlação entre um conteúdo ideológico de justificação e a afirmação de um Direito posto suscita o problema de uma suposta depuração ideológica do conteúdo normativo do Direito em sociedades plurais. Isso porque, ao optar-se por uma concepção abrangente para reger as bases de uma sociedade, através de uma teoria da justiça, teremos que o Direito posto será eivado desta mesma concepção. Decorre disto que, as possibilidades de planos de vida do sujeito participante de uma sociedade erigida sob estas condições serão restringidas à apenas poucos, senão um, ideal de justiça e bem irradiados no Direito.

Segundo alguns neocontratualistas, dentre os quais se pode citar Brian Barry, Thomas Scanlon e Amartya Sen, John Rawls é o primeiro filósofo político a oferecer as bases para uma teoria da justiça que não fosse pautada em uma concepção abrangente de bem incompatível com os ideais da sociedade democrática liberal<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> “É dessa forma que Thomas Scanlon interpreta a idéia central da modalidade de contratualismo que encontrou na construção proposta por Rawls em Uma Teoria da Justiça – apesar das hesitações do próprio Rawls sobre isso neste e em seus textos posteriores – sua mais notável formulação na teoria política contemporânea.” (VITA, 2007, p. 177).

A proposta da teoria da justiça de John Rawls, muito embora tome como ponto de partida a afirmação do liberalismo enquanto postulado ideológico, preceitua que o Estado deve ser neutro em relação às várias concepções abrangentes, ou planos de vida desejados pelos indivíduos. Isso equivale a dizer que, o Estado não deve demonstrar uma postura sectária com relação a qualquer das concepções abrangentes de bem, seja no momento de estruturar suas instituições políticas ou quando edita normas jurídicas. Essa é a proposta de neutralidade liberal, possível por meio do próprio ideal liberal de sociedade. Decorre disto que a própria teoria da justiça parte de fundamentos próprios, isto é, de premissas já constituídas, que dialogam com a ideologia liberal democrática.

Deste modo, o liberalismo político de John Rawls não se restringe à pauta da neutralidade. A garantia de um núcleo mínimo de direitos, bem como o problema da tolerância são questões fundamentais para o liberalismo político. Assim, a questão da legitimidade das instituições políticas e das normas jurídicas é vista, primordialmente, do ponto de vista do pluralismo de valores.

Neste ínterim, reside o âmago da proposta da teoria da justiça de Rawls: sua afirmação de uma concepção política de justiça em oposição a uma concepção metafísica, que poderia por sua própria natureza ser incompatível com o pluralismo de valores (CITTADINO, 2004, p. 81).

O procedimentalismo de Rawls não significa que sua teoria seja desprovida de qualquer normatividade moral (CITTADINO, 2004, p. 117). Uma possível interpretação da moralidade de John Rawls afirma que os únicos fundamentos genuínos para a ação moral são aqueles baseados em razões neutras em relação ao agente<sup>14</sup>, ou seja, aquelas razões que independem da imposição de nossa perspectiva individual. Uma concepção política de justiça, portanto, só pode ser moralmente legítima se afirmada a partir de razões que são neutras<sup>15</sup>. Assim, a neutralidade moral e procedimentalismo vistos em Rawls demonstram-se capazes

<sup>14</sup> “Acredito que é possível ter essa visão abrangente a partir de uma distinção, proposta por Derek Parfit e Thomas Nagel, entre dois tipos de razões morais para agir: as ‘razões neutras em relação ao agente’ e as ‘razões relativas ao agente’ [...] Essa distinção deriva das duas proposições mais simples e fundamentais que creio ser possível à razão prática conceber. Elas são as seguintes: (1) a vida de todas as pessoas tem valor e um valor igual; (2) cada pessoa tem sua própria vida para levar.” (CITTADINO, 2004, p. 1-2).

<sup>15</sup> “O contratualismo Rawlsiano (e formulações similares) é basicamente uma teoria ‘neutra em relação ao agente’, isto é, as razões que invoca são as que todos os agentes podem reconhecer desde que se coloquem de uma perspectiva apropriadamente imparcial.” (CITTADINO, 2004, p. 178).

engendrar uma concepção não sectária de doutrinas abrangentes irradiadas no Direito e nas instituições políticas, de forma a tornar um ideal de justiça por si só antidemocrático, ao conferir maior peso a uma das concepções da “boa vida” em detrimento das demais. Neste sentido, o utilitarismo e o libertarianismo são teorias deficitárias, pois impõem uma certa concepção abrangente, que padece na consideração igualitária de todos, bem como na fundamentação de um núcleo básico de direitos<sup>16</sup>. Por outro lado, o procedimentalismo tem como escopo incluir cada vez mais o maior número de indivíduos e de interesses na pauta da democracia deliberativa. De acordo com o próprio Rawls, o principal objetivo de sua obra consistiu em “elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa viável a doutrinas que dominaram por muito tempo nossa tradição filosófica” (RAWLS, 2011, p. XV), estas doutrinas que são principalmente o intuicionismo e, sobretudo, o utilitarismo não conseguiram empreender justamente este escopo: o de considerar igualmente os interesses de todos e incluí-los cada vez mais no debate democrático.

Deste modo, a teoria da justiça de John Rawls pode ser vista como uma resposta peculiar e mais satisfatória aos questionamentos que estas doutrinas não deram conta de responder em sua completude, ora porque não eram compatíveis com o pluralismo de valores e uma concepção pública de justiça, ora por ainda serem insuficientes do ponto de vista da distribuição igualitária de recursos.

## 8 Referências Bibliográficas

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004.

FREEMAN, Samuel. **The Cambridge Companion to Rawls**. New York: Cambridge Press, 2003.

---

<sup>16</sup>“Vale aqui uma observação de Jeremy Waldron sobre a dificuldade de a teoria utilitarista gerar considerações investidas de força moral que atribuímos aos direitos: ‘Não devemos deixar eu a sofisticação formal do utilitarismo contemporâneo oculte de nós o fato de que, no outro nível do conteúdo, os utilitaristas permanecem perfeitamente à vontade com a possibilidade (na verdade, eles estão necessária e profundamente comprometidos com isso) de barganhar os interesses relacionados à vida e à liberdade de um pequeno número de pessoas por uma soma maior de interesses menores do que de outros.’ (CITTADINO, 2004, p. 16).

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Nythamar. **Rawls**: Coleção filosofia passo-a-passo 18. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007.

## ACREDITARAM OS ROMANOS EM SUA FILOSOFIA? AS TENSÕES ENTRE ESTOICISMO E DIREITO ROMANO (II A.C. – II D.C.)

Márlio Aguiar<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** Estoicismo; Direito Romano; História do Direito; Filosofia Antiga.

**Resumo:** A partir dos traços gerais do estoicismo, o trabalho demonstra qual o papel que o direito recebe no interior do sistema estoico, especialmente no estoicismo peculiar dos romanos e de seus juriconsultos. Discutem-se ainda as críticas tradicionais direcionadas ao estoicismo, sistematizadas na obra de Michel Villey: sua dependência da noção de *phýsis* e cosmos; seu “imobilismo” e “individualismo”; seu “determinismo” e a noção de destino. Ao final, o trabalho esboça um quadro de posicionamentos pela possibilidade do direito na filosofia estoica.

### 1 Introdução

Nesse artigo daremos sinal para uma das mais densas questões que, quanto ao estoicismo, percorrem tanto a filosofia do direito ou, simplesmente, o pensamento acerca do direito (e no que nos interessará mais a frente, a possibilidade de pensar o direito romano a partir do estoicismo): qual é o papel que o estoicismo devota ao direito, e como o estoicismo entende esta palavra?

O estoicismo recebeu uma série de potentes críticas filosóficas tanto de seus críticos contemporâneos quanto dos críticos posteriores. Podemos sintetizar: uma filosofia puramente moral da resignação, sem espaço para a atividade política; uma filosofia determinista, sem espaço para a liberdade humana; até mesmo uma filosofia subjetivista, individualista, propensa tão somente a discutir os temas da vida privada. A imagem mais comum do estoicismo é a de um estoicismo pelas aparências: a do homem que é duro e resignado, que suporta a dor e encarrega-se

<sup>1</sup> Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC) e do curso de história da Universidade do Estado de Santa Catarina (FAED/UEDESC). Bolsista do Programa de Iniciação Científica do CNPq (PIBIC/UFSC), sob orientação do Prof. Dr. José Isaac Pilati. Membro do Grupo de Pesquisas em Latim e Fontes de Direito Romano: *Ius Dicere* (CNPq/UFSC).

do próprio destino (BRENNAN, 2010, p. 13-21; CHAUÍ, 2010, p. 114-116). O estoicismo ficaria assim sendo uma espécie de anestésico apropriado para períodos históricos particularmente ruins e de sofrimento (seja o período de queda da *polis* grega, seja o da *respublica* romana). Outra caricatura comum do estoico é a do homem sem emoções, mais parecido com um autômato ou fantasma do que mesmo um homem. E para o nosso estudo o que é mais importante: uma filosofia que retira do homem a vida ativa político-jurídica, que desdenha das coisas humanas, posto que pela Providência tudo por meio dela se explica e resolve. Não haveria, assim, lugar para o direito nesta filosofia.

O questionamento “o direito é possível no estoicismo?” é por demais profundo e não tencionamos tratá-lo de forma exaustiva. Todavia, estamos conscientes de que esta questão familiar à história da filosofia (e também filosofia do direito) é como que prévia para compreender a que se prestava a filosofia do direito no mundo antigo.

Para tanto, o capítulo seguirá o seguinte caminho: (i) dialogaremos com a refinada crítica do filósofo do direito, Michel Villey, que representa, por excelência, a posição teórica que nega ao estoicismo qualquer função ativa no mundo político-jurídico, tanto ao “estoicismo antigo” quanto à retomada deste pelos pensadores modernos; (ii) retomaremos alguns tópicos da física e ética estoicas, enfatizando as críticas e as respostas dadas pelos estoicos em seu tempo, de modo a entrever possíveis respostas do próprio sistema para tantas objeções. Ainda nesse ponto, indicaremos no estoicismo o que nos parece a possibilidade do direito (colocando-nos numa corrente de interpretação divergente da tradicional que se dá em história da filosofia ao estoicismo).

### 2 Uma visão negativa do estoicismo na *Formação do Pensamento Jurídico Moderno* de Michel Villey

Michel Villey é um filósofo do direito que, pela riqueza e profundidade de sua obra, dispensa pormenorizadas apresentações. Em *Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, Villey esboça sua história da filosofia do direito – que começa da Antiguidade grega e vai até a Modernidade Jurídica, com o trabalho de Thomas

Hobbes, considerado por ele o primeiro “positivista”<sup>2</sup> – como um método de iniciação à Filosofia do Direito. Do pressuposto de que nem a história do direito nem a história do pensamento filosófico jurídico são progressivas, segundo Villey, a via para um pensamento jurídico sério, efetivamente coerente, é admitir a existência de pensamentos divergentes, muitas vezes opostos entre si quanto ao pensamento jurídico, questionando os próprios princípios do pensamento (VILLEY, 2005, p. 1-13): o grande tema da obra é a conceituação de “direito natural” em diferentes períodos e contextos históricos do pensamento jurídico-político.

Localizados em sua principal obra, adentramos diretamente a terceira parte – dedicada ao “pensamento jurídico moderno” –, em seu primeiro capítulo, tributado à renascença das filosofias helenísticas pelos humanistas do século XVI, que rompem com a tradição de pensamento tomista medieval. Nesse novo mundo cultural e nas mãos da elite profana, pensa Villey, a nova literatura retorna às fontes antigas do helenismo para buscar essencialmente questões da vida privada moral (VILLEY, 2005, p. 436-453), trazendo consequências (a seu ver, nefastas) para o pensamento político e jurídico.

Deixemos de lado, por ora, as considerações que faz o autor acerca dos juristas humanistas do Renascimento e seu papel na formação do pensamento jurídico moderno (como deixa claro, para ele, é na era moderna, e não na Antiguidade, que as filosofias do helenismo alcançam seu auge) (VILLEY, 2005, p. 452): concentremo-nos, especificamente nas palavras tecidas por Villey para o estoicismo greco-romano e suas consequências para o direito. Veremos em sua

<sup>2</sup> Não é tarefa simples compreender o sentido pelo qual Villey toma o vocábulo “positivismo jurídico”, compreendido sempre em contraponto ao que chama de “direito natural clássico” (vinculado à obra de Aristóteles e de São Tomás de Aquino. A partir de Hobbes, pensa o filósofo, sedimenta-se o pensamento jurídico moderno, que desdenha a realidade da ordem social temporal (que constitui, no juízo de Villey, o pilar da filosofia do direito aristotélica e tomista); para Villey, as discussões de filosofia do direito poderiam se encerrar nesta encruzilhada (o que explica por que tantos autores posteriores, de Kant até Kelsen, não são objeto de sua análise). Fugiria ao escopo deste trabalho apresentar todas as nuances tecidas em *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*; sua história jusfilosófica é bastante própria e merece atenção detida dos estudiosos do direito. Registre-se contudo que, muito embora tenhamos reticência em acompanhar uma série de suas afirmativas, denotamos o louvor da proposta do filósofo. Os estudos de história da filosofia do direito cumprem uma função crítica (crítica sobretudo dirigida ao anacronismo das instituições e conceitos): na leitura das fontes filosóficas, até mesmo de fontes filosóficas “puras” (*i.e.*, autores não necessariamente juristas), podemos perceber os momentos de formação de modos e esquemas de pensamento, não apenas para criticá-los como insuficientes, mas para compreendê-los enquanto tais.

argumentação – para dizer de um modo vulgar – que o filósofo efetivamente consegue “pagar o preço” do estereótipo: a visão negativa quanto ao helenismo e, especialmente, quanto ao estoicismo, é justificada com potentes argumentos.

Para representar o estoicismo, Villey chama ao palco justamente Cícero, menos pelo estoicismo próprio de sua obra, revela, e mais por sua contribuição em resguardar sínteses do antigo Pórtico; e pretende defender uma posição que admite paradoxal: o estoicismo e a obra de Cícero vão em contramão ao direito natural que, em geral, é atribuída aos estoicos. As noções de *lex naturalis* e *ius naturale* nos estoicos, traduções latinas das expressões *dikaion katá phýsin*, pensa Villey, não têm o mesmo fundamento. O estoicismo negaria tanto a noção de direito quanto a de “direito natural” (a natureza pode ser fonte do direito), e somente a obra de Aristóteles poderia ser considerada a verdadeira origem do direito natural (e por extensão, a obra tomista, baseada no pensamento peripatético).

Na *Ética a Nicômaco*, explica-nos, o direito deriva da justiça, uma justiça particular que deriva da geral, cujo objetivo era a justa partilha no âmbito da *pólis* grega. Os estoicos, por sua vez, negaram o conceito de “justiça particular” (peripatético) em prol de um conceito “vago” de justiça, que coincidiria com um conceito vago de direito. Isso se explicaria pelo florescimento dessa filosofia voltada à moral da vida privada: a nova ordem política no mundo helênico fez desaparecer as liberdades cívicas da antiga Grécia, e o papel do filósofo não era mais o de influir na ordem política<sup>3</sup>; chegam mesmo a negar a *pólis* com sua noção de *cosmopolis*. Essa atitude ignoraria o direito e, justamente por isso, a moral estoica é tachada de determinista: o grande *lógos* que conduz a humanidade já comandou tudo na história, de forma que não há porque dirimir uma moral ativa, mas sim, uma moral de aceitação de bom coração ao que já está para acontecer, “uma moral das intenções e não da prática”. Isso tanto se evidenciaria quanto mais nos aproximamos do “estoicismo puro”; o estoicismo médio seria mais brando, e

<sup>3</sup> Como se vê até aqui, Villey segue o itinerário da explicação da historiografia tradicional da filosofia acerca das filosofias do helenismo. Não é o caso de negar a incidência da óbvia mudança de contexto sócio-político (seja dos fundadores do Pórtico ou dos estoicos do Principado): no entanto, o estereótipo carrega consigo características apressadas que, uma vez engessadas pela interpretação canônica, são tidas como verdades apriorísticas que quase dispensam uma análise mais cuidadosa das fontes gregas e romanas. Com todo o respeito que devotamos à obra de Villey, parece-nos, contudo, que também o grande filósofo padeceria desse automatismo de pensamento quanto à doutrina estoica.

em particular, no mundo romano, onde o estoicismo sofre contaminação, sobretudo da doutrina de Aristóteles (VILLEY, 2005, p. 461), construindo antes uma moral “intermediária”, daquelas condutas preferíveis e de *officiis*<sup>4</sup>.

Com o pensamento ciceroniano, a justiça é tratada não como algo a ser realizado entre os juristas e magistrados (a partilha equitativa de bens, a justiça particular frente ao caso concreto de Aristóteles), mas algo de todos os cidadãos, cada qual buscando o que é seu. O primeiro plano, diz Villey, é a filosofia moral dos indivíduos, na retidão de conduta, a virtude subjetiva moral do indivíduo (*habitus animi*) – em suma, o Cícero estoico descarta de fazer uma definição, um princípio e um fim específico ao *ius*, ao direito; o estoicismo confunde direito e moral social, e não tem o direito em suas perspectivas (VILLEY, 2005, p. 463 et seq.; VILLEY, 2007, p. 53-58).

Apresentando outro paradoxo dos estoicos, Villey diz que as noções de direito e direito natural não podem ser encaixadas no estoicismo pelas falhas de sua concepção física de *phýsis*. Explica-se ser um “paradoxo” pela importância do conceito de natureza no primeiro dos preceitos morais estoicos, o de viver em constância com a natureza. Justifica-se o autor: este é um conceito de natureza radicalmente diferente de Aristóteles (com o que estamos de acordo). A natureza aristotélica é tanto a origem quanto a mostra das causas eficientes (causas finais) das coisas, incluindo uma ordem perfeita não apenas de indivíduos, mas de conjuntos ordenados, constituindo, portanto, efetivos modelos de direito natural, inseridos na natureza das proporções naturais e da partilha de bens entre os homens no interior da *polis*. O conceito estoico é para Villey materialista, sensualista e nominalista – a natureza concebe apenas seres singulares materiais, que só vêm ao sentido através de movimentos da *phýsis*, que só podem ser conhecidos aos nossos sentidos por objetos particulares. Não chega ao patamar dum materialismo puramente mecanicista, já que mesmo a matéria, aos estoicos,

<sup>4</sup> O autor argumenta nestes termos em prol não de uma especificidade histórica do pensamento romano: parece argumentar, inadvertidamente, num sentido teleológico. “As condições da vida romana diferem do mundo oriental, e o espírito romano não está maduro para uma moral de passividade e solidão. E não se pode esperar de Cícero que ele professe com certa sinceridade a indiferença aos bens terrestres e às vantagens exteriores: ele concorda que não são ‘bens’, o que não impede que sejam ‘preferíveis’. [...] Nessa mistura de aristotelismo e de estoicismo que é o estoicismo médio e a moral ciceroniana, será que veremos reaparecer a justiça específica e o direito? Talvez, desde que nos desviemos das estritas posições estoicas”.

possui um sopro e um espírito (*pneuma*), cuja força move o mundo e a natureza por si só. Mas, mesmo esse *lógos* que está em todos os seres vivos seria tão somente causa eficiente, para os estoicos – não mais um fim, uma tendência à ordem das sociedades.

O “justo natural”, a “moral segundo a natureza” dos estoicos seria, acima de tudo, derivada da natureza (a natureza é *fons iuris*, no dizer de Cícero em *De Legibus*, I.5). O direito decorre da natureza, logo, decorre do *lógos* que move todo o mundo (*natura initium iuris*; ou ainda *ex natura ortum [est] ius*) (CÍCERO, *De Legibus*, I.13). Vê-se que tudo isso discorre tão somente sobre a possível origem do direito: o direito natural estoico é um tema de introdução geral, mas não tem mais nenhuma influência na vida prática do direito. A ordem da *polis*, da vida pública, das normas, não se encontram no conceito estoico de natureza, que é algo derivado do *logos* que move o mundo, mas que se aplicaria especialmente ao homem individual: não poderia ser, conclui, uma autêntica doutrina de direito natural (VILLEY, 2005, p. 468)<sup>5</sup>. A natureza estoica não é aquela cósmica e dos conjuntos de Aristóteles; é a “natureza do homem”: não há método, portanto, de descoberta de soluções do direito (e do particular) a partir do geral<sup>6</sup>.

Villey sintetiza os resultados do estoicismo fazendo crer que essa doutrina inequivocamente só poderia levar a um “positivismo” jurídico: (i) o direito não procede da natureza exterior, como na filosofia de Aristóteles, e sim, na “razão do homem”, seu *lógos*; (ii) e assim, o direito estará contido no conjunto de leis dispostas pelo espírito humano (VILLEY, 2005, p. 472)<sup>7</sup>. A natureza estoica, i.e. a

<sup>5</sup> “O estoicismo se apresenta como uma religião do *logos*; deificou-o e presta-lhe um culto; assimila-o a Júpiter. Nossa lei é a Razão. E eis algo que convém bastante a uma filosofia moral, que nos prescreverá obedecer à voz de nossa consciência. Talvez não se possa encontrar melhor princípio em moral: mas, para os juristas, isso será geralmente pretexto para uma retórica vazia; quando um advogado se vir sem argumentos sólidos e precisos, invocará esse pretensão direito natural da Razão...”.

<sup>6</sup> Em CÍCERO, *De Legibus*, I.5 efetivamente o Arpinate lembra que a natureza do direito é retirada da natureza do homem, que é movido por parcela do *logos*. Justamente esta parcela do *logos* que Cícero buscará inventariar nas “inclinações naturais” das quais nasce o direito, derivando e suas fontes do justo, sobretudo em *De Officiis* (I.4 et seq.). O nascimento do direito entendido enquanto tal para Cícero só advém dos homens (dotados de *lógos*) em suas associações. A natureza que faz a disposição em assembleias e cidades. Os laços que daí derivam vieram da natureza, e são o fundamento do direito (CÍCERO, *De Legibus*, I.8).

<sup>7</sup> “1.) Não é mais da natureza exterior que procede o direito, mas sim da ‘natureza do homem’, ou seja, de sua razão; por conseguinte, a *razão substitui a natureza* como fonte principal do direito. 2.) Disso resulta que o direito (ou, melhor, o justo) estará contido no conjunto das leis *dispostas* pelo espírito humano; o resultado do estoicismo, apesar das aparências, é um *positivismo* jurídico.” (VILLEY, 2005, p. 472).

“natureza do homem” é, portanto, fonte do direito e lei de conduta. Ela não existe já de antemão no vulgo, mas, é cultivada pelos sábios virtuosos, que delineiam as regras do justo e do injusto. Não estaríamos longe da lei do sábio que vinha de Platão: Cícero lhe dá forma especial por enquadrar o orador como fonte do direito, o homem que é sábio, que é filósofo, dispõe da razão e ainda está imbuído de *auctoritas* perante os demais.

O estoicismo, pensa Villey, assim equipara a razão universal e sua lei natural a Júpiter: não podendo ser deuses, os homens, dotados de uma parcela menor desse *logos*, fazem nascer leis explícitas. Primeiro todos os homens têm noções comuns, que serão, mesmo que vagas, as fontes do *ius gentium*; num segundo momento, as noções mais elevadas, que se afastam do vulgo, e são proclamadas pelos *prudentes* (*mens ratioque prudents*), de oradores, de homens dotados de *auctoritas*, que serão fontes do direito, criando leis precisas, fórmulas, lembrando os *mos maiorum*, os *pacta*, *tabulae*, *stipulationes* etc, todos mencionados nos tratados de oratória. O direito não se caracteriza por sua finalidade ou domínio, já que não é foco do estoicismo, que o coloca em mesmo patamar com a moral social: o direito caracteriza apenas esse segundo momento, quando o germe natural ganha sua forma completa em leis escritas, em costumes sancionados, em suma, em instituições “positivas”<sup>8</sup>. A opinião de Villey é a de que as teses de Cícero – representativas do estoicismo no particular – passam a vingar com o humanismo moderno apenas; e deseja pôr à crítica a ideia tipicamente romanista de que essas leituras estoicas já estão presentes nas fontes clássicas do direito romano. Nada mais passariam, nas palavras de Villey, do que concessão à moda filosófica<sup>9</sup> entre a elite letrada romana (VILLEY, 2007, p. 59-68).

<sup>8</sup> Para Villey, ao fazer o *ius* derivar de regras expressas, Cícero não poderia senão recair num “positivismo jurídico”, já que não indica ao jurista ou legislador nenhum método de descoberta que limite sua arbitrariedade, dado o caráter incerto do apelo à razão dos estoicos. É certo que Villey admite que de modo algum Cícero era voluntarista; contudo, já que buscara – mesmo que sem sucesso – um critério de justiça da lei acima do arbítrio dos indivíduos na natureza. Porém o fez que deslocando este conceito em relação a Aristóteles, caracterizando, para o autor, uma “perda de substância” no conceito.

<sup>9</sup> Michel Villey comenta algumas das passagens célebres do título primeiro Digesto (D.1.1.1; D.1.1.10; D.1.1.11; D.1.2.2; D.1.1.1.10; D.50.17.1), em todas para chegar a conclusão de que o conceito de *ius naturale* (ou de *ratio naturalis*, presente em menor medida nestas fontes) não corresponde à doutrina clássica de direito natural e, portanto, não é autêntica filosofia do direito natural.

Todavia, o filósofo se demonstra consciente da dimensão da questão (VILLEY, 2005, p. 496-497)<sup>10</sup>: vamos nos debruçar sobre os últimos argumentos expostos por Villey acerca do estoicismo. Mesmo tal ferrenho crítico admite que o tema está longe de ter sido esgotado e que, sem dúvida, de alguma maneira, o estoicismo não pode ser descartado como parte do pensamento jurídico romano (VILLEY, 1991, p. 79): sobretudo, adentrou no direito através dos pretores e dos jurisconsultos como nos testemunham enxertos significativos dos *Digesta* (começando por seu título um, *De iustitia et iure*). As concepções da natureza do homem e da lei natural lá estão, assim como de *ius gentium*; direito romano, especialmente o *ius honorarium*, diz Villey, passou a tender para o consensualismo e a busca da *fides* sob influência dos estoicos. Será melhor deixar a própria pena desse filósofo justificar sua contundente tese:

Em suma, não iremos negar que, até mesmo nas soluções do direito romano clássico, houve um afluxo maciço da moral do estoicismo. O direito romano, como dissemos, é feito de muitas peças soltas e heterogêneas. Cabe aos romanistas (não tenho certeza de que até agora eles tenham dado muita importância à questão) avaliar o peso exato dessas influências estoicas. Quanto a mim, continuo com a impressão de que elas são apenas acidentais e às vezes superficiais. São enriquecimento, às vezes simples enfeites, mas as fundações do edifício não me parecem ser estoicas. Ao contrário, constatamos uma inegável convergência entre a doutrina de Aristóteles e a estrutura do direito romano, ainda que em geral insuspeita. Como explicá-la? Será pelo fato de que alguns jurisconsultos, entre os quais talvez aqueles que lançaram as bases da ciência do direito, terem com efeito lido Aristóteles ou o que traziam de suas ideias diversos autores, quem sabe as seitas neopitagóricas ou as escolas de retórica? Será pelo fato de terem tido a sabedoria de pôr cada coisa em seu devido lugar, ou seja, de só utilizar a filosofia estoica na moral privada, lá onde ela era competente – continuando Aristóteles a ser o mestre para a filosofia do direito? Ou não seria antes pelo fato de que a formação do direito romano se deu espontaneamente, sem espírito de sistema, mas de uma maneira tão normal e tão natural que a excelente doutrina de Aristóteles se presta perfeitamente a dar conta dele? Todas essas explicações podem ter sua

<sup>10</sup> Também Villey está ciente da dificuldade de se analisar a questão “o estoicismo e o direito romano”, admitindo que não poderá abordá-la em todos os aspectos, pela complexidade dos princípios de um sistema tão grande quanto o romano.

parcela de verdade: para nós, importam apenas os resultados. Quanto às fontes do direito romano, não nos deixemos desviar pelos desenvolvimentos teóricos do primeiro título do *Digesto*. Estão ali apenas para servir de fachada, como um pórtico acrescentado posteriormente. As introduções gerais de Ulpiano, de Pompônio ou de Florentino deram-se ao luxo, por condescendência para com a moda filosófica, de uma referência às ‘tendências naturais’ do homem, mas o direito romano não é extraído do estudo da ‘natureza do homem’ [...] Neste mesmo sentido, alguns jurisconsultos fizeram uso da expressão estoica *ratio naturalis*. Mas as *soluções* deles nem por isso são tiradas de uma ‘razão’ separada. Será o direito moderno que cairá no erro do racionalismo, e não o verdadeiro direito romano. (VILLEY, 2005, p. 500-502).

Efetivamente o argumento de Villey reside em afastar substancialmente a experiência técnico-jurídica romana de qualquer origem estoica: seria somente a doutrina aristotélica que daria conta do “direito natural”<sup>11</sup>. Mero ornamento dos fragmentos contidos nas *Digesta* de Justiniano, o estoicismo forneceu muitas introduções gerais a alguns manuais jurídicos romanos – na forma de citações pedantes e raramente assimiladas – mas, jamais foi, se pudermos nos utilizar de uma analogia, o pórtico do direito romano (VILLEY, 2005, p. 503-504).

O filósofo do direito alcança assim a conclusão que lhe permitirá continuar sua história da filosofia do direito a partir do humanismo. Os verdadeiros princípios de direito romano vieram de Aristóteles, e não do estoicismo; foi o direito da modernidade, a partir da leitura dos renascentistas, que se tornou totalmente vinculado ao estoicismo e suas outras características: racionalismo,

<sup>11</sup> Na verdade, ao fixar os critérios constitutivos do “direito natural clássico” na filosofia aristotélico-tomista e com base nestes critérios desvanecer todas as outras correntes de pensamento sobre o ponto, não podemos deixar de notar a semelhança com que a própria pena de Aristóteles, em sua *Metafísica*, ao explicar a doutrina das causas tomando também por base seus critérios (ARISTÓTELES, TA META TA ΦΥΣΙΚΑ, A3, 983a et seq.). O que cumpre destacar é o seguinte: toda a filosofia do direito é analisada por Villey através das lentes da filosofia do fundador do Liceu: tanto as filosofias antigas (como as do helenismo), quanto as medievais (o pensamento franciscano, o pensamento nominalista *etc.*) e modernas (até Hobbes) só são analisadas por estes critérios. As “imperfeições” e “insuficiências” destas doutrinas surgem imediatamente à baila quando o intérprete opta por compará-las a um modelo de completude. Não há dúvidas de que qualquer sistema de pensamento filosófico pode ser por nós invocado para trazer críticas e reflexões a outros modos de pensar (não somos, neste sentido, escravos de um historicismo míope: as doutrinas de Aristóteles ou dos estoicos nasceram e respondem ao seu período histórico, mas não significa que dele não podemos nos fazer valer). Todavia, devemos evitar o outro extremo, sob pena de depreciar histórica e teoricamente as filosofias analisadas.

legalismo, o homem dominador da natureza, a propriedade, a expansão, o contrato e consentimento; em suma, da “imagem falaciosa” que os romanistas modernos legaram do direito romano a partir de Doneau, Bodin, Grócio e outros pensadores.

Sintetizemos os pontos de crítica de Michel Villey: (i) o conceito de “natureza” ou *phýsis* da Física do estoicismo é materialista, sensualista e nominalista, assim vago, sem possuir causa final, impossibilitando a extração da ordem normativa; (ii) o individualismo, pautado por uma moral “pouco prática”, preocupada com a vida ética individual, que engessa a participação do homem na ordem política e jurídica; (iii) o determinismo advindo das noções de Destino e Providência. Ao filósofo tudo isso descamba em “positivismo jurídico”, entendido como um modo de proceder do direito alheio ao direito natural aristotélico, i.e. fundado na justiça particular prevista na natureza geral das coisas.

### 3 Possíveis respostas do sistema estoico: a possibilidade d’O Direito

Com o introito representado pela crítica de Michel Villey – sistematizada, como percebemos, em três grandes pontos – delineamos algumas das principais críticas que o estoicismo recebeu de seus contemporâneos e seus leitores sucessivos; demos destaque, sobretudo, ao que isso representa para a história do direito e para a filosofia do direito no estoicismo. No decorrer das próximas três subseções, lidaremos com esses três pontos de crítica trazidos à baila, em alguma medida, apresentando possíveis respostas que as fontes estoicas nos legaram. Ao final, na quarta e última subseção, apresentaremos nossas conclusões acerca do papel que recebeu o direito na pena dos homens do Pórtico.

#### 3.1 Primeira acusação: quanto à noção de *phýsis* e sua relação com o mundo histórico

O debate *phýsis-nomos* é antigo na cultura grega. A partir do século VI a.C. os primeiros filósofos elaboraram reflexões sobre a relação homem-cidade-cosmos, e sobretudo, com os sofistas no século V a.C., impulsionados pelo poder do *lógos* em regimes de isonomia democrática em Atenas (KERFERD, 2003, p. 9-30). A

partir de então, *nómos* e *physis* aparecem mais dissociadas. A *physis* ainda podia ser compreendida como uma ordem perfeita, regrada de harmonia; a esfera do *nómos*, entretanto, deixa de ser divina e sagrada, oriunda da deusa Thémis, mas sim, das necessidades humanas, das ações e da sabedoria imperfeita dos homens. Não à toa, os primeiros sofistas preocuparam-se, em seus discursos, com a reflexão sobre a vida cívica e a atividade político-legislativa da *pólis*<sup>12</sup>. Com os sofistas, o debate se complexa como nunca antes, inclusive pelos próprios acontecimentos de seu tempo, a dar vazão para novas teorizações. Os gregos não tinham mais diante de si um *basileus* cuja autoridade divina autorizasse a aproximação *nómos-phýsis*; de onde deveria ser retirado, então, o fundamento para a lei, e sua relação com a justiça? Nesse novo mundo, a competência da técnica de pensar, dizer e expor seus *lógoi* também teria uma nova importância fundamental e edificante para a vida cívica. Essa problematização trouxe à baila a noção de semelhantes (*homoíōs*), justiça (*díke*) e concórdia (*phília*) em novo contexto, articulando-se à teorização (e ferrenha crítica dos sofistas) à pretensão isonômica da comunidade política (GAZOLLA, 1999, p. 25-37).

O Pórtico teve diante de si a questão lei-natureza e também precisou acomodar esses conceitos à sua maneira em seu sistema teórico frente a contextos históricos peculiares (tanto a dominação imperial de Alexandre quanto o contexto imperial de Roma). Não é de negar que se tornava cada vez mais nítida a separação do cotidiano e do campo político mesmo aos estratos mais aristocráticos das *póleis* gregas: e naturalmente, todos os filósofos do período preocuparam-se em dar novas respostas, frente a esse novo cenário, aos vínculos poder-cidadania e lei-natureza (GAZOLLA, 1999, p. 38-39). Porém, os estoicos posicionam-se de modo a marginalizar o questionamento dos sofistas: afirmam que os homens são iguais por natureza, demonstrando isso num conceito dogmático de *physis* e de *lógos*, do qual a normatividade deriva. A *physis* ganha força enquanto campo separado do poder

<sup>12</sup> O movimento sofista possuiu como principal palco a Atenas do século V a.C., no auge do seu poder político e de intensa atividade intelectual e artística. Os sofistas debateram praticamente todos os problemas formulados em filosofia: teoria do conhecimento e percepção; epistemologia, a natureza da verdade e a possibilidade de discernir o real ou verdadeiro; a relação entre linguagem, pensamento e realidade; a sociologia do conhecimento e a abordagem antiprimitivista; a filosofia política e ética, o conceito de justiça (por meio da controvérsia *nomos-phýsis*), o problema da sanção, a finalidade da educação na sociedade, a discussão da virtude na teoria da sociedade. Como ocorreu com a doutrina dos estoicos, quase nada restou dos escritos destes pensadores: a maior parte dos registros vem pela pena de Platão, um de seus principais antagonistas filosóficos (e origem também de uma série de imagens negativas que se cristalizaram acerca deste movimento).

exercido pelos homens através do *nómos*. Com isso, a diferença entre as leis naturais e as inconstantes e imperfeitas leis humanas tem novo reforço. A tarefa à frente seria justamente demonstrar tais princípios.

Precisamos retomar alguns pontos da doutrina estoica, apresentada em pormenor no primeiro capítulo deste trabalho. A natureza dos estoicos é um todo ordenado (*tón hólon kósmon*), um ser vivente animado e racional por si próprio (*zōon ónta kai empsychon kai logikón*); o Destino (*Heimarméne*) tudo conecta por meio de uma rede causal. A lei natural comum (*koínos nómos*) é, portanto, dogmática na forma de uma lei divina e natural com princípios constitutivos de todos os seres de forma universal. O justo (*tò dikaíōn*) se dá pela natureza e não através da convenção dos homens, pois é uma lei (*tón nómon*) da reta razão, *óρθon lógon* (DIÓGENES LAÉRCIO, VII, 128), uma natureza totalizante que abraça todas as particularidades (SVF, I. 36, 175; II.634, 1132; III.4, 308, 314, 326). Guido Fassò afirma, nesse mesmo sentido, que é precisamente o estoicismo quem cria a primeira formulação precisa de uma doutrina do “justo por natureza”, do direito natural (FASSÒ, 2001, p. 82-84), a partir de sua notação de lei oriunda da reta razão (*lógos alethés, lógos orthós*), identificando essa lei com a realidade divina ela mesma, com a natureza das coisas. Lei da vontade natural divina; lei universal e espalhada por todo o cosmo; lei que, natural, é ela mesma fisicamente necessária, e por isso comum a todos os seres e captável pelos homens devido à sua razão. Essa mesma definição estoica de lei, aparece nas *Digesta* através de Marciano (D.1.3.2).

Se por um lado, todas essas afirmações sobre a *physis* e o *cosmos* situam-se no ser, não por isso, a comunidade dos homens – no campo do dever-ser – foi ignorada pelo Pórtico. Os estoicos expandiram os princípios físicos e lógicos para alcançar a teoria da linguagem (uma só *koiné*) e da política. Com uma exposição dogmática da natureza e de sua *Kosmopolis* (substituindo o ideal da *Polis*), os estoicos se propunham – cientes da enormidade da tarefa e da perplexidade que geravam – à integração entre campos antes cindidos teoricamente: natureza e lei, homem e divino. A intenção não era ingênua: por meio dessa base dogmática sobre a natureza, expandiram as consequências para o campo ético<sup>13</sup> e desnudaram

<sup>13</sup> “As considerações dos fundadores da *Stoa* apontam para a construção de um novo homem que possa estar em consonância com o cosmo e seja um ser cosmopolita, cidadão do cosmo. Sua cidade será, então, a *Cosmópolis*, o mundo sem fronteiras individualizadas. Modifica-se a teoria sobre a

valores assentados historicamente que já não consideravam adequados diante de sua época (GAZOLLA, 1999, p. 47).

### 3.2 Segunda acusação: quanto ao imobilismo e o “individualismo” estoicos

A pecha de doutrina individualista chegou cedo ao estoicismo: de certo modo, já seu fundador deve ter sofrido com ela perante seus críticos filosóficos. Como salientamos no capítulo primeiro deste trabalho, Zenão aprofundou – na teoria e, pelas notícias, na prática de sua vida – uma forma de pensar o homem e o mundo numa “individualidade universal”: indivíduo não entendido no teor subjetivo moderno, mas na aposta da força decisória interior de aceitar seu lugar na própria ordem e na crença de que, ao mesmo tempo, o homem singular é desdobramento de uma universalidade dos homens. O estoicismo pensa o indivíduo, porém, sempre inserido numa rede maior de conexões que, ao final, conecta todo o universo.

Para Zenão, portanto, não importava que fosse grego ou fenício: ao final, todos seriam cidadãos do mundo. Tradicionalmente interpretam-se essas notícias e doxografias como faz Villey: um sinal antecipado de uma filosofia antes preocupada com regras de conduta internas totalmente independentes do mundo externo e alheias a ele, mormente aquele da política. Pode-se demonstrar, ao contrário, que a postura estoica antiga antes faz uma crítica à situação vigente, ainda que pela via inversa, desconfiando dos governantes e do mau uso dos ensinamentos dos sábios (GAZOLLA, 1999, p. 47-58). Podemos nos utilizar de uma consideração de Andityas Costa acerca desse mesmo estereótipo filosófico, concordando com o autor neste tópico:

Sem dúvida, o estertorar da pólis grega e a desilusão que tal fenômeno produziu nos espíritos são dados fundamentais para a compreensão da doutrina do Pórtico, mas tal não significa que no estoicismo a liberdade seja apenas e tão só interior, assertiva que talvez seja válida para Epicteto, mas não para os estoicos gregos e médios, autores que propõem projetos políticos arrojados nos quais a liberdade política está na ordem do dia. Com efeito, os estoicos gregos não demonstram

---

cidadania em função de uma reflexão ímpar sobre o modo de ser do cosmo e do homem. A ordem do todo deve expressar, para um estoico, a união homem-natureza-lei-cidade”.

qualquer resignação diante da falência da pólis e da emergência dos impérios que, surpreendentemente, servirão para garantir a liberdade, como perceberão os romanos sob o comando dos Antoninos. Fato é que a reflexão sobre a liberdade, seja ela no interior, ou seja, no que se relaciona à sua faceta política, apenas ganha força na Grécia devido aos estoicos. (COSTA, 2009, p. 220).

O “individualismo universal” dos estoicos tem um modo particular de lidar com o homem: busca preservar a singularidade de um homem que é, simultaneamente, cidadão cosmopolita. Podemos analisar a proposta da *Politéia* de Zenão, com suas raízes cínicas – e o desenvolvimento das noções de *nómos* e *physis* – e, segundo a doxografia, em contraponto com a *Politéia* de Platão. A oposição é bastante clara: Zenão não aposta no discurso da historicidade, da relatividade das leis, enxergando aí o reduto da desigualdade artificial, o desconhecimento da verdadeira orientação cívica (SVF, I.146, 259, 262, 266, 268; II.1130, III.237), no que até então certamente concordaria com Platão. Ao contrário: dispõe de uma natureza unificada, divina, lógica e normativa, quando a lei dos homens serve à igualdade da lei natural (DIÓGENES LAÉRCIO, VII.128; SVF, II.528, 912; III.308, 309, 311, 318, 327).

Difere Zenão na sua ideia de que o homem seria o cidadão de uma grande cidade, de uma grande *Politéia* a virar *Kosmopolis*; o cidadão ideal é o diligente, o *spoudaíos* (em oposição ao vil e insensato, o *pháulos*). O diligente é aquele que pratica a virtude, por oposição aos vis homens que praticam apenas o vício (DIÓGENES LAÉRCIO, VII.32-33; SVF, I.216, 259; III.567); o diligente seria assim o sábio, aquele que não cai em desgraça, não se engana, apresentado por vários adjetivos (zeloso, ativo, diligente, ágil, sensato, virtuoso, respeitoso, piedoso, majestoso, afortunado; assim como o insensato é também desprezível, vil, indolente, inepto, insensato, indisciplinado, grosseiro). É claro que esse *spoudaíos* só poderia ser um sábio, e o sábio é antes um paradigma do que verdadeiramente um homem de carne e osso. Pois o sábio já conhece a virtude, orienta-se apenas por representações catalépticas, já está em conformidade com a natureza e o *lógos*, já é feliz nos ditames da lei natural. A *Kosmopolis* final seria, pois, uma cidade atópica, uma cidade ainda não existente aonde não há diferença entre livres e escravos, gregos e bárbaros, homem e mulher, parentes e desconhecidos; na

cidade cosmopolita os templos não são mais necessários, pois cada indivíduo preserva em sua interioridade a religiosidade, a conexão à natureza divina de Zeus.

O particular, seja qual for, é ele próprio expressão do universal, é expressão do *lógos* que está em todo o cosmos; a vida cotidiana e prática do homem histórico deveriam ser transformadas a partir dos ensinamentos teóricos sobre a natureza (fonte da ética, coisa que nem os estoicos romanos negaram). O ofício do estoico seria, pois, pedagógico: de modo bem argumentado a demonstrar como seguir a vida cotidiana – e existiria algo mais cotidiano para um cidadão romano que o próprio direito? –, tendo por parâmetro a natureza racional.

Essa visão inaugural do estoicismo foi duramente taxada de utópica por críticos como Plutarco, Estobeu e mesmo Diógenes Laércio. Acentuamos, no entanto, seguindo Rachel Gazolla no ponto, que não devemos ler o discurso da *Stoá* de maneira literal, ou, de fato, não sairemos mesmo de uma imagem dogmático-utópica distante dos homens históricos, distante da política. Sem dúvida, não é equivocado dizer que os estoicos não se assemelham a revolucionários – no entanto, eles são tão apolíticos quanto seriam os pré-socráticos, cínicos e sofistas, se assim os considerarmos. A *Politéia* de Zenão certamente não é “política”, no sentido de que nem Zenão nem os demais estoicos pregaram explicitamente a modificação do *status quo* dentro das instituições políticas do período em que viveram. Daí a tradição moderna de ler o estoicismo como uma filosofia “ética” em exclusão ao “político”. Esta não era, necessariamente, a visão do filósofo da Antiguidade, quando “ética” e “política” não podiam ser separadas entre si, ao menos, não de todo, muito menos de modo apressado.

O território político da visão da *Stoá* não é um partido ou uma magistratura, mas o próprio mundo e a ordem cósmica. As regras institucionais, as assembleias e os partidos fazem parte do pluralismo histórico e contingente: os estoicos, por sua vez, fundamentam a questão ético-política na própria natureza. É verdade, como dizia Crísipo, que todas as constituições e leis do mundo real são falseadas (SVF, III.324); o Pórtico, porém, não encerra suas considerações nesse pessimismo. A mera existência de formas de instituições e leis deixa a entender que há um propósito para todas elas na economia da criação divina; de fato, não existem quaisquer evidências de que o estoicismo condenasse qualquer sistema

político-jurídico por si só, ou, muito menos, a atividade no mundo humano (BRUNT, 2013, p. 286-291; 304).

Voltemo-nos, por exemplo, ao ideal de “sábio” estoico – o verdadeiro morador da cosmópolis zenoniana –, que guardou certa inteireza por toda a história do estoicismo. A noção de cidadão virtuoso da *Politeia* de Zenão carrega algumas dessas características físicas e psicológicas; no entanto, é uma construção exterior à historicidade, tolhida e inferida a partir das teses físicas da doutrina. O *spoudaíos* de Zenão conserva o teor divino do *asteíos* e do *aristós* que outros pensadores imaginavam, mas ele só poderia habitar na Cosmópolis do sistema estoico, uma cidade que não é destinada a existir como uma cidade histórica; essas são simples adjunções à lei da natureza, adjunções à Cosmópolis (SVF, III.323). A construção de Zenão é, sim, um modelo ideal: seu fim é pedagógico, e não de efetivação histórica. De forma aparentemente paradoxal, Zenão utilizava-se astuciosamente da utópica Cosmópolis de sua *Politeia* para conscientizar o homem histórico das limitações e da indigência das cidades históricas; nesse sentido, ainda que pregando uma utopia, pode-se plenamente interpretar o estoicismo antigo como uma doutrina com desejo de conscientização. É uma via tortuosa, mas, ainda sim, persuasiva, na qual o filósofo tem a tarefa de, por meio da dialética e da retórica – ou seja, das *lógoi*, por meio do seu *lógos* – expor um modelo de *physis* dogmática e paradigmática, fundante de uma nova alma, uma nova consciência e um novo homem; pela via indireta, os homens tomariam consciência das insuficiências e falsidades de suas próprias instituições ao direcionar o olhar para esse modelo utópico da Cosmópolis (GAZOLLA, 1999, p. 68-76).

Guido Fassò vai à mesma direção que Gazolla (FASSÒ, 2001, p. 86-87): os estoicos, conscientes de seus papéis como meros homens, estavam cientes de que toda a sua atuação ética e política só poderia ocorrer no mundo histórico. A legislação, a atividade pública, o direito eram todas as vias – na verdade, as únicas vias possíveis! – do homem comum de exercer seu papel no centro das coisas por meio da razão que lhe é inerente. Sem jamais poder se tornar efetivamente um morador da *Politeia* cosmopolitana de Zenão, os estoicos não possuíam, na verdade, nenhuma outra alternativa lógica: é na vida mundana, com suas normas

imperfeitas, que se encontra o palco moral e se exercitam as ações tendentes à virtude, praticadas no mundo da vida<sup>14</sup>.

Talvez resida nisso o principal contraponto a uma crítica demasiadamente apressada do estoicismo, de suas “utopias”, da figura do “sábio” e da *cosmopolis* ideal, em suma, da condenação de que o estoicismo vira as costas para o mundo real. Não apenas Zenão na Grécia, mas também as admoestações de Sêneca, Epicteto e Marco Aurélio chamavam a atenção dos néscios – os homens de carne e osso, frutos do histórico – para a indignação, as injustiças e os limites das próprias edificações humanas: não com intento derrotista, jamais voluntarista, mas de modo a inflacionar as esperanças ou, pelo menos, a consciência de que algo melhor poderia – e deveria naturalmente – ser possível, dentro da ação do mundo cotidiano. A dogmática *phýsis* e o papel do homem na ordem das coisas são colocados na pauta do discurso filosófico estoico não com derrotismo, apenas para menosprezar a pequenez dos negócios humanos: mas, para alertá-los da leitura equivocada acerca de como as coisas são, funcionam e se harmonizam com a natureza (GAZOLLA, 1999, p. 72-73).

Por meio do *lógos*, o campo de ação do filósofo é o de expor essa natureza universal dogmática – bem como sua lei racional da natureza, divina – e as particularidades das naturezas singulares, para que o homem torne-se cômico em suas ações da escolha da totalidade e da virtude, voltando-se contra os males de que padece. Se, por um lado, temos os dois planos – o dever-ser e o ser –, a utopia estoica antes ilustra o mundo da *Cosmópolis* para, em seguida, concentrar suas atenções no mundo do ser e das ações. Zenão não propunha um caminho ético para que se efetivamente alcance o *status* de *spoudaíos*, de sábio; a indicação moral não está no futuro de um caminho a ser seguido, mas na ação moral do tempo presente da *phýsis*, do homem que constantemente exercita suas ações segundo a própria condição ontológica. O tempo eleito pelos estoicos para assentar suas teses físicas, éticas e lógicas é, na verdade, o presente atemporal, o presente como instante fugaz (o *aion*).

<sup>14</sup> Fazemos alguns arremedos ao que explana o jusfilósofo citado: não entendamos nem a palavra “Estado” tampouco “jusnaturalismo” (por ele veiculadas) nos sentidos modernos dos vocábulos, compreendendo-os, em sentido mais genérico, como o modo de organização política antiga (no caso dos gregos, a *polis*) e uma doutrina de direito na qual a natureza possui papel relevante na normatividade, mas não necessariamente hierarquizado, nem fruto da razão humana (e sim da razão natural).

Diferentemente dos epicuristas e de seus antecessores cínicos, os estoicos jamais pregaram o menosprezo pelo interesse das coisas públicas e políticas: ao contrário, desde a Grécia, mas principalmente em Roma, ser um estoico significava observar seu dever para com a comunidade. Sêneca e Cícero asseveram que, apenas em casos muito excepcionais, o filósofo poderia abdicar desse dever (SÊNECA, *De otio*, III.2-3; CÍCERO, *de re publica*, I.6). Os estoicos helênicos e romanos se inseriam no mundo, verdadeiros seres de natureza sociável, *physei koinônikos* (DIÓGENES LAÉRCIO, VII. 123).

A experiência do estoicismo romano é tanto mais rica nesse quesito, fornecendo exemplos de estoicos que colocaram em prática os ensinamentos advindos desde o antigo Pórtico. Homens como Cícero, Sêneca, Epicteto e Marco Aurélio estão repletos de indignação e renúncia, criticando os tiranos, ridicularizando o vulgo e os poderes seculares. A *Stoa* imperial enfatizava a tese de que o ser humano como naturalmente sociável para dela extrair outras consequências (MARCO AURÉLIO, *Meditações*, V.16; IX.23). Cícero ensina que o instinto gregário, comum na natureza, é particularmente intenso nos seres racionais e leva à constituição de amizades, famílias, regimes políticos, tratados e cidades; em mesmo sentido, Marco Aurélio exigia que as ações individuais refletissem na sociedade. E disso extraíram a consequência básica: a governança deve ter em vista o bem comum indistintamente, pois a espécie humana é uma só (SÊNECA, *Ep.*, XCV). Na necessidade de coadunar essas duas realidades, liberdade individual e vida em sociedade, Marco Aurélio resumiu: cresce-se no mesmo tronco, mas não necessariamente nos mesmos princípios (MARCO AURÉLIO, *Meditações*, XI.8). Aos estoicos, na verdade, não havia contradição entre os interesses do indivíduo e os de sua comunidade enquanto os homens tenderem sua vida a uma conformidade com a natureza: ambos os aspectos são virtuosos (CÍCERO, *de officiis*, II.73; III.23-24; MARCO AURÉLIO, V.22; VI.54). Concordamos nesse particular com a constatação de Andityas Costa: poderemos aludir a um individualismo estoico nos termos, tão somente, de um “individualismo moderado” e, certamente, não moderno (COSTA, 2009, p. 250 et seq.): o cidadão não possui primazia absoluta como sujeito (como veremos no pensamento moderno, sobretudo, no pensamento liberal e das atuais democracias liberais), porém, não se identifica tão somente como uma parte da engrenagem da organização política.

A obra de Sêneca é particularmente ilustrativa. Em sua juventude, ele foi exilado pelo imperador Cláudio por sua postura independente e tendencialmente crítica, sob a acusação de adultério com uma das princesas da casa dos Césares. Anos mais tarde, em um esplendoroso elogio constante em um de seus tratados, Sêneca confunde a noção de “liberdade” com a vida do estoico Catão (SÊNeca, *De Constantia Sapientis*, II): por detrás desse elogio, há um inegável conteúdo altamente contestatário, principalmente, em tempos de Nero. No fim da vida, quando já não mais se entendia com imperador, Sêneca denunciou em suas muitas cartas os crimes que eram cometidos (SÊNeca, *Ep.*, XCV.30-31): o filósofo concluiu que, assim como as antigas Atenas ou Cartago, nem a sua Roma era cidade propícia para acolher os filósofos.

Epicteto também tem em sua obra um espaço considerável para o flagelo e a morte que foram reservados a muitos filósofos do seu tempo, particularmente durante a época do imperador Domiciano. O exílio, a tortura e a morte não são nada, já que estes filósofos morriam como homens livres. A princípio, vemos aí uma abstenção, uma mensagem para que suportemos. Para os homens do Pórtico, sua resistência não é resignação, mas grandeza de alma. Nas ações morais práticas dos estoicos, não é a “resignação” o termo final (como se fosse uma fuga pessimista), e sim, o ponto de partida para uma consciência efetivamente livre de si e do todo racional cósmico (COSTA, 2009, p. 211-212).

Notemos as particularidades históricas. Uma vez em Roma, a posição política da velha *Stoa* muda da projeção política utópica e dos conselhos a governantes ou revolucionários para legitimar o nascente Império da República Romana. Há um período de lenta e complexa transição entre o ativismo político e certo “conservadorismo” dos estoicos romanos, como o de Cícero e do círculo estoico de Cipião. Tomemos como exemplo o período que vai da proposta da *lex agraria* pelo tribuno da plebe Tibério Semprônio Graco (133 a.C.) e o suicídio do igualmente tribuno, seu irmão Caio Semprônio Graco (121 a.C.). O que importa perceber é que nesse conturbado século da República – quando o estoicismo alcança Roma –, as propostas políticas dos Graco (que dividiam o quadro político romano) foram ora atacadas, ora defendidas, por diferentes filósofos adeptos do

estoicismo, já que ambas as posições acreditavam apresentar a real expressão da doutrina da *Stoa*<sup>15</sup> (COSTA, 2009, p. 215 et seq.).

Saliente-se, porém, que a resposta do estoicismo apresentada nesta subseção não está sendo dada para os diferentes posicionamentos políticos de seus filósofos, e sim, para a alcinha de uma filosofia da resignação, da submissão à tirania. Parece bastante claro que não se trata disso: da moral de Sêneca à justificação ciceroniana, passando até mesmo pelas exortações deprimidas do imperador Marco Aurélio, percebemos que os estoicos romanos continuaram firmes na posição original de sua escola em se manterem ativos no mundo da vida. É certo que os romanos imprimiram suas próprias características – como, em Cícero, o respeito ao *mos maiorum* e ao *ius civile* – ao sistema: sem perder, contudo, a fecundidade de ação na vida política e jurídica. Para os estoicos romanos, o homem pode *e deve*, em todas as coisas que estão ao seu alcance (e ainda que este não esteja, como para alguns autores modernos, o alcance da vontade subjetiva absoluta), participar do mundo histórico.

Podemos, por tudo isso, apontar então que o “direito natural”, particularmente aquele que se nutria em Roma, não seria mera doutrina abstrata ou arremedo filosófico estrangeiro: ainda que advindo de uma razão cuja compleição nunca será entendida em sua totalidade pelos homens, o direito natural se converte em um direito histórico, “positivo” (FASSÒ, 2001, p. 120-122). Justamente por essa razão o direito natural antigo não será, como o dos modernos, imutável: a natureza está em constante movimento – já ensinara Heráclito aos estoicos – e o homem, parte dessa mesma natureza, organiza sua vida cotidiana de modo igualmente dinâmico. A aplicação dos conceitos como *naturalis ratio* e *ius gentium* significariam assim uma das formas de concreção da atividade ética estoica<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Fragmentos e conjecturas nos revelam a participação do colega, e talvez professor de Tibério, o filósofo estoico Boossius de Cuma, que fora amigo de Antípatro de Tarso, tinha boas relações na família de Múcio Cévola e representava, contrariamente a Panécio de Rodes (e sua “mudança de rumos conservadora”, nos termos do autor *supracitado*), uma visão ortodoxa do estoicismo que propugnava reformas sociais e condenava o imperialismo.

<sup>16</sup> Como afirma o jusfilósofo Guido Fassò: “Per loro [i giuristi romani], appunto, il diritto naturale è una forma di diritto positivo, non un diritto che non quest’ultimo possa essere in contrasto; e così puré non vedono mai in possibile contrasto con il diritto positivo la giustizia.” (FASSÒ, 2001, p. 121). O mesmo autor oferece a lembrança de passagem nas *Institutiones* de Justiniano (3.1.11) que afirmam que, quanto aos *naturalia iure*, a *civilis ratio* perimere non potest.

### 3.3 Terceira acusação: quanto ao determinismo e o papel do destino

Voltemo-nos a outro ponto absolutamente polêmico e criticado na doutrina estoica já entre seus contemporâneos: a noção de *Pronóia* (Destino ou Providência), e a questão de seu particular determinismo.

Aos estoicos, o plano de Zeus – o fado da Necessidade, epílogo da Razão – está em tudo e envolve o mundo exterior e o mundo interno da mente humana. No entanto, essa força do Destino não é puxada do alto; o Destino opera em cada corpo e objeto. Já que o *pneuma* divino (que é a própria divindade, uma natureza racional do *Lógos*) está em todas as coisas, em todos os corpos, também será a causa de tudo que um corpo fizer.

Em certa medida, compreende-se que a concepção estoica do destino pudesse incentivar o homem a ser indiferente a respeito de suas vidas, bem como lhe direciona a interpretar os acontecimentos como o resultado de causas já pré-determinadas no plano do *cosmos*. No entanto, isio vai além: o Destino dos estoicos foi concebido de modo que os homens com ele lograssem alguma tranquilidade, deixando-os mais próximos da *ataraxia*. Não esqueçamos que todos os “indiferentes” são, afinal de contas, irrelevantes do ponto de vista ético: aceitar o Destino e aceitar o que foi reservado para cada homem é, ao mesmo tempo, aceitar que aquilo que acontece não é ruim para nós. Porém, novamente, não podemos fazer julgamentos apressados: é um engano comum acreditar que esse “determinismo” seria ingênuo, que tudo o que acontece é bom: na verdade, se de fato Zeus é bom, não significa que todos os acontecimentos externos o sejam, ainda que Zeus os deseje – são meramente indiferentes. A bondade de Zeus é a de sua perfeita disposição máxima e racional para todos os corpos indiferentes que constituem o *cosmos*; é a distribuição, e não as coisas em si, que é boa, que é conforme a natureza. Justamente por esses fatos que Tad Brennan apontou a teoria como um dos pontos onde mais fica evidente a sistematicidade dos estoicos: ética ligada à física, à lógica e à ontologia (BRENNAN, 2010, p. 231-236).

Exploremos as críticas filosóficas contra os estoicos. Duas foram as principais estratégias empregadas para tal: (I) o megárico “argumento contra o destino” (CÍCERO, *De Divinatione* 12-15; *De Fato* 40): este tira a função da

responsabilidade pessoal, pois, a responsabilidade pessoal seria desnecessária quando tudo já está fadado a acontecer; e (II) o “argumento do preguiçoso”, *argos logos* (CÍCERO, *De Fato* 28-30), de que o esforço pessoal é desnecessário quando tudo é independente da vontade humana.

Prossigamos, antes, com alguns acertos de contas. Estoicos e seus adversários concordavam que (a.1) algumas ações realizadas merecem louvor ou reprovação e que (a.2) nenhuma ação merece louvor ou reprovação a menos que dependa do agente; (b.1) “depende” do agente a ação que necessariamente só poderia ocorrer por meio dele e, logicamente, (b.2) nem todas as ações realizadas pelos agentes eram necessárias e, portanto, algumas serão reprováveis. Aos estoicos, há ainda um único e caro princípio (geral causal), de duas facetas: todo acontecimento tem uma causa, e que todo acontecimento ocorre de acordo com o Destino. Diante disso, esses críticos retrucavam – utilizando-se da primeira estratégia acerca da necessidade e da liberdade – os dois principais argumentos antiestoicos: (i) se é assim, todo acontecimento é causado necessariamente e (ii) se algo ocorre segundo o Destino, ocorre necessariamente, de forma que não é possível valorar moralmente as ações.

O primeiro argumento – *ho kurieuôn logos*, ou o “Argumento Mestre” – dessa estratégia teria sido sustentado pelo megárico Diodorus Cronus, do qual nos restam notícias em Cícero (CÍCERO, *De Fato* 12-15) e Epicteto (EPICTETO, *Diatribes*, II.19.1). No texto de Cícero, discute-se a teoria da *divinatio*: a adivinhação, espécie de ciência ou arte, segue certas regras e leis para poder analisar a conexão (uma ordem causal subjacente) entre “presente” e “futuro”. Ao imolar uma vítima ou analisar as vísceras de um animal, o adivinho nada mais faz do que analisar futuros eventos que de antemão já estão determinados a ocorrer – há uma ligação de causas entre a *divinatio* e o que vai ocorrer. O “argumento de Fábio” é: a adivinhação torna todos os eventos necessários, de modo que, se um adivinho propor a sentença “Fábio nasceu ao despontar da estrela Sírio [e quem assim nasce não morre no mar]”, a sentença “Fábio morrerá no mar” jamais poderá acontecer. Toda preleção que contradissesse a predição seria impossível (BRENNAN, 2010, p. 239-245). Crísipo teria respondido, segundo Cícero, também a partir da Lógica: os oráculos podem realizar predições sem afirmar a existência de

um conflito entre um acontecimento passado e um futuro; se não anunciar esse conflito, os acontecimentos preditos não acontecerão necessariamente. Os oráculos devem dizer: “das duas umas, *p* e *q*”, podendo afirmar que uma é verdadeira e outra é falsa, mas sem afirmar a necessidade de uma e, com isso, a impossibilidade da outra.

Outro argumento permeia essa primeira estratégia: se tudo ocorre confirme o destino, nada “dependeria de nós”: se algo “depende de nós”, somos forçados a admitir que nem tudo ocorre segundo o Destino. Novamente o encontramos numa obra de Cícero (CÍCERO, *De fato*, 40). O argumento é assim delineado: se há um Destino, as coisas acontecem em virtude de causas antecedentes, o que se aplica aos impulsos humanos e, conseqüentemente, a todos os nossos assentimentos; se há esse Destino, os impulsos e assentimentos não dependem de nós, resultando na inexistência de justificativa para louvores ou reprimendas morais. Como todos os filósofos do período concordavam, inclusive estoicos, com que certas ações são passíveis de louvor ou reprimenda, incorriam em erro e paradoxo: o Destino não poderia existir, pois a conclusão era a errada (BRENNAN, 2010, p. 245-251). Sempre na descrição do Arpinate, vemos que Crísipo recorreu, para demonstrar a compatibilidade entre destino e liberdade, à célebre metáfora do cilindro e do cone. Esses dois objetos, uma vez postos a girar, apresentam movimentos diferentes; pode até ser que o movimento deles não tenha advindo deles mesmos, mas de uma força externa que os obrigou (a causa antecedente), mas o movimento (e o modo do movimento traçado) deriva apenas de suas características próprias (CÍCERO, *De Fato*, XVIII-XIX). A natureza nos dá estímulos externos, mas o movimento e a forma do movimento cabem especificamente a cada homem (COSTA, 2009, p. 183).

O que Crísipo rejeita é a afirmação de que, se a causa da representação não “depende de nós”, o impulso e o assentimento a ele não “depende de nós”. Sem dúvida, uma parte independe da vontade individual: a outra, no entanto, depende. A representação (independe de nós) é o gatilho, mas a parte mais importante do movimento é o assentimento, que reflete o estado da própria alma (depende de nós). É a alma do homem – seu caráter, o “formato” de sua alma e mente, suas disposições – que efetivamente determina como reagirá aos impulsos. O principal

ponto do argumento de Crísipo não reside na interação entre as causas, mas na natureza do indivíduo, ou melhor, nos seus estados mentais (no seu próprio caráter, se assim quisermos chamar). A maneira como um indivíduo age perante determinadas causas antecedentes se dá levando em conta sua vontade, seus próprios padrões de comportamento, aquilo que chamamos de causas principais: e é isso que justifica sua responsabilização em sede moral e jurídica. O homem é pré-condicionado (mas não determinado!) por suas personalidades e suas contingências, que lhe foram dadas previamente, mas isso não exime a seara de sua liberdade, de suas causas principais. Prova disso seria que indivíduos diversos reagem de maneiras diversas: ainda que não haja uma separação total entre nossa interioridade e os eventos externos, ainda que todas as almas humanas se subsumam à causalidade universal, a nossa causação psicológica depende de nosso caráter individual (COSTA, 2009, p. 183-186).

Passemos para a segunda estratégia: o antigo “argumento do preguiçoso”. O argumento do preguiçoso é deveras simples: se aceitarmos o determinismo do Destino, não haveria razão para qualquer deliberação moral, esforço ou planejamento; como o homem nitidamente entende que suas ações repercutem moralmente, a crença no determinismo seria especulativa e insegura (CÍCERO, *De fato*, XII). Em suma: se tudo está predestinado, a ação individual ou mesmo coletiva não faz qualquer diferença no curso dos acontecimentos que, já predestinados, não são alterados pelos homens.

Crísipo, segundo Cícero, se expressa aí com a noção de confatalidade (*confatalia*) para vencer a crítica: uma última causa é confatal ou um “fato associado” a um primeiro fato (ou seja, o destino não corre como um relógio automático). O destino se dá justamente pela capacidade do homem de discernir entre bem e mal e pela sua vontade (assentimento) no momento da escolha; e não, por um convite ao imobilismo. Não existe causa antecedente à vontade (CÍCERO, *De fato*, XI; MARCO AURÉLIO, *Meditações*, V.10; XII.16). O homem só é verdadeiramente livre quando aceita e segue o destino, porque este nada mais é do que um comportamento conforme a natureza (tanto universal tanto aquela que é própria do homem como no exemplo do cilindro). Essas ideias que Marco Aurélio tão bem expressa já estavam presentes desde Panécio: o destino não é algo

exterior ao homem, e sim, é o próprio *lógos* humano que reflete parte do divino. As críticas dos adversários partem da ideia de que o indivíduo é secundário e mera peça num jogo de xadrez cósmico, desconsiderando esse papel central. O Destino, frise-se, não é uma grande enciclopédia que registrou todas as esferas individuais, e sim, aquilo que deu a cada ser suas características que lhe são próprias, e são destas que as criaturas e os indivíduos agem. Ao homem, em particular, a natureza deu o *lógos*, e isso lhe permite até mesmo renegar sua natureza racional.

Assim, as relações tecidas entre homem e natureza não são de dominação, mas de adequação: o homem só alcança a felicidade ao se adaptar à vontade de Zeus (= natureza, *lógos*, *recta ratio*) porque o próprio homem é limitado e está inserido nessa totalidade. A ideia de destino do Pórtico nos é tão estranha porque lhe falta a noção de livre-arbítrio como um futuro indeterminado e aberto a várias alternativas. Não para os estoicos, já que nada é imune à causalidade: o “livre-arbítrio” (ou a liberdade do estoicismo) reside na capacidade intelectual do homem de separar as contingências externas daquilo que depende de nós, para assim, conscientemente, emprestarmos nosso querer àquilo que é racional, conforme a natureza, virtuoso.

A liberdade estoica é uma possibilidade de adesão, não uma possibilidade de escolha entre caminhos possíveis (COSTA, 2009, p. 176-196). Ou seja: a ideia de Destino do determinismo estoico não conduz à resignação absoluta, mas ao contrário, ao estudo cuidadoso de nossas aptidões e limitações (a partir de nossas representações), de modo a impedir que a vontade se dirija àquilo que dela independe. É precisamente por isso que o estágio de *ataraxia* é aquele que vence o desejo, pois o homem se preenche da universalidade do que é racional, real e natural. Por isso homens como Sêneca gastaram tanta tinta para lamentar a escravidão dos homens aos seus prazeres (*uoluptas*) e sofrimentos (*dolores*). Quem não consegue distinguir, como faz Epicteto, o que depende e o que não depende de nós não conhece a virtude nem a felicidade, pois esta, moral como é, só pode advir da compatibilização entre liberdade e necessidade. Quando Epicteto afirma que “razão” é sinônimo de livre-arbítrio (EPICTETO, *Diatribes*, I.XII.9) está querendo dizer que o homem, por sua distinção entre todos os animais, é aquele que possui consciência do cosmos e da ordem do universo e, por ser racional por natureza,

relaciona-se conscientemente a coisas que dependem dele próprio, além daqueles que dele independem (todos os outros animais se relacionam tão somente com o que independe deles mesmos, subjugados pelo fatalismo natural).

Portanto, eis o papel relevantíssimo do homem para os estoicos: somente o homem, por ser racional, pode compatibilizar o seu querer individual (as coisas que dele dependem, as causas perfeitas) com a ordem universal já estabelecida (as causas antecedentes, o que dele independe). Isso só se dá por força do reconhecimento do *lógos*. O homem pode escolher: mas para o estoico, a liberdade não está em poder escolher entre ser ou não racional, e sim, em *saber que é racional e escolher a racionalidade de forma consciente*. E essa liberdade, essa escolha (ou seja, liberdade volitiva) do homem não tem nada de passiva, como pensavam os que acusavam o estoicismo de fatalista e resignado: porque a escolha pela racionalidade é a compatibilização cotidiana e diária do homem entre seus queres individuais e a universalidade do cosmo, a fim de adaptarmos nossos desejos hostis e irracionais (as paixões) ao curso do cosmo (EPICTETO, *Encheridion*, LIII.1-4; *Diatribes*, VI.10; XIV.7; SÊNECA, *Epist.*, 61.3). O que se sugere não é a anulação da vontade particular, mas sua adaptação à ordem universal. A Física e a Lógica do Pórtico instruem o homem, nesse sentido, para que redescubra o sentido de seu ser na *physis* e assim, consciente e voluntariamente, siga essa progressiva adaptação.

#### **4 Considerações finais: o direito é um dos “indiferentes”, o núcleo da ação moral**

O filósofo estoico, assim, não se pretende sábio: ele não possui a sabedoria, mas é alguém que fala dela com sua dialética, ainda que de modo não perfeito. O ofício do filósofo estoico é utilizar bem seu *lógos*: seja para falar do *lógos* corpóreo que é a *physis*, seja pela expressão dos *lekta* e do sentido emanado dos corpos, a parte incorpórea do *lógos*. Sem essa técnica dialética e de posse das teses doutrinárias, o filósofo estoico é um homem histórico, que não contempla a totalidade do dogma da unidade divina e cósmica, mas dela se aproxima em ascese (GAZOLLA, 1999, p. 95-107). Tudo isso desemboca na Ética, na escolha da ação

ética, da qual o direito faz parte. É exatamente essa a posição estoica: se o homem pudesse alcançar a virtude tal qual é, não haveria necessidade de educação para a ação moral. O homem comum, entretanto, exercita sua ação moral na escolha dos indiferentes (*adiaphoroi*), entre eles, os indiferentes a preferir (*proegména*) e os que não se devem preferir (*aproegména*). As ações convenientes (*kathékonta*), aquelas que são corretas eticamente, dão-se no campo da moral, i.e. no campo da seleção dos indiferentes.

Os estoicos optavam por uma ideia de virtude e, ao mesmo tempo, acreditavam que os “indiferentes” possuíam lugar no sistema, ainda que não do ponto de vista estritamente ético (BRENNAN, 2010, p. 145-149). Em suma: deveriam os estoicos ser coerentes, e aceitar um fim último totalmente unificado e tratar como irracional a busca de qualquer outra coisa que não a virtude (como Ariston), ou um conjunto abrangente de bens, incorporando os indiferentes como efetivos bens do ponto de vista ético (como Aristóteles e a Antiga Academia, nos dizeres de PLUTARCO, *Comm. Not.*, 1070f-1071d-f).

A resposta estoica que consta nos fragmentos parece se resumir na mensagem: se a vida virtuosa é aquela em conformidade com a natureza, e, portanto, em conformidade com a racionalidade intrínseca de todo o *cosmos*, é possível e plenamente admissível que o agente *exercite sua racionalidade* na busca de indiferentes. Para ilustrar essa questão, os fragmentos aludem a que o fim último também corresponde ao ato de “discernir bem na seleção de coisas de acordo com a natureza” bem como em sua rejeição. Essa explicação, portanto, relaciona de um modo coerente como a busca pelos “indiferentes” (do ponto de vista ético) não seria totalmente um contrassenso à vida virtuosa, cujo único fim último seja tão somente a virtude.

Os estoicos mesmos ofereceram suas respostas: a imagem do jogo foi usada por Epicteto para esboçar a racionalidade de uma busca aos indiferentes (EPICTETO, *Diatribes*, II.5; cf. SÊNECA, *de Ben.*, II.17). Ao jogador, pouco importa os materiais do jogo: os dados, as fichas, a bola, todos são indiferentes. No entanto, seu uso pelo jogador não é indiferente: sua habilidade e sua diligência residem na maneira como lida com os materiais de um jogo. O jogo seria a soma, afinal, dos indiferentes do material do jogo e da habilidade de uso do jogador. Essa explicação

traz uma réplica aos críticos que ao mesmo tempo fundamentam um sistema de justificação interno e externo ao jogo. Do ponto de vista interno, justificam-se como *racional* a busca e a posse de determinados bens porque, ainda que não sejam valiosos por si mesmos, são indispensáveis para o fim último do sujeito, que é o conjunto do jogo em si, com suas práticas, regras e possibilidade de vitória. Externamente, justifica-se que a própria competição (independentemente da vitória do sujeito, do ponto de vista interno) é suficiente para manter um espírito saudável e habilidoso.

O que tudo isso significa para a ética prática e, em última instância, para a política e o direito? Toda deliberação ética irá desaguar, ao final, numa ação virtuosa; entretanto, o caminho para tal ação se dará na descrição de linhas de ação possíveis somente entre as coisas indiferentes (preferíveis e não preferíveis, ou promovidas e demovidas). É na carnalidade do mundo, em suas instituições e problemas cotidianos que o homem atua. Nesse sentido, Cícero dizia que as coisas intermediárias ou indiferentes se referem a todas as nossas deliberações (CÍCERO, *De finibus*, III.60). A eficácia desse modelo (BRENNAN, 2010, p. 194-199)<sup>17</sup> está expressa nos ditos de Crísipo contra o dissidente estoico Ariston, que pregava a inexistência de uma divisão interna entre as coisas intermediárias/indiferentes. Crísipo considera que tal visão levaria ao caos e tornaria inviável a noção de sabedoria: a função desta é orientar o indivíduo na conduta da vida, a partir de métodos de escolha e ingerência (e se há escolha, existe divisão: existem coisas indiferentes que são preferíveis a outras, ainda que nenhuma delas seja um bem, uma virtude)<sup>18</sup>. Em suma: as deliberações dos agentes não fazem referência à virtude, mas tão somente visando como fim a uma atividade razoável na seleção e rejeição de coisas tomando a natureza e a razão como índice. A sabedoria seria, pois, a deliberação entre os indiferentes para a escolha da ação: nisso consistiria a felicidade.

O modelo escolhido para as ações éticas do estoicismo, portanto, oferece ao agente as prescrições – quanto a deliberações em sua vida prática – que o

<sup>17</sup> Brennan chama a este modelo de “deliberação somente-indiferentes”, contraposto a um modelo ético salva virtude, isto é, um modelo ético mais socrático, baseado somente na valorização da virtude.

<sup>18</sup> Em mesmo sentido pregaram os estoicos imediatos após Crísipo, Diógenes de Babilônia e Antípater de Tarso: a vida conforme à natureza seria aquela na qual o homem discerne bem na seleção e rejeição das coisas intermediárias de acordo com a natureza e a razão, como podemos perceber na passagem VII.88 de Diógenes Laércio.

orientem para agir em conformidade com a natureza. O modelo, no entanto, não acarreta em sabedoria: o que ele faz é mostrar a um homem não-sábio como um sábio praticaria uma ação (virtuosa) e aquele, por imitação, irá praticar uma ação adequada. Nesse sentido, a virtude não é oferecida e nem mesmo é um incentivo para a ação do agente. O adicional de valor “em conformidade com a natureza”, inclusive, não teria qualquer lugar ou papel se a ação adequada dos homens pudesse por si só garantir a virtude, a felicidade, o *summum bonum*. “Virtude” e “vício” não tomam qualquer parte nas deliberações do homem comum: somente a “naturalidade”, o que resulta numa oferta somente de indiferentes (para o próprio homem e para a comunidade em geral). Por isso a ética estoica tem em seu bojo lugar para as “leis” e “costumes” dos homens: porque o homem é justificado a cuidar de seu próprio bem-estar (com o acúmulo de indiferentes preferíveis), mas, ao mesmo tempo, conectado e ligado aos outros homens pela *oikeiôsis*, pela causalidade e nexos do mundo, também tem a obrigação de cuidar e avaliar o bem-estar da comunidade em que se está inserido, e proibido de infringir a prosperidade de outros.

## 5 Referência Bibliográfica

ARNAUD, André-Jean. Michel Villey: une tolérance insinuante. Portrait d'un maître. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 106/107, p. 867-879, jan./dez. 2011/2012.

ARNOLD, Edward Vernon. **Roman Stoicism**. Bibliolife, 2009.

AURELIUS, Marcus. **Marcus Aurelius / Meditations**. With an english translation by C. R. Haines. Massachusetts: Harvard University, 1916. (LOEB Classical Library).

BARNES, J.; GOURINAT, Jean-Baptiste (orgs.). **Ler os estoicos**. Trad. Paula S. R. C. Silva. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BRENNAN, Tad. **A vida estoica: emoções, obrigações e destino**. Trad. Marcelo Consentino. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

BRUN, Jean. **O Estoicismo**. Trad. João Amado. Lisboa: Edições 70, 1986.

BRUNT, Peter Astbury. **Studies in Stoicism**. Ed. Miriam Griffin, Alison Samuels and Michael Crawford. Oxford: Oxford University, 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia: As Escolas Helenísticas**, v. 2. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

CICERO, Marcus Tullius. **On the Republic, On the Laws / De Re Publica, De Legibus**. With an english translation by Clinton Walker Keyes. Massachusetts: Harvard University, 1928. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **On Duties / De Officiis**. With an english translation by Clinton Walter Miller. Massachusetts: Harvard University, 1913. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Tusculan Disputations / Tusculanae Disputationes**. With an english translation by J. E. King. Massachusetts: Harvard University, 1927. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **On Ends / De Finibus bonorum et maiorum**. With an english translation by Clinton Walker Keyes. Massachusetts: Harvard University, 1914. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **On old age – on friendship – on divination / De Senectute / De Amicitia / De Divinatione**. With an english translation by W. A. Falconer. Massachusetts: Harvard University, 1923. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Rhetorica ad Herennium**. With an english translation by Harry Caplan. Massachusetts: Harvard University, 1954. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **On the nature of Gods - Academics / De Natura Deorum / Academica**. With an english translation by H. Rackham, v. 1. Massachusetts: Harvard University, 1933. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **On the nature of Gods / De Natura Deorum**. With an english translation by Arthur Stanley Pease, v. 2. Massachusetts: Harvard University, 1958. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **On the orator books 1-2 / De Oratore.** With an english translation by H. Rackham. Massachusetts: Harvard University, 1942. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **On the orator book 3 – On Fate – Divisions of Oratory - Stoic Paradoxes / De Oratore / Paradoxa Stoicorum / De Fato.** With an english translation by H. Rackham. Massachusetts: Harvard University, 1942. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Brutus. Orator / Brutus / Orator.** With an english translation by G. L. Hendrickson and H. M. Bell. Massachusetts: Harvard University, 1939. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Dos Deveres / De Officiis.** Tradução, introdução e notas Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado das leis / De Legibus.** Tradução, introdução e notas Marino Kury. Caxias do Sul: EDUCS, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado da República / De Re Publica.** Tradução, introdução e notas Francisco de Oliveira. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Textos Filosóficos / Paradoxa Stoicorum / Hortensius / Academica / De finibus bonorum et malorum.** Tradução do latim, introdução e notas de J. A. Segurado e Campos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

COSTA, Andityas Soares de Moura. **O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça:** universalismo, liberdade e igualdade no discurso da Stoá em Roma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIÓGENES LAËRTIOS. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres.** Tradução, introdução e notas Mário da Gama Kury. Brasília: EdUnB, 1988.

DUHOT, Jean-Joël. **Epicteto e a sabedoria estoica.** São Paulo: Edições Loyola, 2006.

EPICETUS. **Discourses:** books 1-2 / *Diatribes*. With an english translation by W. A. Oldfather, v. 1. Massachusetts: Harvard University, 1925. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Discourses:** books 3-4 – Fragments – The Encheiridion / *Diatribes / Encheiridion*. With an english translation by W. A. Oldfather, v.2. Massachusetts: Harvard University, 1928. (LOEB Classical Library).

FASSÒ, Guido. **Storia della filosofia del diritto:** Antichità e medioevo. Roma-Bari: Laterza & Figli, 2001.

GAZOLLA, Rachel. **O ofício do filósofo estóico:** o duplo registro do discurso da Stoa. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

ILDEFONSE, Frédérique. **Os Estóicos I:** Zenão, Cleantes, Crisipo. Trad. Mauro Pinheiro. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

INWOOD, Brad (org.). **Os estóicos.** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Odysseus, 2006.

INWOOD, Brad; GERSON, Lloyd P. **The Stoics Reader:** selected writings and testimonia. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2008.

KING, Cynthia. **Musonius Rufus:** Lectures & Sayings / *Diatribes*. Translated with an introduction by Cynthia King. Edited with a Preface by William B. Irvine. San Bernardino, CA: 2011.

LONG, Anthony Arthur; SEDLEY, David Neil. **The Hellenistic philosophers.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 18. ed., 2. v.

MORFORD, Mark. **The Roman philosophers:** from the time of Cato the Censor to the death of Marcus Aurelius. New York: Routledge, 2007.

RADICE, Roberto. **Stoici antichi:** tutti i frammenti raccolti da Hans von Arnim. Presentazione di Giovanni Reale. Introduzione, traduzione, note e apparati a cura di Roberto Radice. Milano: Bompiani Il Pensiero Occidentale, 2002.

RAMELLI, Ilaria. **Stoici romani minori**: Marco Manilio, L'astronomia – Musonio Rufo, Diatribe, Frammenti, Testemonianze – Anneo Cornuto, Compendio delle dottrine tramandate relative alla teologia greca – Cheremone di Alessandria, Testemonianze e frammenti – Aulo Persio e Trasea Peto, Coliambi e Satire – Anneo Lucano, La Guerra Civile – Decimo Giunio Giovenale, Satire – Mara Bar Serapion, Lettera al Figlio. Introduzione di Roberto Radice. Saggi introduttive, traduzione, note e apparati di Ilaria Ramelli. Milano: Bompiano Il Pensiero Occidentale, 2008.

REALE, Giovanni. **Metafísica**: ensaio introdutório. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_. **História da Filosofia Grega e Romana**: Renascimento do platonismo e do pitagorismo. v. 7. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2008. (História da Filosofia Antiga).

\_\_\_\_\_. **História da Filosofia Grega e Romana**: Filosofias helenísticas e epicurismo. v. 5. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2009a. (História da Filosofia Antiga).

\_\_\_\_\_. **História da Filosofia Grega e Romana**: Estoicismo, ceticismo e ecletismo. v. 6. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2009b. (História da Filosofia Antiga).

RIBEIRO, Luís Felipe Bellintani. **História da Filosofia I**. Florianópolis: EdUFSC/EaD, 2008.

SENECA, Lucius Annaeus. **Moral Essays**: *De Providentia. De Constantia. De Ira. De Clementia*. With an english translation by John M. Basore, v. 1. Massachusetts: Harvard University, 1928. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Moral Essays, Volume II**: *De Consolatione ad Marciam. De Vita Beata. De Otio. De Tranquillitate Animi. De Brevitate Vitae. De Consolatione ad Polybium. De Consolatione ad Helviam*. With an english translation by John M. Basore, v. 2. Massachusetts: Harvard University, 1932. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Moral Essays, Volume III**: *De Beneficiis*. With an english translation by John M. Basore, v. 3. Massachusetts: Harvard University, 1935. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Epistles**: 1-65. With an english translation by Richard M. Gummere, v. 1. Massachusetts: Harvard University, 1917. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Epistles**: 66-93. With an english translation by Richard M. Gummere, v. 2. Massachusetts: Harvard University, 1920. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Epistles**: 93-124. With an english translation by Richard M. Gummere, v. 3. Massachusetts: Harvard University, 1925. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Natural Questions**: books 1-3. With an english translation by Thomas H. Corcoran, v. 1. Massachusetts: Harvard University, 1971. (LOEB Classical Library).

\_\_\_\_\_. **Natural Questions**: books 4-7 / *Naturales Quaestiones*. With an english translation by Thomas H. Corcoran, v. 2. Massachusetts: Harvard University, 1972. (LOEB Classical Library).

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, 1991.

\_\_\_\_\_. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VIMERCATI (a cura di). **Posidonio**: testimonianze e frammenti. Presentazione di Roberto Radice. Introduzione, traduzione, comentário e apparati di Emmanuele Vimercati. Milano: Bompiano Il Pensiero Occidentale, 2004.

## DEMOCRACIA E PARTIDOS POLÍTICOS: NEXO CONCEITUAL E SUA MANIFESTAÇÃO NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE PARTIDOS BRASILEIRO

*Marjorie Carvalho de Souza<sup>1</sup>*

**Palavras-chave:** democracia; partidos políticos; Estado de partidos.

**Resumo:** Com o propósito de provar o nexo teórico entre democracia e partidos políticos na moderna sociedade de massas, o trabalho apresentado se debruça sobre essas duas figuras da Ciência Política, descrevendo-as desde sua conceituação, apontando as causas dessa conexão e as funções que as agremiações desempenham nesse regime de governo. Para ilustrar esse apontamento, a investigação é deslocada ao plano empírico concentrando-se na experiência política brasileira, a qual é narrada com ênfase na trajetória dos Partidos desde a pré-história das agremiações, no período imperial, até o momento de sua mais ampla incorporação ao aparato estatal com o advento da Constituição Federal de 1988, a fim de corroborar o paralelo entre a institucionalização dos partidos e o fortalecimento da democracia. No curso desse processo de amadurecimento institucional, a última etapa consiste na adoção da democracia plebiscitária no moderno Estado de Partidos. Após conceituar esse sistema de governo, e sustentar sua imprescindibilidade para a realização da democracia moderna, serão confrontados dispositivos legais da legislação do Brasil com os requisitos elencados pela doutrina majoritária para a efetivação desse modelo a fim de demonstrar que o país já conta, hoje, com o ambiente jurídico propício para sua instalação. De posse dessas informações e apesar da ciência da continuidade e do caráter permanente do processo de construção da democracia, é lícito reconhecer, portanto, que a conjuntura política atual do país é o momento histórico mais propício à realização da democracia partidária, cujo ambiente jurídico favorável aponta, inexoravelmente, para a concretização de um Estado de Partidos.

<sup>1</sup> Graduanda da 3ª fase do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – Ius Commune (CNPq).

## 1 Introdução

Apesar da aparente universalidade e hegemonia com que o regime democrático se consolidou no horizonte político do Ocidente pela massiva adesão dos países a esse modelo e que serviria, supostamente, para provar o sucesso de sua exportação pelas nações pioneiras às demais vizinhas, essa hipótese resta inexoravelmente refutada pela especificidade da história das instituições descritas em cada país.

Ainda que batizadas sob a mesma denominação, as práticas políticas observadas nas diversas comunidades democráticas do hemisfério oeste do globo são resultado de processos particulares de formação histórica e amadurecimento das instituições que, gestados a ritmos diversos, culminaram em organizações políticas singulares adaptadas a complexos sociais próprios.

Levando isso em conta, um estudo autêntico sobre a atual conjuntura em que se assenta o Estado de Partidos em gestação no Brasil, principalmente no que concerne à sua previsão constitucional e legal, ainda que enriquecido pela confrontação e delineamento de paralelos com institutos equivalentes em seus pares do Ocidente, há que considerar a história política específica do país para compreender a trajetória percorrida pelos partidos até sua ampla recepção pelo ordenamento jurídico.

Antes de mergulhar nesse mérito, entretanto, urge apontar de que forma os partidos políticos são indispensáveis para a realização da democracia numa sociedade de massas. A fim de explicar tal associação aludida entre eles, a primeira seção debruça-se a destrinchar essa analogia.

Para tanto, a investigação neste ponto é conduzida por dois aspectos: o primeiro destinado a assinalar as causas que fundamentam a preferência pelos partidos políticos como o instrumental da consumação da democracia mediada, e o segundo apontando as funções específicas que eles desempenham numa democracia consolidada.

Feitos esses apontamentos, a segunda seção dedica-se à trajetória dos partidos políticos no Brasil, delineada desde a pré-história das agremiações, no

Período Imperial, até o momento de sua mais ampla incorporação ao aparato estatal com o advento da Constituição Federal de 1988. Nessa triagem, são feitas observações pontuais que relacionam a experiência política do Brasil com a afirmação de que os partidos políticos são essenciais à realização da democracia, buscando confirmar essa intrínseca relação.

Por fim, o último tópico tratará da conceituação do terceiro modelo democrático de representação política instrumentalizado pelos partidos – sucessor da Democracia Representativa (liberal) e da Democracia Representativa Partidária – denominado Estado de Partidos. Após conceituar esse novo paradigma de organização política, e sustentar sua imprescindibilidade para a realização da democracia moderna, serão confrontadas as legislações brasileiras com os requisitos elencados pela doutrina majoritária para a efetivação desse modelo a fim de demonstrar qual é o ambiente jurídico e político em que o Brasil se encontra hoje no que tange à recepção e efetivação de um Estado de Partidos.

## **2 Nexo conceitual entre partidos políticos e democracia**

Toda investigação teórica que se debruça sobre o estudo das organizações partidárias e do regime político democrático esbarra na conexão intrínseca entre essas duas figuras emblemáticas na Ciência Política desde a etapa de conceituação de cada uma delas. A democracia, considerada na sua realidade contemporânea como espaço político das massas (MEZZARROBA, 2004, p. 11), de faceta representativa e carente de mediação política, encontra nos Partidos Políticos seu instrumento de realização. Afinal, para que o ideal democrático se concretize de forma a permitir o acesso de todos os cidadãos da comunidade política às decisões do governo, são necessárias organizações que aglutinem ideologias e aspirações sociais semelhantes conferindo-lhes representatividade.

Dessa forma, o papel de intermediação entre representantes e representados passa a ser desempenhado pelos partidos políticos na atual etapa de experiência democrática das sociedades de massas. Cabe a eles, portanto, refinar os interesses particulares inserindo-os numa visão mais ampla, isto é, num programa político. A representação política visa, harmonizando os interesses dos

indivíduos, a realizar a igualdade. Por conta disso, é necessário que os partidos estabeleçam quais categorias estarão predominantemente contempladas, para que os indivíduos se identifiquem e se reconheçam plenamente representados no exercício da atividade legislativa. Tendo em conta a responsabilidade da função de determinar a política nacional, torna-se imperativa essa filtragem das aspirações individuais (ZAMPETTI, 1969, p. 2).

Todavia, é pertinente assinalar a ressalva apontada por Mezzaroba (2004, p. 155) ao comentar essa relação entre democracia e partidos políticos, em que ele chama atenção para a insuficiência da presença do instituto da representação política em determinado país como garantia democrática, uma vez que até Estados não-democráticos contam com essa estrutura. O que torna um Estado democrático de fato não é a mera atuação de partidos como órgãos mediadores do cidadão junto às instâncias políticas, mas o comprometimento deles com a efetivação da democracia, que, aliado ao seu potencial de promover a participação e representação dos eleitores, é capaz de tornar um Estado plenamente democrático e acessível aos anseios da população.

Para ilustrar essa afirmação, Mezzaroba recorre ao exemplo do regime ditatorial que vigorou no Brasil de 1964 a 1985 em que apesar de legalmente funcionarem partidos políticos, as instituições democráticas do país eram intensamente sufocadas.

De todo modo, se as organizações partidárias por si só não são indicativo de democracia, não há como esse regime se concretizar se não através deles, uma vez que só através de seu potencial de congregação é que os eleitores tornam-se grupos capazes de ação política. Se não através desses legítimos porta-vozes, a massa amorfa não estaria em condições de dar fôlego aos órgãos do poder estatal.

Nesse contexto, a compreensão doutrinal e a regulação jurídica são apresentadas por García-Pelayo (1986, p. 40-41) em duas vertentes: a primeira considera-os como direitos subjetivos públicos e a segunda como fator constitutivo da estrutura democrática objetiva. Em ambas – tanto a que considera uma atualização do direito subjetivo de associação e a que considera como entidades objetivamente necessárias para a vigência da ordem democrática - a ofensa a eles

significa uma lesão à própria Constituição, restando protegidos, dessa forma, por uma garantia institucional.

Em opinião conforme, Gambino (2009, p. 7) classifica os partidos políticos como peças fundamentais para chegar à identificação da forma de Estado e de seu modelo organizativo, a forma de governo. Tanto uma como a outra já não podem ser definidas, para o autor, em termos abstratamente fixos, mas como partes do direito Constitucional vivo.

Mergulhando mais a fundo na fundamentação da analogia entre partidos e democracia, cumpre direcionar a análise do estudo por dois aspectos: as causas que fundamentam a preferência pelos partidos políticos como o instrumental por excelência da consumação da democracia representativa e as funções específicas que eles desempenham numa democracia consolidada.

### **3 Fatores justificantes da primazia dos partidos políticos como meio privilegiado de realização da democracia**

García-Pelayo (1986, p. 73-74) enumera dois fatores que contribuem para a preferência:

1. Massificação da conquista dos direitos democráticos associada ao crescimento populacional da sociedade e à extensão do direito ao sufrágio concedido agora a toda população adulta, incluindo estratos segregados de outrora como as mulheres e os despossuídos.

Neste ponto, cabe destacar um adendo apontado por Zampetti (1969, p. 149-153), que chama atenção para a insuficiência da cessão do direito a voto a todos os cidadãos como condição probatória da vigência da soberania popular. Levando isso em conta, infere-se que representação política eletiva e soberania popular não são equivalentes.

O princípio da soberania popular - alicerce do Estado democrático - começou a se afirmar quando a todos os cidadãos, independentemente de sua posição econômica e social, foi concedido o direito a voto, de forma a substituir o regime restritivo que vigorava para outro fundado no sufrágio universal. Todavia,

para que essa garantia seja operante, é necessário que exista um nexo recíproco entre concessão de poderes e participação dos indivíduos em seu exercício. Do contrário, essa prerrogativa não passa de uma etapa para o alcance da soberania, uma vez que ela é um ponto de chegada, cujo alcance só se dá através de uma série de estágios determinadas pela evolução da realidade histórica e das demandas sociais.

Para tornar-se concretamente soberano, o povo precisa exercer efetivamente o poder, isto é, não apenas eleger os representantes, mas participar com eles do poder, de modo a adequar cada vez mais a vontade popular à atuação do Estado. Entretanto, o enorme número de eleitores e sua incapacidade para estimar programas múltiplos e para conhecer diretamente aos candidatos torna indispensável recorrer a um mediador entre uns e outros, cabendo aos partidos políticos facilitarem essa participação. Vale destacar que esse posto é próprio dos Estados democráticos e requer sensibilidade para apreender os interesses dos particulares que os compõem e compatibilizá-los com o interesse geral.

Quanto a essa exigibilidade dos partidos enquanto mediadores, Leibholz (1980, p. 206-207) traça um prognóstico concordante ao afirmar que, na democracia de hoje, só eles estão aptos a unir os cidadãos em grupos capazes de ação política, ao que alude à metáfora proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que compara sua atuação para o povo com a de um alto-falante, no qual os eleitores se expressam articuladamente e adotam decisões políticas. Para o autor, se não houvesse esse elemento interposto, o povo não conseguiria exercer influência política sobre o Estado, nem realizar-se politicamente. Pela sua definição precisa: “Na democracia moderna, se não existissem os partidos, o povo não faria outra coisa que vegetar politicamente, impotente e sem ajuda”.

2. Estruturação da sociedade atual a partir de organizações, de forma que a consecução de objetivos só se realiza através de mediação.

Pelayo descreve essa conjuntura como parte do fenômeno histórico resultante da já citada massificação da sociedade, a qual acarretou em um crescimento quantitativo de demandas e contribuiu para a falibilidade de estruturas tradicionais, a serem substituídas por outras mais adaptadas à satisfação de novas necessidades e valores nos distintos campos de

desenvolvimento social. Especificando a abordagem para a seara política, o povo amorfo só consegue se manifestar se materializado pela atuação dos Partidos com seu potencial organizativo.

Por outro lado, Leoni (1990, p. 284) aponta causas distintas que motivariam um indivíduo a afiliar-se a alguma agremiação:

1. Participação ideológica: Para o autor, consiste na tentativa de contribuir para uma determinada ideologia através da adesão a um partido, constituindo um tipo especial de afiliado: fidelíssimo, para quem o partido torna-se um instrumento para a realização de determinados objetivos antes de ser uma entidade válida em si mesma.

Nesse sentido, os Partidos Políticos seriam organizações propostas a manter ou conquistar o poder em função de uma interpretação determinada, isto é, ideológica, da realidade. Esse grupo, portanto, é fruto da reunião de cidadãos com ideias afins que tenham o objetivo de garantir “influência eficaz na marcha da vida pública” (KELSEN, 1980, p. 197).

1. Participação instrumental: Significa a tentativa de buscar objetivos pessoais ou coletivos extrapolíticos através da adesão a um partido.
2. Participação formativa: É o tipo de adesão típico dos jovens, os quais veem no partido o lugar no qual é possível acrescentar seus próprios conhecimentos, formar opiniões e enriquecer sua bagagem cultural e política.
3. Participação socialitária: a sede do partido funciona como lugar de reunião e convivência dentre os membros.

### 3.1 Funções desempenhadas pelos partidos no regime democrático

Diretamente relacionadas a esses motivos fundantes já citados, cabe assinalar as funções típicas que realizam nas democracias consolidadas. Montero e Gunther (2002, p. 15) assinalam recrutamento de candidatos, mobilização do apoio eleitoral, estruturação das agendas políticas e formação de governos. Todavia, cabe

a García-Pelayo (1986, p. 75-84), novamente, uma abordagem mais aprofundada desse tópico, na qual ele descreve os seguintes papéis:

- a) movimentar as massas para sua participação e inclusão no processo democrático, de forma a diminuir as abstenções no exercício do sufrágio a níveis toleráveis que não deslegitimem a democracia, tendo em vista que o abstencionismo é favorável na medida em que diminui as pretensões ao poder e revela a estabilidade do sistema, já que mostra que não se opõem opções tão contraditórias. Todavia, quando o número de abstenções resulta muito expressivo, pode significar falta de adesão, indiferença e repulsa, representando perda de legitimidade democrática. De qualquer forma, resta provada a importância dos partidos políticos para concretizar a razão de ser do sistema democrático, quais sejam: participação e integração dos cidadãos na vida pública, as quais, ao mesmo tempo, segundo o autor, constituem condição para a consciência de sua legitimidade;
- b) receptor e dirigir ações políticas em uma dupla-face de atuação. A primeira vertente se manifesta pela transformação de orientações e atitudes políticas gerais de certos setores da sociedade em programações de ação política nacional, convertendo as necessidades expressas ou difusas do conjunto da população em pretensões precisas e concretas a serem satisfeitas pelos poderes públicos. O segundo flanco corresponde ao papel desempenhado de dirigentes políticos da sociedade, liderando ações políticas e solicitando demandas para os cidadãos, não se limitando a apenas receber orientações. Neste ponto, o autor chama atenção para a necessidade de flexibilidade ideológica das linhas orientadoras dos partidos para que se adaptem às demandas políticas da sociedade em uma dada conjuntura, de forma a maximizar os benefícios políticos;
- c) sistematizar as demandas sociais em programas de ação coerentes com as prioridades a que se propõem, estabelecendo, assim, inter-relações e coesão entre elas, a fim de inspirar as decisões do Estado;

- d) formular e expor seus programas em linguagem acessível e compreensível à média da população, especialmente aos setores sociais a que se orienta preponderantemente. Entretanto, essa simplificação de problemas complexos não deve ocultá-los, mas sim esclarecê-los;
- e) proporcionar aos eleitores a oferta de listas de nomes viáveis à eleição; e
- f) oferecer aos eleitores seu potencial organizativo, capacidade de articulação de uma pluralidade de recursos humanos e materiais voltados à consecução de objetivos. Neste caso, os alvos consistem em satisfazer certas demandas ou orientações do eleitorado.

Com base nos fatores expostos, a existência de partidos solidamente organizados representa condição essencial para realizar na maior medida possível as tendências dos eleitores e para cumprir com as exigências e requisitos da democracia na época de massas.

#### 4 Trajetória dos Partidos Políticos no Brasil

Uma vez provada a conexão inerente entre partidos políticos e democracia, cumpre expor a trajetória que eles percorreram no Brasil e o papel que desempenharam no tortuoso caminho de construção da democracia desde a Independência. Ao descrever essa digressão teórica da evolução do regime jurídico e constitucional dos partidos políticos no ordenamento brasileiro, é possível perceber a história política do país implícita nesse processo. Afinal, conforme observa Vieira (2002, p. 65), “A origem e o tipo das organizações partidárias que surgiram no país estão intimamente relacionados com o modelo de colonização e o tipo de Estado implantado”.

O ponto de partida desta seção concentra-se no período Imperial, compreendido entre os anos 1822 e 1889, nos primeiros tempos de vida independente da nação brasileira. De encontro ao tratamento dispensado pelas manchetes jornalísticas da época que denominavam os grupos políticos de partidos, a doutrina majoritária posiciona-se na opinião de que neste período tais organizações não passavam de simples associações políticas, distantes da

conotação atual assumida pelos partidos políticos. Tratava-se de meras facções e grupos de interesse que parasitavam a coroa (CHACON, 1985, p. 23).

Dividiam-se em três correntes distintas (resultantes da fragmentação dos emancipacionistas e colonialistas do período Colonial) monarquistas, moderados e radicais que se organizaram para participar da Assembleia Geral Constituinte. Todavia, sua atuação foi interrompida pelo primeiro golpe brasileiro de Estado: o fechamento do Congresso com a outorga por D. Pedro I da nova Constituição. Essa tendência absolutista e de concentração de autoridade do Imperador materializada no Poder Moderador instituído pela Carta de 1824 (BRASIL, 1824) inviabilizava os projetos de organização partidária e resumia a importância desses grupos a meros parasitas em disputa à sombra do trono. Por outro lado, o próprio reinado restou prejudicado por essa postura de D. Pedro, chegando ao fim com a sua abdicação em 1831 (VIEIRA, 2002, p. 70-71).

Esse vácuo de poder deixado pelo imperador é preenchido pela ascensão de regentes que se revezaram no governo do país até 1840. Durante esses nove anos, estando temporariamente afastada a fiscalização do Poder Moderador, surgem no Brasil Independente as primeiras tendências de opinião estáveis, identificadas por princípios políticos semelhantes, mas que careciam de um ambiente jurídico propício para receber a alcunha legítima de partidos políticos.

De modo semelhante essas organizações funcionaram durante o Segundo Reinado capitaneado pela figura de D. Pedro II, jovem recém-emancipado, de modo que meramente estão fincadas as origens das organizações partidárias, mas sem que através delas vigesse um sistema representativo ou uma democracia partidária de fato. A estrutura imperial e o espírito elitista do regime e dos burocratas da época afastavam as funções precípuas dessas agremiações, reduzindo-os “a partidos de quadros ou de notáveis, de formação nitidamente interna”, que pouco se diferiam entre si, embora se identificassem por ideais opostos – liberais e conservadores (NASPOLINI, 2006, p. 138). Aos personagens desse quadro político, a cultura popular cunhou um provérbio que sintetiza magistralmente o vazio ideológico dessas associações quando no exercício do poder com a expressão: “farinhas do mesmo saco”.

Apesar do discurso de ruptura e progresso, a proclamação da República em 1889 não veio a alterar esse cenário hostil à proliferação dos partidos políticos. Pelo contrário, convencidos de que a culpa da ruína do regime imperial era das divisões originadas pelas organizações “partidárias” existentes, muitos dos republicanos que chegaram ao poder cultivavam uma mentalidade antipartidária (VIEIRA, 2002, p. 75). A essa repugnância acrescenta-se a apatia política da população que esteve alheia ao processo revolucionário como outro fator prejudicial ao associativismo político na República que se iniciava (NASPOLINI, 2006, p. 138).

Essa postura gerou reflexos na Constituição promulgada em 1891 (BRASIL, 1891), na posterior legislação ordinária da República velha – silentes em matéria de partidos políticos – e na própria história republicana, marcada pela concepção de que os partidos eram entraves à implantação da “democracia” que a elite política pretendia instalar, quando na verdade constituíam empecilhos apenas para o oligopólio que caracterizou a cúpula do governo do país à época.

Mesmo nesse ambiente hostil às associações políticas, alguns setores da sociedade, como a classe operária, tentaram se reunir a fim de aventar representação nacional, mas foram ríspidamente reprimidos e perseguidos, inclusive por meio de leis que se pretendiam mantenedoras da ordem, moralidade e segurança pública, mas cujo único resultado fora coibir movimentos sociais que ameaçassem a ordem. Por outro lado, os militares, fortalecidos pela proclamação da República, constituíram um partido peculiar, com reconhecimento da sociedade e autoridade suficiente para não se sentirem intimidados em desrespeitar a ordem constitucional e legal do país.

A presidência da República só é ocupada por um civil a partir de 1894 pelo Presidente Prudente de Moraes. Nessa época, a política da nação estava descentralizada pelos focos de poder dos grandes fazendeiros em seus celeiros eleitorais. Os agrupamentos existentes não passavam de facções oligárquicas cuja representatividade alcançava apenas os interesses das elites de cada Estado-membro da federação.

O quadro institucional dos Partidos Políticos nesse período pouco democrático de revezamento camarada entre os coronéis na direção do país era

organizado por lei civil<sup>2</sup> (BRASIL, 1916) como pessoas jurídicas de direito privado em virtude da não previsão legal de sua existência. Insurgindo-se contra esse sistema, consuma-se por Golpe Militar um movimento revolucionário em 1930, capitaneado por diversos estratos insatisfeitos da sociedade.

Essa conquista entusiasmou a população ao sinalizar para o início de uma nova era sob a liderança de Vargas que superaria as oligarquias da República Velha. Todavia, o que pareceu ruptura não passou de mera conciliação. No sintético e preciso diagnóstico de Vieira (2002, p. 84): “trocaram-se os atores, mas permaneceram os velhos vícios de representação da Primeira República”.

Em pouco tempo o titular do Governo Provisório, Getúlio Dorneles Vargas, deixou transparecer suas tendências centralizadora e fascista, suprimindo os partidos estaduais e concentrando todo o controle do país de forma autoritária na esfera nacional. Essa ação de manifesta despreocupação com a ordem constitucional deu causa ao levante constitucionalista de 1932, desencadeado em São Paulo, cujo mérito – apesar da derrota nos campos de batalha – foi apressar o fim do governo revolucionário com a convocação da Constituinte.

Com vistas a esse processo, um ano depois, em 24 de fevereiro de 1932, foi promulgado o primeiro Código Eleitoral do Brasil, no Decreto nº 21.076 (BRASIL, 1932), que reconheceria pela primeira vez a existência jurídica dos Partidos brasileiros (art. 99), e regulamentava seu funcionamento (art. 100). Com a nova lei, passavam a ser consideradas como partidos políticos três espécies de agrupamento: permanentes, provisórios e associações de classe. Some-se a isso a possibilidade de registrar candidaturas avulsas e o que parecia um avanço em termos de reconhecimento figura, na verdade, como um duro golpe ao funcionamento dessas organizações, dada a possibilidade de surgir uma bancada apartidária sujeita ao controle permanente do Presidente sem a imunidade da “livre ação dos partidos”. Esse fato apenas confirma a tese de que o governo de Vargas inclinava-se à centralização autoritária e ao esforço de deslegitimar os Partidos Políticos (MEZZARROBA, 2004, p. 199).

Vale destacar, contudo, que antipartidarismo não era prerrogativa exclusiva do Presidente. Pelo contrário, foi um pensamento preponderante à

---

<sup>2</sup> Código Civil de Clóvis Beviláqua.

época, refletido na composição da Assembleia Constituinte – onde apesar de múltiplos os partidos eram inexpressivos e desprovidos de credibilidade – e na Constituição aprovada em 1934, que os recepcionou como meras correntes de opinião. Com efeito, Partidos Políticos fortes e representativos permaneceram ausentes, apesar da tentativa de preencher esse vazio político liderada pelos polos oposicionistas *Aliança Nacional Libertadora (ANL)* e *Ação Integralista Brasileira (AIB)* – associações políticas que possuíam alguns traços partidários.

Se a essa altura a democracia brasileira já se encontrava extremamente prejudicada, a partir de 1937 o sistema político do país sofre mais um duro revés. A pretexto de combater uma revolução comunista fajuta, encenada por um colaborador do próprio governo Vargas, o Presidente outorga a Constituição conhecida pela alcunha *polaca* (dada sua inspiração polonesa e fascista) e inaugura o Estado Novo, com a decretação do estado de emergência seguido do estado de guerra. Em todas as esferas da federação, o Parlamento fora dissolvido, e com ele qualquer hipótese de livre representação política, além de o propósito de instaurar um governo forte e centralizador ter sido claramente reafirmado.

Sob a alegação de proteger o Brasil de se tornar prisioneiro de um partido ou facção que não o próprio povo, é baixado o Decreto-Lei nº 37 (BRASIL, 1937) extinguindo todos os Partidos Políticos inscritos nos tribunais da época. O texto constitucional, apesar de silente quanto às organizações partidárias, inviabilizava qualquer iniciativa nesse sentido. Apesar desse combate, o próprio Governo sentiu a necessidade de criar uma organização que o sustentasse politicamente, o que deu origem à criação da Legião Cívica Brasileira em 1938 (MEZZAROBÀ, 2004, p. 205). Todavia, esse projeto enfrentou resistência do estrato militar, sendo imediatamente desarticulado. “Se não conseguiu estabelecer o partido único, o governo do Estado Novo, no entanto, não se esqueceu de suprimir todos os outros” (MELO FRANCO, 1980, p. 73).

Destarte, o governo que se iniciou pretendendo-se revolucionário apenas reeditou o autoritarismo de oligárquico a populista. Entretanto, esse regime torna-se insustentável diante da derrota das potências fascistas na Europa e na Ásia, que o Brasil inclusive ajudara a combater. Diante das pressões da sociedade civil, o governo Vargas prepara o processo de transição para o regime democrático de

modo a preservar seu nome para um eventual retorno ao Palácio do Catete. Ele o faz por meio do Decreto-Lei nº 7.586 (BRASIL, 1945), conhecido como “Lei Agamenon Magalhães”, que regula o funcionamento dos partidos políticos e regulariza os trâmites para as eleições do final daquele ano.

A Quarta República, portanto, à medida que se democratiza torna o ambiente jurídico mais favorável aos Partidos Políticos. Com aquele dispositivo, “inaugura simultaneamente no Direito Brasileiro os controles quantitativos e qualitativos ou ideológicos sobre as agremiações partidárias” (NASPOLINI, 2006, p. 144), materializados nas exigências de a) atuação em âmbito nacional; b) aquisição de personalidade jurídica sob a lei civil; c) apoio de, no mínimo, distribuídos em pelo menos cinco Estados. As hipóteses de cassação, embora pouco democráticas, não minimizam seu caráter pioneiro, quais sejam: quando os partidos não elegessem pelo menos um representante para o Congresso Nacional ou não atingissem o patamar de cinquenta mil votos nacionais e se seus programas atentassem contra a democracia ou os direitos fundamentais do homem, conforme a Constituição que seria elaborada.

É válido destacar, contudo, que nem todos os obstáculos ao pleno desenvolvimento da Democracia Partidária foram retirados por este Decreto-Lei. O fato de permitir inscrição dos candidatos em múltiplas legendas e candidaturas simultâneas a cargos diferentes e em vários Estados, por um mesmo político, contribuía para o processo de personalização do voto e da política, além do enfraquecimento dos Partidos menores. Esse fato é apontado por Naspolini (2006, p. 145) como hipótese mais nociva ao sistema partidário do que as candidaturas avulsas do Governo Provisório, já que de um lado incentivava a instituição dos Partidos, mas de outro impulsionava o surgimento de lideranças individuais, que fatalmente entrariam em confronto, cujo resultado seria mais prejudicial aos primeiros. Outra proibição, na sequência, com a Assembleia Nacional Constituinte já em funcionamento, é acrescentada ao rol de restrições legais e que serviu de fundamento legal para a cassação do registro do Partido Comunista Brasileiro bem como do mandato de todos os seus membros: a vedação de recebimento por parte das agremiações de recursos financeiros ou orientação ideológica provenientes de nações estrangeiras.

A constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, por outro lado, acena de forma mais amistosa às instituições partidárias, referindo-se, pela primeira vez na história constitucional republicana, de forma explícita aos partidos políticos, regulamentando-os em consonância com a legislação ordinária precedente, instituindo novas prerrogativas, e destacando-se, principalmente, por enunciar o pluripartidarismo como princípio essencial da ordem política.

Nesse novo cenário jurídico - não obstante a mentalidade resistente e a precariedade das instituições - houve consideráveis ganhos quanto à participação política popular, bem como à estruturação dos próprios Partidos. Dentre as múltiplas novas associações, três alcançaram maior repercussão política: o Partido Social Democrático (PSD), a União Democrática Nacional (UDN) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Em um panorama sintético e preciso, todos os partidos políticos do período são fruto de articulações elitistas, incapazes de promover a legítima representação nacional através de novas lideranças. Apesar da proliferação das exigências quantitativas enquanto mecanismos legais de contenção da multiplicação partidária, os verdadeiros vícios do sistema não foram combatidos, como a manutenção das velhas forças políticas no poder. Entre os anos de 1945 e 1964, as instituições políticas continuaram precárias, bem como a representatividade do sistema, uma vez que as renovações política e jurídica e política não alcançaram os elementos mais nocivos da política no país: seus personagens e seu *modus operandi*.

Antes de consolidar-se, entretanto, essa experiência democrática foi abortada. Em 1964, outro Golpe de Estado vem romper com a ordem constitucional com a pretensão de “proteger” a nação da “ameaça comunista”. Desta vez, os militares avocaram para si a missão, e investidos de poderes arbitrários, suprimem a já precária democracia brasileira. Para narrar o período, são extraídos alguns dados da dissertação de Vieira (2002, p. 98-109).

Dentre o rosário de boas intenções do Governo Militar, constava recuperar os partidos políticos de sua decomposição legada pela Quarta República. Com esse objetivo, foram promulgados em 1965 o Novo Código Eleitoral (nº 4.737/65) e a primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos (nº 4.740/65), cujo efeito imediato foi a cassação de 63 deputados e a manutenção de apenas cinco agremiações,

decorrente da inclusão de novas exigências qualitativas para o registro de Partidos. Todavia, a permanência dos remanescentes fora breve, três meses depois eles foram extintos pelo Ato Institucional nº 2 (BRASIL, 1965). Apesar de não impedir a criação de novas agremiações para manter a legitimidade do regime, o governo enrijeceu os critérios de formação – interferindo inclusive na escolha dos nomes – a fim de dissolver a força que gozavam as siglas tradicionais.

Neste período vigorou um bipartidarismo, que projetava a ideia de normalidade política através da Aliança Nacional Renovadora (ARENA) e do Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Na prática, a primeira era formada por representantes da elite do governo e a segunda uma oposição consentida, que meramente flechava algumas críticas construtivas sem jamais obter vitórias significativas.

Em 24 de janeiro de 1967 é promulgada a quinta Constituição Republicana, que trouxe nova abordagem acerca dos Partidos Políticos, com a inclusão dos critérios mais rígidos da história política brasileira para a existência legal de agremiações, dada a exigência de robusta representatividade em pelo menos 2/3 dos Estados da Federação. Essa rigidez ratificou de vez o bipartidarismo, tornando inviável o registro de qualquer outra agremiação.

Mesmo que de forma autoritária e sufocante, até então houvera sido preservada a aparente legalidade do sistema. Todavia, ante a contestação do regime pela sociedade civil através de passeatas e greves, os métodos de terror foram intensificados. Esta fase tem início com a decretação do famigerado Ato Institucional nº 5 (suspensor do *habeas corpus* e concessor de poderes ilimitados ao chefe do Executivo nacional) de e do Decreto-Lei nº 898, a Lei de Segurança Nacional. Nesse processo de endurecimento da ditadura instaurada, a própria Constituição de 1967 é amplamente reformada pela Emenda Constitucional de nº 1, em 1969, incorporando ao novo texto os pressupostos dos dois dispositivos recém-promulgados.

No que concerne aos Partidos Políticos, mantiveram-se severos requisitos para seu funcionamento, com a inclusão do critério fidelidade partidária, que previa punição para os parlamentares infiéis. Essa hipótese era providência premeditada pelos próprios militares para retaliar dissidentes dentro do próprio

partido do governo, a ARENA. De toda sorte, a autonomia dos partidos para reger suas estruturas internas não existia, e essa postura de controle foi coadunada pela nova Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1971 (nº 5.682/71).

Nos anos seguintes, o arrocho ditatorial se intensificou através de leis claramente voltadas para uma engenharia política disposta a manipular inescrupulosamente as eleições em favor dos interesses militares. Proibição de divulgação de propostas em programas eleitorais, eleições indiretas, sublegendas, cargos biônicos, foram algum dos recursos utilizados pelo Governo na tentativa desesperada de se manterem no poder.

Ao final da década de setenta, entretanto, já era possível visualizar algumas medidas no sentido de uma abertura lenta, gradual e negociada do regime militar para o civil. A intenção era fragmentar e enfraquecer a oposição, mesmo que o custo dessa estratégia fosse a volta ao multipartidarismo. Por meio da Emenda Constitucional nº 11 (BRASIL, 1996), algumas regras para a criação de partidos foram alteradas de modo a facilitar o surgimento de novas agremiações. Seus efeitos, contudo, não valeram para o pleito de 1978.

Com a revogação do AI-5 e promulgação da Lei da Anistia (para amigos e inimigos do regime) naquele mesmo ano, inúmeras lideranças exiladas retornaram ao país e à cena política, aproveitando esse cenário favorável à criação de novas organizações partidárias. A abertura definitiva veio através da Lei nº 6.767, em dezembro de 1979, editada pelo último presidente militar da ditadura: João Batista Figueiredo. Da extinção da ARENA e fragmentação do MDB, surgiram seis partidos políticos dos quais apenas a única legítima novidade perante a desgastada concepção tradicional da política brasileira foi o Partido dos Trabalhadores (PT), oriundo do movimento sindicalista paulista.

Os derradeiros esforços de manipular as eleições, investidos pelos militares, consistiram numa reforma eleitoral editado em janeiro de 1982, com o estabelecimento do voto vinculado. A medida era manifestamente direcionada a favorecer o PDS, partido que substituíra a ARENA como agremiação vinculada ao Governo, e tornou ainda mais difícil para os novos partidos alcançar o quociente eleitoral, ocasionando a necessidade de prorrogação do prazo de obtenção de votos para que as novas legendas se regularizassem.

De todo modo, o sentimento de insatisfação popular com o regime e anseio pela redemocratização atingiam proporções cada vez maiores, materializando-se na tomada das ruas por manifestantes e pelo surgimento do movimento *Diretas Já!*. Apesar da massiva adesão de vários setores da sociedade e civil e política, a emenda constitucional Dante de Oliveira que propunha a institucionalização de eleições diretas não obteve no Congresso o quociente de votos necessário para sua aprovação.

A transição para a democracia, portanto, teve de ser realizada de forma negociada, conciliando os interesses entre as elites dirigentes, além de atender a estratégia do governo de militar de operar o processo lenta e gradualmente. Desse conluio, a solução articulada foi a eleição de Tancredo Neves para a Presidência da República, fruto de um acordo entre o PMDB e dissidentes do PDS, sendo que estes indicaram o candidato a vice, José Sarney, ex-presidente da ARENA.

O já combalido processo de redemocratização, contudo, recebe novo golpe, desta vez desferido por uma infelicidade do destino. Tancredo morre antes de ser empossado, legando a José Sarney a árdua tarefa de coordenar a transição do regime militar para o civil, e cuja posse, apesar de ter a legalidade contestada, se realiza em 1985.

Nessa nova conjuntura política, coube reformar, também, as normas referentes aos partidos políticos, tornando-as mais favoráveis à criação e funcionamento de novas agremiações. Com esse propósito foi promulgada em 15 de maio de 1985 a Emenda Constitucional nº 25. Apesar de manter a exigência de quocientes mínimos de votação, essa alteração na Lei permitiu que as entidades com registros indeferidos se reorganizassem, de forma que nas eleições para o Congresso Constituinte em 1986 fossem registradas quase trinta organizações partidárias (MEZZARROBA, 2004, p. 228).

A mentalidade antipartidária, entretanto, ainda era uma tônica no país, dada a falta de tradição política nesse sentido. Sob essa motivação, alguns estratos da sociedade se mobilizaram para defender a tese da candidatura avulsa na Constituinte. Por ser matéria controversa entre os congressistas, mas cara ao regime democrático que se pretendia consolidar com a nova Constituição, o tema foi objeto de acalorados debates entre os membros das Comissões, sendo o

dispositivo constitucional referente aos partidos o que sofreu maior número de alterações no curso do processo (NASPOLINI, 2006, p. 154-155).

Apesar do consenso quanto à necessidade política dos Partidos, dois polos de opinião opunham-se no que concerne à abordagem que a Constituição deveria dispensar a essas organizações, repousando a dúvida sobre a regulamentação do Estado perante os partidos: mais ou menos intervencionista e restritiva?

Corroborando o entendimento apresentado neste trabalho até aqui e a experiência política do próprio país, prevaleceu a ideia de que para consolidar os valores que a sociedade ansiava e que os congressistas haviam sido eleitores para defender, como a democracia, a liberdade e o pluralismo econômico, social e político, eram necessários partidos políticos fortes e livres, que gozassem de autonomia para se organizar.

Fiel a esse propósito, são incluídos no texto legal os sustentáculos da democracia brasileira, através da institucionalização da garantia de autonomia e liberdade partidária - princípio da autodeterminação dos partidos políticos - e a inclusão da filiação a um partido político como condição de elegibilidade. Com esse mérito, a Constituição cidadã de 1988 entrou para a história partidária do país como a Carta Brasileira de redação mais liberalizante. Estavam lançadas as sementes para o enraizamento de uma verdadeira democracia partidária.

## **5 Estado de partidos como o novo paradigma de organização política no Brasil**

Entendendo o nexos conceitual entre partidos políticos e democracia e após provar historicamente essa premissa pela trajetória política brasileira, cabe agora expor o que é um Estado de Partidos e como o Brasil, com a consolidação de sua democracia pelo advento da Constituição de 1988, criou o ambiente jurídico favorável para sua adoção.

### **5.1 Democracia de Partidos como o terceiro modelo de representação política democrática**

Na sua gênese, quando instaurada por Clístenes em Atenas no século VI A.C., a Democracia enquanto regime político permitia a participação ativa de todos os cidadãos da *pólis* - ainda que a cidadania fosse uma noção mais restrita àquela época. Diante do aumento demográfico e territorial dos Estados Modernos, esse arranjo tornou-se inviável, sendo necessárias adaptações para a sobrevivência do modelo ao longo da história.

Isto posto, cabe listar as fases evolutivas da Democracia, segundo a proposta doutrinária de García-Pelayo (1986, p. 82-83) para efeitos didáticos: a) Democracia Direta: caracterizada pela ausência de mediação política e deliberação direta do grupo social, podendo ser ilustrada pelo modelo ateniense; b) Democracia Representativa: expressa o pensamento liberal clássico, marcada pela dualidade entre representante e representado, sendo válida juridicamente apenas a vontade expressa do primeiro; c) Democracia Representativa Partidária: mediação entre os aqueles dois polos no exercício do poder passa a ser desempenhada pelos partidos políticos; d) Democracia Partidária (ou Estado de Partidos): objeto deste estudo.

Em reconhecimento à autoridade do autor no tema, é pertinente reproduzir integralmente a definição precisa de García-Pelayo (1986, p. 11) sobre Estado de Partidos: “é o resultado da articulação e interação entre o sistema de partidos e o sistema estatal de nosso tempo”. Neste modelo, conforme o magistério elucidativo de Mezzaroba (2004, p. 155), os representantes estão vinculados a um mandato partidário, submetidos à vontade única e exclusiva do Partido, conferindo à eleição um caráter plebiscitário, já que o eleitor outorga a sua confiança ao *Partido* como organização, e não aos candidatos.

Recorrendo a outro teórico importante dessa expressão moderna da democracia, são listadas, a seguir, algumas das consequências estruturais básicas apontadas por Leibholz (1980, p. 210-227) decorrentes da adoção do modelo. A primeira delas diz respeito à essência e forma do Estado de Partidos, que nada mais é, segundo o autor, do que uma manifestação da democracia plebiscitária, da qual resulta que a vontade popular ou geral é gestada pelos partidos pelo princípio da identificação, não da representação. Sob esse novo paradigma, os projetos internos da Assembleia tornam o papel do público ao mesmo tempo

complementário e decisivo, tendo em vista que ordena ao processo de integração da democracia de partidos.

Uma das implicações desse sistema seria o reposicionamento funcional do Parlamento, que se converteria num mero posto de reunião dos comissionados dos partidos para registro das decisões tomadas em suas sedes e conferências. Os parlamentares, nesse contexto, transformam-se em “máquinas de votar” subjugadas aos dirigentes dos Partidos.

Leibholz se refere a esse fenômeno como um deslocamento do centro político de gravidade do Parlamento aos cidadãos e aos partidos que o organizam, destacando o fato, entretanto, de que as comissões parlamentárias ainda seguem desempenhando importante papel. Com essa transferência, o parlamento se transforma profundamente e perde sua posição-chave outrora ocupada no aparato do poder estatal sendo seu antigo poder de decisão quanto à legislação e rumos decisivos do país assumido, a partir de agora, pelos Partidos.

Tal prognóstico também se aplica ao parlamentar, tendo em vista a perda de sentido da figura de representante do povo livre que por livre vontade e consciência delibera sobre toda sociedade. Em uma democracia de Partidos, o deputado está submetido e atado à autoridade da agremiação a que se filia, estando obrigado a seguir as decisões acordadas por sua sigla. O que diferencia essa estrutura de um Estado autoritário é que neste o deputado não goza de influência alguma sobre as diretrizes escolhidas, enquanto naquela pode colaborar ativamente na formação da vontade majoritária dos partidos. A ressalva é que apesar de sua liberdade de atuação na esfera interna, externamente ele deve assegurar a homogeneidade essencial para a afirmação do Partido, de modo a corroborar com as orientações da sigla em qualquer manifestação.

Quanto à responsabilidade do deputado por seu comportamento, na moderna democracia de partidos, ela é cada vez maior ante a agremiação, ao passo que é menos significativa ante os eleitores, cabendo, no lugar destes, aos partidos exigir dos parlamentares as obrigações assumidas ao se reunirem organizativamente e podendo, inclusive, excluir o deputado da organização. Desse modo, as instituições partidárias convertem-se em garantidoras da vontade popular, a qual se expressa através delas.

Aí reside a perda de autenticidade das eleições ao mesmo tempo em que se torna crescente a tendência plebiscitária que assumem. À medida que os cidadãos manifestam sua vontade política, escolhendo candidatos e programas oferecidos pelos partidos, o Estado democrático de Partidos se concretiza, tendo em vista que ele tanto melhor funciona quanto maior for a participação e envolvimento dos cidadãos ativos nas decisões plebiscitárias dos Partidos.

Leibholz enfatiza que, na Democracia de Partidos, os assuntos mais caros à existência da nação devem ser decididos pelos próprios cidadãos. Essa recomendação se coaduna com a concepção de que os mandatários do Governo são eleitos por conta da sua filiação ao partido, e não por sua personalidade e qualidades especiais. A identificação do eleitor se dá com o programa coletivamente construído e debatido na estrutura interna do Partido, não com uma figura persuasiva. Nessa conjuntura, para que as diretrizes ideológicas sejam alteradas, é necessário um processo político intrapartidário amplo e democrático, que permita a efetiva participação do conjunto dos membros.

Nessas condições, é lícito afirmar que o sistema de sufrágio proporcional é um instituto do Direito Eleitoral concordante com a democracia de Partidos, e, portanto, correspondente ao Estado de Partido da democracia de massas. Afinal, ele favorece o desenvolvimento de partidos fortes e centralizados, assim como a concentração de poder políticos nos dirigentes do partido.

Para finalizar esse esboço, cabe destacar uma outra característica apontada por Napolini (2006, p. 132), onde ele afirma que o Estado de Partidos apresenta-se também como modelo político por excelência pluralista e, portanto, contrário a projetos políticos totalitários. Essa característica é uma consequência óbvia de um Estado que se pretende uma legítima democracia.

## **5.2 Comprovação da imprescindibilidade do novo paradigma para a efetivação da democracia**

Com efeito, se não há democracia sem partidos, para que ela de fato se consolide é preciso que o Estado se configure como de Partidos, de modo que a vontade estatal passe a ser constituída no interior dos Partidos Políticos,

deslocando o eixo de decisão do Parlamento para as organizações partidárias (MEZZAROBÀ, 2004, p. 158). Tendo em vista que só a interação entre o sistema de partidos e o sistema estatal pode concretizar a legitimidade e funcionalidade democráticas, o Estado democrático, portanto, deverá configurar-se como um Estado de Partidos (GARCÍA-PELAYO, 1986, p. 85).

Vencido o ponto de que a democracia de nosso tempo é necessariamente estruturada através de partidos políticos, essas agremiações devem ser assimiladas pelo Estado, precipuamente através da Constituição do país, como órgãos formadores da vontade estatal, de modo que as ações do Governo estejam vinculadas ao Partido (KELSEN, 1980, p. 198). Nesse contexto, García-Pelayo destaca a influência dos partidos no sistema estatal à medida que os órgãos políticos funcionam como conversores da vontade dos partidos na vontade do Estado. Sob essa proporção, quanto mais eles são ocupados pelos mesmos partidos, menor é sua autonomia (GARCÍA-PELAYO, 1986, p. 90-91). Tal potencial de influência, segundo o autor, está diretamente relacionado aos resultados eleitorais (GARCÍA-PELAYO, 1986, p. 88).

Para tanto, os partidos são elevados ao status de “instituições jurídico-constitucionais” ao mesmo tempo em que se inserem na estrutura organizativa do Estado. Neste ponto, García-Pelayo (p. 69) faz uma ressalva, apontando que essa condição não os torna órgãos políticos próprios do Estado, ao menos no sentido da “estatalidade organizada”, tendo em vista a função que desempenham no processo de formação da vontade do Estado, já que em uma democracia tal vontade provém do povo até os órgãos do Estado – através dos Partidos –, e não o contrário.

Ademais, os partidos que ocupam os órgãos do Estado não gozam de poder ilimitado, mas só podem atuar dentro da área que a constituição prevê. A administração, por exemplo, não pode se identificar com o partido no poder. A sua função é, dentro do marco da constituição, servir ao governo, abstraindo o partido que o ocupe, sob os princípios da legitimidade, neutralidade e imparcialidade. Isso também serve para a atividade jurisdicional (GARCÍA-PELAYO, 1986, p. 120).

A inserção dos partidos na Constituição implica o reconhecimento de que não são apenas organizações políticas e sociológicas, mas também organizações juridicamente relevantes. De fato, só a partir dessa penetração das agremiações no

sistema estatal que as ações do Estado são convertidas em expressão dos anseios da maioria da população, daí a importância da consolidação de um Estado de Partidos como corolário da democracia.

### 5.3 Identificação do modelo na legislação e momento político brasileiros

Reconhecendo a verdade contida na afirmação de Napolini (2006, p. 133), quando sustenta que um Estado de Partidos em sua totalidade ainda não foi realizado em lugar nenhum do mundo, é importante destacar que o propósito desta lauda não será provar a vigência desse modelo de democracia de Partidos no Brasil, mas apenas apresentar o ambiente jurídico favorável disponível atualmente na legislação brasileira para que esse modelo se consolide. Leibholz (1980, p. 214) corrobora esse entendimento observando que as situações das diversas democracias são muito distintas para que se possa falar de um reconhecimento geral do Estado de Partidos.

O objetivo, na verdade, é atestar que - apesar da ciência de o Estado de Partidos não surge meramente a partir do momento em que são legalmente incluídos na disciplina jurídica das atividades eleitorais, mas quando de fato colaboram na formação de um novo modelo de organização política - já é lícito afirmar que existe no Brasil o ambiente jurídico favorável e compatível com os requisitos elencados pela doutrina majoritária. De qualquer modo, embora ainda não realizado em sua inteireza, não se pode deixar de destacar uma certa tendência das democracias hodiernas rumo a esse modelo prefigurado pelo Estado de Partidos. Neste sentido, a constitucionalização de tais entes tem sido um primeiro passo.

Em tese conforme Mezzaroba (2004, p. 176-177) enuncia dois requisitos anteriores à sua implementação para que o modelo do Estado de Partidos seja efetivamente adotado: que os partidos já tenham passado por seu processo de constitucionalização (reconhecidos constitucional e infraconstitucionalmente) e que esse reconhecimento constitucional inclua a declaração de sua importância fundamental para o sistema político democrático.

A Constituição Federal da República Brasileira (BRASIL, 1988) cumpriu esses dois requisitos de forma explícita e incontestável no seu artigo 17, ao garantir a “liberdade de fusão, incorporação e extinção de partidos políticos”, bem como no artigo 14, §3º, inciso V, elencando a filiação partidária como condição de elegibilidade. O candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária. O Código Eleitoral, promulgado pela lei nº 4.737/65 corrobora esses princípios na redação do seu artigo 2º, onde consta que:

**Todo poder emana do povo e será exercido em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais,** ressalvada a eleição indireta nos casos previstos na Constituição e leis específicas. (Grifo do autor).

Da descrição de Leibholz exposta anteriormente, alguns requisitos também já são observáveis nos dispositivos que disciplinam as eleições no país. A própria afirmação de que “todo poder emana do povo” – constante do artigo 2º do Código Eleitoral supracitado e repetida, vinte e três anos depois, na Constituição Federal da República em seu artigo 1º, § único – corresponde com a consequência elencada pelo autor de que sob o paradigma democracia de Partidos o papel do público é ao mesmo tempo complementar e decisivo.

No que concerne ao princípio da representação proporcional, aludida por Leibholz como instituto concordante com a estrutura do Estado de Partidos, ela está prevista no Código Eleitoral Brasileiro, nos artigos 84, para as eleições da Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

Outra consequência elencada por Leibholz, de que o deputado está submetido e atado à autoridade da agremiação a que se filia, encontra eco na consulta 1.398/2007<sup>3</sup> ao Tribunal Superior Eleitoral, cujo parecer do tribunal

<sup>3</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE PERDA CARGO ELETIVO DE VEREADOR. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA. DATAS DIVERGENTES. VALIDADE. COMUNICAÇÃO AO CARTÓRIO ELEITORAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 22, AMBOS DA LEI Nº 9.096 /95. CERTIDÃO. DECISÃO QUE RECONHECEU A DESFILIAÇÃO OCORRIDA APÓS 27/03/2007 (CONSULTA TSE Nº 1398). PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DECADÊNCIA E ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS. GRAVE DISCRIMINAÇÃO PESSOAL NÃO COMPROVADA. MUDANÇA SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXCLUSÃO DOS SUPLENTE CITADOS. PEDIDO JULGADO

assegurou, por maioria de 6 votos a 1, que os mandatos obtidos nas eleições, pelo sistema proporcional (deputados estaduais, federais e vereadores), pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos. Esse entendimento foi confirmado em nova consulta à corte, sob o nº 1423 - desta vez estendendo a deliberação sobre os mandatos de prefeitos, governadores e senadores - e convertido na Resolução n. 22.610, no mesmo ano. Esse entendimento foi contestado pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3999 e 4086<sup>4</sup> diante

---

PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA. 1. Nos termos dos arts. 21, 22, parágrafo único, ambos da Lei nº 9.096 /95, o cancelamento da filiação partidária consuma-se com a comunicação ao Juiz Eleitoral da Zona em que for inscrito o filiado. 2. Havendo dúvida quanto à data de desfiliação do filiado, prevalece aquela constante da comunicação recebida pela Justiça Eleitoral. 3. Inexistindo quaisquer das hipóteses previstas na Resolução TSE nº 22.610/2007, ensejadoras de justificação para a desfiliação, impõe-se a decretação da perda do mandato do titular em face da infidelidade partidária. Consulta nº 1398, de 27 de março de 2007.

<sup>4</sup> ADIs 3999 e 4086 são de mesmo conteúdo. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato “pertenceria” ao Partido). Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

do Supremo Tribunal Federal, que as declarou improcedentes e manteve a decisão do TSE em 2008.

Por fim, o caráter intrínseco desse modelo de Estado é sua vertente por excelência pluralista e antagônica a projetos totalitários. A Constituição do país recepciona esse princípio em dois momentos: ao eleger, em seu artigo 1º, como um dos fundamentos da República o pluralismo político e definir como preceito a ser resguardado pelas agremiações o pluripartidarismo.

Além desse preceito, o Constituinte, no artigo 17 (BRASIL, 1988) estabeleceu que devem ser resguardados pelos partidos outros princípios: a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, ter caráter nacional, não poder receber recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, prestar contas à Justiça Eleitoral e funcionar no parlamento de acordo com a lei. Além disso, é vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Vale destacar que essa exigibilidade não vai de encontro à liberdade e à autonomia dos Partidos Políticos imprescindíveis para a consolidação de uma democracia partidária. Pelo contrário, essas condições não passam de mecanismos para garantia da vigência do Estado de Partidos, não limitações a ele. Afinal, a cobrança constitucional dos compromissos do Partido com o regime democrático traduz de forma clara o rigoroso pressuposto democrático, e não um controle ideológico dos Partidos.

Napolini (2006, p. 134) ainda destaca que “o Estado de Partidos somente pode subsistir em um efetivo Estado Democrático de Direito, cujas normas jurídicas preservem certas esferas sociais da influência dos partidos políticos e disciplinem os direitos e deveres de tais agremiações, como o direito a liberdade externa, o direito as prestações públicas, a democracia interna dos partidos, etc.”.

Mesmo que Mezzaroba (2004, p. 260-261) observe que o atual modelo representativo brasileiro, ainda que democrático e de caráter partidário, não conduz aos preceitos fundantes de uma verdadeira Democracia de Partidos, a conjuntura política do país já aponta neste sentido. O próprio autor firma que é

extremamente significativa a redução da tradicional interferência do Estado sobre os partidos. Estado e partido, ao menos formalmente, distanciaram-se, isto é, o partido já não é mais concebido como parte integrante do Estado, como seu “apêndice político de legitimação”. A conquista de tais liberdades descortina a possibilidade de um caminho a ser trilhado: o Estado de Partidos.

## 6 Considerações finais

Ao enunciar no preâmbulo da Constituição o objetivo da reunião em Assembleia Nacional – “constituir um Estado Democrático” – e reiterar no artigo 1º da Carta que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”, o constituinte brasileiro elegeu o regime político do Estado. Entretanto, para que a democracia de fato se realize, como insistido ostensivamente em parágrafos anteriores, são necessários partidos políticos.

Como sustentáculo fundante da democracia moderna, os partidos políticos se fortalecem à medida em que o princípio democrático se consolida. Essa afirmação é comprovada partindo do princípio de que o acesso dos indivíduos ao governo, como preconiza esse regime político, em uma sociedade de massas, só é possível quando os cidadãos, a fim de causar impacto na vontade coletiva, se reúnem em organizações definidas por fins políticos determinados.

Essas coletividades que agrupam vontades políticas coincidentes tomam a forma de partidos políticos. Articulado nas agremiações, o povo cria o ambiente propício para a transação de interesses divergentes, cujo resultado culmina na formação da vontade geral, conduzindo o Estado em uma direção orientada e mediada.

O instrumento através do qual o indivíduo expressa seu interesse e contribui para a formação dessa vontade coletiva é o voto. Cabe aos partidos, portanto, reunir os afins em ideias para garantir-lhes influência eficaz no ritmo da vida pública. Afinal, o indivíduo isolado carece da capacidade de mobilização, e de existência política ativa. Apenas através da reunião dos semelhantes é possível democratizar o acesso ao poder. Posicionar-se contra a constituição de partidos

significa, em última instância, colaborar para a hegemonia de um só grupo de interesses e impedir a construção de uma vontade legitimamente coletiva.

A digressão histórica sobre a trajetória política brasileira permitiu que fossem atadas pontas – nem sempre perceptíveis num desenvolvimento histórico atípico como o do Brasil – capazes de provar a veracidade dessa relação intrínseca entre Democracia e Partidos Políticos. Há uma virtude em examinar tempo e espaço de forma comparativa: perceber padrões e rupturas, uma perspectiva que só a visão panorâmica e histórica pode proporcionar.

A história do Brasil é farta de momentos ilustrativos das ideias aqui expostas. A importância das agremiações é tanta, por exemplo, que tanto ditaduras quanto democracias cuidaram de institucionalizá-los, embora aquelas tenham criado critérios mais rígidos, como o Estado novo e o regime militar.

As ditaduras têm medo dos partidos políticos porque eles contêm em si o gérmen da democratização de qualquer sistema político. Por conta dessa natureza, o partido não deve ser organizado pelo Estado, mas pela sociedade, tendo autonomia para instrumentalizar seu próprio poder.

A verdadeira democracia é viável pela existência de uma pluralidade de Partidos, que ofereçam ao eleitorado distintas opções. Não poderia haver limites para a representatividade, sendo que deveriam ser criados tantos partidos quanto fossem os segmentos de opinião da sociedade. Afinal, a legitimidade das agremiações deve ser coroada pela população, não imposta ou sufocada pela lei.

A falta de tradição democrática brasileira foi acompanhada senão do constante ataque aos partidos políticos, pelo menos de grave hostilidade à sua existência e funcionamento. Cada nova intervenção autoritária sempre se prevalecia da precariedade organizativa das instituições políticas, o que em si já era determinante para a imobilização a que de resto estava condenada a população em geral. A ausência de organizações políticas fortemente enraizadas na sociedade é característica marcante dos ambientes políticos de pouca ou nenhuma tradição democrática. O entendimento de fortalecer líderes em detrimento das instituições políticas apresenta-se como traço marcante em toda história jurídico-política do Brasil.

Quando os partidos são fortes, em vez de deslumbramento com personalidades pretensamente salvadoras, há o enraizamento social de concepções e ideologias racionalmente arquitetadas, que atendem ao bem comum e moralizam o poder. A negociação e o conluio são muito mais fáceis com lideranças, descomprometidas com pautas programáticas, do que com partidos, ainda mais se estes são constituídos interna e externamente do modo mais democrático possível. Um partido bem organizado coíbe as más práticas eleitorais porque está sob a vigilância de muitas pessoas. Privilegiam-se interesses coletivos, e há identificação com ideias, não imagens.

Dessa triagem percorrida, o momento político inaugurado pela Constituição de 1988 foi o mais efetivo passo em direção à institucionalização universalizada dos direitos políticos e também dos Partidos. Não à toa, é a partir dela que o ambiente jurídico propício à instalação de um Estado de Partidos começa a ser cultivado.

A democracia partidária é a última etapa do processo de reconhecimento jurídico dos partidos políticos e surge a partir do momento em que os Partidos Políticos, além de legalizados e incluídos na ordem Constitucional do país, colaboravam efetivamente para a formação de um novo modelo de organização política.

Não se trata, portanto, de apenas incorporá-los ao aparato estatal, mas de evoluir qualitativamente o reconhecimento jurídico ao ponto de declarar, explicitamente, a imprescindibilidade das funções assumidas pelas agremiações para a legitimidade democrática do Estado. O reconhecimento constitucional da importância que assumem no sistema estatal é o alicerce para a consolidação desse novo modelo de Estado.

O Brasil galgou esse passo com a Constituição cidadã de 1988, à qual se somaram outros dispositivos tendentes à afirmação do novo modelo de democracia. Para efetivar o arquétipo, são necessários partidos com adequada capacidade organizativa e comprometimento político, de modo a satisfazerem as demandas e esperanças dos eleitores.

Vinte e cinco anos depois da promulgação da Constituição, o Brasil é ainda uma democracia jovem. Apesar de contar com um sistema partidário plural,

composto de 32 agremiações registradas no Tribunal Superior Eleitoral, é notório que uma vasta maioria delas existe apenas como veículo de interesses privados e do clientelismo. Com esses velhos vícios, a proliferação de partidos não é um indicativo da saúde do sistema. Entretanto, quando novas agremiações surgem para propor e apoiar novas ideias e práticas, então elas podem servir para desenvolver a democracia do país. Os partidos escolhem seus candidatos antes de os eleitores irem às urnas, por isso é essencial que eles funcionem com transparência e eficiência, de fato comprometidos com o nobre propósito a que se destinam.

Se o eleitor puder se deparar com instituições partidárias empenhadas por esse ideal, ele não se deixará mais envolver por figuras carismáticas e demagógicas, mas depositará sua fé em programas democraticamente escolhidos e debatidos, e cujos fiadores são todos os membros do partido, de modo que sua confiabilidade é muito mais segura e efetiva.

De toda feita, o processo de construção da democracia não tem fim. É permanente, contínuo e diretamente dependente da vontade política e participação dos cidadãos. Felizmente, no contexto político e jurídico atual, vivemos o momento histórico mais propício à realização da democracia partidária.

Sem olvidar do fato de que essa é uma conquista diária, a ser renovada e confirmada a cada eleição, e dependente não só dos dizeres de uma constituição, mas da consciência e postura dos cidadãos, é lícito dizer que o Brasil conta hoje com o ambiente jurídico favorável para a concretização de um Estado de Partidos.

## 7 Referências Bibliográficas

BRASIL. **Ato Institucional nº 2**, de 27 de outubro de 1965.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. **Constituição do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824.

BRASIL. **Decreto nº 21.076**, de 24 de fevereiro de 1932.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 37**, de 2 de dezembro de 1937.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.586**, de 28 de maio de 1945.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 25**, de 15 de maio de 1985.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 11**, de 30 de abril de 1996.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1 de janeiro de 1916.

BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965.

BRASIL. **Lei nº 4.740**, de 15 de julho de 1965.

BRASIL. **Lei nº 5.682**, de 21 de julho de 1971.

BRASIL. **Lei nº 6.767**, de 20 de dezembro de 1979.

CHACON, Vamireh. **História dos partidos brasileiros**. 2 ed. rev. amp. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p. 23.

GAMBINO, Silvio. Relaciones entre sistema electoral, formato de partidos y forma de gobierno em la experiencia parlamentaria española. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, nº 146, vol. 4 (outubro-dezembro), 2009.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **El Estado de Partidos**. Madrid: Alianza, 1986.

LEIBHOLZ, Gerhard. Representacion e Identidad. In: LENK, Kurt, NEUMANN, Franz (Org.). Trad. Ignacio de Otto. **Teoría e Sociología Críticas de los Partidos Políticos**. Barcelona: Anagrama, 1980, p. 205-227.

LEONI, Francesco. **El partido como grupo social**. Revista de Estudios Políticos, nº 68, vol. 2 (abril-junho), 1990.

KELSEN, Hans. Formación de la voluntad en la democracia moderna. In: LENK, Kurt, NEUMANN, Franz (Org.). Trad: Ignacio de Otto. **Teoria e Sociologia Críticas de los Partidos Políticos**. Barcelona: Anagrama, 1980, p. 197-204.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **História e Teoria dos Partidos Políticos no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Introdução ao direito partidário brasileiro**. 2. ed.rev Rio de Janeiro (RJ): Lumen Juris, 2004. 347p.

MONTERO, José Ramon e GUNTHER, Richard. **Los estudios sobre los partidos políticos: una revisión crítica**. Revista de Estudios Políticos, nº 118, vol. 4 (outubro-dezembro), 2002.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. **Pluralismo político**: subsídios para análise dos sistemas partidário e eleitoral brasileiros em face da constituição federal. Curitiba: Juruá, 2006. 319 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3999**, de 12 de novembro de 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4086**, de 12 de novembro de 2008.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Consulta nº 1398**, de 27 de março de 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Consulta nº 1423**, de 27 de março de 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Resolução nº 22.610**, de 25 de outubro de 2007.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Partidos políticos brasileiros**: das origens ao princípio da autonomia político-partidária. Florianópolis, SC, 2002. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

ZAMPETTI, Pier Luigi. **Del Estado Liberal al Estado de Partidos**: la representación política. Trad. Virgilio J. Loiacano. Buenos Aires: Ediar, 1969.

## DIREITO À IDENTIDADE PLENA E RECUSA AO EXAME DE DNA: REFLEXÕES SOBRE UM CASO CONCRETO À LUZ DA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

*Lígia Zigiotti de Oliveira<sup>1</sup>*

**Palavras-chave:** direito à identidade; exame de DNA; investigação de paternidade; direito civil-constitucional.

**Resumo:** Propõe-se como objeto de estudo o tema do exame compulsório de DNA para determinar as origens genéticas de um indivíduo. Apesar da expectativa de que o próprio investigado deseje obter certeza acerca da paternidade biológica, frustra-se o exame como prova capaz de evidenciar o vínculo pela recusa em submeter-se a ele. A recusa não pode, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, ensejar o exame compulsório de DNA. De acordo com o julgado, prevalecem os direitos à integridade física e à intimidade do pai quando colidentes com o direito à identidade do filho. Contudo, conclusões advindas de levantamento bibliográfico comprometido com o direito civil-constitucional apontam para entendimento diverso. A história genética de um indivíduo compõe uma faceta dos direitos da personalidade, defensável segundo uma análise constitucionalizada do ordenamento que preza pelo perfil existencial das relações e que não se confunde com o direito de filiação. Este último deve ser focado quando o investigado não possui vínculo de tal natureza estabelecido. Nestes casos, conforme tem se posicionado a jurisprudência, a recusa pode reverter-se em desfavor do réu, o que, em cotejo às outras provas analisadas, tem ensejado a presunção de paternidade. Assim, a recusa, eivada de fundamento ético, sustenta-se em conveniência para irresponsabilidade com o outro em nome daquele cuja intimidade – a de não ser apontado simplesmente como genitor –, e intangibilidade física – a de não ceder uma gota de sangue, um fio de cabelo ou uma raspa de saliva para se desvendar a verdade – protege-se. Embora o exercício completo da paternidade ultrapasse o vínculo sanguíneo e se realize verdadeiramente no vínculo socioafetivo, esta

<sup>1</sup> Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora bolsista pela CAPES. Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da Universidade Federal do Paraná.

atualizada percepção não subtrai a expressividade do direito a investigar a origem genética, pois a existência da paternidade socioafetiva pode não silenciar, por si só, o desejo de conhecê-la. Compreende-se no direito à identidade plena a possibilidade de se descobrirem as raízes genéticas pelo exame de DNA, o que pode ser um fim em si mesmo quando se busca um genitor ou um passo em busca da filiação integral quando se busca um pai.

### 1 Introdução

O estágio de desenvolvimento científico atual é inegavelmente capaz de ativar debates no âmbito do direito. Pode inaugurar temas, ressignificar antigos, abrir – ou manter fechados – caminhos. Se a ciência, segundo o ponto de vista mais crítico, ainda não foi capaz de dar conta de seu potencial emancipatório, é preciso repensá-la sempre como instrumento para a realização existencial dos envolvidos, premissa norteadora também das reflexões jurídicas.

Instrumentalizar o exame de DNA para evidenciar a origem genética de um indivíduo é um exemplo de como é possível se valer dos benefícios científicos em prol dos direitos fundamentais dos envolvidos. Mas qual a importância de se saber a verdade biológica em um contexto de crescente e festejada valorização da verdade socioafetiva?

Para responder tal questão, invocam-se possibilidades autônomas referentes a dois direitos diversos em processos que pleiteiam a revelação desta informação: o *direito ao conhecimento da origem genética* e o *direito à filiação*. No primeiro caso, o investigador busca o genitor. No segundo caso, o investigador busca o pai.

Explicitar a memória genética de um indivíduo compõe, pois, uma faceta dos direitos da personalidade, ponto destacado do direito à filiação. O reconhecimento da origem biológica pode não culminar no exercício efetivo da paternidade. Pode nem mesmo ser tal objetivo central em quem busca a revelação de sua história genética.

Por outro lado, a quem pretende inaugurar uma trajetória de vivência com o investigado, defende-se que pode ser o resultado positivo de tal exame uma abertura de caminhos à filiação integral, o que possibilitaria relacioná-los.

Em nenhum destes casos, porém, justifica-se proteger a recusa do indivíduo a se submeter ao exame<sup>2</sup>. Existe um mínimo de responsabilização por parte de quem gerou um indivíduo para a boa construção de sua personalidade que independe de encargos relativos à filiação integral. Até quando, em investigação de paternidade, decide-se pela irrelevância deste dado, ou seja, quando não se atribui a paternidade ao genitor em privilégio à realidade socioafetiva, é injustificado negar a informação genética.

Não se ignoram, pois, nesta oportunidade, as limitações da mera constatação biológica acerca da paternidade. O exercício completo da paternidade ultrapassa o vínculo sanguíneo e se realiza mais satisfatoriamente no vínculo socioafetivo. É relevante grifar com fortes cores que o amor tem mais condão de aferir paternidade do que os genes. Compactua-se, enfim, com a percepção de que genitor não é sinônimo de pai. Não se pode esquecer, porém, que não há confusão entre direito à filiação e direito ao conhecimento da origem genética.

Nos casos em que se entende necessário que o genitor assuma a posição paterna, a opção por não se submeter à coleta de material genético para evidenciar o vínculo gera dois efeitos.

Em primeiro lugar, é possível fixar consequências patrimoniais, pois o cotejo com outras provas, de acordo com o posicionamento jurisprudencial, pode conduzir à presunção de paternidade. Neste sentido, é possível afirmar que a paternidade presumida satisfaz o aspecto material.

Do ponto de vista existencial, ou seja, o acesso à identidade plena, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, nada pode ser feito, já que se protege o investigado que não deseja ceder material genético. Segundo este julgado, os direitos à intimidade e à integridade física do suposto pai prevalecem em face do direito à identidade no caso concreto, negando ao suposto filho o conhecimento de sua origem genética.

<sup>2</sup> Não é objeto do presente trabalho o caso do filho gerado por reprodução assistida heteróloga.

A mesma decisão surte efeitos para quem deseja simplesmente saber o próprio patrimônio genético, tendo sido a Corte determinante no desprestígio deste dado como formador da identidade plena do indivíduo.

Parece, contudo, que a conclusão não é adequada ao direito de família contemporâneo.

Sustenta-se, nesta oportunidade, que o direito à identidade plena pelo conhecimento da origem genética, fulminado a partir da recusa ao exame de DNA, deve receber importância diferenciada no caso concreto, seja quando esta informação serve apenas por si mesma, para fins de realização de um direito da personalidade, seja quando serve para buscar o status de filiação.

Isso porque se entende que o direito à identidade plena abarca, em seu bojo, este “direito humano de descobrir suas raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais, direito de vincular-se (mesmo que só juridicamente) com alguém que lhe deu a bagagem genético-cultural básica”, e não conceber o direito do filho como mero “direito subjetivo de bem-estar econômico” (MARQUES, 2002, p. 31).

Esta perspectiva vem sustentada, no presente trabalho, pelas premissas do direito civil-constitucional que, na análise principiológica com que se compromete, assegura um olhar mais humanizado do direito civil, com valiosa e renovada análise das relações familiares, evidenciando consequências específicas nas relações interprivadas.

## **2 Lições do direito civil-constitucional pertinentes ao tema**

A corrente de pensamento selecionada para o trato do objeto deste estudo é a civil-constitucional. A partir de tal perspectiva, propõe-se o deslocamento do centro do ordenamento jurídico, em direito privado, do Código Civil para centralizar a Constituição de 1988. Ao lado dos microsistemas, o Código Civil passa a figurar dentre uma série de diplomas legais que obedecem à principiológica atinente à Carta Magna, mais comprometida com a dignidade da pessoa humana do que historicamente se depreendeu do direito codificado.

Dentre os juristas brasileiros que movimentam tal corrente, citam-se, por todos, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo. Destaca-se que “os autores que trabalham na linha do direito civil constitucional se servem da teoria dos princípios como forma de se desenredar da malha firme dos Códigos e da legislação arcaica” (NEVES, 2002, p. 14). Assim, buscam superar as falhas apontadas na *ratio* do diploma civilista, cuja versão inclusive mais atual ainda reflete apego a valores já ultrapassados, a partir de uma proposta inovadora no ordenamento jurídico.

Neste sentido, cita-se a lição de Luiz Edson Fachin (2008, p. 12) sobre as superações envolvidas na análise civil-constitucional:

[...] a do monismo de fontes, a da rigidez literal da hermenêutica, e a significação monolítica de institutos e figuras jurídicas fundantes da radiografia das relações sociais, como contrato, família e propriedade. Apreende, como método, um procedimento dialético problematizado assentado na crítica e na permanente reconstrução dos sentidos atribuíveis ao campo jurídico.

Emergem, por tal via, olhares atentos à principiologia aplicável ao direito de família. A este propósito, consta valiosa obra de Rodrigo da Cunha Pereira (2005), em que o autor enumera sete princípios fundamentalmente relevantes para este campo, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a monogamia, o melhor interesse da criança e do adolescente, a igualdade e o respeito às diferenças, a autonomia e a menor intervenção estatal, a pluralidade das formas de família e a afetividade.

Por sua vez, Paulo Luiz Netto Lôbo (2011) menciona, na categoria de princípios fundamentais, o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade; ao passo que na categoria de princípios gerais menciona o da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.

Destacando para esta análise o enfoque privilegiado aos direitos dos filhos, colaciona-se o entendimento de Gustavo Tepedino (1997, p. 551), que afirma que, nesta matéria, a nova tábua axiológica de valores trazida pela Carta Maior impactou, resumidamente, em três traços: a funcionalização da família segundo a melhor realização de cada um dos membros, com atenção aos vulneráveis; a

despatrimonialização da relação entre pais e filhos; e o abandono da proteção aos filhos de acordo com a espécie de relação entre os genitores, se matrimonial ou extramatrimonial.

Tem-se, portanto, que as contribuições do pensamento civil-constitucional neste âmbito vão no sentido de proteger a pessoa dos filhos, historicamente relegados à condição de objetos e não de sujeitos em relações familiares. A esta concepção atrela-se, ainda, a noção do melhor interesse da criança e do adolescente, relevante para o deslinde da investigação de paternidade<sup>3</sup>.

Em relação a este princípio, que é norteador da disciplina, é possível afirmar que, pelo texto constitucional, passa a se revestir de força ainda maior a garantia da proteção integral. Assim sendo, a prevalência dos interesses infanto-juvenis aparece não como mera orientação ou sugestão, mas como dever, determinação (PEREIRA, 2002).

Por tudo isso, está claro que o ser humano em desenvolvimento deve receber atenta tutela de seus interesses em relação a outros envolvidos numa relação, inclusive na familiar. No que diz respeito ao exame compulsório de DNA, portanto, parece ainda mais explícito que os direitos fundamentais do menor devem prevalecer em relação aos do investigado.

Constata-se, ademais, estar, pela perspectiva proposta, o aspecto existencial das relações familiares à frente do aspecto patrimonial. De acordo com o juízo de Joyceane Bezerra de Menezes (2013, p. 92), “a consolidação democrática e a edificação de uma ordem constitucional permeada por valores humanitários irradiaram efeitos para o direito privado, fazendo prevalecer as situações subjetivas existenciais às situações subjetivas patrimoniais”. Trata-se da repersonalização do direito civil, forte na afirmação da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o direito ao conhecimento da origem genética se reconforta pelos ensinamentos subscritos por esta doutrina, conforme explicita Maria Christina de Almeida (2003, p. 71):

<sup>3</sup> Em 1989, no Tribunal Constitucional Federal Alemão, focou-se precisamente nos direitos da criança ao se reconhecer que tal personagem merecedor de proteção especial nas relações familiares tem direito de saber sua origem.

A inserção do homem concreto no centro da atenção do Direito Civil-Constitucional brasileiro, obtendo dele a tutela de direitos que lhe são iminentes e tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 – faz emergir uma nova garantia: o direito à identidade pessoal.

A partir desta constatação, abre-se um campo para o desenvolvimento dos direitos da personalidade, os quais também se protegem em nosso ordenamento por técnica legislativa festejada pelos autores do direito civil-constitucional, qual seja, a cláusula geral de tutela da pessoa<sup>4</sup>, para além da previsão de direitos especiais da personalidade elencada no Código Civil de 2002 e em outros microsistemas. O arcabouço atual resulta em “um franco sistema de proteção à pessoa” (MENEZES, 2013, p. 99).

Conclui-se, pelo exposto, que “está-se a falar de um novo tempo e de um novo espaço que recepcionam o direito ao conhecimento da origem biológica paterna: o tempo – a contemporaneidade; o espaço – o direito civil-constitucional” (ALMEIDA, 2004, p. 422). Tais lições subjazem, portanto, o estudo empreendido nesta ocasião.

### 3 Esclarecimentos necessários sobre o direito à identidade plena

A revelação da historicidade genética de um indivíduo compõe um perfil da identidade plena. É preciso diferenciar o direito à identidade plena pelo dado genético do direito à filiação pelo dado genético. Isso porque o estado de filiação não é o que ampara, em primeira mão, o direito à identidade plena pelo conhecimento da origem genética, tampouco esta última é pressuposto para se alcançar o status de filiação.

O direito ao conhecimento da origem genética emana da pessoa em si, e independe da relação com o grupo familiar, ao passo que filiação é conceito relacional e calcado na construção cotidiana (LÔBO, 2004). São pretensões

<sup>4</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2003), pela cláusula geral de tutela da pessoa, permite-se proteger uma ampla gama de situações que transbordam possíveis hipóteses taxativas de direitos subjetivos de personalidade, as quais certamente se apresentariam como insuficientes em vista da riqueza da vida real.

diversas cuja confusão acaba por desprestigiar o exame de DNA como instrumento de emancipação existencial.

A busca pela verdade biológica pode em nada se relacionar com a produção de efeitos relativos à filiação. Pode se distanciar totalmente de qualquer consequência patrimonial garantida pela presunção de paternidade, que termina por prejudicar tanto o caso de quem deseja tão somente ter reveladas suas origens quanto o de quem busca o direito à filiação integral e já tem surrupiado, de pronto, o acesso à verdade biológica.

O primeiro caso, de acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo (2004), não deveria se realizar via investigação de paternidade, como equivocadamente se procede, por não se tratar de direito de família propriamente dito, mas de um direito da personalidade que toca apenas a busca pela construção de uma plena identidade pessoal. Já o segundo, que toca a busca pela construção de uma realidade relacional, ensejaria análise sobre a existência de outro vínculo socioafetivo, caso sobre o qual têm se debruçado doutrina e jurisprudência<sup>5</sup>.

Primeiramente, explana-se a hipótese de quem visa, pelo exame de DNA, a informação genética, ou seja, quem requer uma simples abertura de caminhos pelo genitor para construção e compreensão da própria existência pelo conhecimento das origens.

Esta análise dispensa o debate sobre a existência de vínculos paterno-filiais do investigante. A paternidade socioafetiva pode não silenciar, por si só, o desejo de conhecer a verdade, até porque é de se imaginar arranjo que comporta, em níveis diversos, muitas vezes todos calcados no amor, mais de uma figura paterna. Desta forma, “não significa dizer que a dimensão do vínculo de afeto entre pais e filhos afasta a verdade genética” (ALMEIDA, 2001, p. 161).

Cuida-se de um direito ao conhecimento do patrimônio genético que possibilita configurar a historicidade de cada qual; dado capaz de dar azo à integridade psíquica do indivíduo, e que, no Brasil, tem equivocadamente sido

<sup>5</sup> Sobre o tema: “A maioria dessas decisões tem mantido o vínculo paterno-filial quando identificada a socioafetividade, ainda que atestada a ausência de parentalidade consanguínea por meio do DNA ou declarada a falsidade ideológica nos casos de adoção à brasileira. Observa-se a franca opção do Superior Tribunal de Justiça pelo critério da socioafetividade quando tem de se fixar a maternidade ou paternidade, reafirmando o ditado popular: pai é quem cria.” (MENEZES, 2013, p. 101).

concebido em seu caráter meramente patrimonial, ou seja, de meio para alcançar alimentos e herança (ALMEIDA, 2003). Nota-se que não apenas se confunde referido direito com o da filiação como se enxerga este último como mero gerador de patrimônio material.

O simplismo impede a sensibilidade necessária para compreender o valor do que não tem um preço. Perspectiva ainda viciada pela lógica anterior, quando bens materiais davam o tom das relações interprivadas, as pretensões mais humanas que chegam aos operadores do direito recebem comumente respostas pífiás.

Em explicação de Joyceane Bezerra de Menezes inspirada nas lições de Miracy Gustin (2013, p. 96), consta que a realização dos direitos da personalidade na dimensão individual é que dá potência às subjetividades, capacitando a pessoa a fazer escolhas, traçar seu destino, construir relações e se responsabilizar pelo outro. Recusar-se ao exame de DNA é, portanto, impedir ao investigador esculpir parte desta identidade.

Parte-se agora para a análise do caso de quem busca não uma informação pelo exame de DNA, mas o estabelecimento da paternidade, pois “toda pessoa tem direito ao estado de filiação quando não o tenha.” (LÔBO, 2004, p. 54).

O direito à filiação contemporâneo ruma à consagração da socioafetividade como seu realizador. Neste sentido, perde tónus a verdade biológica como determinante deste estado. Porém, como enquadrar os casos de quem não tem qualquer vínculo paterno-filial estabelecido? Por mais que o pai ideal não seja o que se recusa a vincular-se até geneticamente ao filho, é, a este investigador, o único pai possível.

A expectativa é que a responsabilização pela prole pode ser efetiva a partir da confirmação certa da descendência. Por vezes, a revelação desta verdade pode marcar o início de uma trajetória de convivência, de afeto, de construção, enfim, do papel de pai, o que mais importa.

#### 4 Óbices oferecidos pela recusa ao exame de DNA

De acordo com doutrina consonante ao direito civil-constitucional, o direito por ora analisado é injustamente refreado pela recusa do suposto pai de se submeter ao exame pericial em DNA (ALMEIDA, 2004).

Conforme se seccionou nesta análise, há peculiaridades entre os que buscam pelo DNA simplesmente a notícia de quem é seu genitor e os que buscam pela mesma via o exercício da paternidade. Desloca-se o debate para um efeito que se segue, em geral, à segunda hipótese. Debruça-se, portanto, no filho que, sem qualquer figura que ocupe o papel do pai, procura encontrá-la no genitor, a ponte mais próxima que tem para acessar o status de filho.

Nos casos em que se busca suprir a figura paterna pela ficção da presunção, tem se dado a importação da máxima *pater is est quem nuptie demonstrant*. Faltando provas da filiação, por tal lógica, incide a presunção prevista no ar. 1.597, I e II, do Código Civil. Conforme explica Luiz Edson Fachin (1992, p. 23), pai pode ser aquele que presuntivamente o ordenamento jurídico assim qualifica.

A jurisprudência responsabiliza-se por ter pacificado que aquele que se recusa a contribuir com o próprio material genético para determinar a verdade biológica do vínculo deve ter a postura interpretada como robusta prova de que é o genitor do investigante. Daí se estabelece a paternidade presumida.

A figura, presente desde a *ratio* do Código Civil 1916, foi elaborada com o escopo de manter preservada a estabilidade da família matrimonializada, conforme se explica:

Cabe ressaltar que a presunção *pater is est* também serviu ao modelo de família matrimonializada então vigente no ordenamento brasileiro até a Constituição de 1988, a proteger tão somente os chamados filhos legítimos, isto é, filhos havidos de pais casados, independentemente de serem filhos biológicos, o que era corroborado pela falta de prova direta da filiação segura, excluindo ou diminuindo a tutela dos filhos ilegítimos, mesmo que reconhecidos como filhos biológicos. (MEIRELES, 2013, p. 353).

Ora, tal mecanismo deveria ter relevância diminuída com a equiparação entre os filhos independentemente da origem, a qual se possibilita mais

substancialmente pela verdade biológica revelada pelo exame de DNA, mesmo que o reconhecimento da condição de pai seja forçado.

Um pai que, em conduta vazia de argumentos éticos, obriga-se em juízo apenas aos efeitos patrimoniais da paternidade, mas impõe sofrimento ao descendente, muitas vezes ainda jovem, quando tem a recusa ao exame de DNA interpretada como mera presunção de paternidade, vale-se da incerteza até como escudo psicanalítico contra a culpa que, quiçá, motivaria a ocupação com mais responsabilidade do papel de pai, e que livraria o filho da angústia de jamais saber a verdade.

Trata-se, pois, de verdadeiro óbice para a realização deste membro da família, o filho, para se prestigiar, é provável, a estabilidade social do pai. Destaca-se o próprio descaso em relação à mulher que muitas vezes suporta a clandestinidade de sua própria existência na história do genitor, já que este apenas se insere no enredo dela própria e do filho, quando o acompanha nesta jornada, por uma presunção.

Entendimento que favoreça este jogo de ficções em detrimento da verdade não se compromete com os avanços em matéria de filiação propostos pelo olhar civil-constitucional. Primeiro por não realizar cada membro da família, porque a recusa, eticamente débil, sustenta-se em mera máscara de conveniência para uma paternidade irresponsável, em sentido contrário à observância dos direitos dos filhos.

Além disso, desconsidera-se que o perfil patrimonial de uma relação entre pais e filhos caracteriza uma fina linha dentre um complexo feixe de imbricações, pois se pressupõe equivocadamente que gerar efeitos materiais pela presunção de paternidade basta para cumprir o papel de provedor paterno, sem que se coteje o rico perfil existencial que informa as relações familiares.

Por fim, ao filho nascido de relação diversa da matrimonial que busca o reconhecimento, dá-se lugar desprivilegiado, pois o único vínculo que o conecta ao pai é fictício, se lhe negam, sem plausibilidade, a possibilidade de se aproximar, ao menos em outro critério, o biológico, deste que deveria lhe garantir o status de filho.

Em suma, a solução dada pelos tribunais ao caso é insuficiente pelo desconhecimento da relevância do direito à identidade plena, esfera que se ignora pelo simples motivo de se estabelecer a paternidade presumida. É como se, com isso, nada houvesse sido subtraído do investigante, posto como mero merecedor de direitos subjetivos patrimoniais.

### **5 Crítica no caso concreto: o enfrentamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal**

Sobre o exame compulsório do DNA para a investigação de paternidade, merece críticas a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 71.373-4/RS.

Consolidou-se por este julgado o entendimento de que é impossível a condução forçada do investigado para a realização do exame. Àquela oportunidade, deu-se preferência aos direitos do suposto pai em detrimento dos das crianças em questão, irmãs gêmeas, por quem se buscava a explicitação do vínculo genético.

Assim consta na ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71373, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996, PP-45686).

Muito mais em consonância com a racionalidade iluminadora do Código Civil brasileiro do início do século XX do que com a visão constitucional contemporânea, que ilumina o ordenamento jurídico, a decisão teve os Ministros

Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, como votos vencidos.

Fundamentando seus votos contrários à condução forçada do investigado, os Ministros Marco Aurélio, Sydney Sanches, Celso de Mello, Otávio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves apontaram para a impossibilidade de se obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer o que a lei não determina.

Passando ao largo da obrigação moral de se definir a paternidade biológica, sustentou-se que as obrigações patrimoniais decorrentes da presunção da paternidade são suficientes para dar cabo à lide sem constranger o investigado em casos análogos.

Encarou-se o exame do DNA pelas lentes do processo penal, perdendo-se de vista que o investigado não forneceria prova para incriminá-lo, mas sim para aferir a paternidade. Ora, caso se importe acriticamente a *ratio* desta outra área do direito, como explicar que atualmente a recusa de fornecer a mesma prova importa na paternidade presumida, ignorando assim o que se poderia chamar de presunção de inocência do réu? Por certo que a lógica é incompatível.

Até mesmo a confiabilidade do exame de DNA foi indicada para afastar o exame compulsório, ainda que o índice de confiabilidade de tal método esteja muito próximo de 100%.

Por fim, o direito à dignidade humana, à intimidade e à incolumidade física deu aos votos contrários argumentos para prevalecer o entendimento supracitado, em detrimento dos direitos fundamentais das crianças envolvidas no caso, os quais não se consideraram seriamente violados.

A amplitude desta decisão impactou negativamente sobre o tema do direito à identidade plena.

Pela percepção de que o ordenamento atual é protetivo do filho, a informação genética, embora expressão mínima da paternidade, pode ser imposta. Seja para que a prole reconheça ou não nos indivíduos que a originaram verdadeiros pais ou meros genitores; seja para dirimir qualquer angústia que aflige a dignidade humana em casos como este, é necessário o primeiro passo para o exercício pleno dos direitos deste filho, dentre os quais se cogita o de ter a

certeza genética quando importante para a construção da identidade pessoal do envolvido, a qual deverá ser revelada pelo exame de DNA ainda que contra a vontade do investigado.

Por certo que é preciso lançar olhar à tutela deste possível pai. Porém, é preciso que se realize uma ponderação. Quanto ao direito à integridade física, cita-se o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (1997) de que, no exercício deste, o suposto pai que se nega ao exame de DNA age em abuso de direito, o que não merece proteção jurídica.

Já quanto ao direito à intimidade, constata-se amplamente a percepção ultrapassada do Código Civil de que é preciso antes proteger “o chefe da família, na preocupação em preservar a família legítima, acabando quase por culpar o filho por sua origem extraconjugal” (MARQUES, 2002, p. 48-49), pois não haveria interesse inteligível em manter segredo quanto à certeza biológica que não manter a paz doméstica e a estabilidade da família do investigado, alheia ao investigador, o que não deveria ensejar um sacrifício tão desproporcional a este último.

Afirma-se, com isso, que os direitos fundamentais do investigado, no caso concreto, não parecem mais merecedores de proteção que os direitos fundamentais do filho. É como se expressa Maria Celina Bodin de Moraes (2002, p. 232), ao considerar que as proporções dadas aos direitos do pai beiram ao ridículo, ao risível, se considerado “o sacrifício que se quer impor ao provável filho, qual seja, o de jamais ter acesso à verdade real acerca de sua ascendência biológica”, e, portanto, conclui a autora: “A desproporção, do ponto de vista da tabua axiológica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 é, a toda evidência, flagrante”.

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo (2004), ao não enxergar o viés existencial de se conhecer a identidade genética, o STF não notou que tal garantia aos direitos fundamentais das crianças envolvidas independia do estabelecimento da paternidade. Neste sentido, fulminou o valor que se pode dar ao exame de DNA como realizador desta esfera que abarca a dignidade dos investigadores, perpetuando confusões tanto na esfera doutrinária quanto na esfera jurisprudencial a respeito do tema.

## 6 Considerações finais

O destaque dado à pessoa humana pelo direito é passo recente com o qual se deve reafirmar constante compromisso, pois ainda resiste um olhar míope quanto ao aspecto existencial das relações entre os indivíduos. Pelo passado patrimonialista, consolidou-se a equivocada ideia de que o *leitmotiv* do direito civil são bens materiais.

Tais percepções têm sido combatidas por correntes críticas de pensamento do direito privado, e, entre elas, pode-se destacar a do direito civil-constitucional, cujas premissas iluminaram o debate que se propôs nesta oportunidade, a defesa da identidade plena pela realização do exame do DNA.

Buscou-se lançar luzes a este debate sobre o qual ainda se produzem muitas confusões. Não é incomum o argumento de que a verdade socioafetiva, por ter decrescido a relevância da biológica, sepultou esta abertura de horizonte para o melhor desenvolvimento da personalidade que possibilita o exame de DNA. Não se atenta, afinal, para o corte entre direito à identidade plena e direito à filiação integral, o que pouco contribui para o desenvolvimento do tema.

A decisão mencionada neste trabalho, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, logo completará um decênio. A partir dela, enfatizou-se a confusão entre as categorias acima citadas, o que revela inexperiência no trato de certas questões. Porém, a atual composição dos Ministros pode restituir a esperança em um olhar mais atento aos princípios defendidos por esta lógica civil-constitucional. Neste sentido, tem-se como relevante uma crítica aos argumentos trazidos à baila.

Ressalta-se que recentemente, em julgado de 2011, no Recurso Extraordinário 363889, em que se enfrentava a predominância da verdade biológica em face da coisa julgada, alguns Ministros do Supremo se manifestaram claramente no sentido de que, havendo oportunidade de apreciar caso similar ao examinado neste trabalho, tomarão decisão diversa à da época. Espera-se que desta vez seja mais adequada a uma leitura sistemática da Constituição e menos apegada a uma lógica já defasada em direito de família.

É tempo, pois, de reacender o debate.

## 7 Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria Christina de Almeida. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71373, Relator: Min. Francisco Rezek; Relator p/ **Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996, PP-45686**.

FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Org.: Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. In: Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: famílias. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro: Direito pós-moderno à descoberta da origem? In: **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Coord.: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEIRELES, Rosa Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral. In: **Direito das famílias por juristas brasileiras**. Org.: Joyceane Bezerra de Menezes; Ana Carla Harmatiuk Matos. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: **Direito das famílias por juristas brasileiras**. Org.: Joyceane Bezerra de Menezes; Ana Carla Harmatiuk Matos. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Coord.: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 232.

\_\_\_\_\_. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: **A nova família**: problemas e perspectivas. Org.: Vicente Barreto, 1997.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: **Diálogos sobre direito civil**. Org.: Carmem Lúcia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. Família, infância e juventude: os desafios do novo Código Civil. In: **Família, infância e juventude**: os desafios do novo Código Civil. Coord.: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica na filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Direito de família contemporâneo**: Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENCELAU, Rosa Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Org.: Carmem Lucia Silveira Ramos; Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; José Antônio Peres Gedieli; Luiz Edson Fachin; Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

## ATIVISMO JUDICIAL E CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

*Camila Damasceno de Andrade<sup>1</sup>*

**Palavras-chave:** legalidade; ativismo judicial; garantismo; positivismo; neoconstitucionalismo.

**Resumo:** O presente trabalho científico tem a finalidade de analisar a crise da legalidade no contexto da ordem jurídica neoliberal, com base nos preceitos do garantismo jurídico, teoria encabeçada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli que será utilizada como contraponto às teorias ditas pós-positivistas, filiadas ao neoconstitucionalismo.

A pesquisa dará enfoque à contribuição do ativismo judicial para essa crise e às suas implicações no âmbito das teorias do Direito. Para isso, utilizar-se-á, inicialmente, o método descritivo e, posteriormente, o método dedutivo. Nesse contexto, primeiramente irá se conceituar esse ativismo judicial, além de se estabelecer a sua diferenciação no que concerne ao fenômeno da judicialização da política. Ademais, tratar-se-á da influência da ordem jurídica neoliberal para a ocorrência do ativismo, associando-o a uma possível crise do princípio da legalidade. Por fim, será abordada a relação entre Direito e moral a partir do entendimento das teorias positivista, neoconstitucionalista e garantista, apresentando esta como uma solução à problemática do ativismo.

O problema que esta pesquisa pretende discutir tem como enfoque as transformações que podem ser percebidas na ordem jurídica em decorrência do neoliberalismo e da instituição por parte deste de um Direito flexível, sendo necessário que se precise qual a influência do ativismo judicial para a ocorrência dessas transformações.

Assim, partindo do pressuposto garantista de que o Direito compõe um conjunto de normas postas por seres humanos, a estrita separação entre Direito e moral se faz necessária na medida em que se revela como uma negação da intolerância e do arbítrio institucionalizados, garantindo o respeito ao pluralismo

<sup>1</sup>Acadêmica da 9ª fase do curso de Direito da UFSC.

moral. Portanto, o ativismo judicial, ao permitir que os magistrados tomem as rédeas da produção normativa com base em sua subjetividade, assume a existência de uma moral única e absoluta, desconsiderando a existência dos demais ordenamentos morais que integram a sociedade. O ativismo judicial, nesse sentido, além de gerar uma patente insegurança jurídica, afronta o princípio democrático e ignora e ultrapassa os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

## 1 Introdução

O princípio da legalidade, base do Estado legal de Direito, perde espaço em decorrência da vagueza atribuída aos princípios na ordem jurídica neoliberal. Seja em função da má utilização de seu ofício por parte dos legitimados para a criação legislativa; seja em decorrência da usurpação funcional por parte da Administração; ou, ainda, devido ao ativismo judicial, que transmuta a decisão em legalidade – conforme enseja o realismo jurídico norte-americano –, é cediço que a legalidade vem sofrendo profundos desfalques em sua aplicabilidade.

Destarte, o ativismo judicial dá voz a uma crise do princípio da legalidade, encarando a decisão como efetiva fonte do Direito. Muito embora a jurisprudência não obrigue juridicamente, sua prevalência é notória na maioria dos casos, permitindo que se conclua que a construção pretoriana assumiu verdadeiro caráter de fonte produtora do Direito.

Ao se atribuir ao magistrado a prerrogativa de contrariar a própria legalidade quando exara sua decisão, tal princípio acaba por se esvaír, uma vez que a jurisprudência *contra legem*, demasiadas vezes, é mais relevante do que a lei que ninguém acata.

Tratar da crise da legalidade não é entender o Direito como estático, negando seu caráter dinâmico e flexível, que deve se adequar às exigências de seu tempo. O Direito deve necessariamente ser pensado com base na sua aplicação ao mundo real, ou seja, com base na atividade do magistrado quando cria a sentença. Entretanto, essa dinamicidade não significa liberdade incondicional.

Com base no pressuposto de que a legalidade se encontra em crise, o presente trabalho tem a finalidade de analisar essa crise sob o prisma do

garantismo jurídico, além de examinar a influência do ativismo judicial para a sua configuração na ordem jurídica neoliberal. Outrossim, o panorama garantista será contraposto às teorias neoconstitucionalistas do Direito, a fim de que as diferenças inerentes entre essas teorias e os distintos pontos de vista que apresentam acerca do fenômeno do ativismo judicial possam ser esclarecidos. Para isso, utilizar-se-á, inicialmente, o método descritivo e, posteriormente, o método dedutivo.

A problemática que se pretende discutir, portanto, trata das transformações que a ordem jurídica neoliberal ocasionou para o Direito e para o princípio da legalidade, sendo preciso que se elucide quais transformações foram essas e qual a influência do ativismo judicial para a sua ocorrência. A justificativa para a pesquisa se deve à importância do tema no atual contexto político e jurídico em que vive o Estado brasileiro, no qual é a vontade do juiz, e não a do legislador, que configura uma autêntica interpretação da lei.

## 2 A intervenção judicial no legislativo

Uma possível crise institucional, de representação ou mesmo uma crise do princípio constitucional da legalidade pode ser decorrente do excessivo intervencionismo do Poder Judiciário em questões que caberiam, *a priori*, ao legislativo. Cumpre ressaltar, de início, que a intervenção judicial em demasia pode se configurar por meio de dois fenômenos comumente confundidos pelo imaginário jurídico-social, quais sejam a judicialização da política e o ativismo judicial. Destarte, é imprescindível que se proceda a uma diferenciação de tais institutos, especialmente em função da similitude de seus conceitos, separados por uma linha tênue.

*Ab initio*, é preciso fazer um recorte epistemológico, a fim de que a complexidade dos conceitos em estudo possa ser compartilhada. Ora, é necessário que, antes que se inicie uma discussão acerca dos males ou benefícios da judicialização, ao menos haja consenso quanto à própria definição de judicialização, já que a certeza de seu conceito é premissa para que a discussão seguinte possa fluir.

## 2.1 Judicialização da política

A judicialização da política tem caráter contingencial, como bem explica Lenio Streck (STRECK, 2009, p. 15). É um efeito normal à grande maioria dos regimes democráticos, salientando-se que aqui se entende por normal a definição de Émile Durkheim, segundo a qual um fato social é caracterizado como normal quando é entendido como a média das sociedades de uma específica classe de indivíduos, analisados na correspondente fase de desenvolvimento (DURKHEIM, 2007, p. 59-65). Logo, a política acaba sendo judicializada em razão das competências atribuídas aos poderes para a prática de determinados atos, sendo um fenômeno comum e aceitável numa ordem jurídica.

A centralidade das Cortes de Justiça no Estado brasileiro é reflexo dessa judicialização, fomentando a tomada de decisões por parte do Poder Judiciário, de várias vezes por não haver lei clara a respeito do tema, ou mesmo em decorrência de conflito entre preceitos normativos. Uma decisão judicial de largo efeito político insere o Poder Judiciário como protagonista responsável pelas mudanças sociais, o que ocorre, por exemplo, na implementação de políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 1).

A justiça constitucional avança com naturalidade nos países ocidentais, alcançando a política que, originalmente, deveria ser feita pelos poderes Legislativo e Executivo, porquanto ambos têm como expressão a representatividade política, erigida no âmbito do voto popular. A fronteira entre justiça e política torna-se quase que fugaz na medida em que o Judiciário toma decisões que repercutem diretamente na política, tomando para si a competência das instâncias tradicionais.

É possível afirmar, nesse contexto, que a judicialização é uma tendência de ordem global, gerando consequências de largo alcance social, tendo como primeira causa o processo de redemocratização do país, implementado com a promulgação da atual Constituição Federal. Com o encargo de guardar e conferir eficácia ao texto constitucional, o Judiciário deixou de temer os demais poderes, passando a enfrentá-los e, inclusive, a subordiná-los às suas decisões, caracterizando-se como um autêntico poder político (BARROSO, 2008, p. 3).

As garantias asseguradas pela Constituição e a difusão do conhecimento a seu respeito entre a sociedade reacenderam os ares de cidadania próprios do ambiente democrático, favorecendo a expansão do Poder Judiciário, devido à ascensão da demanda por justiça entre a sociedade desde então.

Luis Roberto Barroso também aponta como causa do processo de judicialização a constitucionalização abrangente de questões políticas e de temas que, outrora, eram destinados à discricionariedade do legislador ordinário. A constitucionalização de uma matéria traz o temor de Carl Schmitt à tona, pois transforma política em Direito (BARROSO, 2008, p. 3-4).

Ademais, a notória abrangência do sistema de controle de constitucionalidade predominante no Brasil pode ser concebida como terceira causa da judicialização, tendo em vista o extenso rol de entidades e órgãos legitimados a ajuizar ações diretas no Supremo Tribunal Federal (STF), conforme a previsão do art. 103 da Constituição Federal. Acrescenta-se a isso o modelo de controle incidental e difuso de constitucionalidade que permite que quaisquer magistrados deixem de aplicar uma lei ou decidam de maneira até contrária a ela por julgá-la inconstitucional (BARROSO, 2008, p. 4-5).

Enfim, pode-se concluir que a judicialização não excede os limites que devem ser observados pelo magistrado no exercício de sua atividade, configurando-se somente como uma consequência do modelo constitucional adotado pelo Estado brasileiro. Submetida determinada questão ao parecer do STF, este não pode se recusar a se manifestar caso preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade. Não se está falando em alternativa, mas em dever, de modo que a judicialização não se traduz em mero desempenho de uma vontade política (BARROSO, 2008, p. 4-5).

## 2.2 Ativismo judicial

O ativismo judicial ultrapassa o caráter quase objetivo da judicialização e vai também além da discricionariedade conferida ao aplicador da lei. O ativismo, por vezes, beira a arbitrariedade, podendo ser definido como uma atitude do juiz, uma atividade na qual este juiz opta, escolhe uma maneira determinada e proativa

de aplicar e interpretar a letra da lei. Os juízos morais e a perspectiva política adotados pelo magistrado são, no ativismo, construídos a partir de sua subjetividade, a partir de sua própria visão de mundo, permitindo que sejam proferidas decisões de cunho tendencioso e individualista. O ativismo, nesse sentido, não pode ser confundido com a judicialização, sendo necessário ter como ponto de partida para sua diferenciação o entendimento de que aquele é um comportamento adotado pelo juiz, enquanto este é uma decorrência do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

A problemática que envolve os princípios constitucionais está em seu vazio significativo, visto que seu conteúdo não é definido, mas precário, frágil, aberto a interpretações. A contingência desses princípios permite o fenômeno da mutação constitucional de acordo com as mudanças sociais, de modo que seu significado pode ser contextualizado.

O ativismo judicial pode ser entendido como a face toldada da judicialização, tendo como marco a dissolução dos marcos regulatórios, própria da ideologia neoliberal.

### 3 Legalidade no contexto da ordem jurídica neoliberal

Fazendo com que as diversas modalidades de Estado convirjam com as também múltiplas compreensões do Direito, realiza-se um paralelo entre o quadro do liberalismo político e a ordem jurídica, compreendida como um conjunto de princípios e regras abstratas, gerais e previsíveis, cujo objetivo é a proteção de direitos individuais. Tal conjunto de regras estaria organizado em um sistema hierarquizado que, em sua estrutura vertical, apresenta normas superiores que subordinam as normas inferiores, as quais devem estar de acordo com o que é determinado por aquelas (ROTH, 1996, p. 17-20).

O Estado social, por outro lado, acarretou uma modificação no entendimento predominante da ordem jurídica, transmutando-a em um instrumento estratégico que visava à afirmação da legitimidade estatal. Além de definir os parâmetros de controle social, o Estado social tinha o objetivo de alterar as regras e princípios, conferindo ao aplicador da norma a possibilidade

hermenêutica de atender à necessidade de decisões concretas para problemas sociais, como a desigualdade. A forma jurídica herdada da tradição liberal, todavia, permaneceu inalterada (FARIA, 1999, p. 44-45; 276).

Os direitos sociais, entendidos como direitos de prestação, são obrigações do Estado para com os cidadãos. Portanto, representam uma ação, um fazer do Estado. Já os direitos de liberdade são direitos de respeito, isto é, são obrigações do Estado representadas por uma omissão, por um não fazer (FERRAJOLI, 2002, p. 690).

Pode-se estabelecer uma relação entre direitos sociais e de liberdade com as formas de Estado. Nesse sentido, quando um Estado incorpora apenas direitos de liberdade, ou seja, vedações estatais, ele é um Estado de Direito liberal, enquanto aquele que incorpora também direitos sociais, que requerem prestações positivas por parte dos poderes, é chamado de Estado de Direito social (FERRAJOLI, 2002, p. 690-691).

O Estado de Direito liberal é regido por normas de direito público que disciplinam a sua atividade, que são normas secundárias negativas. Já o Estado de Direito social é disciplinado por normas também secundárias, mas positivas, que indicam um fazer do Estado (FERRAJOLI, 2002, p. 691-692).

O processo de globalização, contudo, paulatinamente vem suplantando o monopólio estatal da legislação, havendo a forte influência de organizações multilaterais que têm, também, capacidade normativa, apesar de não ter, *a priori*, força jurídica. São exemplos as instituições financeiras nacionais e internacionais, as sociedades empresariais, os grupos religiosos. Tais instituições formam um poder paralelo que direciona a produção estatal de modo que ele se ajuste aos seus interesses (FARIA, 1999, p. 14-15).

A flexibilização do Direito abriu espaço para a produção de novas regras sociais que atendessem às ambições individuais, encarando a ordem jurídica como um sistema aberto às novas práticas normativas. É possível se falar em uma desterritorialização da política, resultante do processo de globalização, a qual influencia e promove a feitura de um Direito flexível e contingente. O aplicador do Direito, nesse sentido, fornece plasticidade à norma, não enxergando óbice à

produção de juízos que extrapolem os limites semânticos irrogados pela letra da lei.

O ativismo se torna perigoso quando passa a inovar na ordem jurídica, criando normas sob o pretexto de necessidade de regulação, enquanto, na realidade, essas normas visam resguardar interesses particulares dos novos atores políticos, imunes às pressões populares, determinando qual a interpretação que deve ser adotada como mais condizente.

A livre apreciação do Direito por parte do juiz coloca em risco a legitimidade democrática, uma vez que, conforme já dizia Rousseau, o contrato social firmado entre todos os homens, no qual estes renunciavam às suas vontades individuais em prol da vontade geral, garante a representatividade dessa vontade por parte de um ente escolhido entre os demais (ROUSSEAU, 2001, p. 9). Esse ente é a figura do legislador, que foi democraticamente eleito para defender a vontade geral e o faz na promulgação das leis. Em contrapartida, a figura do juiz, de importância inegável, tem, entretanto, função distinta da atribuída ao representante eleito, mas a monopoliza na medida em que a decisão judicial é tida como inflexível, mesmo quando contrarie a legalidade explícita. É oportuno lembrar a célebre frase de Montesquieu, segundo o qual “os príncipes que quiseram transformar-se em tiranos começaram sempre reunindo na sua pessoa todas as funções públicas.” (BOBBIO, 2001, p. 137).

A legalidade se esvai quando se permite a sua própria contrariedade por parte do juiz. Machado Neto, a respeito da jurisprudência contra legem, dispõe: “[...] qual seria o direito de um povo, a lei que ninguém acata ou a jurisprudência, embora contra legem, mas que os tribunais vêm seguindo e acatando?” (MACHADO NETO, 1975, p. 213).

O exercício irrestrito da hermenêutica por parte dos juízes, que resultou numa difusão do poder de interpretar as leis e a Constituição sem parâmetros previamente definidos, resultou na supremacia do poder jurídico sobre o político, corrompendo a separação dos poderes e atribuindo ao judiciário a tarefa de legislar sem ter legitimidade. Da mesma forma, a indefinição da ordem jurídica também contribuiu para essa transferência do poder de legislar para a figura do magistrado.

Em meio a essa crise, torna-se difícil falar em separação dos poderes, porque acaba por desaparecer o sentido para que essa ocorra, pois a sentença judicial passa a ser a verdadeira norma. Sabendo que toda ação do Estado ou cria, ou aplica uma norma, a função legislativa é, portanto, a criação de leis e a aplicação de normas superiores, enquanto a atividade do poder judiciário é a criação da sentença, lei individual, e a aplicação das normas superiores. Destarte, todos os órgãos do Estado resumem-se à criação e à aplicação de normas. Assim, o juiz, ao aplicar o Direito, cria o próprio Direito com a criação da sentença (KELSEN, 1987, p. 248-250).

A legalidade tem a função de limitar o poder estatal, conforme o conceito de Estado de Direito originado pelo pensamento de John Locke, que consiste na submissão do próprio poder soberano às leis por ele instituídas, isto é, o Estado é guiado pelo Direito, tendo sua ação limitada juridicamente (LOCKE, 1994, p. 206). A lei impera, estendendo-se a todos, começando pelo próprio Estado. A legalidade é, também, uma garantia ao cidadão, protegendo-o de possíveis arbitrariedades por parte do poder soberano.

#### **4 Direito e moral**

##### **4.1 Positivismo normativo**

O Direito contemporâneo ainda é formalmente guiado pelo positivismo, muito embora o neoliberalismo o conduza ao moralismo ao atribuir uma parcela cada vez maior de discricionariedade aos atos do julgador. Essa discricionariedade, em tese, deveria lhe conferir pequena liberdade em suas decisões, uma vez que a lei já institui um fim, uma forma e a competência do juiz. É a lei que deveria ser aplicada, e não a simples vontade do magistrado, muitas vezes manifestamente contrária à legalidade explícita. Logo, a plena discricionariedade nada mais é do que uma arbitrariedade disfarçada, na medida em que confere liberdade incondicionada a uma parcela do poder estatal, tal qual se fazia presente nas tiranias de outrora.

A legalidade, no decorrer da história, atingiu seu ápice com a positivação do Direito e com o entendimento de que somente a norma posta por uma autoridade competente pode ter obrigatoriedade perante a sociedade. A terminologia positivismo refere-se ao estudo de fatos mediante observação, própria das ciências humanas e da filosofia, entretanto, o positivismo normativo designa o direito posto. O positivista, no âmbito jurídico, é aquele que tem como seu exclusivo objeto de estudo o Direito que é posto por uma autoridade competente, de modo que é considerado válido (DIMOULIS, 2006, p. 73; 76).

A definição do positivismo jurídico, segundo Dimitri Dimoulis, deve ser de cunho descritivo, ou seja, deve permitir que sejam mapeadas todas as correntes e posicionamentos no campo do positivismo, sem concordar ou discordar delas. Para se elaborar uma definição adequada, em primeiro lugar, é preciso que se fixe o universo de referência, que, no caso do positivismo jurídico, seria aquele modelo de Direito que surgiu na Europa durante a modernidade e que hoje abrange diversos países que adotam uma organização social capitalista (DIMOULIS, 2006, p. 75).

Positivismo, antes de tudo, é uma teoria que se opõe ao jusnaturalismo. Não obstante, essa definição é insuficiente por ser demasiadamente ampla. Entender o positivismo em sentido amplo é entender o Direito como um conjunto de normas postas por seres humanos. Nega-se o dualismo afirmado pelos jusnaturalistas, que compreendem que, ao lado das leis humanas, estão as leis naturais ou divinas. Para o positivismo lato sensu, o Direito é sempre o direito posto (positivo) por uma autoridade competente para tal, portanto, considerado válido. O positivismo normativo em sentido estrito considera que o Direito deve estar necessariamente desvinculado da moral, em oposição ao que preceitua o moralismo. Para aquele, não interessa o valor do Direito, mas a sua validade, assim como não interessa o seu conteúdo, mas a sua forma (DIMOULIS, 2006, p. 78-87).

Kelsen, em sua teoria pura, já dizia que ao estudioso da ciência jurídica o que interessa é responder a pergunta “o que é e como é o Direito?” e não “como deve ser o Direito?”. O Direito é visto como um fato, como aquilo que é e não como aquilo deveria ser, de modo que configura uma teoria ontológica (KELSEN, 1999, p. 1).

O magistrado tem a prerrogativa de exercer a atividade jurisdicional de acordo com a Constituição Federal e as leis, buscando fazer uma interpretação da norma cabível e aplicá-la o mais fielmente possível ao caso concreto. Entretanto, a decisão é seguida mais fielmente do que a própria norma, contrariando o juspositivismo estrito e flexibilizando por demais as práticas jurídicas, conforme a doutrina jusnaturalista que se camufla na roupagem intitulada pós-positivismo.

#### 4.2 Neoconstitucionalismo

Os autores que se dizem pós-positivistas afirmam que o direito deve estar comprometido com a moral e com a justiça, de forma que o legislador e o magistrado devem levar esses valores em conta no exercício de sua profissão, de modo que se retoma uma crença na metafísica e no idealismo. Visam legitimar o ordenamento jurídico como justo e ético, adequando-o às exigências do bem comum. Assim, acusam o positivismo *stricto sensu* de defender uma aplicação mecânica da lei, por meio do silogismo formalista, crendo que as leis têm a resposta para tudo. Além disso, também dizem que o positivismo é perigoso ao legitimar o direito de forma incondicional, considerando que apenas por ser válida, uma norma seria justa, independente de seu conteúdo (DIMOULIS, 2006, p. 56-59).

Segundo Eduardo Bittar, o Direito se alimenta da moral, surgindo a partir dela e contribuindo para que a moral imperante numa sociedade se modifique. Haveria, portanto, uma inter-relação constante entre moral e Direito, tendo em vista que um direito sem moral seria puro arbítrio, não encontrando fundamento social adequado. Quando ele é moral, atua como um instrumento da justiça, contribuindo para sua coesão social. O fundamento ético do Direito, nesse sentido, seria a responsabilidade social de cada um para com os outros, havendo a necessidade de limitar as liberdades de todos para que todos sejam livres (BITTAR, 2012, p. 57).

Kelsen, por outro lado, adota o relativismo axiológico, entendendo que há várias morais em diferentes sociedades e mesmo dentro de um único grupo social (KELSEN, 1999, p. 42). Por isso, ele afasta o critério da justiça para afirmar se um determinado ordenamento é jurídico ou não, bastando que tenha sido aprovado

por uma autoridade competente para que seja considerado válido. As regras jurídicas, nesse sentido, não precisam estar em acordo com a moral imperante na sociedade num determinado momento histórico para que sejam consideradas jurídicas.

O jusnaturalismo, no entanto, fundamenta o Direito na natureza humana, identificando-o com a ideia de racionalidade, compreendida como intrínseca ao homem. Seu princípio basilar é representado pela crença na existência de direitos naturais inatos, invioláveis e imprescritíveis, que atuam como elemento de validade do Direito positivo. Esse direito tem seu fundamento em disposições morais, de caráter axiológico, sendo essencialmente valorativo (DIMOULIS, 2006, p. 82).

Todavia, o positivismo não despreza a moral ou a justiça, mas não as vincula ao estudo do Direito. Uma norma pode ter um caráter moral e ser recepcionada pelo ordenamento jurídico, de modo que se torna uma norma válida. Caso só constitua um ditame moral, sem sua positivação por parte de uma autoridade competente, continuará sendo tão somente um ditame moral, que pode obrigar o homem no foro interno, mas não terá validade nem obrigatoriedade perante o Direito. Direito e moral devem ser entendidos como sistemas de normas diversos, que, embora se relacionem, não devem ser confundidos.

Para uma teoria utilitarista, o Direito deve pretender dizer o que ele *deve ser*, portanto, precisa cuidar do seu conteúdo e não unicamente da sua forma, sustentando que o Direito e suas instituições têm que estar a serviço do bem-estar geral. Segundo o neoconstitucionalismo, o objetivo do Direito é proporcionar a justiça, contrapondo-se ao fim do positivismo, que seria a previsibilidade. Este seria um fim muito restrito e faria com que o Direito não estivesse de acordo com as exigências da sociedade que regula, que são anseios da justiça e da moral. Para o Direito manter coerência com os princípios que ele mesmo elege, ele deveria necessariamente estar vinculado à moral, de forma que uma decisão por demais arbitrária seria passível de invalidade.

## 5 Garantismo jurídico e legalidade

O garantismo jurídico pode ser compreendido como um modelo de Direito, ou seja, como o integrante do sentido do Estado de Direito, conceito jurídico indefinido, amplo e geral que pode ter mais do que uma compreensão. Luigi Ferrajoli utiliza a definição de Norberto Bobbio, que faz uma distinção entre governo *sub lege* e governo *per lege*, que indicam, respectivamente, um governo submetido às leis e um governo que se dá mediante leis gerais e abstratas (FERRAJOLI, 2002, p. 687).

O poder *sub lege* pode ser compreendido no sentido lato ou formal, o que ocorre quando o poder é conferido pela lei e quando é ela que decide a forma como ele será exercido, mas seu conteúdo fica a critério de seu possuidor. No sentido estrito ou substancial, o poder é limitado pela lei, que também é quem decide como este poder será exercido, condicionando não só a sua forma, mas o seu conteúdo. Em outras palavras, no primeiro sentido, a lei funciona como uma moldura para o governo, conferindo-lhe sua forma, mas sem limitá-lo de maneira preconcebida, isto é, sem dizer nada a respeito do seu conteúdo, do que preencherá essa moldura. Já em seu segundo sentido, em que a lei limita o poder, ela não faz só o papel da moldura, mas também do próprio conteúdo que será inserido dentro dela, não aceitando qualquer substância (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688).

Essas duas noções de Estado de Direito podem ser associadas ao princípio da legalidade. O poder *sub lege* corresponde à legalidade em sentido formal, que entende que os poderes devem ser legalmente predeterminados, assim como a forma como serão executados. Já o poder *per lege* relaciona-se à legalidade em sentido estrito, ou substancial, que não exige a mera forma de lei, porém também regula e limita o conteúdo desse poder (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688).

Ferrajoli entende Estado de Direito como princípio da legalidade no sentido estrito, qual seja, o sentido substancial ou, ainda, o sentido de poder *sub lege*, mas com a característica limitadora do poder e condicionante de seu conteúdo. Assim, Estado de Direito com esse sentido é sinônimo de garantismo (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688).

Esse Estado de Direito não é exclusivamente um Estado legal, regulado pelas leis, mas um Estado constitucional, cujas leis limitam o exercício do poder e lhe conferem uma forma. Esse Estado se caracteriza, no plano formal, pelo

princípio da legalidade, em que todos os três poderes estão subordinados às leis gerais e abstratas. No plano substancial, o Estado de Direito se configura pela subordinação dos poderes ao respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos e seu dever de garantir esses direitos por meio de regulamentação expressa na Constituição sobre os deveres dos poderes para com a garantia desses direitos fundamentais. Destarte, a Constituição dos Estados de Direito limita expressamente em seu texto legal os poderes públicos, impedindo-os de lesionar os direitos de liberdade e os direitos sociais. Essas características do Estado de Direito representam, respectivamente, a legitimação formal e a legitimação substancial, sem as quais não seria possível se falar em uma regulação e controle dos atos dos poderes. São essas legitimações que fazem com que todos os poderes sejam limitados por deveres, que tratam não apenas da forma, mas também do conteúdo de seu exercício. A violação desses deveres invalida judicialmente os atos estatais e, ao menos em teoria, é causa de responsabilidade do autor que cometeu a violação (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688).

O princípio da mera legalidade se limita a exigir que o exercício de qualquer poder tenha a lei como fonte, sua condição formal de legalidade. O princípio da estrita legalidade exige que a lei condicione a determinados conteúdos substanciais a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído.

Para Luigi Ferrajoli, submeter o Direito à moral é uma tese do constitucionalismo que, na verdade, não se difere do jusnaturalismo. A negação do positivismo e a crença de que ele vai sendo superado na medida em que as Constituições adotam preceitos como seus norteadores, é uma tentativa de romper com a distinção entre Direito e moral. Com isso, entende-se que os direitos fundamentais são valores, o que faria com que a moral não fosse mais externa ao Direito, mas parte de seu ponto de vista interno. Essa visão é contestada pela teoria garantista, que não visa se opor ao positivismo, como o faz o neoconstitucionalismo, mas pretende figurar como seu complemento. É necessária uma separação explícita do Direito e da moral, o que se fundamenta pela também necessária distinção entre justiça, validade e eficácia (FERRAJOLI, 2011, p. 99-100).

Afinal, o que é a justiça? A justiça é relativa, de modo que aquilo que é justo para alguém pode não o ser para outra pessoa. Definir uma única moral como justa é crer na existência de verdades absolutas e ignorar a explícita multiplicidade de sentidos que podem ser atribuídos à palavra verdade.

A verdade, nos dizeres de Foucault, entrelaça-se com a subjetividade, dado que faz parte do ser do indivíduo, dos seus desejos e de seu reconhecimento próprio. A verdade relaciona-se ao reconhecimento da parte mais essencial do ser do indivíduo. A relação entre o sujeito e a verdade, por conseguinte, corresponde à relação entre o indivíduo humano, considerado como objeto teórico das ciências humanas, e a verdade reconhecida nesse sujeito enquanto objeto de conhecimento, que ainda não foi conhecido. Não obstante, o termo sujeito também pode ser tomado em outro sentido, designando o indivíduo como objeto das relações de poder que se dão na sociedade. Consequentemente, a verdade a ser estudada é ditada pelas práticas de poder, que podem definir não apenas uma, mas várias verdades e conhecimentos, a depender do discurso institucional que se impõe em determinado momento histórico. Já o sujeito enquanto subjetividade traz a verdade – ou melhor, as verdades – como uma atribuição que o indivíduo faz a si mesmo para que se constitua e entenda como sujeito (FOUCAULT, 2003, p. 10-12).

Ao se visualizar a ciência jurídica como uma teoria pura, conforme preceitua Kelsen, ela deve ser separada de todas as influências externas e, entre elas, encontra-se a moral. Portanto, a visão positivista impede que o Direito mantenha qualquer vínculo com a moral, dado que esse é entendido como desnecessário e prejudicial, porque obscurece a ciência jurídica, dificultando que seu objeto, o Direito, seja adequadamente compreendido (KELSEN, 1999, p. 1).

Conforme o jusnaturalismo, unicamente teria validade a norma considerada justa, pois essa teoria condiciona a validade à justiça. Já o positivismo entende que o Direito pode ou não ser justo, visto que pode estar de acordo com o preceituado pela moral, mas não tem obrigatoriamente de o ser e isso não lhe tira a característica de jurídico (BOBBIO, 2001, p. 46-54). Dizer que a moral é o conteúdo, a substância do Direito, é dizer que o Direito é a própria moral. Dessa forma, haveria somente uma única moral, que seria absoluta e apenas aquilo em conformidade com ela seria válido (KELSEN, 2001, p. 47).

Há quem defenda a ideia de que a moral é absoluta e apriorística, cuja validade é atemporal e suprema, o que faz com que suas normas sejam intrinsecamente objetivas. Dessa concepção de moral absolutista decorre a ideia de que não há uma criação de valores, mas um descobrimento de quais são esses valores. Logo, a missão da ética seria aprimorar a capacidade de saber o que é moral ou não (NALINI, 2006, p. 30-33). Contudo, essa visão se revela intolerante em relação àquilo que não concorde com o preceituado por tal moral, afinal, sendo ela superior, não haveria sentido em não lhe conferir razão, sendo impreterível que se descarte o que se revela como discordante.

Por sua vez, a moral relativista é subjetiva, afirmando que os valores morais são criados de acordo com determinadas características sociais e pessoais. Essa moral relativista pode enunciar a existência de inúmeros sistemas morais, bem diferenciados, que também são subjetivos, voltados a cada pessoa. Caberia, deste modo, a cada indivíduo construir sua própria hierarquia de valores de acordo com sua experiência de vida. Segundo tal visão, o bem é fruto de uma concepção subjetivista e um mero convencionalismo, de modo que a aceção de bem e mal varia segundo cada pessoa (NALINI, 2006, p. 30-33).

Em resumo, a separação entre Direito e moral possibilita a autonomia jurídica e a prioridade do ponto de vista jurídico interno em detrimento do ponto de vista externo, sem desmerecer a importância da moral e da política, mas reconhecendo que estas não se confundem com a ciência jurídica. Assim, a distinção entre moral e Direito corrobora a distinção entre justiça e validade, não permitindo que a falácia pós-positivista, mais próxima do jusnaturalismo do que se diz ser, prospere sob o argumento de que os valores foram absorvidos pelo Direito (FERRAJOLI, 2009, p. 101-102).

Enfim, qual seria a solução para a problemática do ativismo judicial? Uma reforma política, precedida de exigências populares e institucionais por leis mais atuantes por parte do Estado. A história comprova que a intervenção estatal relativa aos direitos sociais foi benéfica e relevante para a afirmação desses direitos e é sabido que foi a sua positividade que trouxe as garantias que a sociedade tem hoje. A positividade impede a clandestinidade e permite a liberdade individual. Por conseguinte, o positivismo garantista vai além da simples afirmação

de que os princípios são preponderantes, exigindo a positividade, ou seja, a incorporação desses princípios tidos como justos ao ordenamento. Somente dessa forma será possível que se garantam direitos sem que se elimine a própria laicidade jurídica, dado que, como sabiamente asseverou Kelsen, acreditar numa moral única e absoluta é admitir a religiosidade estatal.

## 6 Considerações finais

O panorama jurídico brasileiro atual tem como traço notório as formas de intervenção do Poder Judiciário na política, isto é, naqueles assuntos que originalmente são de competência do Poder Legislativo, mas que são usurpados pelo Judiciário na medida em que o magistrado desenvolve sua atividade interpretativa.

A judicialização da política é decorrência do próprio princípio democrático, sendo um resultado previsível e normal em função do caráter analítico da Constituição Federal brasileira. É possível se afirmar, inclusive, que a judicialização é uma consequência do modelo constitucional adotado no Brasil, sendo uma opção do constituinte e não do Judiciário. Por sua vez, o ativismo judicial se revela claramente como uma atitude do togado, uma postura por ele incorporada quando atua como intérprete da lei ordinária e dos ditames constitucionais. Decorre, nesse sentido, de um comportamento proativo do juiz, que vai além dos limites impostos ao Judiciário no que concerne à divisão de competências, bem como no que se refere às limitações semânticas que emanam do texto legal a ser analisado.

A judicialização, portanto, é benéfica e inerente à sistemática do ordenamento jurídico, já que proporciona a possibilidade de que questões de largo alcance político sejam discutidas no âmbito do Judiciário. O ativismo, entretanto, corrompe a separação dos poderes e confronta o princípio democrático, pois o legitimado pelo voto popular para inovar na ordem jurídica é o legislador, e não o juiz.

Não se nega, contudo, que o Poder Legislativo enfrenta relevantes dificuldades para exercer as funções que são de sua competência, encontrando-se

num estado em que o processo político se revela estático e emperrado, não sendo capaz de discutir as questões de maior complexidade dos dias atuais em virtude da contínua ausência de consenso. Ocorre, entretanto, que possibilitar o ativismo judicial é favorecer a arbitrariedade, porquanto o juiz, ao exarar uma decisão com base em sua subjetividade, adota o seu próprio ordenamento moral como válido, ignorando a pluralidade moral que é intrínseca à sociedade contemporânea.

A legitimidade democrática se esvai com a postura ativista dos magistrados, permitindo que não apenas a política seja judicializada, mas que o contrário se efetive. Isto é, o ativismo proporciona, também, uma politização da justiça, o que se mostra inconcebível em razão da falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para tomar determinadas decisões a respeito de certas matérias.

O ativismo judicial promove uma nova vinculação do Direito à moral, retomando a tradição neoconstitucionalista de que a justiça deve ser o primado da ordem jurídica. Todavia, deve-se partir do pressuposto de que a moral tem caráter subjetivista e individualista, levando em consideração as atitudes de um determinado indivíduo para concretizar aquilo que se encontra de acordo com as suas intenções e com os seus valores particulares. A moral, nesse sentido, tem cunho relativista, compreendendo que não se pode partir da ideia de que há conceitos objetivos e definidos de bem e mal, certo e errado, mas que estes são construções sociais que se impõem aos indivíduos de forma externa, através de sua força coercitiva. No entanto, pela ausência de conceitos universais, cria-se a chance para que os mais perspicazes tenham a capacidade de inculcar o seu ponto de vista nos outros, de inculcar sua noção de bem nas mentes dos demais e declarar-se detentores da verdade, metamorfoseando o relativismo em absolutismo. O ativismo promove tal alienação, pois os magistrados, em sua favorecida posição social, têm a prerrogativa e o poder de convencer e de impor a sua moralidade aos demais.

Justamente por se desconhecer o que é ou não verdadeiro, não se pode definir qual concepção de ética é a mais adequada à realidade. A simples existência de mais de uma teoria ética e de vários códigos morais já indica a incoerência da afirmação de que apenas uma delas deve subsistir, embora ainda não se saiba se,

entre a pluralidade moral, existiria uma em particular que se aproximaria mais da verdade. Sem que haja certeza de que a verdade foi alcançada, afirmar a supremacia de uma única moral é relegar as demais ao esquecimento por meio da intolerância. Afinal, o favorecimento de uma ou mais crenças traz o recado subreptício para as demais de que estas não merecem a mesma valorização, não sendo tão dignas de prestígio quanto àquelas. Em seu íntimo, o favorecimento de uma moral diz às outras que seus adeptos devem se conformar aos preceitos daquela, sob pena de serem implicitamente excluídos da sociedade.

A problemática do ativismo judicial, portanto, deve ser resolvida a partir da realização de uma reforma política que vise à produção de leis mais atuantes e de maior relevância para o contexto político atual. A positivação dos direitos sociais foi um primeiro passo para essa mudança, mas o caminho a ser percorrido ainda não chegou a seu término. As garantias fundamentais devem ser positivadas e incluídas no ordenamento para que o ativismo cesse e para que o legislativo tenha efetivas condições de exercer as funções de sua competência, impedindo que o Judiciário continue a usurpá-las de maneira clandestina e contrária à legitimidade proporcionada pelo princípio democrático.

## 7 Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE**. v. 13, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 15.05.2014.

BITTAR, Eduardo. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Malheiros, 2006.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDConst., 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade III**: o uso dos prazeres. São Paulo: Graal, 2003.

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

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROTH, Andre-Nöel. Direito em crise: fim do estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (org.) **Direito e Globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

## A SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO: O CONFLITO ENTRE ESTADO E NAÇÃO EM CLÓVIS BEVILÁQUA E LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA

*Guilherme Bedin<sup>1</sup>*

**Palavras-chave:** sujeitos de direito internacional; estado; nação; Clóvis Beviláqua; Lafayette Rodrigues Pereira.

**Resumo:** A problemática acerca da subjetividade jurídica no âmbito internacional ainda hoje propicia fortes discussões doutrinárias. Um dos muitos debates historicamente relevantes ocorreu no século XIX, acerca da teoria da nacionalidade, que teve entre seus precursores Pasquale Stanislao Mancini, o qual opôs a figura do Estado à da Nação como esta sendo o real sujeito de direito internacional.

Tal debate, contudo, não se limitou ao cenário europeu, fazendo-se sentir também no Brasil. No início do século XX, enquanto tentam estabelecer as bases de um Direito Internacional científico – ou positivo – Lafayette Rodrigues Pereira e Clóvis Beviláqua optaram por diferentes concepções acerca do sujeito de direitos no âmbito internacional.

Lafayette, em sua obra “Princípios de Direito Internacional” (1902), defende que seria a nação o sujeito do direito internacional, identificando-a por meio de elementos como povo, território e governo, mas que se distingue do Estado, por ser este o conjunto de órgãos através dos quais a Nação se manifesta politicamente. Critica, porém, o princípio da nacionalidade proposto por Mancini, afirmando que este não encontra respaldo científico ou histórico, exaltando, ainda, o elemento voluntarista dos indivíduos em constituir um povo, em oposição a elementos como a raça de tais pessoas.

Beviláqua, por sua vez, na sua obra “Direito Público Internacional – A syntese dos principios e a contribuição do Brazil” (1910), identifica os estados

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro dos grupos de pesquisa CNPq-UFSC, Ius Gentium em Direito Internacional, e Ius Commune em História da Cultura Jurídica.

como sendo os sujeitos do direito internacional, atribuindo-lhes três espécies de personalidade jurídica: uma interna de direito público, outra interna de direito privado e a internacional. Reconhece como elementos essenciais ao estado um agrupamento humano, em um território, sujeito a um poder soberano, que lhe propicie unidade orgânica; a nação seria tão somente o povo distribuído em classes sociais.

A problemática é, pois, “quais os conceitos de Estado e de Nação no pensamento de Clóvis Beviláqua e Lafayette Rodrigues Pereira”. Será, portanto, a descrição e a oposição destes autores brasileiros do início do século XX, com relação aos conceitos de Estado e Nação, o objeto deste trabalho.

Para tanto, utilizou-se do método de abordagem indutivo, combinando-se os procedimentos histórico e comparativo, sendo utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, por documentação direta e indireta.

Os resultados obtidos foram a descrição do pensamento dos autores pesquisados, no que tange ao objeto abordado, bem como a crítica e considerações históricas e políticas acerca deste pensamento, possibilitadas por meio das fontes secundárias.

## 1 Introdução

O século XIX foi marcado por uma profunda transformação no tratamento dos fenômenos humanos e sociais. Isto devido ao sistema filosófico e epistemológico proposto por August Comte, que permitiu a estes fenômenos serem abordados como científicos<sup>2</sup>, ainda que, na época, fossem considerados como desdobramento dos fenômenos biológicos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> “[...] Como resultado definitivo temos a matemática, a astronomia, a física, a química, a fisiologia e a física social; tal é a fórmula enciclopédica que, dentre o grande número de classificações que comportam as **seis ciências fundamentais**, é a única logicamente conforme à **hierarquia natural e invariável dos fenômenos**. [...]” (COMTE, 1983, p. 39, grifo nosso).

<sup>3</sup> “[...] notamos uma lacuna essencial relativa aos fenômenos sociais que, **embora compreendidos implicitamente entre os fisiológicos**, merecem seja por sua importância, seja pelas dificuldades próprias a seu estudo, formar uma categoria distinta.” (*Ibidem*, p. 9, grifo nosso). E continua: “Eis a grande mas, evidentemente, única lacuna que se trata de preencher para construir a filosofia positiva. [...] fundar a *física social*. Tal é hoje, em várias direções capitais, a maior e mais urgente necessidade de nossa inteligência. *Loc. cit.*, grifo do autor.

Apesar de enfrentar duras críticas, especialmente pelos pensadores do Círculo de Viena<sup>4</sup>, movimento que, posteriormente, será denominado positivismo lógico ou neopositivista<sup>5</sup>, o pensamento comtiano enraíza-se nas ciências humanas e sociais, chegando ao Direito através do pensamento de Durkheim<sup>6</sup>, tal ênfase no fenômeno jurídico permitiu ao Direito, que, anos mais tarde (e, ainda, não livre de críticas<sup>7</sup>) passasse a ostentar o status de ciência jurídica, por meio positivismo normativista, tendo por marco a obra “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen<sup>8</sup>.

Entretanto, o direito internacional não se beneficiou de forma imediata deste mesmo itinerário, vez que enfrentava, mesmo dentre os juristas, oposições ao seu tratamento como ciência. Como resultado, durante boa parte do século XIX, o pensamento jurídico alemão ainda observava o direito internacional com uma postura muito mais próxima da filosofia do que da ciência jurídica. Poucos eram os autores que se debruçavam sobre o fenômeno jurídico internacional para tentar compreendê-lo, sendo que a postura de muitos era a de ignorar sua existência.

Neste cenário, as principais obras variavam entre dois extremos: enquanto de um lado havia autores de postura jusnaturalista, com uma visão idealizada do

<sup>4</sup>No tocante aos principais fundamentos do positivismo do Círculo de Viana, bem como suas semelhanças e oposições ao pensamento de Comte, ver DUTRA, 2005, p. 53-56.

<sup>5</sup> Encontra-se diversas remissões ao termo “neopositivistas” como sinônimo de positivistas lógicos em DUTRA, 2005, p. 48; 52-54.

<sup>6</sup> A importância do fenômeno jurídico no pensamento de Durkheim se torna evidente por meio da seguinte passagem: “Este símbolo visível é o direito. [...] o número dessas relações é necessariamente proporcional ao das regras jurídicas que as determinam. De fato, a vida social, onde quer que exista de maneira duradoura, tende inevitavelmente a tomar forma definida e a se organizar, e o direito nada mais é que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e mais preciso. A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas do direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.” (DURKHEIM, 1995, p. 31-32).

<sup>7</sup> “O filósofo do direito não se contenta em conhecer a realidade empírica do direito, mas quer investigar-lhe o fundamento, a justificação: e ei-lo assim colocado diante do problema do valor do direito.” (BOBBIO, 1995, p. 138); em resposta: “Os positivistas jurídicos não aceitam as definições filosóficas, porque estas (introduzindo uma qualificação valorativa que distingue o direito em verdadeiro e aparente, segundo satisfaça ou não um certo requisito deontológico) restringem arbitrariamente a área dos fenômenos sociais que empírica e factualmente são o direito.” *Loc. cit.*

<sup>8</sup> Com relação ao Direito como Ciência: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito.” (KELSEN, 2012, p.1) e, quanto ao seu objeto: “A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” *Idem, Ibidem*, p.79.

direito internacional, os quais se ocupavam de tratar o direito apenas como um dever ser, muitas vezes sem se preocupar em observar a realidade sobre a qual faziam suas construções; o outro extremo pode ser representado por um autor que, embora de um momento posterior, ficou conhecido por suas construções que atribuíam ao Estado uma visão totalitária na história europeia: Kaufmann, que firmava grande parte de seu entendimento no princípio da autopreservação do Estado (KOSKENNIEMI, 2005, p. 179-180).

Uma postura intermediária foi traçada por Heinrich Triepel, que busca identificar o fenômeno do direito internacional e apontar suas relações com o direito interno, considerando dois sistemas jurídicos diversos, que não se misturam, mas se tangenciam.

Ao tratar do estado atual da ciência do direito internacional, critica a falta de precisão nos termos até então utilizados pelos autores, apontando a necessidade de um estudo dogmático dessa temática, especialmente para tornar possível a solução dos problemas mais complexos, sobretudo, aqueles que ficavam na fronteira entre o direito internacional e o direito público (TRIEPEL, 1920, p. 4-5).

Em meio a este cenário, não causa surpresa que a discussão acerca de quem seriam os sujeitos, ou destinatários, do direito internacional fosse ainda bastante inflamada. Este debate assumiu maior fôlego após a teoria da nacionalidade de Pasquale Stanislao Mancini, e a proposição da figura da Nação como sujeito, em oposição à clássica posição ocupada pelo Estado.

É diante deste panorama que o Brasil procura dar sua contribuição ao Direito Internacional no início do século XX, sendo que serão aqui destacadas as obras de Lafayette Rodrigues Pereira e Clóvis Beviláqua, diante das principais problemáticas do Direito Internacional na época.

Ambos os autores são conhecidos no plano nacional por serem renomados civilistas, contudo, apresentam premissas teóricas profundamente distintas: Lafayette possui evidentes marcas do pensamento Liberal Clássico, perceptíveis no Prefácio do Volume I da sua obra “Direito das Coisas”, no qual, logo na primeira página, o autor trata da função moralizante da propriedade. Posteriormente, aponta seu caráter “sagrado”, defende, ainda, seu caráter individual e exclusivo,

além de definir domínio como “a dominação absoluta da vontade sobre a coisa” (PEREIRA, 2004, p. IX-XI). Possui, por fim, grande conhecimento das fontes romanas e da doutrina germânica.

Beviláqua, por sua vez, apresenta marcantes influências do positivismo sociológico francês, como se pode notar no seguinte trecho de sua obra “Direito das Coisas”:

[...] O direito, historicamente, antecede ao Estado, que é o produtor da lei escripta, forma ulterior do direito, que, aliás, não o contem integralmente. A energia creadora do direito está na estrutura da sociedade, seja o grupo inicial, no afastado periodo da prehistoria, seja a nação culta dos nossos dias. A lei destina-se a eliminar o arbítrio. [...]. (BEVILÁQUA, 2003, p. 129).

Beviláqua foi, também, um dos fundadores da “Escola do Recife” e redigiu o Projeto do Código Civil de 1916.

## 2 Definição de direito internacional: seu objeto e suas fontes

Fundamental para que se possa adentrar na problemática dos sujeitos é compreender o que os autores entendem por Direito Internacional, ao que ele se destina a regular e quais os fatos capazes de gerá-lo.

Lafayette, em sua obra “Principios de Direito Internacional”, publicada em 1902, faz as seguintes considerações:

Não assenta o Direito Internacional em textos positivos, terminantes, como é a lei escripta. Formação historica que se vae lentamente elaborando segundo as necessidades dos tempos e as exigencias das circunstancias, fallece-lle a precisão, a segurança e o rigor do direito escripto. E em razão da natureza das pessoas e dos assumptos que fazem o seu objecto, tem peculiaridades que o distinguem dos outros ramos de Direito e lhe dão uma feição particular. (PEREIRA, 1902, p. 3).

O autor reconhece a peculiaridade do direito internacional, sem negar, contudo, sua classificação como fenômeno jurídico, como se pode notar, em suas palavras: “E’, todavia, um direito positivo, — um complexo de regras e preceitos que se deduzem dos factos e que se applicão aos factos. Não offerece, pois, de sua

natureza, repugnância para ser tractado segundo os methodos e processos da sciencia dos jurisconsultos.” (PEREIRA, 1902, p. 3).

Tal afirmação é de fundamental importância: não se pode esquecer que sequer a classificação do fenômeno internacional como jurídico era questionável à época, quanto mais o seria sua classificação como científico.

Já Beviláqua, em sua obra *Direito Público Internacional – “A syntese dos princípios e a contribuição do Brazil”*, publicada em 1910, afirma:

Partindo da idéa da sociedade dos Estados, dá-se por fundamento ao direito publico internacional, **não a soberania, principio de direito interno, mas a solidariedade, phenomeno social de alta relevância**, pelo qual devemos entender: a consciência de que as nações cultas têm interesses communs, que transbordam de suas fronteiras, e para a satisfação dos quaes necessitam umas do concurso das outras; e, ainda, a consciência de que a offensa desses interesses se reflecte sobre todas ellas, de onde a necessidade de garantil-os por um accordo comum. (BEVILÁQUA, 1910, p. 13, grifo nosso).

Cabe observar que tal afirmação se coaduna perfeitamente com o pensamento do autor, não destoando das suas obras relativas ao Direito interno. Neste sentido, Beviláqua também assume o caráter científico do direito internacional.

Quanto à problemática das fontes, afirma Lafayette: “Fonte do Direito Positivo é o acto pelo qual a vontade crea o principio juridico, ou se submete á elle.” (PEREIRA, 1902, p. 11) propõe que existam três: o reconhecimento; os usos e costumes; e os tratados e convenções públicas (PEREIRA, 1902, p. 12). Para Beviláqua, “Fonte é a forma exterior e positiva do direito, e, nesse sentido, o direito internacional somente conhece duas: o costume e os tractados.” (BEVILÁQUA, 1910, p. 29).

Iniciando pelo que é peculiar ao primeiro jurista, o reconhecimento tem origem na *necessidade*, e consiste na aceitação da situação fática existente na comunhão internacional e as consequências jurídicas dela inerentes. É um ato unilateral que não se pratica com relação a uma nação específica (PEREIRA, 1902, p. 12-14).

No tocante ao costume internacional, Lafayette considera como sendo “[...] um acto (acção ou ommissão) da vida juridica, repetido pelas nações no seu mutuo procedimento, e que pela sua constante reprodução torna-se uma pratica.” (PEREIRA, 1902, p. 15). Beviláqua, por sua vez, apresenta o seguinte conceito “*Costume jurídico internacional é a observância constante de uma norma reguladora das relações internacionaes, que se não baseia em tractado.*” (BEVILÁQUA, 1910, p. 29, grifo do autor). Nota-se que a perpetuidade de repetitividade é elemento presente em ambos os autores.

Quanto aos tratados, Lafayette afirma que, por obrigarem apenas as partes contratantes “Não podem, por consequencia, ser considerados como fontes directas de direito como se fossem textos de lei.” (PEREIRA, 1902, p. 19), por consequência disso, defende que:

Nestes termos a força obrigatoria dos principios e regras consagradas deriva, não da força e virtude legal dos próprios tractados, mas do reconhecimento que manifestão, da parte da nação, da existencia desses principios, isto é, – de um facto que por sua repetição e generalidade reveste os attributos do uso ou costume. (PEREIRA, 1902, p. 20).

Já Beviláqua se limita em afirmar que “Os tractados são de duas espécies: os normativos e os contractuaes. Os primeiros é que são, propriamente, fontes do direito internacional, porque se propõem a fixar regras de conducta internacional.” (BEVILÁQUA, 1910, p. 32). Não é tão incisivo, contudo, em apontar a distinção jurídica que poderia advir da não realização dos atos no plano fático. Noutras palavras, não aborda diretamente as consequências jurídicas de uma possível “baixa eficácia” dos tratados.

Conhecendo o que cada autor entende por Direito Internacional e quais suas fontes, é possível finalmente avançar para a problemática dos sujeitos do direito internacional e, tendo em vista suas características, partir para análise das condições necessárias ao seu reconhecimento – caso se entenda coerente com o pensamento dos autores em questão afirmar que tais condições efetivamente existem.

### 3 Os sujeitos de Direito Internacional e o surgimento da personalidade jurídica

Chegando, finalmente, à problemática dos sujeitos do direito internacional, para Lafayette, estes são as nações, assim definidas: “Por nação entende-se a reunião de homens que, ocupando território próprio e determinado, se constituem em associação estável e independente, sob um mesmo governo, para o fim de assegurarem a conservação e o exercício de seus direitos e proverem a utilidade *commum*.” (PEREIRA, 1902, p. 64). Distingue-se de Estado, por ser este “[...] o conjuncto de órgãos, pelos quaes a nação manifesta a sua vida e acção politica, ou antes, é o poder publico organizado em todas as suas ramificações.” (PEREIRA, 1902, p. 65).

O autor ainda critica o princípio da nacionalidade proposto por Mancini, nas suas palavras:

No entanto o principio das nacionalidades é falso: tem contra si a razão e a verdade historica. E' inegavel que procede de uma intuição justa e exacta, mas insufficiente para base e fundamento de um *systema*. O que constitue a nação, pessoa do Direito Internacional, é a *união voluntaria* de homens, politicamente organizada, sob a unidade de um governo soberano, sendo indifferente no ponto de vista juridico que essa collectividade se componha de povos da mesma ou de diferentes raças. (PEREIRA, 1902, p. 61, grifo do autor).

Deve-se chamar a atenção para a concepção voluntarista do autor, sendo este elemento mais relevante para a definição de povo que suas características objetivas. Neste sentido, sua crítica se aproxima daquela proferida a Mancini por autores como Terenzio Mamiani<sup>9</sup>.

Para Beviláqua, os sujeitos por excelência são os estados, capazes de possuir uma tripla personalidade, uma interna de direito público, outra interna de direito privado e a internacional.

Define Estado como: “um agrupamento humano, estabelecido em um território, e submetido a um poder publico soberano, que lhe dá unidade orgânica.” (BEVILÁQUA, 1910, p. 37), trata de distingui-lo da nação, de forma simples: “Quando se tem mais particularmente em vista o povo distribuído em classes sociaes, o agrupamento denomina-se *nação*. Quando se considera esse agrupamento organizado pelo poder publico, e representado pelos funcionarios, que o exercem, tem-se o *Estado*.” (BEVILÁQUA, 1910, p. 37, grifo do autor). Contrapõe a posição de Jhering e Duguit que afirmam serem os indivíduos os únicos sujeitos de direito e sustenta que “o Estado é uma realidade positiva, porque é a forma jurídica da sociedade civil, da qual faz parte o individuo, e sem a qual não se comprehende o homem.” (BEVILÁQUA, 1910, p. 38).

Por fim, quanto surgimento dos sujeitos de direito internacional, para Lafayette, a nação surge de um ato interno, não dependendo do Direito (ou da comunidade) internacional, em suas palavras: “E’ por própria deliberação, por um movimento de sua soberania que um povo se constitue em nação e adopta a organização politica que parece mais adequada á sua indole: é um acto da vida interior e, portanto, do dominio exclusivo do Direito Publico interno.” (PEREIRA, 1902, p. 67); sustenta esta proposição ao afirmar que todo ato pelo qual uma nação poderia se opor ao surgimento da outra implica na prática de atos exclusivos do direito internacional, sendo implícito o reconhecimento no plano fático (PEREIRA, 1902, p. 67).

Prossegue em sua argumentação, sustentando que a nação, ainda que não reconhecida, exerce os principais atos exclusivos dos integrantes da comunidade internacional, tais como defender seu território, declarar guerra, prestar auxílio a outras nações e aplicar as regras de direito interno e internacional aos estrangeiros que se encontrem em sua jurisdição (PEREIRA, 1902, p. 73-74).

Para Beviláqua, entretanto, a personalidade jurídica internacional do Estado surge a partir do seu reconhecimento pela comunhão internacional, aponta que “O novo Estado, desde que se acha regularmente constituído, segundo os princípios do direito, está em condições de ser reconhecido como tal, e de, assim, fazer parte da sociedade dos Estados.” (BEVILÁQUA, 1910, p. 46). Mas deixa clara a ressalva de que o reconhecimento não se trata de uma ação que dependa de toda

<sup>9</sup> Uma abordagem pormenorizada do princípio da nacionalidade foi traçada por Biazzi (BIAZZI, 2014, *passim*). Com relação às críticas de Terenzio Mamiani, estas podem ser encontradas em *idem, ibidem*, p. 85-100.

comunidade internacional, é, antes, um ato individual de cada Estado (BEVILÁQUA, 1910, p. 48).

#### 4 Considerações finais

Reunindo os elementos fundamentais acerca do cenário internacional (especialmente o europeu) no que diz respeito ao direito e relações internacionais, considera-se demonstrado que o Brasil não se furtou aos principais debates teóricos acerca do direito internacional, muito embora sua participação possa ser considerada tardia, não destoando das principais questões ainda em discussão no final do século XIX e início do XX – e que, por vezes, ressurgem na atualidade.

Os autores escolhidos, embora não fossem internacionalistas, em especial por conta da formação jurídica brasileira que não contava com internacionalistas propriamente ditos, mas com juristas estudiosos do direito interno, em geral, civilistas ou constitucionalistas, que aceitavam se debruçar por sobre o fenômeno internacional.

Tal é a situação dos juristas aqui abordados no cenário brasileiro que, além de produzir obras de excepcional importância para o direito pátrio, também ocuparam diversos cargos de alta relevância e prestígio.

Não se pode, portanto, deixar de observar as evidentes intenções políticas por detrás das obras analisadas (“Princípios de Direito Internacional”, de Lafayette, e “Direito Público Internacional – A síntese dos princípios e a contribuição do Brasil”, de Beviláqua), é por meio delas que o Brasil buscava se apresentar como uma nação civilizada, que respeitava os princípios do Direito Internacional e, portanto, estaria apta a atuar na comunidade internacional.

Outro aspecto relevante, bastante presente na política internacional brasileira à época, é o peso da noção de igualdade entre Estados ou Nações, mesmo a personalidade jurídica internacional surgindo de formas diversas para cada autor, após esta etapa, o sujeito nascente era juridicamente igual aos demais membros da comunidade internacional – mesmo que, no plano fático, pudesse haver iniquidades.

Prova da interseção desta posição dos autores e a política externa brasileira no início do século XX foi a notável atuação de Rui Barbosa durante a Segunda Convenção da Paz de Haia, em 1907, que marcou a participação do Brasil no evento – e, quiçá, sua presença de fato no plano internacional.

Nota-se, ainda, que ambos aos autores se mostram refratários a posturas objetivistas na definição de nação. Tal atitude é perfeitamente compreensível ao se levar em conta a ausência de tais requisitos na população brasileira, que não possuía a referida unidade de língua, religião e (especialmente) raça que autores como Mancini julgariam necessárias à formação de uma Nação.

As possíveis implicações jurídicas desta heterogeneidade da população brasileira não eram ignoradas pelos autores, que apontam soluções para descartar esta característica, seja pela primazia do elemento volitivo, presente em Lafayette, seja pela irrelevância das características objetivas do povo na formação do Estado, para Beviláqua.

Tampouco, poder-se-ia cogitar que tais consequências eram desconhecidas pelo governo brasileiro: não foram poucas as tentativas de homogeneizar – ou, ao menos, “embranquecer” – a população brasileira. Não se pode descartar, posteriormente, o surgimento de movimentos nacionalistas que fariam da miscigenação a característica da “raça” brasileira.

Conclui-se constatando que, apesar da ausência de juristas com formação específica na área do Direito Internacional, como já podiam contar outros países, o Brasil foi capaz de fornecer uma posição frente às principais demandas teóricas e políticas da comunidade internacional, fazendo-se notar em um dos principais debates mundiais, situação que resultou, inclusive, no convite a Rui Barbosa para ocupar o cargo de juiz em um dos órgãos de solução de controvérsias mais importantes da comunidade internacional.

#### 5 Referências bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Volume I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional**: A síntese dos princípios e a contribuição do Brazil [Tomo I]. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves. 1910.

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. **Representações do Princípio de Nacionalidade na Doutrina Internacionalista do Século XIX na Construção do Princípio de Autodeterminação dos Povos**: Continuidades e Rupturas em um Discurso Liberal [dissertação]. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Tradução: José Arthur Giannotti In: COMTE, 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 [Coleção os Pensadores].

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Oposições Filosóficas**: A epistemologia e suas polêmicas. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed (3ª tiragem). São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations**: The rise and Fall of International Law 1870-1960. Reino Unido: Cambridge University Press, 2005.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. Volume I. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, ed. fac-similar, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Princípios de Direito Internacional** [Tomo I]. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, editor. 1902.

TRIEPEL, Heinrich. **Droit International et Droit Interne**. Tradução: René Brunet. Paris Editora: A. Pédone, 1920.

## O EQUILÍBRIO DE PODER NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

*Priscilla Camargo Santos<sup>1</sup>*

**Palavras-chave:** equilíbrio de poder; direito internacional; relações internacionais; soberania.

**Resumo:** A política mundial é um sistema anárquico de estados, composto por atores estatais soberanos relativamente coesos, porém, sem nenhuma autoridade superior. Na ausência de um governante superior e de um direito com poder coercitivo, a força desempenha um papel preponderante no sistema político internacional.

Na política internacional, como ninguém tem o monopólio do uso da força, se estabelece um cenário altamente competitivo, gerador de desconfiança, baseado na suspeita ou certeza do *quantum* de força cada Estado pode utilizar.

É sob essa perspectiva realista da política internacional, na qual os protagonistas são os Estados e o problema central é a guerra e o uso da força, na ausência de um direito supranacional coercitivo, que se desenvolve a temática do equilíbrio do poder.

Como ponto de partida de análise assume-se a hipótese de que o equilíbrio de poder é necessário para se entender a questão da promoção da cooperação ou de conflito nas relações internacionais.

Numa perspectiva da teoria realista das relações internacionais o equilíbrio do poder pode significar uma distribuição de poder igualitária, na qual vários Estados possuem o mesmo grau de recursos e capacidade de influência ou mudança, ou quando há uma preponderância de poder estabelecendo um desequilíbrio. Uma política de equilíbrio de poder está ligada ao dilema de segurança e pode suscitar uma situação de cooperação ou conflito, dependendo das ações no plano internacional, vez que os estados agem estrategicamente conforme seus interesses.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora substituta da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista da CAPES.

Já sob a ótica da interdependência complexa que aborda a dependência mútua entre os Estados, essa dependência pode gerar tanto benefícios, quanto custos. Estabelecem-se relações de simetria ou assimetria e a emergência de inúmeros canais de contato entre os Estados maximizam os pontos de conflito e de cooperação.

O equilíbrio do poder apesar de ficar mais evidente dentro de uma perspectiva realista das relações internacionais, quando analisado sob a ótica da interdependência complexa, demonstra que o poder nas relações internacionais parece ser um fim em si mesmo. Em que pese os meios se diferenciarem e durante o processo produzirem resultados diversos, em última análise podem os Estados se valer do uso da força ou do uso da coerção para fazer valer seus interesses.

## 1 Introdução

A política mundial é um sistema anárquico de estados, composto por atores estatais soberanos relativamente coesos, porém, sem nenhuma autoridade superior<sup>2</sup>. Na ausência de um governante superior, a força desempenha um papel preponderante no sistema político internacional.

Esse panorama internacional anárquico, de ausência de autoridade suprema acima dos Estados, pode ser visto como estado de natureza de Hobbes, no qual cada Estado é unicamente responsável por sua sobrevivência, sendo uma guerra de todos contra todos<sup>3</sup>.

Na política internacional como ninguém tem o monopólio do uso da força, se estabelece um cenário altamente competitivo, gerador de desconfiança, baseado na suspeita ou certeza do *quantum* de força cada Estado pode utilizar.

<sup>2</sup> Cf. NYE JR, 2009.

<sup>3</sup> Sobre a questão da força e do estado de natureza de Hobbes: “Mas a razão mais frequente para que os homens desejem ferir uns aos outros, provém do fato de que muitos tenham um apetite pela mesma coisa ao mesmo tempo, e que frequentemente eles não podem desfrutar em comum e nem dividir. Segue-se a isto, que o mais forte há de tê-la, e o mais forte necessariamente se decide pela espada”. E ainda: “Agora, se a essa tendência natural dos homens em se ferirem mutuamente, que derivam de suas paixões mas, principalmente de uma vã estima de si mesmos, adicionarmos o direito de todos a tudo (graças ao qual um, através do direito invade e outro através do direito resiste), e surgindo portanto inúmeros ciúmes e suspeitas de todos os lados; [...] não pode ser negado que o estado natural dos homens, antes de ingressarem em sociedade, era um estado de guerra e não uma guerra qualquer, mas sim uma guerra de todos contra todos.” (HOBBES, 2009, p. 34-37).

É sob essa perspectiva realista da política internacional, na qual os protagonistas são os Estados e o problema central é a guerra e o uso da força, que se desenvolve a temática do equilíbrio do poder<sup>4</sup>.

O presente artigo visa analisar o papel do equilíbrio do poder nas Relações Internacionais, a partir de uma formulação realista da política internacional. Em termos metodológicos deve ser classificado como qualitativo e descritivo. Como método de coleta de dados, foi utilizada exclusivamente a pesquisa bibliográfica.

Como ponto de partida de análise assumiu-se a hipótese de que o equilíbrio de poder é necessário para se entender a questão da cooperação ou conflito nas relações internacionais, a questão que se tenta responder é: qual a importância do equilíbrio do poder para gerar conflito ou cooperação nas relações internacionais?

O trabalho estruturou-se em torno dos seguintes tópicos, primeiramente apresenta-se a teoria realista das relações internacionais, após busca-se determinar o equilíbrio do poder no sistema internacional, a seguir uma breve exposição sobre a questão da ética e moral na política internacional e, por fim apresenta-se a interdependência complexa e suas formas de poder.

## 2 A teoria realista nas relações internacionais

Desenvolvida a partir da contribuição do historiador e jornalista britânico Edward Hallet Carr, ao criticar o pensamento idealista e as concepções otimistas da política internacional, em sua obra “Vinte anos de crise: 1919-1939”. Carr chama de “utópicos” os acadêmicos e estadistas que apostavam na capacidade da opinião pública do mundo civilizado de prevenir guerras e solucionar pacificamente os conflitos<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cf. NYE JR., 2009. Aponta Nye Jr. que as duas principais teorias das relações internacionais o realismo e o liberalismo tiveram sua origem nas correntes filosóficas de Hobbes e Locke. O autor observa que o estado de natureza de Hobbes dará origem a perspectiva realista da política internacional, ao enfatizar a insegurança, a força e a sobrevivência. Já Locke dará origem à perspectiva liberal ao afirmar que embora falte uma soberania comum no estado de natureza, isso não impede as pessoas de desenvolverem laços e estabelecerem contratos, minimizando a ameaça da anarquia.

<sup>5</sup> Segundo Carr: “Tampouco teve melhor sorte a tentativa de transplantar para a esfera internacional a fé democrática liberal na opinião pública. E aqui houve uma dupla falácia. A crença

Para Carr a crença liberal dos utópicos em uma “natural harmonia de interesses”<sup>6</sup> foi a responsável pela crise internacional do período entreguerras. O autor sustenta que a doutrina da identidade de interesses pressupõe que todas as nações possuem um interesse idêntico na paz e que toda nação que perturbe a paz é irracional e imoral. Contudo, tal doutrina beneficiava as nações que se prevaleciam da política atual em detrimento das nações que queriam alterá-la.

O interesse comum na paz mascara o fato de que algumas nações desejam manter o *status quo* sem terem de lutar por ele, e outras, mudar o *status quo* sem precisarem lutar para isso. A declaração de que é do interesse do mundo, como um todo, que o *status quo* deva ser mantido, ou que deva ser mudado, seria contrária aos fatos. A declaração de que é do interesse do mundo, como um todo, que a conclusão seja finalmente alcançada, de manutenção ou mudança, deva ser alcançada por meio específicos, mereceria aprovação geral, mas parece um lugar-comum sem nenhum sentido. O pressuposto utópico de que existe um mundo interessado na paz, que é identificável ao interesse individual de cada nação ajudou os políticos e escritores políticos de toda parte a fugirem do fato intragável da existência de divergências fundamentais de interesses entre as nações desejosas de manterem o *status quo*, e as nações desejosas de mudá-lo. (CARR, 2001, p. 71-72).

Sob a ilusão da natural harmonia de interesses ocultavam-se opções políticas que estruturavam uma hierarquia de poder e riqueza no sistema internacional, beneficiando determinadas nações em detrimento de outras.

Uma opção política que evidenciava isso era a economia política baseada no livre comércio e na livre circulação de pessoas. Segundo o autor o livre

---

do século dezenove na opinião pública compreendia dois pontos: primeiro (e nas democracias isto era, com algumas reservas, verdade), que a opinião pública está fadada, a longo prazo, a prevalecer; e segundo [...], que a opinião pública está sempre certa. Ambas as crenças, não sempre claramente distinguíveis uma da outra, foram reproduzidas, sem espírito crítico, no campo da política internacional.” (CARR, 2001, p. 44).

<sup>6</sup> No tocante à harmonia de interesses: “O utópico, partindo da primazia da ética, crê necessariamente numa obrigação ética e no caráter, independente do direito do mais forte. Além disso, ele também foi capaz de convencer-se, em bases diferentes do realista, de que o dever do indivíduo submeter-se às regras criadas no interesse da comunidade pode ser justificado em termos da razão, e que o bem maior para o maior número é um fim racional, mesmo para aqueles que não se incluem na maioria. O utópico consegue essa síntese sustentando que o mais elevado interesse do indivíduo e o mais elevado interesse da comunidade naturalmente coincidem. Ao visar seu interesse próprio, o indivíduo visa o da comunidade e, promovendo o interesse da comunidade, promove o seu próprio interesse. Esta é a famosa doutrina da harmonia de interesses.” (CARR, 2001, p. 58-59).

comércio tende a beneficiar os estados industrializados e economicamente fortes, sendo que os estados fracos buscarão, com o intuito de se modernizar, políticas de industrialização baseadas no protecionismo estatal contra a concorrência estrangeira, para não correrem o risco de se tornarem satélites das potências maiores. Portanto, a maior interdependência econômica tendia a produzir conflito e não cooperação.

A crença do interesse comum no desenvolvimento e no interesse universal da paz como fatores de fortalecimento de governos liberais e representativos, predispostos pela força da opinião pública a buscar soluções pacíficas para os conflitos, se viu desmentida pelos fatos.

As amplas avenidas de migração, que haviam aliviado as pressões econômicas do período do pré-guerra, haviam sido fechadas e no lugar do fluxo natural de migração surgiu o problema dos refugiados expulsos pela força. O complexo fenômeno conhecido como nacionalismo econômico passou a dominar o mundo. O caráter crítico desse choque de interesses tornou-se óbvio para todos, exceto para os utópicos contumazes que dominavam o pensamento econômico nos países de língua inglesa. Revelava-se a inconsistência do elo, porém falso, lugar-comum do século dezenove, de que ninguém se beneficia com o que prejudica o próximo. O pressuposto básico do pensamento utópico ruía em pedaços. (CARR, 2001, p. 82-83).

Como contraponto à concepção utópica, Carr propõe um enfoque realista de análise das relações internacionais, baseada em três alicerces. Em sua análise, primeiramente devia-se identificar a realidade com o curso da evolução histórica, ou seja, a história como ponto de partida para a análise política. Devia-se aceitar todo o processo histórico e excluir julgamentos morais sobre ele. “... identifica-se, portanto, a realidade com o curso total da evolução histórica, cujas leis é trabalho do filósofo investigar e revelar. Não pode haver realidade alguma fora do processo histórico” (CARR, 2001, p. 89). Em segundo lugar, o pragmatismo teórico, a teoria das relações internacionais não pretende adaptar a realidade a princípios abstratos, e sim o contrário, desenvolver uma teoria a partir da prática concreta dos fatos. “Tornou-se um lugar-comum dizer que as teorias não moldam o curso dos acontecimentos, mas que são inventadas para explica-los” (CARR, 2001, p. 92). Finalmente, a falácia das doutrinas humanistas e universalistas. Contrariamente ao

idealismo utópico que avalia a política em função de princípios abstratos, o realismo baseia-se em elementos tanto de utopia, quanto de realidade, avaliando a política a partir da realidade fundamental de poder.

A contribuição de Carr para a teoria das relações internacionais é notável, não é à toa que seu “Vinte anos de crise: 1919-1939” é considerado um dos maiores clássicos no estudo das relações internacionais e um dos marcos fundadores da disciplina. Outro expoente do realismo é Hans J. Morgenthau que em sua obra “A política entre as nações”, de 1948<sup>7</sup>, estabelece os pressupostos teóricos e analíticos do realismo.

Morgenthau estabelece já no início de sua obra seis princípios fundamentais de uma política realista da política internacional.

O primeiro postulado segundo o qual a política, tal como a sociedade em geral, é governada por leis objetivas, que refletem a natureza humana, ou seja, a realidade não pode ser alterada segundo nossa vontade. Em oposição ao pensamento idealista, que pretendia a transformação da estrutura do sistema internacional – na eliminação de seu caráter anárquico e na fundação de uma ordem internacional voltada para a cooperação – o realismo de Morgenthau aceita essa estrutura como posta e atribui à teoria das relações internacionais a tarefa de desenvolver instrumentos, como diplomacia e equilíbrio de poder, para reconhecendo a realidade, perseguir os objetivos de ordem e paz na política internacional.

O segundo princípio é o de que todo e qualquer interesse dos Estados deve ser entendido em sua pretensão de maximizar o poder para si. Os Estados, quaisquer que sejam suas formas de governo, independentemente de suas motivações, todos perseguem objetivos individualistas que, em última análise, visam aumentar o seu poder. Desse princípio também decorre que os Estados em política externa, tendem a buscar ganhos relativos, ao invés de absolutos, a pretensão é tornar-se mais ricos e poderosos militarmente que os demais Estados.

O terceiro princípio reconhece que, embora o conceito de interesse definido como poder seja uma categoria objetiva e de validade universal, o que

vem a ser o interesse nacional não possui um significado fixo e permanente. Em razão de um ambiente anárquico de Estados, marcado pela competição pelo poder, os Estados consideram a sobrevivência e a segurança como objetivos principais que precedem os demais. Somente quando esses objetivos estão assegurados é que os governos poderão dedicar-se a outros objetivos considerados menores. Essa é a distinção entre a *alta política*, relacionada com o poder militar e segurança, e a *baixa política*, que se relaciona com as demais questões pertinentes ao Estado, como comércio, meio ambiente, direitos humanos, entre outras.

O quarto princípio traz a ideia de separação entre moral e ação política, vez que para Morgenthau os princípios morais universais não podem ser aplicados às ações dos Estados, senão filtrados e analisados a partir das circunstâncias de tempo e lugar.

O quinto postulado traz a distinção entre as aspirações políticas de um Estado com os princípios morais universais. Carr já havia advertido para o cuidado de não confundir os interesses próprios de cada Estado com preceitos universais que governam o mundo.

Finalmente, o sexto princípio destaca a autonomia da política frente a outras esferas da vida social, como a econômica ou religiosa, por exemplo. A compreensão do universo da política internacional leva em conta seus próprios termos.

Diante dessas breves linhas acerca do realismo, pode-se concluir que a perspectiva realista parte de algumas características principais, a primeira é de que os Estados são os principais atores do cenário internacional. A segunda é a questão da sobrevivência, vez que se trata da principal preocupação dos Estados, característica que os leva a maximizar os seus interesses, numa competição por ganhos relativos e a identificar o interesse nacional com o poder e ao dilema da segurança. Como terceira premissa, a característica da autoajuda, que diz respeito ao fato de que num ambiente anárquico de Estados não se pode contar que outros Estados virão em seu auxílio, mesmo quando aliados, sendo essencial contar com suas próprias forças. E, finalmente, o estudo do poder como elemento fundamental na política internacional.

---

<sup>7</sup> Cf. MORGENTHAU, 2003.

### 3 O equilíbrio do poder

O poder pode ser entendido como a capacidade de afetar os outros para alcançar as próprias propostas e metas, essa capacidade de influência geralmente vem associada à posse de determinados recursos como: população, território, recursos naturais, dimensão econômica, forças militares, estabilidade política, entre outros (NYE JR., 2009).

A conversão desses recursos em influência efetiva sobre o comportamento de outros atores determinará a grau de poder dos Estados, esse poder poderá ser maior ou menor à vista da obtenção dos recursos, mas também da transformação desses recursos em instrumento de mudança.

O equilíbrio de poder nesse contexto pode significar uma distribuição de poder igualitária, na qual vários Estados possuem o mesmo grau de recursos e a mesma capacidade de influência e mudança, ou quando há uma preponderância de poder estabelecendo um desequilíbrio, esse desequilíbrio é a garantia de que os Estados com menos poder não atacarão por receio.

Na primeira hipótese de uniformidade de poder os Estados agem para impedir que algum outro Estado desenvolva uma preponderância de poder. Essas ações podem se converter em relações de conflito ou de cooperação a depender das circunstâncias reais.

Tucídides ao narrar a guerra do Peloponeso afirma que a causa da guerra foi o aumento do poder de Atenas e o temor que isso causou em Esparta<sup>8</sup>.

Esparta entra na guerra por receio que Atenas venha a exercer todo o controle da Grécia, opta pelo conflito por não vislumbrar outra solução. Ambas as

<sup>8</sup> No tocante à Guerra do Peloponeso: Em 434 a.C., eclodiu uma guerra civil na cidade-estado de Epidamno entre democratas e oligarcas. Os democratas apelaram à cidade-estado de Corcira fundadora de Epidamno, mas foram rejeitados, voltaram-se então para a cidade-estado de Corinto que aceitou ajudar. Corcira ao perceber a ajuda dos Coríntios enviou uma armada para recapturar Epidamno, sua ex-colônia, derrotando os Coríntios. Corinto sentindo-se ultrajada declara guerra à Córquira, que temendo o ataque de Corinto, pede ajuda à Atenas. Os atenienses depois de ouvir os dois lados ficam num dilema. Não queriam romper a trégua que durava uma década, mas também não queriam que os coríntios que eram próximos dos peloponeses conquistassem Córquira e assumissem o controle de sua poderosa marinha, vez que o equilíbrio do poder entre os estados gregos se inclinaria desfavoravelmente a Atenas. Por outro lado Corinto insistia com os espartanos para entrar na guerra e refrear o poder crescente de Atenas, o que foi acatado por Esparta que votaram a favor da guerra, temendo que, se o poder ateniense não fosse contido, Atenas poderia controlar toda a Grécia.

idades-estados acabam optando pelo conflito à vista de um receio de que a inércia lhes traga de modo desfavorável um desequilíbrio de poder.

Nye Jr. observa que os Estados muitas vezes estão presos num dilema de segurança, como foi o caso de Atenas e Esparta.

Os dilemas de segurança estão relacionados com a característica essencial da política internacional: a organização anárquica, a ausência de um governo superior. Sob a anarquia, uma ação independente promovida por um estado para aumentar sua segurança pode tornar todos os estados mais inseguros. Se um estado aumenta sua força para se assegurar de que outro não possa ameaçá-lo, o outro, vendo o primeiro fortalecer-se, pode aumentar sua força para se proteger contra o primeiro. O resultado é que os esforços independentes de cada um para aumentar a própria força e segurança tornam ambos mais inseguros. (NYE JR., 2009, p. 19).

O dilema do segurança se identifica com o realismo nas relações internacionais, pois uma das características é a busca pelos Estados por ganhos relativos, isto é, máximo poder militar e segurança em relação aos outros Estados. No dilema de segurança, um Estado cercado por vizinhos poderosos, buscará armar-se para se defender de uma possível ofensa. Esse gesto, no entanto, será interpretado como um gesto hostil, que os levará a perseguir a mesma estratégia, a fim de responder à situação de insegurança percebida, e assim sucessivamente.

De outro modo, convém destacar que uma política de equilíbrio de poder não necessariamente pressupõe que os estados sempre ajam para maximizar o poder. Um estado pode escolher aderir a uma causa unindo-se a quem lhe parece mais forte e assim colher os resultados obtidos com a vitória e correr o risco de ser subjugado pelo mais forte. Ou alinhar-se ao mais fraco visando impedir que outro estado desenvolva uma preponderância de poder (NYE JR., 2009).

Nye Jr. corrobora esse raciocínio com exemplos históricos, como o caso do Oriente Médio. No início da década de 1980, quando o Irã e o Iraque foram à guerra, alguns observadores imaginavam que todos os estados árabes apoiariam o Iraque de Saddam Hussein, que representava o partido Ba'ah e as forças árabes, contra o Irã do aiatolá Khomeini, que representava a cultura persa e a versão islamita da minoria xiita. Entretanto, a Síria, apesar de ser um líder do Partido

Ba'ah, tornou-se um aliado do Irã. Isto porque a Síria preocupava-se com o aumento do poderio na região do seu vizinho Iraque, de modo que preferiu equilibrar o poder iraquiano apesar de suas preferências ideológicas. As previsões acerca da ideologia de cada Estado, não estão aptas, portanto, a determinar os comportamentos dos Estados (NYE JR., 2009).

Não há como determinar qual ação será tomada por cada Estado, mas a distribuição de poder entre os estados num sistema internacional anárquico pressupõe que a localização e a proximidade serão indicativos das ações dos Estados. Sustenta Nye Jr. que:

Uma vez que os vizinhos têm mais contato e pontos de atrito potenciais, não surpreende que metade dos conflitos militares entre 1816 e 1992 tenha começado entre vizinhos. É provável que um estado que se sente ameaçado por seu vizinho aja de acordo com o velho adágio de que 'o inimigo de meu inimigo é meu amigo'. Esse padrão sempre se encontrou nos sistemas anárquicos. Por exemplo, três séculos antes do nascimento de Cristo, o escritor indiano Kautilya observou que os estados do subcontinente indiano tendiam a aliar-se com estados distantes para se proteger contra os vizinhos, produzindo assim um padrão de alianças como um tabuleiro de xadrez. Maquiavel observou o mesmo comportamento entre as cidades-estados da Itália no século XV. No início da década de 1960, quando os estados da África Ocidental escapavam ao controle colonial. Houve uma grande discussão sobre a solidariedade africana, mas os novos estados logo começaram a produzir um padrão de alianças como um tabuleiro de xadrez semelhante ao que Kautilya notara na Índia antiga. Gana, Guiné e Male eram ideologicamente radicais, ao passo que Senegal, Costa do Marfim e Nigéria eram relativamente conservadores, mas também eram equilibrados contra o poderio dos seus vizinhos. Outro exemplo é o padrão que se desenvolveu no Extremo Oriente depois da Guerra do Vietnã. Se a União Soviética fosse negra, a China seria vermelha, o Vietnã negro e o Camboja vermelho. Um desenho perfeito de tabuleiro de xadrez. (NYE JR., 2009, p. 43).

Tais explicações, entretanto, não são suficientes para explicar as ações num plano internacional, ainda que a própria natureza da política internacional implique estados e não indivíduos, as ações dos estados decorrem de um comportamento humano que as vezes podem contrariar uma previsão realista.

Há países que se abstém do equilíbrio de poder e unem-se ao lado do mais forte e não do mais fraco, ou simplesmente não se envolvem, mantendo-se distantes. Outro aspecto que também pode falsear as previsões sobre o equilíbrio do poder tem a ver com a sensação de ameaça, que pode estar pautada em fatos reais ou não. E, por fim, a interdependência econômica pode levar a ganhos conjuntos que se perdem caso se levasse uma política de simples equilíbrio de poder (NYE JR., 2009, p. 43).

Para Duroselle (2000) todas as relações políticas internacionais estão ligadas ao poder e à segurança, ainda que o Estado tenha aspiração por um poder crescente, ou seja, ganhos absolutos, existem numerosos casos de satisfação com o poder adquirido devido unicamente à preocupação de garantir a segurança.

#### **4 A questão da ética e da moralidade nas relações internacionais**

Conforme assinala Nye Jr. existem pelo menos três pontos de vista sobre a ética nas relações internacionais, o ponto de vista dos céticos, os dos moralistas estatais e o dos cosmopolitas, que passarão a ser expostos a seguir (DUROSELLE, 2000).

Sob o ponto de vista dos céticos as categorias morais não são importantes nas relações internacionais tendo em vista o sistema anárquico de estados que não possui uma instituição soberana para promover a ordem. A par disso, tampouco há um sentimento de comunidade, logo não há que se falar em direitos e obrigações morais. A força deve prevalecer sobre o direito.

Os céticos sustentam para justificar seu ponto de vista que no sistema internacional não há um âmbito de escolha, mas sim simples sobrevivência, as escolhas estão condicionadas à sobrevivência do estado, trata-se de "matar ou ser morto" e a moralidade exige escolha, razão pela qual não faz sentido nas relações internacionais.

Em que pese o posicionamento dos céticos de rechaçar a moral nas relações internacionais, excluindo o âmbito de escolha, Nye Jr., ainda que estabelecendo de forma tímida o papel da moral nas relações internacionais, aponta que mesmo a política internacional consiste em mais do que mera

sobrevivência, vez que existe um campo de escolhas. Essas opções se tornam possíveis tendo em vista que apesar do sistema internacional ser um sistema anárquico, isso não quer dizer que não exista um grau de ordem internacional que possibilite algumas escolhas importantes, como “equilíbrio de poder, legislação internacional e organizações internacionais”. São escolhas que demonstram que o argumento cético de exclusão moral da política internacional não é suficiente para explicar as relações internacionais.

Já os moralistas estatais estabelecem uma relação entre a soberania do estado e à integridade territorial ao respeito à pessoa. A política internacional depende de uma sociedade de estado com determinadas regras, e a regra mais importante é a soberania do estado que proíbe outros estados de intervir na jurisdição de outros estados. Assim, “as fronteiras nacionais têm uma importância moral porque os estados representam o conjunto de direitos das pessoas que vivem em conjunto em nome de uma vida comum.” (DUROSELLE, 2000, p. 31).

Para o autor o ponto de vista dos moralistas estatais também se equivoca, uma vez que na prática, as regras de comportamentos dos estados, notadamente a questão da soberania e respeito às fronteiras, são frequentemente violadas.

Por fim os cosmopolitas levam em conta que a política internacional não é só uma sociedade de estados, mas também uma sociedade de indivíduos, de modo que a justiça tem um papel relevante na política internacional. Ao contrário dos moralistas estatais, sustentam que as fronteiras não têm um componente moral, vez que defendem uma desigualdade que deveria ser abolida em termos de justiça distributiva – à redistribuição radical dos recursos.

Outro argumento dos cosmopolitas tem a ver com as lealdades múltiplas decorrentes das relações humanas e que todo ser humano possui lealdade à família, aos amigos, aos vizinhos, à nação, ao conceito de humanidade comum. “A maioria das pessoas se emociona com as imagens das crianças somalis famintas ou refugiados de Darfur, pois existe certa comunidade comum além do nível nacional, ainda que mais fraca. Somos todos humanos.” (DUROSELLE, 2000, p. 33).

Para o autor os cosmopolitas têm uma percepção profunda sobre a humanidade comum, mas podem fomentar uma enorme desordem ao defender políticas redistributivas em massa.

## 5 A interdependência como abordagem teórica das relações internacionais

A ciência política enfrenta um desafio ao tentar operacionalizar conceitos tradicionais de soberania, cidadania e democracia, em virtude dos efeitos provocados, de um lado, pelos processos políticos transnacionais e pela emergência de uma regulação transnacional, e de outro pela diferenciação crescente da sociedade civil em termos culturais.

A intensificação das relações de interdependência tornam esses conceitos com nuances diferentes do século XVIII ou XIX. A tensão reside na dicotomia entre uma lógica territorial de soberania ilimitada para uma lógica progressivamente desterritorializada e transnacional de uma agenda crescente de questões políticas que exige uma regulação que somente será eficaz se houver uma coordenação de esforços entre os estados e outros atores internacionais. Problemas como o da degradação ambiental, correntes migratórias, refugiados, terrorismo, proliferação de armas, pandemias, instabilidade financeira, entre outros, são só alguns desafios que se colocam para os estados contemporâneos.

Algumas dessas questões, mas principalmente a questão da interdependência é abordada por Nye Jr. na obra conjunta com Robert O. Keohane “Poder e interdependência: a política mundial em transição”, a qual trata a interdependência complexa como uma nova percepção da política mundial, e também aparece na obra “Cooperação e conflito nas relações internacionais”. Conforme o autor a interdependência refere-se a “situações nas quais os protagonistas ou os acontecimentos em diferentes partes de um sistema afetam-se mutuamente.” (NYE JR., 2009, p. 250-251). Isto é, interdependência significa dependência mútua entre os estados.

Quando se fala em dependência mútua, esta pode se referir ao plano militar, econômico, social, político, etc. A interdependência pode gerar benefícios, mas também tem seus custos. Os benefícios podem significar o ganho de um estado em cima da perda de outro, ou de ganho de dois ou mais estados. Os custos envolvem a sensibilidade a curto prazo ou uma vulnerabilidade a longo prazo de cada estado. A sensibilidade refere-se à quantidade e ao ritmo dos efeitos da dependência, isto é, com que rapidez as mudanças num parte do sistema produzem

mudanças em outra parte. Já a vulnerabilidade diz respeito aos custos relativos de mudar a estrutura de um sistema de interdependência, isto é, a mudança na política ou nas regras do jogo.

Para exemplificar o que a interdependência envolve, Nye Jr. traz exemplos históricos, como por exemplo, a preocupação no início da década de 1970, de que a população mundial sobrepujasse a oferta de alimentos. Vários países compravam os cereais americanos, o que aumentava o preço dos alimentos nos supermercados americanos. Os EUA, numa tentativa de impedir que os preços subissem internamente, decidiram parar de exportar soja para o Japão, que em consequência disso, investiu na produção de soja no Brasil. Posteriormente, quando oferta e demanda estavam equilibradas, os EUA se arrependeram do embargo porque os japoneses estavam comprando sua soja de uma fonte mais barata no Brasil.

Outra questão pertinente à interdependência diz respeito às relações simétricas e assimétricas entre os estados. Existe dependência relativamente equilibrada e também desequilibrada. “Ser menos dependente pode ser uma fonte de poder. Se duas partes são interdependentes, mas uma é menos dependente que outra, a parte menos dependente tem uma fonte de poder desde que as duas partes valorizem a relação interdependente.” (NYE JR., 2009, p. 256). A manipulação dessas assimetrias pode ser uma fonte de poder na política internacional.

Essas características próprias da interdependência o autor chamará de interdependência complexa. A interdependência complexa aparece como alternativa à teoria realista das relações internacionais e como política mundial viável aos estados.

Como seria o mundo se três pressupostos básicos do realismo fossem invertidos Esses pressupostos são que os estados são os únicos protagonistas importantes, a força militar é o instrumento dominante e a segurança é a meta dominante. Ao contrário, podemos postular uma política mundial muito diferente: 1) os estados não são os únicos protagonistas importantes – protagonistas transnacionais atuando através das fronteiras de estados são os maiores agentes; 2) a força não é o único instrumento importante – a manipulação econômica e o uso de instituições internacionais são os instrumentos dominantes; e 3) a segurança não é a meta dominante – a guerra é a meta dominante.

Podemos rotular esse mundo antirrealista de interdependência complexa. (NYE JR., 2009, p. 264).

Na interdependência complexa a emergência de múltiplos canais de contato entre os países, em múltiplas e não hierarquizadas questões, aumenta as oportunidades de influência dos estados. Tanto os pontos de conflito como os de cooperação também aumentam. A situação global da política externa se volta mais complexa. Como resultado, as opções de negociação se tornam mais ricas. Pode-se eleger as questões as quais se quer por ênfase ou aquelas que é preferível ignorar, os assuntos os quais se podem reclamar concessões e aqueles em que é preciso apresentar uma determinada solução. Assim se abrem mais oportunidades e o raio de factibilidade política se volta mais amplo (KEOHANE; NYE JR., 1988).

O poder na interdependência complexa toma diferentes contornos. Nye Jr. cunhou a expressão *soft power* para designar a habilidade de influenciar os outros a fazer o que você deseja pela atração em vez de coerção. O poder coercitivo seria a ostentação militar e sanções econômicas, classificados por Nye de *hard power*, enquanto a identidade cultural, ideológica e política comporiam o *soft power*.

*Soft power* portanto, corresponde à habilidade de conseguir o que se quer por meio de atração em vez de coerção ou pagamento de subornos. Esse poder de atração surge da cultura, dos ideais e das políticas adotadas por um país. Quando tais políticas são vistas com legitimidade pelos olhos dos outros, o poder brando é enaltecido. Quando você conquista a admiração dos outros e faz com que eles passem a desejar aquilo que você quer, você não precisa fazer uso da força física ou econômica para conseguir seus objetivos. Direitos Humanos, democracia e oportunidades individuais são valores muito sedutores. Entretanto, atração se torna rapidamente repulsão quando você age de forma arrogante destruindo a real mensagem que tais valores pretendem transmitir. Funciona como a analogia da credibilidade, muito difícil de construir, mas que desaparece ao menor erro ou desvio.

## 6 Conclusão

Tentou-se demonstrar nesse breve artigo a importância do equilíbrio do poder nas relações internacionais, notadamente no que diz respeito à promoção de cooperação ou de conflito.

O realismo de um modo geral pressupõe um sistema internacional anárquico de estados, sem um poder soberano que imponha regras, no qual os estados são os principais atores. Os estados procuram maximizar seu poder, para zelar pela segurança e garantir a sobrevivência no sistema, essa sobrevivência pressupõe a autoajuda, uma vez que não se pode contar com aliados. O poder passa a ser o objeto principal na política internacional, traduzido em força militar e segurança.

É nessa perspectiva realista que se desenvolve o equilíbrio do poder, que pode significar uma distribuição de poder igualitária, na qual vários estados possuem o mesmo grau de recursos e capacidade de influência ou mudança, ou quando há uma preponderância de poder estabelecendo um desequilíbrio. Uma política de equilíbrio de poder está ligada ao dilema de segurança e pode suscitar uma situação de cooperação ou conflito, dependendo das ações no plano internacional, vez que os estados agem estrategicamente conforme seus interesses.

Dentro da perspectiva realista abre-se pouco espaço para a questão da ética e da moral nas relações internacionais, isto porque não há um consenso internacional sobre valores. Sob o ponto de vista dos céticos a moral não desempenha papel algum nas relações internacionais, para os moralistas estatais a soberania do estado e a integridade territorial se revestem em princípios morais e, finalmente, os cosmopolitas que trazem a moral como para o plano internacional como discussão precípua.

Por fim, a interdependência complexa que aborda a dependência mútua entre os estados, pode gerar tanto benefícios, quanto custos. Estabelecem-se relações de simetria ou assimetria e a emergência de inúmeros canais de contato entre os estados maximizam os pontos de conflito e de cooperação.

De todo o exposto, o poder parece ser um fim em si mesmo, tanto na teoria realista das relações internacionais como na abordagem da interdependência complexa. Em que pese os meios se diferenciarem e durante o processo

produzirem resultados diferentes, podem os estados se valer do uso da força ou do uso da coerção para fazer valer seus interesses.

Talvez seja por essa razão que o estudo de Tucídides pareça tão atual. Não nos parece equivocado dizer que o uso da força e do poder têm um papel preponderante nas relações internacionais. La Boétie escreveu no século XVI e suas palavras, assim como as de Tucídides, poderiam ter sido escritas nos tempos atuais:

Entre nós, homens, a fraqueza é tal que frequentemente precisamos obedecer à força; há necessidade de contemporizar, nem sempre podemos ser os mais fortes. Portanto, se uma nação é obrigada pela força da guerra a servir a um, como a cidade de Atenas aos trinta tiranos, não é de se espantar que ela sirva, mas de se lamentar o acidente; ou melhor, nem espantar-se nem lamentar-se e sim carregar o mal pacientemente e reservar-se para melhor fortuna no futuro. (LA BOËTIE, 1999, p. 12).

## 7 Referências Bibliográficas

ANGELL, Norman. **A grande ilusão**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

CARR, Edward Hallet. **Vinte anos de crise: 1919-1939**. Uma introdução ao estudo das relações internacionais. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

DUROSELLE, Jean-Baptiste. **Todo império perecerá**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

\_\_\_\_\_. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70 LDA, 2008.

KAGAN, Donald. **A Guerra do Peloponeso**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

KEOHANE, Robert O.; NYE JR., Joseph S. **Poder e Interdependência: La política mundial em transición**. Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

LA BOËTIE, Etienne de. **Discurso da servidão voluntária**. Trad. Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.

NYE JR, Joseph S. **Cooperação e conflito nas relações internacionais**. São Paulo: Editora Gente, 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORGENTHAU, Hans. J. **A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

\_\_\_\_\_. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. 3ª ed. Trad. de Mário de Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1987.

## **AS EXCEÇÕES GERAIS DO GATT E OS CASOS *TUNA-DOLPHIN* & *SHRIMP-TURTLE*: EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA?**

*Mariana Clara de Andrade<sup>1</sup>*

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio; Órgão de Solução de Controvérsias; *Tuna-Dolphin*; *Shrimp-Turtle*; Exceções Gerais.

**Resumo:** Em matéria de proteção ambiental, segundo a doutrina, a aplicação do art. XX do GATT tem sido realizada pelo sistema de solução de controvérsias da OMC de maneira evolutiva. Nessa linha, mostra-se pertinente a realização de um estudo comparativo da aplicação do referido dispositivo nos casos *Tuna-Dolphin* e *Shrimp-Turtle*, relacionados ao tema, ambos de raiz fática bastante semelhante, porém situados em diferentes momentos (sendo este posterior e aquele anterior à criação do sistema OMC, em 1995), a fim de se verificar em que consiste tal evolução. Para tanto, foi utilizado método dedutivo através de pesquisa bibliográfica e documental acerca dos dois julgados e da doutrina referente ao assunto. Verifica-se, através dessa análise, a mudança interpretativa realizada pelo Órgão de Apelação no caso *Shrimp-Turtle* que, contrariamente à decisão do painel anterior e às decisões do caso *Tuna-Dolphin*, ponderou que medidas restritivas baseadas na forma de captura de camarões poderiam ser enquadradas nas previsões do Art. XX (g), não sendo necessariamente contrárias às normas de mercado internacional. Apesar dessa inovação interpretativa, a medida estadunidense não recebeu a aprovação da OMC, mas por motivo diverso ao alegado originalmente pelo painel: embora passível de enquadramento na alínea (g) do Art. XX, não poderia ser enquadrado no próprio *caput* das Exceções Gerais, porquanto, ao impor a necessidade de certificação dos produtos para os países exportadores, a medida seria discriminatória. Assim, verifica-se a existência de uma efetiva mudança interpretativa (e, como já referido, *evolutiva* aos olhos da proteção ambiental), inclusive pela maneira com que o tema do meio ambiente foi

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional *Ius Gentium* (UFSC/CNPq).

abordado pelo Órgão de Apelação, ainda que o conflito ambiente *versus* liberalização do mercado continue em constante debate.

## 1 Introdução

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT) e o sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC) como um todo visam à regulamentação do comércio internacional por uma máxima diminuição de fronteiras tarifárias e não tarifárias para a circulação de bens e serviços. Paralelamente, o artigo XX, denominado Exceções Gerais, institui hipóteses nas quais os princípios e regras norteadores do sistema OMC podem ser escusados. Dentre essas hipóteses, duas alíneas tratam de questões relativas à proteção ambiental. Importante elemento das agendas internacionais hodiernamente, o debate acerca da conciliação entre economia e meio ambiente encontra palco para sua verificação prática nos litígios submetidos à apreciação do sistema OMC/GATT. Nesse sentido, o estudo de casos já levados à apreciação no âmbito do referido sistema é relevante, na medida em que se observam as interpretações acerca da interação de dois temas cujo debate que não encontra consenso.

Assim, este trabalho realiza um estudo comparativo entre dois julgados de notável semelhança fático-jurídica<sup>2</sup>: os casos *Tuna-Dolphin* e *Shrimp-Turtle*, de 1991 e 1997, respectivamente. Busca-se responder à seguinte questão: pode-se dizer que houve uma evolução interpretativa com relação à aplicabilidade do dispositivo no sentido de uma relativização das normas de liberalização do comércio internacional em benefício do meio ambiente?

Para responder a esse questionamento, foi elaborada pesquisa bibliográfica e documental a fim de se observar as modificações interpretativas realizadas na apreciação do segundo caso em comparação ao primeiro. Para tanto, serão analisados os tratamentos jurídicos dados pelo mecanismo de solução de

<sup>2</sup> Em particular, os dois casos tratam da discussão acerca da aplicabilidade dos chamados PPMs (Process and Production Methods). Sobre o tema, cf. READ, Robert. *Process and Production Methods and the Regulation of International Trade*. Disponível em: <[www.lancaster.ac.uk/staff/ecarar/ppms.doc](http://www.lancaster.ac.uk/staff/ecarar/ppms.doc)>. Acesso em: 30.04.2014.

controvérsias GATT/OMC (cabe ressaltar que o caso *Shrimp-Turtle* é anterior à instauração do sistema OMC) em cada um dos litígios. Tal leitura será feita, particularmente, com relação ao art. XX das Exceções Gerais do GATT.

Finalmente, a partir dessa observação, verificar-se-á a possível existência de um maior acolhimento, no segundo julgado, da proteção ambiental com base na leitura do artigo XX do GATT.

## 2 Os casos *Tuna-Dolphin* & *Shrimp-Turtle*

Conforme anteriormente indicado, o presente trabalho tem por objeto uma análise comparativa entre dois julgados que retratam a interpretação do art. XX pelo sistema GATT/OMC, os casos *Tuna-Dolphin* e *Shrimp-Turtle*<sup>3</sup>. Os dois casos foram levados a painéis por ocasião de embargos impostos pelos Estados Unidos à importação de, respectivamente, atum e camarão, devido às leis internas que restringiam a entrada desses produtos sem a devida certificação de que foram capturados de maneira sustentável. A decisão final em cada um dos casos foi distinta, e cabe a análise dessa distinção a fim de se avaliar as consequências que essa divergência interpretativa trouxe para a aplicabilidade do dispositivo e a proteção do meio ambiente.

Para uma melhor compreensão do comparativo que será em seguida delineado, cabe trazer a redação do art. XX e seus parágrafos relevantes:

Sujeito aos requisitos de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que possam constituir arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional, nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medidas:

[...]

<sup>3</sup> Ambos os casos tiveram, posteriormente, uma segunda reclamação em seus respectivos sistemas de resolução de controvérsia devido, no primeiro caso, ao embargo imposto também a nações intermediárias e, no segundo, pela irrisignação da Malásia quanto às medidas conformativas tomadas pelos Estados Unidos face à decisão do OA. Contudo, para fins didáticos, este artigo tratará dos casos como uma unidade.

(b) necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal;

[...]

(g) relacionadas à conservação de recursos naturais esgotáveis se tais medidas forem efetuadas conjuntamente com restrições à produção e ao consumo domésticos. (ONU, 2003, p. 55).

Em ambos os casos, os Estados Unidos tentaram justificar a imposição das medidas referidas por meio das exceções previstas no art. XX. O primeiro caso, *Tuna-Dolphin*, foi levado a um painel do sistema GATT pelo México em 1991, em decorrência de um embargo na importação de atum. O Ato de Proteção a Mamíferos Marinhos (MMPA)<sup>4</sup>, de 1972, impunha a utilização de técnicas de pesca de forma a reduzir a morte incidental de mamíferos marinhos. Além disso, impôs a proibição de importação de peixes se não fossem capturados com referida tecnologia de pesca, devendo resultar em uma diminuição dessas mortes incidentais a um nível comparável ao dos Estados Unidos. Também foi interdita a importação de nações intermediárias que processassem peixes que não tivessem sido capturados de acordo com os padrões estabelecidos pelo MMPA. O México, afetado por essa medida, alegou inconsistência com os artigos III (Tratamento Nacional<sup>5</sup>) e XI (Restrições quantitativas<sup>6</sup>) do GATT. Ademais, afirmou que a regulamentação não estava justificada pelo art. XX (por não ser uma medida “necessária”) nem pelo parágrafo (b) do art. XX, porquanto se tratava da suposta proteção de animais *fora da jurisdição* do país membro que impunha o embargo. Os Estados Unidos, por sua vez, alegaram que as medidas não seriam contrárias ao art. III, já que tratavam tanto o atum estrangeiro quanto o nacional da mesma maneira. Contudo, mesmo que fossem, estariam cobertas pelas exceções do art. XX

<sup>4</sup> Tradução de U.S. Marine Mammal Protection Act.

<sup>5</sup> O art. III,1, do GATT 1947 dispõe: “As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional”.

<sup>6</sup> O art. XI, 1, do GATT/47 dispõe: “Nenhuma Parte Contratante instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo”.

(b) e (g). O painel concordou com a inconsistência da medida com o art. III e ainda com a afronta ao art. XI, 1, ao decidir que se tratavam de restrições quantitativas e não regulamentações internas nos moldes do art. III.

Com relação ao artigo. XX(b), o painel considerou essencial compreender se tal hipótese cobriria medidas necessárias à proteção de vida ou saúde humana, animal ou vegetal *fora* da jurisdição do Estado membro que tomasse tais medidas e que, para tanto, seria necessária uma análise a partir do momento histórico em que a redação do artigo se deu. Tal leitura sistemática demonstrou, no entendimento do painel, que, originalmente, o art. XX(b) foi destinado ao uso de medidas para a proteção de animais *dentro* da jurisdição do país que as impusesse. Pontuou, ainda, que se a medida estadunidense fosse aceita por aplicação do art. XX(b), cada Estado-membro poderia impor unilateralmente medidas de acordo com a sua política de proteção ambiental a outros Estados-membros (GATT, 1991, p. 35). Além disso, mesmo que assim não fosse entendido, não teria sido caracterizado o elemento de necessidade imposto pelo mesmo parágrafo, porque outras medidas como a negociação internacional para a proteção dos golfinhos não teriam sido exauridas anteriormente.

Quanto ao art. XX(g), o painel considerou que o fato de se impor a limitação da morte incidental de golfinhos à taxa apresentada nos Estados Unidos mostrava que o propósito da medida não poderia ser a preservação desses animais. Além disso, novamente ressaltou a impossibilidade de aplicação dessa ressalva à proteção de recursos exauríveis fora da jurisdição estadunidense, na medida em que “um país pode efetivamente controlar a produção ou consumo de um recurso natural exaurível somente até o limite em que tal produção ou consumo esteja sob sua jurisdição.” (OMC, 1991, p. 36)<sup>7</sup>.

A análise do caso *Shrimp-Turtle* merece, por sua vez, maior detalhamento. Isso porque a mudança interpretativa (a ser abordada no tópico a seguir) não se dá de maneira explícita, na medida em que o Órgão de Apelação (doravante OAp)

<sup>7</sup> Todas as traduções aqui trazidas foram realizadas pela autora. No original: “A country can effectively control the production or consumption of an exhaustible natural resource only to the extent that the production or consumption is under its jurisdiction”. E ainda: “This suggests that Article XX (g) was intended to permit contracting parties to take trade measures primarily aimed at rendering effective restrictions on production or consumption within their jurisdiction.” (OMC, 1991, p. 36).

muda o tratamento da aplicabilidade do art. XX daquele feito no caso *Tuna-Dolphin* sem, contudo, mencioná-lo expressamente.

Esse caso teve origem em restrições impostas pelos Estados Unidos à importação de camarões que não tivessem sido colhidos com a utilização de TEDs (*Turtle Excluder Devices*), aparelhos que diminuiriam a morte incidental de tartarugas marinhas (e outros animais) no processo de captura<sup>8</sup>. Essa medida nasceu de uma regulamentação interna americana de 1987, e a seção 609(b), em particular, restringia a referida importação de camarões sem que houvesse uma certificação<sup>9</sup> de que eles haviam sido capturados adequadamente, ou seja, com a utilização de TEDs em “áreas específicas onde houvesse uma mortalidade significativa de tartarugas marinhas” (SHAFFER, 1999, p. 3), dentre outras medidas<sup>10</sup>.

Assim, toda a importação de camarão dos Estados Unidos deveria vir acompanhada de um Formulário de Declaração de Exportadores de Camarão, atestando que o camarão havia sido capturado de forma a não afetar tartarugas marinhas ou que as águas onde ocorreu a sua captura estavam dentro da jurisdição de uma nação certificada de acordo com a seção 609 (NEULING, 1999, p. 30-31). Como Neuling sintetiza, “em outras palavras, a maior parte dos países, se não todos, que desejassem exportar camarão aos Estados Unidos deveriam adotar programas de TED similares àquele imposto pelos Estados Unidos”.

<sup>8</sup> Trata-se de uma grade a ser acoplada à rede de captura de camarões, com uma abertura na malha que proporciona a possibilidade de escape às tartarugas. Devido ao seu menor tamanho, os camarões passam por essas grades e ficam retidos na rede. A perda de camarões é mínima e há uma grande possibilidade de escape para as tartarugas marinhas. Fonte: Louisiana's Fisheries. Definition and History: Turtle Excluder Device (TED). Disponível em: <<http://www.seagrantfish.lsu.edu/management/TEDs&BRDs/teds.htm>>. Acesso em: 02.05.2014.

<sup>9</sup> Conforme disposto por essa seção: “Section 609 also prohibits the import of shrimp harvested with technology dangerous to sea turtles, unless the President annually certifies that: “(A) the government of the harvesting nation has provided documentary evidence of the adoption of a program governing the incidental taking of such sea turtles in the course of such harvesting that is comparable to that of the United States; and (B) the average rate of that incidental taking by vessels of the harvesting nation is comparable to the average rate of incidental taking of sea turtles by United States vessels in the course of such harvesting”. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg988.pdf>>. Acesso em: 26.04.2013.

<sup>10</sup> Para Sands et al (2012, p. 819): “From a WTO perspective, the difficulty with the approach taken by the United States was that it was, in effect, applying its conservation laws extra-territorially to activities carried out within – or subject to the jurisdiction of – third states. This raises an issue of broader international legal interest, namely, the circumstances (if any) in which a state may apply its conservation measures to activities taking place outside its territory or jurisdiction, including by non-nationals. The United States sought to justify its actions on the ground that the sea turtles it was seeking to protect were recognised in international law as being endangered”.

Esse litígio foi levado ao OSC pela Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia. Esses países argumentaram que a medida seria inconsistente com os artigos I, XI e XIII do GATT, e, como no caso descrito anteriormente, não seriam justificáveis pelas previsões do artigo XX.

Em 1998, o Painel julgou a medida efetivamente inconsistente com a previsão do art. XI do GATT. Com relação à alegação estadunidense de que seria uma medida escusável dentro das exceções do art. XX (b) e (g), considerou tratar-se de um embargo que constituía uma “discriminação injustificável” – portanto, não se encaixava no *caput* do referido artigo. Argumentou ainda que “o propósito central do Acordo da OMC é o de promover desenvolvimento econômico através do mercado, e não o de proteger o meio ambiente”<sup>11</sup>, e, portanto, qualquer medida que contrariasse o sistema constituiria um abuso sendo, assim, uma violação ao Art. XX (NEULING, 1999, p. 33).

Os Estados Unidos apelaram da decisão do painel, levando o caso ao OAp. A decisão final deste órgão continuou desfavorável a esses recorrentes; contudo, a interpretação do art. XX foi feita de forma diversa. O OAp modificou o entendimento de que a medida estadunidense não estaria dentro do escopo de medidas permitidas dentro do art. XX do GATT, mas concluiu que “a medida dos Estados Unidos, embora qualificada dentro da justificativa da previsão do art. XX (g), não se adequa aos requerimentos do *caput* do art. XX e, portanto, não se justifica pelo art. XX do GATT 1994”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Ainda, conforme o documento: “If an interpretation of the chapeau of Article XX were followed which would allow a Member to adopt measures conditioning access to its market for a given product upon the adoption by exporting Members of certain policies, including conservation policies, GATT 1994 and the WTO Agreement could no longer serve as a multilateral framework for trade among Members as security and predictability of trade relations under those Agreements would be threatened. This follows because if one WTO Member were allowed to adopt such measures, then other Members would also have the right to adopt similar measures on the same subject but with differing, or even conflicting, policy requirements. Indeed, as each of these requirements would necessitate the adoption of a policy applicable not only to export production [...] but also domestic production, it would be impossible for a country to adopt one of those policies without the risk of breaching other Members' conflicting policy requirements for the same product and being refused access to these other markets.” (OMC, 1998-A, 7.45).

<sup>12</sup> No original: “For the reasons set out in this Report, the Appellate Body: (a) reverses the Panel's finding that accepting non-requested information from non-governmental sources is incompatible with the provisions of the DSU; (b) reverses the Panel's finding that the United States measure at issue is not within the scope of measures permitted under the chapeau of Article XX of the GATT 1994, and (c) concludes that the United States measure, while qualifying for provisional justification under Article XX(g), fails to meet the requirements of the chapeau of Article XX, and, therefore, is not justified under Article XX of the GATT 1994” (OMC, 1998-B, tópico 187). Assim,

Primeiramente, o OAp corrigiu a *forma* em que o painel aplicou a previsão do art. XX. Como já relatado, o painel partiu do *caput* do artigo para, se fosse o caso, secundariamente verificar a subsunção às hipóteses de seus parágrafos. Para o OAp, a própria lógica do artigo XX indica que a sua interpretação deve partir do particular (ou seja, dos parágrafos), e em seguida verificar a aplicabilidade ao seu *caput*, conforme já havia sido postulado no caso *United States – Gasoline* (OMC, 1998-B, p. 43-44).

Além disso, o OAp considerou que

o painel não indagou especificamente acerca de como a *aplicação* da Seção 609 constitui 'arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional'. O que o Painel fez [...] foi focar repetidamente no próprio escopo da medida. [...] O escopo geral da medida, diferentemente de sua aplicação, deve ser examinado no curso do processo de determinação acerca de se aquela medida cabe dentro de um ou outro parágrafo do art. XX seguinte ao *caput*. [...] O painel não tentou investigar se a forma como a medida em questão estava sendo *aplicada de forma a constituir abuso ou mau uso de determinado tipo de exceção*. (OMC, 1998, p. 42-44)<sup>13</sup>.

Como o painel analisou apenas a aplicabilidade da medida ao *caput* do art. XX, ele não analisou se a Seção 609 seria justificável pelo seu parágrafo (g). Com relação à alegação de que tartarugas marinhas não estariam abrangidas no conceito de "recursos naturais exauríveis" por serem seres vivos, o OAp não acolheu o raciocínio e considerou que mesmo seres vivos podem ser considerados exauríveis. Além disso, decidiu que haveria "nexo suficiente entre as populações

---

outra inovação importante a ser ressaltada acerca da decisão do OAp no caso Shrimp-Turtle foi a interpretação dada ao art. XIII do Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (DSU). Nesse caso, o OAp modificou ainda a decisão do painel em rejeitar opiniões de antes não estatais porquanto não haviam sido solicitadas. O órgão decidiu nesse sentido interpretando extensivamente as expressões "direito de recorrer à informação" e "procurar informação" para também atender à possibilidade de se aceitar informações oferecidas por outras instituições. Cf. SHAFFER, 1999.

<sup>13</sup> Do original: "The Panel did not inquire specifically into how the application of Section 609 constitutes a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade. "What the Panel did, in purporting to examine the consistency of the measure with the chapeau of Article XX, was to focus repeatedly on the design of the measure itself. [...] The Panel did not attempt to inquire into how the measure at stake was being applied in such a manner as to constitute abuse or misuse of a given kind of exception." (OMC, 1998, p. 42-44).

marinhas migratórias e ameaçadas envolvidas e os Estados Unidos para os propósitos do Artigo XX (g)" (OMC, 1998-B, p. 51)<sup>14</sup>. De igual forma, também o requisito de que a medida fosse *relacionada* à conservação de tais recursos foi preenchido, por não serem utilizados meios "desproporcionalmente amplos" para a conservação de tartarugas marinhas (OMC, 1998-B, pp. 51-54). Por fim, a necessidade de "tais medidas [serem] efetuadas conjuntamente com restrições à produção e ao consumo domésticos" também foi considerada observada, uma vez que a captura de camarões nos Estados Unidos deveria igualmente seguir as imposições da Seção 609 (OMC, 1998-B, p. 51-55).

Ao concluir, portanto, que todos os requisitos para a subsunção da medida ao parágrafo (g) do art. XX estariam preenchidos, o OAp passou à verificação da aplicabilidade da Seção 609 ao *caput* do artigo.

Nessa análise, ponderou-se que o *caput* postula três pilares para a sua verificação: a arbitrária discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, a injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam e, por fim, a disfarçada restrição ao comércio internacional (OMC, 1998-B, p. 55 et seq.).

A partir disso, o OAp concluiu que, em realidade, a aplicação efetiva da medida impunha que "todos os outros países exportadores" deveriam adotar "essencialmente a mesma" (e não meramente comparável) política regulatória que aquela aplicada às redes de captura de camarões nos Estados Unidos, estabelecendo um padrão rígido e inflexível, não tendo sido levadas em consideração outras medidas que poderiam ser adotadas para a conservação de tartarugas marinhas (OMC, 1998-B, p. 63-64). Aqui, cabe ressaltar ainda que os Estados Unidos inclusive proibiram a importação de camarões capturados com redes que utilizavam TEDs, mas cuja captura se deu em águas não certificadas, o que dificultou o reconhecimento de que essa medida seria destinada à conservação de tartarugas marinhas:

Isso sugere que essa medida, em sua aplicação, está mais preocupada em efetivamente influenciar os membros da OMC a adotarem

---

<sup>14</sup> Do original: "We note only that in the specific circumstances of the case before us, there is a sufficient nexus between the migratory and endangered marine populations involved and the United States for purposes of Article XX(g)." (OMC, 1998, p. 51).

essencialmente o mesmo regime regulatório que aquele aplicado nos Estados Unidos para os seus pescadores de camarão, mesmo que muitos desses membros estejam em situações distintas. (OMC, 1998-B, p. 65)<sup>15</sup>.

Também se observou um tratamento diferencial com relação a países que desejavam a certificação, como a aplicação de diferentes prazos para a implementação do sistema requerido, além de diferentes esforços terem sido empreendidos pelos Estados Unidos para a transferência de tecnologia adequada para alguns países específicos. Ademais, o fato de os Estados Unidos não terem buscado negociações efetivas com todos os membros da OMC, incluindo aqueles envolvidos na disputa, em busca de uma proteção de seres marinhos seria mais um indício da “discriminação injustificada” criada pela medida.

O OAp decidiu, por fim, que a Seção 609 foi aplicada de maneira arbitrariamente discriminatória, ante a “rigidez e inflexibilidade” do sistema de certificação imposto pelas suas provisões (OMC, 1998-B, p. 72-73).

Cabe ressaltar, finalmente, que o primeiro caso foi anterior à instituição da OMC, enquanto o segundo já se encontrava no contexto da consolidação da referida organização internacional. Essa mudança levou à já referida distinção na leitura do escopo do art. XX, na medida em que, em 1998, tinha-se um sistema cujo preâmbulo do Acordo instituinte estabelecia expressamente o desenvolvimento sustentável como um de seus objetivos. Essa leitura, ainda que possível a partir de outras normas internacionais, seria muito mais improvável na resolução de litígios em 1991, quando a base legal para tal procedimento era um texto de redação do ano de 1947.

### 3 Evolução interpretativa?

Da análise comparativa dos dois julgados acima descritos, nota-se que não há uma referência expressa, na decisão do Órgão de Apelação no caso *Shrimp-Turtle*, à decisão do painel no caso *Tuna-Dolphin*. Contudo, a semelhança entre os

<sup>15</sup> No original: “The resulting situation is difficult to reconcile with the declared policy objective of protecting and conserving sea turtles. This suggests to us that this measure, in its application, is more concerned with effectively influencing WTO Members to adopt essentially the same comprehensive regulatory regime as that applied by the United States to its domestic shrimp trawlers, even though many of those Members may be differently situated.” (OMC, 1998-B, p. 65).

dois casos e o tratamento diverso dado a cada um deles evidencia uma mudança na interpretação das normas em questão. Chang pontua que a decisão no caso *Shrimp-Turtle*

representa um avanço significativo na direção de um tratamento mais liberal dessas medidas [de “comércio ambiental”] sob o GATT. Em significativo contraste com relação ao consistente padrão de suas decisões passadas, o OAp manteve as normas em disputa e opôs-se apenas a aspectos bastante específicos de sua implementação (SHANG, 2000, p. 31)<sup>16</sup>.

Alguns autores<sup>17</sup> consideram que ao entender que a medida americana está justificada pelo art. XX (g) do GATT fica reconhecida a possibilidade de aplicação extraterritorial de regulamentações econômicas em defesa do meio ambiente. Neuling escreve que a decisão do OAp “rejeitou implicitamente a conclusão a que se chegou em *Tuna-Dolphin I*, ou seja, que o artigo. XX(g) está limitado a medidas que conservem recursos naturais dentro da jurisdição do Estado membro que esteja tomando essas medidas” (1999, p. 45)<sup>18</sup>. Não mais os recursos naturais precisam estar adstritos à jurisdição do país que emitiu a norma. Contudo, apesar de o OAp revogar o entendimento prevalecente anteriormente acerca da limitação da territorialidade dos recursos exauríveis, não fica claro se essa decisão não foi assim tomada tão somente a partir do fato de que tartarugas marinhas migram em território americano, havendo, daí, a necessidade de nexos para justificar uma medida pelo art. XX.

<sup>16</sup> No original: “In stark contrast to the consistent pattern in those past decisions, the Appellate Body upheld the statute in dispute and objected only to very specific aspects of its implementation.” (SHANG, 2000, p. 31).

<sup>17</sup> Cf. Kishore, 2012 e Neuling, 1999.

<sup>18</sup> Do original: “The Appellate Body’s finding that the content of Section 609 satisfies Article XX(g) was also very important. It implicitly rejected the conclusion of *Tuna-Dolphin I*, which states that trade measures are not justified under Article XX if they seek to encourage other countries to change their environmental policies. Unfortunately, the Appellate Body’s language on this issue is very carefully hedged. It wrote, “[i]t is not necessary to assume that requiring from exporting countries compliance with, or adoption of, certain policies ...renders a measure a priori incapable of justification....” “Whether this will provide effective guidance to Panels dealing with similar, but not identical, circumstances is unclear, but this certainly leaves room for future litigation. The only thing ruled out is an assumption that a measure designed with this intent is unjustified. Similarly, the Appellate Body implicitly rejected the conclusion in *Tuna-Dolphin I*, that Article XX(g) is limited to measures that conserve resources within the jurisdiction of the party taking such measures, because sea turtles in the Indian Ocean are not within the jurisdiction of the United States.” (NEULING, 1999, p. 45).

Ademais, o requerimento de que o tipo de medida permitida pelo Art. XX não minasse o sistema de comércio da OMC foi rejeitado, por não encontrar base legal no artigo em questão (CHANG, 2000, p. 34). Essa inovação atenta-se a uma leitura estrita da redação da norma. Nesse sentido, também a compreensão de que embargos unilaterais (ou seja, de acordo com requerimentos unilateralmente impostos pelo país que toma as medidas em questão) seriam inconsistentes com o GATT, conforme havia sido decidido pelo painel em *Tuna-Dolphin*, foi superado<sup>19</sup>. Assim, a reforma de *Shrimp-Turtle* permite que embargos visem à mudança de políticas ambientais de outros países, não havendo nada que configure a ilegalidade de medidas unilaterais direcionadas a recursos fora da jurisdição do país que as emana (CHANG, 2000, p. 38; 42).

Com relação a esse aspecto, o OAp conclui que

a medida não se qualifica para a escusa de que o art. XX do GATT 1994 permite a medidas que sirvam a certos propósito ambientais reconhecidos e legítimos, mas que, ao mesmo tempo, não sejam aplicados de maneira a constituir uma forma de discriminação arbitrária ou injustificada entre países onde as mesmas condições prevaleçam ou disfarçada restrição ao comércio internacional. [...] **[m]embros da OMC são livres para adotar suas próprias políticas cujo objetivo seja proteger o meio ambiente desde que, ao fazê-lo, cumpram suas obrigações e respeitem os direitos de outros membros sob o Acordo da OMC.** (OMC, 1998, p. 75-76, grifo nosso)<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Nesse sentido, o OAp prescreveu: “It appears to us, however, that conditioning access to a Member’s domestic market on whether exporting Members comply with, or adopt, a policy or policies unilaterally prescribed by the importing Member may, to some degree, be a common aspect of measures falling within the scope of one or another of the exceptions (a) to (j) of Article XX. Paragraphs (a) to (j) comprise measures that are recognized as exceptions to substantive obligations established in the GATT 1994, because the domestic policies embodied in such measures have been recognized as important and legitimate in character. It is not necessary to assume that requiring from exporting countries compliance with, or adoption of, certain policies (although covered in principle by one or another of the exceptions) prescribed by the importing country, renders a measure a priori incapable of justification under Article XX. Such an interpretation renders most, if not all, of the specific exceptions of Article XX inutile, a result abhorrent to the principles of interpretation we are bound to apply.” (OMC, 1998, p. 43).

<sup>20</sup> Do original: “For all of the specific reasons outlined in this Report, this measure does not qualify for the exemption that Article XX of the GATT 1994 affords to measures which serve certain recognized, legitimate environmental purposes but which, at the same time, are not applied in a manner that constitutes a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade. As we emphasized in United States – Gasoline, WTO Members are free to adopt their own policies aimed

Neuling (1999, p. 44) anota ainda que outra inovação importante foi a inclusão de tartarugas marinhas (enquanto seres vivos) na compreensão do termo “recursos naturais esgotáveis”, pondo fim, definitivamente, à interpretação restritiva do expressão como referindo-se apenas a recursos *não renováveis*. Indubitável que essa conclusão será referenciada em casos futuros que versem acerca da proteção de animais com respaldo no art. XX(g), em comparação ao art. XX(b), que possui como limitador o elemento da *necessidade*.

Outra mudança que se verificou foi a leitura sistêmica do art. XX com relação aos propósitos originais de seus textos. Compreensível que a preocupação com a proteção ambiental expressa pelo GATT/47 não fosse a mesma que aquela manifesta no Acordo da OMC, em 1995, e assim pontuou o OAp em sua leitura do segundo caso. Ainda que meramente retórica, a colocação de que a preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável são objetivos expressos na Carta que instituiu o sistema OMC tem força argumentativa que pode ser de valia à preservação ambiental em detrimento da flexibilização de medidas de liberalização do comércio no futuro.

Nesse aspecto, Shawney (2004, p. 31) defende que a interpretação feita sob a luz do objeto e propósito do sistema GATT/OMC e com base na boa-fé dos Estados membros continuará a ser assim aplicada, e não na forma restritiva a que se recorreu na disputa *Tuna-Dolphin*.

Interessante notar, por fim, que logo após a circulação da decisão do OAp, uma das críticas que foram colocadas foi a de que a mudança seria apenas um *dictum*<sup>21</sup> e configuraria um quadro de incerteza jurídica. No entanto, posteriormente, o mesmo OAp esclareceu que não se tratava de *dicta*, mas sim que seu intento seria o de “dar orientação legal para painéis futuros” (HOWSE, 2002, p. 6-7).

at protecting the environment as long as, in so doing, they fulfill their obligations and respect the rights of other Members under the WTO Agreement.” (OMC, 1998, p. 75-76).

<sup>21</sup> *Dictum* refere-se a uma decisão que não tem força de precedente. Trata-se tão somente de argumento legal, mas não é base legal para julgamento. Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=514>>. Acesso em: 02.05.2014.

Desta forma, apesar de reconhecerem o avanço que a decisão representou nos aspectos acima descritos, os ambientalistas ainda criticam a ausência de efeito definitivo da proteção do meio ambiente através das exceções do art. XX.

#### 4 Considerações Finais

Diante do contexto apresentado, pode-se colher a seguinte resposta ao questionamento inicial: é possível considerar, a partir de uma análise comparativa dos dois julgados, uma “evolução”<sup>22</sup> na interpretação do art. XX e suas hipóteses de aplicação, em particular a partir da leitura contextual feita pelo OAp no caso *Shrimp-Turtle*, visando à adequação de um texto redigido décadas anteriormente à sua conformação com os princípios contemporâneos do sistema OMC. Então, muito embora a medida não tenha sido aceita pelo OSC/OMC, a interpretação jurídica que levou a essa conclusão foi modificada. Ao se reconhecer a possibilidade de aplicação de uma restrição de comércio internacional pela forma de captura de camarões ser ou não uma “medida necessária à conservação de recursos esgotáveis”, supera-se o limite da territorialidade da jurisdição. Nesse aspecto, Neuling (1999, p. 49-50) considera que a decisão “[a]briu a porta para o uso do Artigo XX(g) como uma ampla exceção ambiental às diretrizes básicas do GATT, e rejeitou as limitações jurisdicionais extremas associadas aos casos *Tuna-Dolphin*”<sup>23</sup>.

De igual forma, o abandono da leitura restritiva do intento original da redação do art. XX do GATT (o qual, embora tenha sido incorporado ao sistema OMC e agora seja denominado GATT/1994, ainda conta com provisões redigidas

<sup>22</sup> Dentre os autores estudados, utilizam essa nomenclatura no sentido estrito do termo para definir a conclusão a que se chegou o OAp KELLY (2005, p. 461); Barfield *apud* SAWHNEY (2004, p. 30). Para críticas da metodologia evolucionista de interpretação no Sistema OMC, ver KELLY (2005, p. 459-490). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1106895](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1106895)>. Acesso em: 03.05.2014.

<sup>23</sup> No original: “The Appellate Body’s opinion unmistakably nudged GATT jurisprudence in the direction of providing more accommodation for the environment. It opened the door for the use of Article XX(g) as a broad environmental exception to basic GATT disciplines, and it rejected the extreme jurisdictional limitations associated with the Tuna/Dolphin cases.” (NEULING, 2000, p. 49-50).

em 1947) é também um avanço no reconhecimento do desenvolvimento sustentável como objetivo a ser defendido.

Além da mudança de interpretação verificada, no sentido de uma abordagem mais favorável ao meio ambiente, o resultado pragmático desse entendimento também é ambientalmente positivo, mesmo que não muito expressivamente. Isso porque, na medida em que o OAp entende que houve a ausência de negociação entre os Estados Unidos e os países prejudicados com a medida, estimula-se uma ação nesse sentido. De igual forma, também o entendimento de que não houve uma ação efetiva no sentido de prover a assistência técnica necessária para a implementação do uso de TEDs na captura de camarões serviu a instigar uma ação dos Estados Unidos nesse sentido. Com relação ao tema, conforme Chang pontuou, houve a conformação dos Estados Unidos à decisão do OAp (2000, p. 46) – e, conseqüentemente, a tentativa de implementação de políticas internacionais visando à proteção de tartarugas marinhas.

Não há dúvidas que a reforma colocada pelo OAp está longe de poder ser considerada uma consolidação da proteção ao meio ambiente em detrimento das normas de livre comércio. Contudo, esse fato não contradiz o entendimento de que houve uma flexibilização da aplicação jurisdicional das normas de comércio por uma medida favorável à proteção de seres vivos (mesmo que apenas em teoria).

#### 5 Referências Bibliográficas

STEPHENS, Tim. **International Courts and Environmental Protection**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SAND, Philippe et al. **Principles of International Environmental Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 799-829.

CHANG, Howard F.. Toward a Greener GATT: Environmental Trade Measures and the Shrimp-Turtle Case. **Faculty Scholarship**, Pennsylvania, v. 34, n. 1209, p.31-47, fev. 2000. Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2210&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2210&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 03.05.2014.

NEULING, Bruce. The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate. **Loy. L.a. Int'l & Comp. L. Rev.**, Los Angeles, v. 22, n. 1, p.1-51, out. 1999. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol22/iss1/1>>. Acesso em: 29.04.2014.

HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the *Shrimp-Turtle* Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. **Columbia Journal Of Environmental Law**, New York, v. 6, n. 27, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/howseshrimp.pdf>>. Acesso em: 03.05.2014.

KELLY, J. Patrick. The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 38, n. 32, p.459-490, 2 nov. 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1106895](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1106895)>. Acesso em: 03.05.2014.

SAWHNEY, Aparna. **WTO-Related Matters in Trade and Environment: Relationship Between WTO Rules and MEAs**. New Delhi: Indian Council For Research On International Economic Relations, 2004. Disponível em: <<http://www.icrier.org/pdf/wp133.pdf>>. Acesso em: 03.05.2014.

KISHORE, Pallavi. Revisiting the WTO Shrimps Case in the Light of Current Climate Protectionism: A Developing Country Perspective. **Journal Of Energy & Environmental Law**, New York, p.78-90, nov. 2012. Disponível em: <<http://gwufile.files.wordpress.com/2013/07/3-1-kishore.pdf>>. Acesso em: 03.05.2014.

BEYERS, Carol J.. The U.S./Mexico Tuna Embargo Dispute: a Case Study of the GATT and Environmental Progress. **Md. J. Int'l L.**, Maryland, v. 16, n. 2, p.229-252, nov. 2012. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol16/iss2/3>>. Acesso em: 03.05.2014.

SHAFFER, Gregory C. The WTO Shrimp-Turtle Case (United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products). **American Journal of International Law**, v. 93, 1999. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1702392](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1702392)>. Acesso em: 03.05.2014.

READ, Robert. Process and production methods and the regulation of international trade. In: READ, Robert; PERDIKIS, Nicholas. **The WTO And The Regulation Of International Trade: Recent Trade Disputes Between The European Union And The United States**. Lancaster: Edward Elgar Pub, 2005. p. 239-266. Disponível em: <<http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentos/ModuleIIIdoc/Read Article on PPMs.pdf>>. Acesso em: 03.05.2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio. 1947**. Disponível em: <[moodle.stoa.usp.br/mod/resource/view.php?id=25431](http://moodle.stoa.usp.br/mod/resource/view.php?id=25431)>. Acesso em: 03.05.2014.

\_\_\_\_\_. **Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sececx/omc/acordos/portugues/26anexo2.pdf>>. Acesso em: 24.04.2014.

\_\_\_\_\_. **United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Report of The Panel**. Disponível em: <[http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanelsfull/us-shrimp\(panel\)\(full\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanelsfull/us-shrimp(panel)(full).pdf)>. 1998-A. Acesso em: 26.04.2014.

\_\_\_\_\_. **Report of the Appellate Body**. 1998. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/58abr.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf)>. 1998-B. Acesso em: 26.04.2014.

\_\_\_\_\_. **Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias**. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/sececx/omc/acordos/portugues/26anexo2.pdf>>. Acesso em: 02.05.2014.

GATT. **United States - Restrictions on Imports of Tuna Panel Report**. 1991. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/tunadolphi.pdf>>. Acesso em: 03.05.2014.

LOUISIANA'S FISHERIES. **Definition and History: Turtle Excluder Device (TED)**. Disponível em: <<http://www.seagrantfish.lsu.edu/management/TEDs&BRDs/teds.htm>>. Acesso em: 02.05.2014.

U.S. CONGRESS. **Public Law 101-162**. 1989. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg988.pdf>>. Acesso em: 26.04.2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Solução de Controvérsias**. Genebra: 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33\\_pt.pdf](http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33_pt.pdf)>. Acesso em: 29.04.2014.

## **O MEIO AMBIENTE E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE DAS NEGOCIAÇÕES PARA DEFINIR BENS AMBIENTAIS**

*Mariana Caroline Scholz<sup>1</sup>*

**Palavras-chave:** Meio Ambiente; Organização Mundial do Comércio; Rodada de Doha; Bens Ambientais.

**Resumo:** A Organização Mundial do Comércio é um dos principais órgãos internacionais atuais, cuja competência aborda regular as necessidades mais abrangentes do comércio internacional. Não é novidade que as questões ambientais estão intrinsecamente ligadas à economia e ao comércio. Nesse contexto, o meio ambiente é um assunto incorporado pelo órgão, que afirma seu compromisso com a preservação e desenvolvimento sustentável. O problema abordado é qual o contexto do tema meio ambiente na OMC e, mais especificamente, o que se discutiu nas negociações para definir bens ambientais. Propõe-se, então, identificar o contexto dos debates ambientais na Organização Mundial do Comércio e analisar as negociações que perduraram sobre a definição de bens ambientais consolidado no item III do parágrafo 31 da Declaração Ministerial da Rodada de Doha. A metodologia empregada para atingir os objetivos consiste em uma pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa. Por fim, após a construção do tema, conclui-se que a falta de definição de bens ambientais pelos Estados na OMC decorre da vontade política focada nos interesses econômicos isolados, que deixam em última análise os objetivos e interesses ambientais propriamente ditos.

### **1 Introdução**

A Organização Mundial do Comércio (OMC) é o órgão internacional a ser citado quando se trata de comércio, formulado com base na necessidade dos países

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista do CNPq - Brasil.

de um lugar internacional para debater seus interesses econômicos, fazer acordos e disseminar as políticas econômicas vigentes. A consolidação desse órgão e aderência de vários Estados só reforça a importância de seus atos, regulações e pareceres nos mais diversos assuntos ligados ao comércio.

Não é novidade que as questões ambientais estão intrinsecamente ligadas à economia e ao comércio, nesse sentido, o tema meio ambiente é abordado pela OMC e o discurso de preservação e desenvolvimento sustentável é afirmado nas regulamentações do comércio internacional, mas é preciso observar com mais atenção o contexto das negociações desse órgão.

Partindo de tais pressupostos, o problema que se levanta é qual o contexto do tema meio ambiente na OMC e, mais pontualmente, o que se discutiu nas negociações para definir bens ambientais. O presente estudo objetiva, então, identificar o contexto dos debates sobre o meio ambiente na OMC, e analisar as negociações sobre a definição de bens ambientais no comércio consolidado no item III do parágrafo 31 da Declaração Ministerial da Rodada de Doha.

Para tanto, traz um breve panorama da criação e consolidação da OMC e do debate ambiental. Em seguida, faz-se um estudo da Rodada de Doha e do texto da Declaração Ministerial quanto a bens e serviços ambientais. Para então desmembrar o item III ou (iii) do parágrafo 31, devidamente contextualizado, e abordar as negociações de bens ambientais.

Para o desenvolvimento do tema, a metodologia empregada consiste em uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica e documental, na qual se aproveitou autores de Direito Internacional, Direito Econômico Internacional, assim como artigos científicos publicados e também informações e relatórios disponibilizados pelo site oficial da Organização Mundial do Comércio.

É importante ressaltar que não há como esgotar somente no presente artigo todos os profundos pormenores da contextualização do tema, mas é sim possível uma breve contextualização e análise, fundamental na fomentação de um debate lúcido sobre o meio ambiente no cenário internacional.

## 2 O que é e breve histórico da Organização Mundial do Comércio

A Organização Mundial do Comércio (OMC) ou World Trade Organization (WTO) (em inglês) é um órgão internacional criado com o objetivo de regular, auxiliar e fiscalizar o comércio internacional. Estabelecido com sede na Genebra na Suíça (JAKOBSEN, 2005, p. 70), conta com diversos comitês e grupos de trabalho para assuntos específicos, entre eles acesso a mercados, subsídios, meio ambiente, acordos regionais, etc.

Suas funções específicas são:

Administrar os acordos comerciais da OMC; Ser um fórum para as negociações comerciais; Tratar sobre disputas comerciais; Monitoramento de políticas comerciais nacionais; Assistência técnica e treinamento para os países em desenvolvimento e cooperação com outras organizações internacionais. (WORLD TRADE ORGANIZATION 2014e).

O OMC foi fundada em 1 de Janeiro de 1995, após as negociações da Rodada do Uruguai de 1986 a 1994 pelo Conselho de Representantes do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio. O GATT é um acordo criado em 1947 no âmbito pós-Segunda Guerra Mundial para deliberar sobre as regras comerciais mundiais, e entrou em vigor em maio de 1948 (JAKOBSEN, 2005, p. 32).

O GATT propunha promover um comércio mais livre e justo, através de mecanismos como redução de tarifas e eliminação de barreiras, basicamente ser um fórum para acordos e disseminar a política econômica mundial. Mas esse órgão não foi suficiente para lidar com as situações emergentes do cenário internacional, que clamava por uma revisão do comércio internacional após a crise dos anos 1970, o comércio de serviços, os interesses dos países em desenvolvimento quanto a temas agrícolas e têxteis, e a necessidade de definições sobre propriedade intelectual.

Diante disso, negociações começaram em 1986 no Uruguai e duraram oito anos até o Acordo de Marraqueche no Marrocos em 1994. Jakobsen (2005, p. 56) arrola principais decisões se traduzem:

Acordo sobre comércio de serviços; Acordo sobre medidas de investimentos; Acordo sobre os aspectos de direitos de propriedade intelectual; Acordo sobre têxteis e vestuário; Reforma do sistema de solução de controvérsias; Acordo sobre agricultura; e uma das mais relevantes: a criação da OMC. Um órgão capaz de suprir as necessidades mais abrangentes sobre o comércio internacional, que não se limitava mais a acordos sobre tarifas. (JAKOBSEN, 2005, p.71).

É preciso observar que a OMC foi criada durante os anos 90, pós-queda do muro de Berlim e “vitória do capitalismo” em que a filosofia do neoliberalismo era incentivada no debate econômico e político mundial, para a máxima abertura ao capital, principalmente internacional, mínima intervenção do Estado na economia e profunda desregulamentação (HAFNNER; VIDAL, 2011, p. 93).

O fundamento dessa política de países desenvolvidos é que o livre comércio garante o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país. As políticas econômicas globalizadas são abordadas como paradigma de desenvolvimento e do melhor para todos, e hoje ainda é aplicada na globalização em termos de comércio, mas já sofre críticas importantes, como se verá adiante.

### 3 Surgimento do debate ambiental na OMC

A discussão sobre meio ambiente tem seu desenrolar nos anos 70, e o elo entre comércio e meio ambiente entra em debate, seja pelos esgotamentos de recursos e problemas da poluição derivado do comércio e indústrias, seja pelo impacto das políticas ambientais sobre o comércio.

Nesse cenário pós-Segunda Guerra Mundial, a preocupação do impacto do ambiente no crescimento econômico é abordada no âmbito internacional, e é realizada a Conferência de Estocolmo em 1972. Mas antes dessa conferência, durante a fase preparatória, foi solicitado ao Secretariado do GATT uma contribuição e a Secretaria preparou um estudo intitulado *Industrial Pollution Control and International Trade*, que pode ser traduzido como “Controle da Poluição Ambiental e Comércio Internacional”. Levantando o debate das implicações das políticas de proteção ambiental no comércio internacional, refletindo a preocupação para o comércio dessas políticas serem obstáculos ao

comércio ou construtoras de uma nova forma de protecionismo (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2014b).

Esse estudo foi apresentado para os membros do GATT e a discussão das questões que emergiram levou aos membros sugerirem que um mecanismo fosse criado no âmbito do GATT para debates. E assim uma Comissão de Meio Ambiente foi instituída. Uma reunião do Conselho de Representantes do GATT, em novembro de 1971, criou o grupo “*Environmental Measures and International Trade*” conhecido como EMIT, em português “Medidas Ambientais e Comércio Internacional”, um grupo para as partes convocarem e pedirem decisões envolvendo o ambiente (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2014b).

Até 1991, a relação entre meio ambiente e comércio só se intensificou, e durante a Rodada Uruguaí o debate foi alvo de negociações intensas. Como explica Lampreia (1995), modificações foram feitas para o Código de Normas e, em certas questões ambientais foram abordadas no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), os Acordos sobre Agricultura, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM) e Comércio Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS). O próprio acordo de Marraqueche, concluído em 1994, que estabelece a OMC, afirma:

As partes reconheçam que as suas relações na área do comércio e das atividades econômicas devem ser conduzidas com vistas à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do volume de renda real e demanda efetiva, e expandindo o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de fazê-lo, de maneira consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2014c, tradução nossa).

Esse texto e levantamento jurídico do desenvolvimento sem dúvida é resultado do Relatório Brundtland, publicado em 1987 pela comissão mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, instituída pela assembleia das Nações Unidas em 1983, que deu novos enfoques e consolidou o conceito de desenvolvimento sustentável, “objetivo que exige equilíbrio entre ‘três pilares’: as dimensões econômica, social e ambiental.” (LAGO, 2006, p.18).

Esse relatório também foi a base para a realização da RIO 92, ou Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de 1992, a maior reunião de chefes de Estados da História, com a presença de cerca de 116 chefes de Estados e de Governos, 172 países representados por aproximadamente 10.000 mil pessoas e 9 mil organizações não governamentais que teve como principal tema a discussão sobre o desenvolvimento sustentável. Após a Conferência do Rio, o debate político utiliza algumas palavras-chave que dirigem a atenção do público e as energias intelectuais, desenvolvimento sustentável e globalização (LAGO, 2006, p. 89).

O mesmo documento que criou a OAM, o Acordo de Marraqueche, estabeleceu que fosse criado um Comitê de Comércio e Meio Ambiente (CTE) agora dentro da OMC. O CTE cobre uma gama mais ampla de questões que antes eram tratadas pelo EMIT, basicamente consiste em identificar a relação entre medidas comerciais e ambientais a fim de promover o desenvolvimento sustentável e fazer recomendações sobre quaisquer modificações das disposições multilaterais do sistema de negociação.

Diante desses fatos, é possível observar, desde o início dos debates, que a preocupação internacional e da própria GATT e OMC nunca foi a proteção do meio ambiente em si, mas sim do comércio e desenvolvimento econômico. Importante ressaltar isso? Certamente, pois um discurso de desenvolvimento sustentável afirmado por esse órgão (e dos Estados) foi desviado, criado para ser humanista, passou a ser econômico. André Aranha afirma:

O desenvolvimento associado à globalização, no entanto, não segue os preceitos do desenvolvimento sustentável. A globalização, em sua fase atual, parece corresponder mais ao capitalismo selvagem do que à visão mais humanista contida no conceito de desenvolvimento sustentável. Na realidade, com a proposta de equilíbrio entre seus três pilares – econômico, social e ambiental, o desenvolvimento sustentável apresenta-se como uma fórmula politicamente aceitável de promoção de “valores” econômicos, políticos e éticos do Ocidente, resultado de processos negociadores no âmbito das Nações Unidas. (LAGO, 2006, p. 88).

Ocorre que, em pouco tempo se confirmou, para os países em desenvolvimento, que a adoção dos princípios de uma política econômica globalizada não resolveu grandes problemas sociais:

[...] (a globalização não conseguiu reduzir a pobreza nem conseguiu assegurar a estabilidade), As crises financeiras internacionais, que se sucederam entre 1994 e 2001 – iniciadas no México (1994) e seguidas pela Ásia (1997), Rússia (1998), Brasil (1999) e Argentina (2001) –, abalaram profundamente a confiança de muitos países em desenvolvimento na capacidade das políticas neo-liberais de levá-los à superação de seus problemas. (LAGO, 2006, p. 90).

Assim, a crítica ao sistema econômico vigente na época decorre principalmente de que o mercado ignora as desigualdades sociais, pobreza e ainda as acentua. O debate público passa a ser visto como fundamental para uma política que tudo não deve ser colocado sob o domínio do mercado, mas o mercado deve existir. Os problemas de divisão de renda atingiram os países desenvolvidos também, o que repercutiu em um movimento de manifestação e protesto contra a globalização para uma reforma na agenda do mundo, mudanças do sistema financeiro e de comércio, segundo Lago (2006, p. 91), nas principais cidades desenvolvidas como Praga, Seattle, Washington. E são esses protestos que geram a força política para exigir discussões dentro da OMC e ao mesmo tempo as discussões ambientais para a realização em 2002 da Rio+10, ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de Joanesburgo.

Entretanto, um fato vai frear esse clamor social. Em 11 de setembro de 2001, o atentado às Torres Gêmeas em Nova York provoca uma profunda e radical mudança na prioridade da agenda política internacional. Meio ambiente, desenvolvimento sustentável, reformulação da economia? Isso se torna irrelevante diante de prioridades do Estado quanto à segurança, portanto “[...] o contexto político permitiu que se justificasse a percepção de que Joanesburgo era uma distração, ou uma perda de tempo, diante de tantas questões urgentes na agenda internacional.” (LAGO, 2006, p. 92). Esse fator também ressonou no evento previsto para discutir o comércio e economia internacional na OMC, a Rodada de Doha.

#### 4 Rodada de Doha

A IV Conferência Ministerial da OMC, também conhecida como Rodada de Doha ou Conferência de Doha, ocorreu na Península Arábica, na cidade de Doha em Qatar em novembro do ano de 2001 (JAKOBSEN, 2005, p. 77). É a mais recente rodada de negociações com grandes temas e discussões que perduram até hoje. Todos os governos dos países membros da OMC, 157 participaram (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2014d).

As negociações envolvem diversos e complexos temas, mas seu objetivo principal pela OMC foi conseguir a grande reforma do sistema de comércio internacional através de abaixar as barreiras comerciais e revisar as regras do comércio (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2014d). Mas o clamor social de contra a globalização já que o livre comércio não resolvia as questões urgentes de distribuição de renda se perdeu de foco.

Antes da conferência, em seu processo preparatório já se vislumbrava divergências de interesses nas negociações que ocorreram em dois encontros anteriores, um em agosto e o outro em outubro do mesmo ano. Como explica Jakobsen:

[...] Os países desenvolvidos queriam iniciar as discussões sobre novos temas como regras de concorrência, investimentos, compras governamentais, facilitação de comércio e tarifas de produtos não agrícolas, enquanto os demais queriam discutir a implementação dos acordos anteriores, desde o tema agrícola e o Acordo Multifibras, até distorções ocorridas em casos específicos, como, por exemplo, a produção de remédios retrovirais sem considerar o TRIPS. (JAKOBSEN, 2005, p. 79)

Houve uma grande manifestação dos países em desenvolvimento para uma política comercial mais equilibrada, mas o interesse em novos temas comerciais foi predominante dos relatórios dos técnicos da OMC.

A conferência em si abarcou cerca de 20 temas com a alegação oficial de melhorar as perspectivas comerciais dos países em desenvolvimento (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2014d) e aprovou três documentos: A declaração em relação ao TRIPS; A Resolução sobre Implementação e a resolução final ou

Declaração Ministerial de Doha, que consolidaram um programa de trabalho pós-rodada a ser trabalhado pelos países.

Os temas discutidos envolveram principalmente:

I Agricultura; II NAMA, acesso a mercado de produtos não agrícolas; III Serviços e Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS); IV A facilitação do comércio; V Regras de anti-dumping, subsídios e medidas compensatórias; VI O meio ambiente; VII Indicações geográficas para registro de vinhos e bebidas; VIII Outras questões de propriedade intelectual; e IX Solução de controvérsias. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2014a).

Outro fato relevante é que nessa conferência a China foi aceita como membro da OMC.

As negociações finais incluíram, mesmo de modo tênue, algumas concessões dos países desenvolvidos para exceção ao TRIPS, subsídios agrícolas e importação. Mas até o final se mantiveram divergências quanto a modalidades e prazos das negociações, tanto que alguns países queriam uma declaração final com as diferentes visões, o que foi negado para se ter um texto mais limpo.

Uma visão essencial do espírito dessa conferência é explicada por Jakobsen (2005, p. 82): “Para se chegar às conclusões de Doha fez-se de tudo, desde pressão até ameaças veladas. A Índia, por exemplo, só concordou com o texto final depois de uma reunião com o secretário de Comércio dos Estados Unidos.” E ainda: “A aprovação de uma resolução, mesmo frágil como foi, serviu para a grande imprensa e os governos neoliberais espalharem pelos quatro cantos do mundo que o livre-comércio e a OMC estavam salvos e o processo de abertura econômica prosseguiria”.

No mesmo sentido afirma Lago:

[...] as conferências de Doha e Monterrey não resultaram em mudanças substanciais, mas sinalizaram alterações de rumo que permitiriam alguma flexibilização do sistema. O lançamento de nova rodada de negociações em Doha foi interpretado, de maneira geral, como uma forma de fortalecer e aprimorar o sistema multilateral de comércio, e de “defesa contra o unilateralismo dos grandes”. (LAGO, 2006, p. 91).

## 5 Os temas ambientais da conferência de Doha

Na preparação da Rodada de Doha já se mostrava a necessidade de tratar sobre alguns tópicos de comércio e meio ambiente com o objetivo geral de reafirmar um compromisso de saúde e proteção ambiental, assim como um apoio recíproco entre comércio e meio ambiente pelos membros da OMC.

Para a abordagem dos assuntos foi estabelecida uma comissão própria, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente Sessão Especial (CTE-SS), que ficou responsável pelas negociações, que resultou no parágrafo 31 da Declaração Ministerial de Doha (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2004 p. 9).

Além da comissão especial, ao CTE e ao Comitê de Comércio e Desenvolvimento foi designado o trabalho de alguns temas e atuar como um fórum de debates dos aspectos ambientais e de desenvolvimento das negociações lançadas na conferência. Esse trabalho se traduziu nos parágrafos 32 e 33 da declaração final.

O parágrafo 31 afirma um diálogo e relação harmônica entre as medidas comerciais dos Acordos Ambientais Multilaterais e as regras do sistema multilateral do comércio, incentivar a troca de informações entre secretárias de tratados e a OMC, ao mesmo tempo em que preza pela liberalização do comércio de bens e serviços ambientais:

31. Com vista a reforçar o apoio recíproco entre comércio e meio ambiente, estamos de acordo com as negociações, sem prejudicar os seus resultados, em:

(i) a relação entre as regras existentes da OMC e obrigações comerciais específicas estabelecidas em acordos ambientais multilaterais (AAM). As negociações devem ser limitadas em escopo para a aplicabilidade de tais regras da OMC existentes como entre as partes no MEA em questão. As negociações não prejudicam os direitos de qualquer Membro que não seja parte do MEA em questão da OMC;

(ii) procedimentos para a troca de informação regular entre MEA Secretarias e as comissões competentes da OMC, bem como os critérios para a concessão do estatuto de observador;

(iii) a redução ou, conforme o caso, a eliminação de tarifas e barreiras não-tarifárias aos bens e serviços ambientais.

Notamos que os subsídios à pesca fazem parte das negociações previstas no parágrafo 28. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2004, p.71, tradução nossa).

Só o item (iii) do parágrafo 31 foi fragmentado em três instâncias negociadoras na OMC com o intuito de ser explorado e conceituado na continuação dos trabalhos pós-Doha: o Grupo de Negociação em Acesso a Mercados para Produtos Não-Agrícolas (NAMA) encarrega-se da negociação sobre a liberalização do comércio de bens ambientais, ou seja, "todos os produtos não cobertos pelo acordo da OMC de Agricultura", e trata principalmente produtos manufaturados, mas não somente; O Comitê de Comércio e Meio Ambiente-Sessão Especial (CTE-SS) discute a definição de bens ambientais; e a Sessão Especial do Conselho para o Comércio de Serviços (CTS-SS) negocia a liberação do comércio de serviços ambientais (ALMEIDA; PRESSER, 2006, p.2). Assunto que será melhor elucidado adiante.

Cabe ressaltar que outros temas relevantes para o meio ambiente, como subsídios à pesca e agricultura, foram separados da questão ambiental em pauta e ganharam parágrafos próprios no documento, devido as suas características específicas que não serão abordadas no presente artigo.

O CTE, no uso de suas atribuições formulou o parágrafo 32, na busca de trabalhar em todos os itens da agenda, com o enfoque especial a três itens: O efeito das medidas ambientais no acesso ao mercado e as situações win-win-win; As disposições relevantes do Acordo TRIPS e; Os requisitos de rotulagem para fins ambientais (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2004, p.10). Esses enfoques se manifestaram no seguinte texto:

32. Instruímos o Comitê de Comércio e Meio Ambiente, na persecução do trabalho em todos os itens de sua agenda dentro de suas condições atuais de referência, para dar especial atenção:

(i) o efeito das medidas ambientais no acesso a mercados, especialmente em relação aos países em desenvolvimento, em particular os menos desenvolvidos entre eles, e as situações em que a eliminação ou redução

das restrições ao comércio e distorções se beneficiariam comércio, meio ambiente e desenvolvimento;

(ii) as disposições pertinentes do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, e

(iii) requisitos de rotulagem para fins ambientais.

Os trabalhos sobre estas questões devem incluir a identificação de qualquer necessidade de clarificar as regras pertinentes da OMC. O Comitê informará a Quinta Sessão da Conferência Ministerial, e fará recomendações, se for o caso, no que diz respeito à ação futura, incluindo a conveniência de negociações. O resultado deste trabalho, bem como as negociações realizadas no âmbito do parágrafo 31 (i) e (ii) deve ser compatível com a natureza aberta e não discriminatória do sistema de comércio multilateral, não deve aumentar ou diminuir os direitos e obrigações dos membros no âmbito dos acordos da OMC existentes, em especial o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, nem alterar o equilíbrio destes direitos e obrigações, e terá em conta as necessidades dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2004, p.72, tradução nossa).

Observa-se como o item (i) ressalta a preocupação com o efeito das medidas ambientais sobre o acesso aos mercados aos países em desenvolvimento, para situações em que a eliminação ou redução das restrições ao comércio e distorções beneficiaria o comércio, o meio ambiente e desenvolvimento (alegação win-win-win); O item (II) indica as disposições pertinentes do Acordo TRIPS e o item (iii) os requisitos de rotulagem para fins ambientais.

O final do parágrafo 32 também é relevante para estas negociações. Acrescenta que esta qualificação é projetada para alertar contra a alteração do equilíbrio de direitos e obrigações dos membros da OMC no âmbito dos acordos existentes. E também solicita o CTE que informe na próxima conferência sobre os progressos realizados nas discussões. Além dos três itens de enfoque especial, os membros também devem, segundo o parágrafo 33, desenvolver a assistência técnica, capacitação e opiniões ambientais:

33. Reconhecemos a importância da assistência técnica e capacitação na área de comércio e meio ambiente para países em desenvolvimento, em particular dos menos desenvolvidos entre eles. Nós também

encorajamos que especialização e experiência será compartilhada com os membros que desejam realizar revisões ambientais a nível nacional.

Um relatório deve ser elaborado com essas atividades para a quinta sessão. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2004, p.72, tradução nossa).

O contexto do caminho histórico percorrido até a Rodada de Doha e a positividade dos parágrafos na Declaração Ministerial de Doha é essencial para as discussões que seguiram sobre o tema bens e serviços ambientais.

## **6 Contextualização e análise das negociações sobre bens ambientais da Declaração Ministerial de Doha**

Como visto, o item (iii) do artigo 31 da Declaração Ministerial de Doha levanta a discussão da redução, eliminação de tarifas e barreiras não-tarifárias aos bens e serviços ambientais. Seu debate foi dividido em três grupos: NAMA para liberalização do comércio de bens ambientais, CTE-SS para definição de bens ambientais e a CTS-SS sobre comércio de serviços ambientais.

Como o foco do presente artigo é a discussão de bens ambientais, não são exploradas as negociações do NAMA e do CTS-SS, que tratam de temas relacionados e diferentes ao mesmo tempo, que tomaram caminhos diferentes, só se ressalta que em ambas as negociações existem um debate profundo e complexo. Assim se desmembra o item III do parágrafo 31 para tratar especificamente dos bens ambientais.

O CTE-SS tem como objetivo organizar os debates de critérios e identificação de bens ambientais, a importância da classificação de bem e serviço ambiental surgiu para incrementar e incentivar o uso e o comércio internacional de tais bens, os quais seriam beneficiados por vantagens tarifárias. Esse debate, como se verá, dividiu países e realçou problemas ambientais na política internacional.

A primeira parte das negociações sobre a definição de bens ambientais ocorreu no ano seguinte à rodada de Doha, em 2002, na qual o enfoque de listas foi o primeiro método de definição para bens ambientais a ser discutido no CTE-SS. O

“enfoque lista” busca definir uma lista de produtos, para assim classificá-los bens ambientais e terem os benefícios da liberalização comercial.

Os Estados Unidos foram o país que inaugurou o método de lista (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2003a, p. 1). Sugeriram a utilização das listas feitas pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) e principalmente a lista da APEC (Cooperação Econômica Ásia-Pacífico) como base para identificação de bens ambientais. A proposta tinha como objetivo a lista base, para posteriormente mais itens serem integrados de forma a ser uma lista global.

Diante desse fato, vários países concordaram com a abordagem e começaram a apresentar suas propostas de listas, com os bens ambientais que gostariam de incluir, tais como Canadá, Nova Zelândia, EUA, UE, Coreia, Taipé/China, Japão e Catar (PATRIOTA, 2013, p. 92).

Por outro lado, alguns países descartaram, logo de início, a utilização das listas da OCDE e da APEC como base, principalmente por essas listas definirem o bem ambiental, conforme os professores Almeida e Presser (2006, p. 3) como aqueles altamente tecnológicos que permitem o controle da poluição, gestão de recursos naturais e um uso eficiente de recursos naturais. Ou seja, essas listas incluem produtos não exclusivamente ambientais, mas que podem controlar a poluição e altamente tecnológicos. Essas críticas foram levantadas pelos países em desenvolvimento, que destacaram o viés tendencioso aos interesses comerciais do grupo de países desenvolvidos, que são líderes no comércio mundial de produtos para controle de poluição, cujos benefícios da lista iriam exclusivamente a eles.

Dessa forma, as listas apresentadas ignoram os produtos agrícolas dos países em desenvolvimento e incluem, no máximo, bens preferíveis ambientalmente, como juta e sisal (PATRIOTA, 2013, p. 92).

Argumentou-se que a lista de bens ambientais da OMC deve incluir produtos de real interesse exportador para os países em desenvolvimento também, os quais precisam ser levados em conta já que todos são membros da OMC. A recomendação se determinar uma modalidade de bens ambientais que se encaixe em interesses amplos e diversificados, incluindo os interesses para os países desenvolvidos e em desenvolvimento está expressa no próprio relatório da OMC (2003, p. 4). Esse debate ressaltou a polarização de interesses dos países

desenvolvidos e em desenvolvimento, na qual os Estados em desenvolvimento têm pouca confiança nas listas.

Então, diante do caráter mundial das negociações, a UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), em português “Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento”, em suas reuniões de 2003, produziu um parecer de Produtos Preferíveis do ponto de vista Ambiental (EPPs). Fruto de um estudo estatístico realizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), que constatou uma enorme disparidade entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento no que diz respeito ao conteúdo das listas da APEC e OCDE.

O estudo aponta que, pelo critério utilizado nas listas, todos os países em desenvolvimento são importadores de tais bens, no qual os países desenvolvidos possuem 90% das exportações de bens ambientais, se assim considerados (UNITED NATIONS, 2003, p. 6). Portanto a UNCTAD aponta que as listas devem incluir “como os produtos de energia renovável, produtos biodegradáveis a partir de fibras naturais, como juta e fibra de coco, produtos recicláveis, produtos florestais não-madeireiros e combustíveis limpos, como o metanol/etanol ou de biomassa” (UNITED NATIONS, 2003, p. 17).

Em resposta à lista da UNCTAD, no mesmo ano os EUA sugeriram a criação de duas listas, a lista núcleo ou principal, baseada na lista da APEC, pela qual os Membros reduziram ou eliminariam barreiras tarifárias e não tarifárias, e a lista complementar, pela qual os países se comprometeriam a liberalizar o comércio de bens adicionais que representassem um percentual mínimo de linhas tarifárias (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2003b, p. 2). Tal proposta foi recusada pelos países em desenvolvimento por manter prioritariamente a lista da APEC.

A china também sugeriu duas listas no período (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005a, p. 5), apresentou a proposta da lista comum e da lista do desenvolvimento. A lista comum deveria conter todos os produtos que os países concordassem se tratar de bens ambientais, bens sujeitos redução ou eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias. A lista do desenvolvimento, por sua vez, serviria para os bens selecionados pelos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento, esses produtos seriam sujeitos a menor redução tarifária. Tal

proposta permaneceu sem muitos adeptos tanto de países desenvolvidos quanto de países em desenvolvimento.

Segundo os professores Almeida e Presser (2006, p. 4), no período de 2004 a 2005, já se vislumbrava na próxima conferência ministerial, a ser realizada em Hong Kong no final de 2005, um consenso do enfoque lista, devido à grande quantidade de países que apresentaram as suas listas.

Entretanto, uma mudança significativa nas negociações ocorreu em junho de 2005, nas quais a Índia apresentou uma proposta de definição de bens, o “*Environmental Project Approach*” ou “Enfoque de Projeto Ambiental” (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005b, p. 3). Essa atitude foi tomada anos de debates que não vislumbravam o seu interesse, e propôs uma alternativa ao enfoque lista.

No “enfoque de projeto”, bens e serviços ambientais devem fazer parte de um projeto ambiental que siga determinados critérios, esse projeto deve ser levado a uma autoridade nacional designada. Essa autoridade nacional decide a aceitação do projeto e, portanto, a liberalização dos bens e serviços ambientais especificados em caráter temporário e conforme o período de duração de cada projeto. Nesse sentido, a liberalização do comércio dos bens e serviços ambientais ficaria totalmente condicionada à sua vinculação com projetos ambientais nacionais (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005b, p. 3).

A proposta indiana se coloca como um enfoque que considera os padrões ambientais e a responsabilidade comum, porém diferenciada dos países. As principais vantagens apontadas incluem: compromisso coeso, focado e integrado com o meio ambiente; atende as necessidades mutantes dos membros de forma a ser uma lista viva; devido a um prazo temporal a preocupação com o usos duplos dos bens são mitigados; fortalecimento da transferência de tecnologia e assistência, entre outros.

Para a diplomata Patriota (2013, p. 100), essa abordagem tem a importância de mitigar o acesso a bens e uso destes bens para usos não ambientais, assim como possibilitar aos países suas decisões políticas para acordos em equilíbrio com objetivos ambientais nacionais e internacionais. Também têm o mérito de tratar de bens, serviços ambientais, barreiras tarifárias e não tarifárias

de maneira integrada e colocar para o CTE decidir os critérios para os projetos, conferindo transparência ao processo.

Apesar dos pontos positivos do enfoque, diante da complexidade do mesmo, os países desenvolvidos não concordaram com a proposta da Índia, alegando uma série de problemas práticos para sua implementação. Para a autora supracitada, são apontadas falhas na proposta quanto “às regras multilaterais de comércio, o fato de a proposta basear-se em consolidação apenas temporária da redução/eliminação de tarifas, o que geraria alto grau de imprevisibilidade.” (PATRIOTA, 2013, p. 100). Ainda, para os interesses de países exportadores como o Brasil, essa proposta tem um caráter e não possibilita a ampliação do acesso a mercados para as exportações de bens ambientais.

Mesmo com a negativa de grandes países quanto ao “enfoque de projeto” da Índia, isso culminou em uma nova articulação nas negociações, impedindo uma decisão impulsiva e desvantajosa dos países. Portanto, em julho de 2005, veio uma manifestação brasileira, que apesar de não apresentar uma abordagem, demonstrou uma atuação mais ofensiva do Estado. Essa manifestação deixou clara a não concordância com o “enfoque lista”, mas também não concordava inteiramente com o “enfoque projeto”, e insistia em uma melhor definição de bens ambientais, “enfoque conceitual” antes de firmar qualquer compromisso com base em listas.

No documento chamado “*Environmental Goods for Development*” (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005c, p. 1), o Brasil sinalizou seu interesse em um acerto e a sua disposição para participar das negociações para a liberalização de bens ambientais. Trata-se de um documento que contextualiza as negociações e recorda o espírito geral da Rodada Doha pela citação de passagens da mesma. Passagens que demonstram o compromisso dos membros da OMC de tratar as regras multilaterais de comércio e liberalização como solidárias com o processo de desenvolvimento, um comércio aberto, não discriminatório, com apoio múltiplo. E, também, deve-se tratar de um comércio com o compromisso de atingir objetivos ambientais, de forma a proteger o meio ambiente e identificar e debater os aspectos ambientais nas negociações.

O documento realizado instrui o CTE-SS, diante do desenvolvimento e dos objetivos ambientais, a se concentrar no desenvolvimento, e para isso considerar os interesses de todos os membros na liberalização do comércio de bens ambientais, mas principalmente oportunidades aos países em desenvolvimento para exportarem os produtos ambientais que tem vantagens competitivas. O desenvolvimento seria realmente atingido se resultasse das negociações:

(a) melhor acesso ao mercado para produtos com baixo impacto sobre o meio ambiente e/ou que são derivados ou que incorporar tecnologias mais limpas; e (b) o uso de tecnologias adaptadas às necessidades dos países em desenvolvimento. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005c, p. 1, tradução nossa).

Assim como a redução ou eliminação das restrições comerciais injustificadas e a prestação de assistência técnica e capacitação. Essa manifestação ainda salienta que as exportações dos países em desenvolvimento consistem em produtos essencialmente de recursos ambientais, cuja biodiversidade está intrinsecamente ligada aos conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais que passam por necessidades e necessitam de proteção ambiental. Diante disso, uma definição adequada de bens ambientais forneceria o mecanismo para superar esses problemas, e permitir uma situação de *triple win situation*, promoção comercial, melhoria ambiental e redução da pobreza (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005c, p. 2). E o acesso ao mercado para produtos com baixo impacto ambiental e tecnologias mais limpas contribui para a redução da pobreza através da geração de renda e criação de emprego para as populações locais.

Ainda, é ressaltado que a definição de bens ambientais deve abranger produtos como fibras naturais e corantes e outros produtos florestais não-madeireiros, energia renovável, incluindo o etanol e o biodiesel. E o acesso aos mercados de produtos como motores *flex* incentivam o uso de produtos ambientalmente preferíveis.

Para atingir os objetivos acima, o que se defende, é a definição de bens ambientais que inclua o interesse dos países em desenvolvimento, o que pode ser atingido com a abordagem UNCTAD sobre produtos ambientalmente preferíveis, os EPPs (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005c, p. 3). Para Patriota (2013, p. 79),

EPPs podem ser divididos em três categorias: bens preferíveis, pois não incorporam derivados do petróleo no seu ciclo de vida; bens produzidos com base em processos e métodos ambientalmente preferíveis (PPMs); e bens que contribuem para a preservação do meio ambiente. Classes que podem levar em conta os produtos típicos de países em desenvolvimento como bicombustíveis, produtos cultivados organicamente, etc.

Ocorre que a grande crítica a essa manifestação do Brasil, se baseia no fato da classificação de bens ambientais pelos PPMs. Patriota (2013, p.79) afirma que os países em desenvolvimento “temem, sobretudo, que os PPMs sejam utilizados como justificativa para o protecionismo disfarçado, ou “protecionismo verde”, com a imposição de padrões ambientais e trabalhistas discriminatórios.” Enquanto os países desenvolvidos alegam

dificuldades de administrar nas aduanas o tratamento preferencial concedido para os EPPs *vis-à-vis* seu produto similar. Pode-se afirmar que vários deles teriam preocupação mais profunda, de que os bens por eles produzidos, como circuitos integrados, não passassem no teste dos PPMs. (PATRIOTA, 2013, p.79).

Fica claro que o Brasil não apresentou uma proposta em si, mas ilustrou, com alguns EPPs, bens ambientais que poderiam contribuir ao desenvolvimento sustentável. Não se trata de uma proposta acabada, mas voltada essencialmente para defender o “enfoque conceitual” nas negociações de bens ambientais e, adicionalmente, ressaltar a importância de produtos ambientalmente preferíveis.

Em outubro do mesmo ano, a Argentina apresentou o “*integrated approach*”, ou “enfoque integrado” (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005d, p. 2), de modo a suprir algumas falhas do enfoque da Índia e dar continuidade ao debate no contexto do CTE-SS. Nesse documento, se buscou integrar elementos das soluções já propostas. A diferença deste enfoque em relação à da Índia se baseia no fato de buscar uma definição multilateral para identificar bens e categoria de projetos ambientais, os membros deverem chegar a um acordo sobre as categorias de projetos e sobre quais bens ambientais poderiam ser usados. O resultado é uma lista com categorias de projetos ambientais e respectivos bens ambientais envolvidos, e as autoridades domésticas nacionais aprovariam a liberalização

desses bens. Tal proposta foi considerada pela maioria dos países como uma variável da proposta da Índia, ainda burocrática e de difícil implementação.

Após as manifestações da Índia, do Brasil e da Argentina, os Estados Unidos reagiram propondo uma lista revisada de modo a lidar com preocupações dos países em desenvolvimento. Na nova lista, toma por base a lista da APEC e adiciona 46 produtos que se enquadram nas categorias de proteção de energia renováveis ou de recursos naturais os quais os países em desenvolvimento têm potencial exportador (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005e, p. 1). Mesmo assim, em Hong Kong, o coordenador das reuniões da Sessão Especial do CTE concluiu que não há consenso e direciona as partes para continuar com as negociações sobre o tema:

Enquanto continua a haver diferenças de opinião entre os membros sobre a questão da abordagem, verificou-se a partir da discussão que havia algumas questões comuns aos enfoques lista, projeto ambiental, e integrada, que poderia ser útil para abordar as delegações, a fim de fazer alguns progressos na sua trabalho. [...] Espera-se que este processo irá contribuir para se ter áreas de convergência, a fim de prosseguir nas negociações do parágrafo 31 (iii). (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2005f, p. 4, tradução nossa).

O marco inicial para uma nova fase de negociações foi a união dos países Canadá, União Europeia, Japão, Coreia, Nova Zelândia, Noruega, Taiwan, Suíça e Estados Unidos (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2007a, p. 1). O documento apresentado em conjunto ao CTE-SS demonstra que os co-patrocinadores produziram um conjunto de produtos selecionados, que oferece o potencial para um alto grau de convergência entre os membros, já que a revisão teve como foco itens com particular relevância ambiental de interesse entre os membros em geral. O documento trata-se de um *Potential Convergence Set* com produtos revisados de modo a estimular um novo impulso a estas negociações.

O documento apresentado procurou criar categorias de bens ambientais, e dentro de cada categoria subdividi-las. Como, por exemplo, a categoria controle de poluição de ar pode ser dividida em subgrupos de bombas ou de condensadores. Dessa forma, os bens ambientais podem ser alocados conforme a sua categoria. Especificaram-se 12 categorias gerais, e posteriormente diversas subcategorias

nas quais os bens poderiam ser encaixados (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2007a, p. 1).

Segundo a diplomata Patriota (2013, p. 97), esse grupo se intitulou posteriormente como *Friends of Environmental Goods* ou “amigos dos bens ambientais”. E nesta abordagem os países em desenvolvimento não deram crédito devido às vantagens dos países desenvolvidos e a enorme quantidade de bens, principalmente pelo fato que a lista agrega produtos duvidosos, “desde juta até células fotovoltaicas e fábricas inteiras de tratamento de água, e ainda bens com uso múltiplo e natureza ambiental não comprovada”, nesse sentido,

pregos, dutos, bombas a ar e a vácuo, iates, pneus, garrafas, tanques reservatórios, [...] cordas para instrumentos musicais (bens sugeridos pela Suíça), [...] unidades de memória (pen drives), computadores, congeladores, lâmpadas LED (bens propostos pelo Japão). (PATRIOTA 2013, p. 97).

Em dezembro de 2007 foi apresentado outro documento conjunto dos Estados Unidos e da União Europeia, com base em um estudo feito pelo Banco Mundial. Esse documento apresenta uma redução no número de bens e sugeriam a elaboração de listas principal e complementar, mas desta vez com base no Information Technology Agreement (PATRIOTA, 2013, p. 163).

A lista principal contemplaria 43 bens com base no referido estudo, retirados da lista já apresentada do *Friends of Environmental Goods* que conteriam produtos com tecnologia favorável ao clima e seriam liberalizados por todos os Membros. A lista complementar conteria bens escolhidos pelos países, inspirado no estudo do Banco Mundial, a serem liberalizados unilateralmente como um acordo sobre bens e serviços ambientais.

Ocorre que a união dos países desenvolvidos em torno de uma única proposta gerou o efeito dos países em desenvolvimento buscarem a cooperação entre si. De fato, pelos dados de Patriota (2013, p. 93), ocorreram várias reuniões em Genebra, das quais participavam África do Sul, Argentina, Brasil, Cuba, China, Egito, Equador, Índia, Malásia, México, Paquistão e Tailândia.

Diante disso, a Índia e Argentina uniram também as suas abordagens iniciais contra a proposta unificada dos *Friends of Environmental Goods*. O

documento apresentado, dois meses depois, é a um novo “enfoque integrado” (PATRIOTA, 2013, p. 101). A proposta apresentada busca detalhar a operação da abordagem, com foco em bens exclusivamente ambientais, ressaltando novamente a importância de transferência de tecnologia como essencial para benefícios ao meio ambiente.

O que realmente muda é o fato, neste novo enfoque, da possibilidade de dentro dos projetos, as lista de bens ambientais serem submetidas às entidades públicas e privadas e depois negociadas no CTE-SS. Dessa forma “o tratamento tarifário preferencial seria estendido a todos os bens e serviços importados pelas entidades autorizadas;” e “Sistemas de auditoria pós-importação fiscalizariam se eles estariam sendo destinados aos fins ambientais declarados.” (PATRIOTA, 2013, p. 101). Esse enfoque ainda aborda o tratamento especial e diferenciado aos países menos desenvolvidos, no qual a responsabilidade dos países desenvolvidos é eliminar as tarifas para todos os bens e serviços sob os projetos, e cabe aos países em desenvolvimento a possibilidade de oferecer uma margem preferencial menor para os bens e serviços ambientais. A grande crítica para essa abordagem, levantada pelos *Friends of Environmental Goods*, se baseia no ônus do gerenciamento pela administração pública, na complexidade de operação, e também na inconsistência com as regras multilaterais de não discriminação (PATRIOTA, 2013, p. 102).

O Brasil, que até então havia apresentado documento mais conceitual, submeteu então o próprio enfoque. Em outubro de 2007, o Brasil se manifestou nas negociações, apresentação do documento *Environmental Goods for Development*. A proposta contribuiu para conferir renovado impulso às negociações no CTE-SS, passou a ser denominada *request and offer approach* ou “enfoque de pedido e oferta” (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2007b, p. 1).

Esse enfoque tem como base o controle do processo de liberalização do comércio, já que o processo se dá por negociações tarifárias entre os membros, bilateralmente, para os bens ambientais de seus interesses. Após as negociações, a liberalização pode ser expandida a outros membros em um trabalho conjunto com o CTE-SS. Esse tipo de procedimento respeita os interesses dos países e os princípios abordados nas discussões. Reitera-se a importância da liberalização

comercial como mecanismo de desenvolvimento e preservação ambiental e da transferência de tecnologia na qualidade de triplo ganho já citado, benefícios para o comércio, o meio ambiente e o desenvolvimento.

O documento ressalta que liberalização comercial de bens ambientais não deve objetivar o aumento das vendas destes produtos, mas sim promover a participação dos países em desenvolvimento no comércio, de forma a se ter um benefício ambiental. E o debate deve levar em consideração o apoio ao desenvolvimento para padrões sustentáveis, assim com as diferenças de desenvolvimento dos países e suas necessidades socioeconômicas. Ainda, por esse tipo de enfoque, a definição de bens ambientais se daria de acordo com interesses específicos dos países, com a possibilidade de incluir os EPPs desejados.

Para Patriota (2013, p. 107) o enfoque de “pedido e oferta” foi considerado com mais interesse pelos países desenvolvidos, por “tratar de método conducente a efetiva negociação, com perspectivas de resultados.” Já os países em desenvolvimento receberam com preocupação a proposta, pois apesar do maior controle deste enfoque, o grande problema é sujeitar “os países de menor peso relativo e poder de barganha nas negociações à grande pressão, por parte dos demandantes, com vistas a liberalizar o comércio de bens sem que isto fosse de seu interesse.”

Pode-se dizer que esse foi o último enfoque relevante a ser sugerido nas negociações para definir bens ambientais na Organização Mundial do Comércio. Após todos os documentos, em 2008, o Comitê ainda lidava com a disparidade de interesses de países desenvolvidos e em desenvolvimento, sem nenhum consenso sobre tópicos principais, bens e modalidades. O máximo a que se conseguiu chegar, segundo Patriota (2013, p. 114) foi “definir categorias ambientais comuns aos enfoques apresentados, como controle de poluição do ar, energia renovável, manejo de resíduos e tecnologias ambientais para conservação, monitoramento, análises e avaliação.” Mesmo com a definição dessas categorias o debate empaca quando se trata de produtos em si, já que os bens preferíveis aos países em desenvolvimento não são considerados, como os bicomustíveis, sendo que existe a modalidade de energia renovável.

Decorridos mais de três anos, na conferência das Nações Unidas de Comércio de Desenvolvimento de 2011 (UNITED NATIONS, 2011, p. 25) se verificou como a situação não era diferente, os países em desenvolvimento tem dificuldade em observar as vantagens de liberalizar o comércio de bens dos quais estes países são importadores. Ao mesmo tempo em que não conseguem a liberalização de produtos que são exportadores. Países em desenvolvimento continuaram com críticas à lista dos *friends of environmental* pela maioria dos produtos não ter fim ambiental, o que caracteriza a liberalização servir aos interesses de exportação dos membros desenvolvidos mais do que qualquer objetivo ambiental.

Um relatório de 2011 da Organização Mundial do Comércio identifica que: “Ao longo dos anos, o trabalho sobre a identificação de bens ambientais tem mostrado que uma série de dificuldades técnicas permanecem.” E ainda, com base em todas as propostas apresentadas, há essencialmente quatro áreas que exigem esforços concentrados dos membros para chegar a uma possibilidade de resultado e modalidades:

- a) Linguagem preliminar (Contextos básicos para interpretação dos termos); b) Cobertura; c) Tratamento das barreiras tarifas e não tarifárias, incluindo Tratamento Especial e Diferenciado; e d) Elementos transversais e Elementos de Desenvolvimento. (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2011, p. 2, tradução nossa).

Então, não há um consenso internacional sobre a definição de bens e serviços ambientais. Apesar de vários documentos e propostas de definições, nenhuma foi majoritariamente concordada. E o problema nas definições, não decorre do enfoque propriamente dito, mas, sim, da falta de vontade política dos demandantes, é a ausência da cooperação internacional e de observar qualquer objetivo de caráter ambiental.

## 7 Considerações finais

O presente artigo forneceu um vislumbre da criação e consolidação da Organização Mundial do Comércio, originária da GATT, mais precisamente a

Rodada do Uruguai, como um órgão capaz de corresponder às expectativas de uma nova dinâmica e problemas internacionais.

Em seguida se verifica o contexto do debate ambiental no órgão, que já se observa que muito antes da OMC em si, já era uma preocupação na GATT, que foi incorporado nas normas de criação deste órgão, que possui, entre seus objetivos, o “desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente.” Ainda, se vislumbrou como o clamor social mundial para problemas ambientais exigiram um posicionamento da OMC.

Como essencial ao presente artigo, se aborda a IV conferência ministerial da OMC ou Rodada de Doha e seus objetivos de reestrutura do comércio e contexto crítico à globalização. Desse evento se tem os temas ambientais tratados e expressos no texto da Declaração Ministerial, que são imensos e engloba acesso a mercado, definição de bens e serviços, propriedade intelectual, agricultura, entre outros.

Por fim, se destaca o item III do parágrafo 31 da Declaração Ministerial, e se entra no tema em pauta, as negociações para definição de bens ambientais. Foram analisadas as principais modalidades de negociação no CTE-SS, que incluem os enfoques de lista, projeto, integrado, pedido e oferta, o que cada uma pretende, suas principais revisões e críticas. Verificou-se ainda, como ocorreu a polarização das negociações devido a interesses econômicos, de um lado, países desenvolvidos, e de outro países em desenvolvimento que buscam elementos para incluir produtos que exportam, sendo que o interesses de países em desenvolvimento são ignorados.

Ainda, o debate para definir bens ambientais incorpora o princípio da cooperação e preocupações com os objetivos da liberalização do comércio, transferência de tecnologia, barreiras tarifárias e não tarifárias, assim como e produtos preferíveis ambientalmente e os receios que eles trazem nos países desenvolvidos. Consta-se que a definição de bens ambientais permanece sem consenso internacional.

Salienta-se que os objetivos propostos de identificar o que se discutiu nas negociações de bens ambientais, assim como analisar as negociações, foram

devidamente cumpridos, com a ressalva necessária que não há como esgotar o tema somente nesse trabalho.

A importância da elucidação do tema é assegurada, basicamente, por ser um tema pouco trabalhado, mas essencial para uma observação mais verídica de como são tratados questões que envolvem o tema ambiental dentro da OMC, assim como pelos países internacionalmente.

Em face do exposto, principalmente em relação à criação da OMC e dos debates ambientais, fica devidamente esclarecido o andamento conjunto dos temas, meio ambiente e comércio no cenário internacional. Mas os objetivos ambientais não caminham com os objetivos econômicos, e as negociações perpetuam o que é melhor para o comércio em detrimento das necessidades ambientais. A falta de um consenso em definir bens ambientais não decorre de problemas de definições ou enfoque, mas da relevância dos interesses econômicos na vontade política, que coloca em segundo ou último plano os objetivos de caráter ambiental.

## 8 Referências bibliográficas

ALMEIDA, Luciana Togeiro de Almeida; PRESSER Mário Ferreira. **Bens e Serviços Ambientais e as negociações na OMC**. Revibec: Revista Iberoamericana de Economía Ecológica v. 5, 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Revibec/article/view/57894>>. Acesso em: 16.03.2014.

HAFNER, Jacqueline A; VIDAL, Camila Feix. **A importância do Neoliberalismo na entrada do Brasil na OMC e no multilateralismo como nova política governamental**. Revista Conjuntura Austral, v. 3, n. 9-10, Dez.2011/Mar.2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ConjunturaAustral/article/view/25295/15312>>. Acesso em: 14.03.2014.

JAKOBSEN, Kjeld. **Comércio Internacional e desenvolvimento**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo**: O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasília: Funag, 2006. Disponível em:

<[http://www.funag.gov.br/biblioteca/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=27&Itemid=41](http://www.funag.gov.br/biblioteca/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=27&Itemid=41)>. Acesso em: 13.03.2014.

LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. **Resultados da Rodada Uruguai**: uma tentativa de síntese. São Paulo, Estud. av. v.9 n. 23 Jan./Apr. 1995. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141995000100016&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141995000100016&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15.03.2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7ª Ed ver. Atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PATRIOTA, Erika Almeida Watanabe. **Bens ambientais, OMC e o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2013.

PEREIRA, Wesley Robert. **Histórico da OMC**: construção e evolução do sistema multilateral de comércio. PUC Minas, Conjuntura Internacional, 2005. Disponível em: <[http://www.pucminas.br/imagadb/conjuntura/CES\\_ARQ\\_DESCR20050927090630.pdf](http://www.pucminas.br/imagadb/conjuntura/CES_ARQ_DESCR20050927090630.pdf)>. Acesso em: 14.03.2014.

UNITED NATIONS. **Environmental goods and services intrade and sustainable development**. United Nations Conference on Trade and Development, 2003. Disponível em: <[http://UNCTAD.org/en/Docs/c1em21d2\\_en.pdf](http://UNCTAD.org/en/Docs/c1em21d2_en.pdf)>. Acesso em: 11.03.2014.

UNITED NATIONS. **WTO negotiations on environmental goods**: selected technical issues. United Nations Conference on Trade and Development, 2011. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/ditcted2011d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/ditcted2011d1_en.pdf)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **An alternative approach for negotiations under paragraph 31(III)**. Committee on Trade and Environment, 2005b. Disponível em: <[http://commerce.nic.in/trade/wtopdfs/tn\\_te\\_W51.pdf](http://commerce.nic.in/trade/wtopdfs/tn_te_W51.pdf)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Committee on trade and environment in special session**. 2011. Disponível em: <[www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/chair\\_texts11\\_e/envir\\_e.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/chair_texts11_e/envir_e.doc)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Continued work under paragraph 31 (III) of the Doha ministerial declaration.** Committee on Trade and Environment Special Session, 2007a. Disponível em: <<http://www.mfat.govt.nz/downloads/NZ-WTO/wto-doha-ministerialdeclaration27apr07.pdf>>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Doha Round: what are they negotiating?** [s.d.] Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/update\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/update_e.htm)>. Acesso em: 14.03.2014a.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Early years: emerging environment debate in GATT/WTO.** [s.d.] Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/hist1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/hist1_e.htm)>. Acesso em: 14.03.2014b.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Environmental goods for development.** Committee on Trade and Environment, 2005c. Disponível em: <[www.wto-pakistan.org/documents/TE/tnteW59.doc](http://www.wto-pakistan.org/documents/TE/tnteW59.doc)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Environmental goods for development.** Committee on Trade and Environment Special Session, 2007b. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006-1.aspx?Id=87739&IsNotification=False](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006-1.aspx?Id=87739&IsNotification=False)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Initial list of environmental goods.** Committee on Trade and Environment, 2005e. Disponível em: <[www.wtocommerce.iift.ac.in/NGMA1/TN-MA.../TN-MA-W-18-A7.doc](http://www.wtocommerce.iift.ac.in/NGMA1/TN-MA.../TN-MA-W-18-A7.doc)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Integrated proposal on environmental goods for development.** Committee on Trade and Environment, 2005d. Disponível em: <[http://www.jmcti.org/2000round/com/doha/tn/te/tn\\_te\\_w\\_062.pdf](http://www.jmcti.org/2000round/com/doha/tn/te/tn_te_w_062.pdf)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Liberalizing environmental goods in the WTO: Approaching the definition issue.** Committee on Trade and Environment, 2003a. Disponível em: <<https://www.wtocommerce.iift.ac.in/NGMA1/TN-MA.../TN-MA-W-18-A4.doc>>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Market Access for non-agricultural products.** Committee on Trade and Environment, 2003b. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/sites/default/files/W38.pdf>>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.** [s.d.]. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm)>. Acesso em: 10.03.2014c.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Report by the chairperson of the special session of the committee on trade and environment to the trade negotiations committee.** Committee on Trade and Environment, 2005f. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/DDFDocuments/.../14.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/.../14.pdf)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Synthesis of submissions on environmental goods.** Committee on Trade and Environment, 2005a. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/.../TN/TE/INF4R16.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/.../TN/TE/INF4R16.pdf)>. Acesso em: 11.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **The Doha Round.** [s.d.] Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/dda\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm)>. Acesso em: 11.03.2014d.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Trade and Environment at the WTO.** WTO Secretaria, 2004. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/hist1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/hist1_e.htm)>. Acesso em: 15.03.2014.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understanding the WTO: Who we are.** [s.d.]. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/who\\_we\\_are\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/who_we_are_e.htm)>. Acesso em: 10.03.2014.



IX CONGRESSO  
**DIREITO UFSC**  
2014