



# ESTUDOS DE DIREITO INTERNACIONAL E TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO

MARCUS VINÍCIUS XAVIER DE OLIVEIRA

# Estudos de Direito Internacional, Teoria e Filosofia do Direito

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA

Reitora **Marcele Regina Nogueira Pereira**  
Vice-Reitor **José Juliano Cedaro**



EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA

CONSELHO EDITORIAL

Presidente **Lou-Ann Kleppa**  
**Carlos Alexandre Barros Trubiliano**  
**Cristiane Marina Teixeira Girard**  
**Gean Carla Silva Sganderla**  
**Geane Valesca da Cunha Klein**  
**Heloisa Helena Siqueira Correia**  
**Júlio César Schweickardt**  
**Márcio Secco**  
**Osvaldo Copertino Duarte**  
**Pedro Ivo Silveira Andretta**  
**Xênia de Castro Barbosa**

Editora Filiada



Edufro - Editora da Universidade Federal de Rondônia  
BR 364, Km 9,5  
Campus Unir  
76801-059 - Porto Velho - RO  
Tel.: (69) 2182-2175  
[www.edufro.unir.br](http://www.edufro.unir.br)  
[edufro@unir.br](mailto:edufro@unir.br)

# Estudos de Direito Internacional, Teoria e Filosofia do Direito

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira



Porto Velho - RO

© 2022 by Marcus Vinícius Xavier de Oliveira  
Esta obra é publicada sob a Licença Creative Commons  
Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional.



**Capa:**  
**Camila Vieira Vilarim de Sá**

**Revisão:**  
**Alzimar Rodrigues Ramalho**

**Projeto gráfico:**  
**Edufro - Editora da Universidade Federal de Rondônia**

**Diagramação:**  
**Guilherme André de Campos**

**Impressão e acabamento:**  
**Seike & Monteiro Editora**

**Aprovado no Edital 2019/EDUFRO**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Fundação Universidade Federal de Rondônia  
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da UNIR

---

O48e Oliveira, Marcus Vinícius Xavier de.  
Estudos de direito internacional, teoria e filosofia do direito. / Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. – Porto Velho, RO,  
Edufro, 2022.  
220 p. : il.

ISBN: 978-65-87539-68-3 (digital)  
ISBN: 978-65-87539-72-0 (físico)  
DOI: 10.47209/978-65-87539-68-3

1. Direito internacional. 2. Filosofia do direito. 3. Relações de trabalho. I. Título. II. Fundação Universidade Federal de Rondônia.

CDU 341

O que encontramos aqui é, no fundo, a natureza do homem e de sua vida espiritual e física em seu meio ambiente. O direito tem que considerar esta natureza do homem se quiser ser eficiente e evitar vicissitudes inúteis. O direito tem que ter em conta as condições como em realidade são. Nisto radica sua humanidade. Um direito que descure disso corre o perigo de praticamente fracassar, e, em todo caso, provocará o desastre e a desdita. A história conhece muitos exemplos nos quais as exigências das leis foram em sentido contrário aos da natureza, e todas estas leis fracassaram. O homem não pode, enfim, regulamentar contra a natureza das coisas. A proposição “*naturam expellas furca, tamen usque recurret*” também vale no direito. (Coing, Helmut. O sentido do Direito, in DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Filosofia do Direito e Contemporaneidade, II**, tradução de Marcus V X Oliveira São Carlos: De Castro, 2020, p. 189).

Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidades de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite. (Montesquieu. **Do espírito das leis**, tradução José A. Gioannotti, São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200).

“*We are not punished for our anger; We are punished by our anger*” (Buddha, Apud Easwaran, Eknath. **The Bhagavad Gita for daily living**, v.3 3 V., California: Nilgiri Press, 1988, p. 36, destaque no original).



Para minhas filhas Deborah e Annah.

Para Izete.

Para os meus alunos.

*Soli Deo Gloria!*





# Sumário

13	Apresentação
19	Introdução
25	<b>1. RELAÇÕES DE TRABALHO NO CONTEXTO DO MERCOSUL NO MARCO DE SUA DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL</b>
25	Introdução
27	Conceitos de relações internacionais e a relação com o Direito Internacional
30	Da sociedade internacional: a infraestrutura das relações internacionais
32	Tipologia das relações internacionais
34	Teorias das relações internacionais: realismo e idealismo
36	Realismo político: a aposta no conflito
36	Qual é a base de análise do realismo?
37	Idealismo: a aposta na cooperação e nas instituições
39	Uma síntese possível...
41	O Direito Internacional Econômico e o Direito Internacional da Integração: conceitos essenciais
43	O Direito Internacional Econômico
49	O Direito Internacional da Integração
51	A integração econômica regional: conceitos e condições
53	Fases da integração regional
56	Mercosul: origem, estrutura e normas fundamentais. As relações de trabalho no Mercosul
64	Declaração Sociolaboral do Mercosul e a regulamentação das relações de trabalho intrabloco
75	Princípios da Declaração Sociolaboral do Mercosul
82	Direitos Individuais
85	Direitos Coletivos

87	Outros direitos
97	Referências
<b>101</b>	<b>2. OS DIREITOS ABSOLUTOS NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS</b>
101	Introdução
111	Relativismo ou Absolutismo dos Direitos
115	Nem tudo é Relativo e Ponderável
122	Conclusão: Direitos Humanos, Democracia e a Esfera do Indecidível
124	Referências
<b>129</b>	<b>3. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE REGRADA</b>
129	Introdução
134	A divisão Direito Público-Direito Privado: sua origem segundo a dogmática jurídica
139	O princípio da soberania: fundamento do Direito Público
144	O princípio da autonomia da vontade
151	A feição contemporânea do princípio da autonomia da vontade: o princípio da autonomia da vontade regrada ou princípio da autonomia privada
161	Referências
<b>165</b>	<b>4. A GESTÃO BIOPOLÍTICA DO TERRITÓRIO NAS GRANDES CIDADES: INCLUSÃO, EXCLUSÃO E ABANDONO</b>
165	Introdução
169	O território como espaço simbólico
175	Inclusão e exclusão territorial
177	Conclusões
180	Referências

<b>183</b>	<b>5. SEGURANÇA PÚBLICA EM TEMPOS DE BIOPOLÍTICA</b>
183	O problema e sua base empírica
184	Biopolítica como conceito e como paradigma
188	A biopolítica em Michel Foucault
199	Conclusões
200	Referências
<b>203</b>	<b>6. (Por Nenhum) Decreto</b>
203	Introdução: ou sobre a verdade poética
213	No fundo, bem lá no fundo...
216	À guisa de conclusão
219	Referências



# Apresentação

Professor Doutor Gills Vilar Lopes<sup>1</sup>

Tenho a esperança de que o leitor terá uma percepção bem parecida com a minha, após ler a presente obra, escrita pelo Professor Doutor Marcus Vinícius Xavier de Oliveira: ela foi concebida sob um duplo fôlego. O primeiro se refere ao intelectual, contido nos seis textos aqui reunidos e densamente provocativos. O segundo fôlego é aquele que certamente será tirado, ao se deparar com o *leitmotiv* – à primeira vista, contraditório – do livro: como conviver em um mundo “globalizado” e “interconectado” em que a anarquia internacional ainda engendra constrangimentos das mais diversas formas – econômicas, financeiras, políticas, sociais, culturais, legais etc. – a Estados tão mal-acostumados à centralização do poder e às benesses da soberania nacional?

Buscar compreender esse estado de coisas (um conceito relacional sociológico a que a literatura chama comumente de sistema internacional) tem sido tarefa árdua para analistas, pesquisadores e estudiosos das relações internacionais, nos últimos anos. Aqueles que lidam com o Direito e, mais especificamente, o Direito Internacional, têm seu trabalho ainda mais complexado, pois aquilo que ontologicamente caracteriza os Estados “Modernos” como os principais – mas não os únicos, como bem lembra o autor – atores internacionais, está assentado na ideia de eles exercerem o seu poder soberano dentro de um determinado território. É o que lembra Tucídides, Bodin, Hobbes, Maquiavel, Weber e tantos outros que ajudaram

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Relações Internacionais (RI) do Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais (PPGCA) da Universidade da Força Aérea (UNIFA). Doutor em Ciência Política - Área de Concentração: RI - pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE, 2016), com bolsa do Pró-Estratégia (CAPES & Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República). Mestre ‘Com Distinção’ em Ciência Política pela UFPE (2013), com bolsa do CNPq e período-sanduiche na *Université Laval*, Canadá (2012-2013). Líder do GEDAI/UNIFA/CNPq; pesquisador Pró-Defesa IV/CAPES/Ministério da Defesa (MD). Foi docente do Departamento de Ciências Sociais (DCS) da Universidade Federal de Rondônia (UNIR).

a conceber essa organização humana, cuja certidão de nascimento data de 1648, nos tratados de Westfalia.

É nesse prisma que Professor Marcus indaga: o que esperar de um mundo pós-westfaliano? Dito de outra forma: como conceber o Estado em meio a transformações não meramente tecnológicas – praticamente a primeira característica dessa Sociedade em Rede de que fala Castells? Como perceber que as fontes do Direito Internacional emanam para além da norma hipotética que fundamenta os códigos nacionais, de que tanto fala Hans Kelsen e, principalmente, seus comentadores? Essas e outras perguntas são postas pelo docente-pesquisador, dando luz não apenas a aspectos filosóficos e políticos do Direito Internacional, mas outrossim trazendo *cases* e julgados para complementar suas análises.

É nesse sentido que o livro aponta alternativas de diálogos multi e interdisciplinares, especialmente com a Filosofia, pois é nela, a mãe de todas as ciências, como diria Bobbio, que se deve buscar, em essência, perguntas mais complexas que envolvem o Estado e os demais atores internacionais, cada vez mais diversificados e com sua parcela de contribuição para a imprevisibilidade da ordem internacional do século da Era da Informação.

Nesse viés, o primeiro texto “Relações de trabalho no contexto do Mercosul no marco de sua Declaração Sociolaboral” traz um estudo de caso que, para variar, não se encaixa nos padrões e modelos propostos pelas teorias político-econômicas de integração regional: o Mercado Comum do Sul (Mercosul). Desde os primeiros esboços teóricos do italiano Balassa, passando pela empiria da União Europeia, o fato de o bloco regional do Cone Sul-Americano ser considerado “imperfeito” fez suceder as mais diversas explicações, na maioria das vezes, da Economia Política. Desta vez, o Direito é conclamado para auxiliar a compreender um dos temas de mais relevância nos debates atuais brasileiros – as relações de trabalho –, transbordando-os para o nível de análise regional. No aspecto metodológico, o autor realiza uma espécie de olhar sociológico wrightmillsiano, *i.e.*, amplifica criticamente o processo de integração regional mercosulino para além de seus aspectos meramente econômicos e políticos – de *hard power*, como diria Joseph Nye –, buscando, por assim

dizer, sua função social, assentada também em direitos sociais, como o do trabalho. Eis aqui a materialização do efeito *spill-over* (transbordamento) da integração regional, tendo o Direito como grande tutor nessa empreitada trabalhista que busca, amiúde, criar uma espécie de “cláusula do trabalhador mais favorecido” no seio do bloco. Como se vê, é um trabalho complexo, mas que, mesmo assim, não deixa de beber da fonte das teorias internacionalistas e de sua relação com o Direito Internacional Público e Econômico. Aqui, aliás, mais um ponto para a obra: rememora Karl Deutsch, um dos maiores analistas internacionais, porém assaz esquecido pelas novas gerações de estudiosos.

O segundo texto, “Os Direitos Absolutos no Contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos”, já de pronto, vai ao encontro ao que qualquer manual de Direito ou de Introdução aos Estudos do Direito nos impõem: nenhum direito humano é absoluto, inclusive à vida. Há quem defenda que o único direito absoluto seria o direito ao meio-ambiente, ou seja, não há justificativas mínimas para se denegrir esse direito às futuras gerações, mas aí são novos debates. Mas como disse, este não é um manual de Direito, pois avança sob conceitos e análises em que aqueles param. Mais do que uma questão jurídica, a busca pelo não-relativismo dos Direitos Humanos fez com que o Professor Marcus Vinícius (ex-membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos em Rondônia). Logo, a práxis jurídica é-lhe mais *virtù* do que *fortuna* nesse campo, não fosse correndo atrás dos clássicos jusnaturalistas, sem ter um problema de pesquisa a contextualizar – algo, de certa forma, seria pertinente a estudiosos menos afeitos às questões jusfilosóficas e pragmáticas dos Direitos Humanos. Ao contrário, foi na casuística, na dogmática e na deontologia aplicadas ao Direito buscar explicações que dessem, por assim dizer, um sentido weberiano ao interpretar o fenômeno jurídico e às normas jurídicas. Não por menos, embasa suas discussões em Convenções, Tratados Internacionais e autores que mal figuram nos normais compêndios ou textos da área jurídica, ou seja, pensa o Direito não mais hermeticamente, e sim “fora da caixa”, e não se deixa levar pelo debate praticamente selado e tautológico do relativismo dos Direitos Humanos.



Passando para o outro texto, se o leitor acredita que as decisões *erga omnes* que alcançam, republicanamente, a todos (leis) e as que se direcionam a uma parte do todo (sentenças) não carecem de ser novamente discutidas pelo Direito após sua entrada em vigor, então o quarto texto “Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada” certamente não lhe interessará. É, pois, na fenomenologia e na gnosiologia que a mutação jurídica ocorre não apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), mas também na essência das coisas jurídicas, como diriam os primeiros estudiosos gregos daquilo que chamamos de direito. Assim, o autor elege os princípios jurídicos que fundamentam os direitos público e privado para responder à pergunta universal sobre o que é o Direito. Somente assim, será possível compreender a soberania, a autonomia da vontade e o livre arbítrio, temas tão caros à vida em sociedade (liberal e capitalista, diga-se de passagem), seja ela nacional, seja internacional.

O quarto texto “A gestão biopolítica do território nas grandes cidades: inclusão, exclusão e abandono”, por seu turno, vai muito além de uma definição legal e geográfica do que vem a ser cidade, dentro do processo de globalização. Ao contrário, ele busca, na nova acepção das *poleis* do século XXI e nas Epistemologias do Sul, justamente desmascarar a ideia de que o território é o principal ativo da soberania perpétua e absoluta a serviço dos Estados-nação neste raiar de novo milênio. Por exemplo, Milton Santos já caracterizava a globalização como uma fábula a ser contada a países subdesenvolvidos em processo de adormecimento. Parece ser essa a mesma tona empregada pelo autor, no sentido de desmistificar o relativismo territorial a serviço do neoliberalismo. Aliás, o Professor Marcus Vinícius Xavier de Oliveira exemplifica em seu texto o que o próprio geógrafo baiano já falara sobre o “glocal”: por atuar na região amazônica, tendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como base, sabe, como ninguém, como os discursos neocoloniais ajudam a desmatar não apenas florestas, como também mentes. A sua proposição, digamos gramsciana, de gestão biopolítica do território, vai contra essa hegemonia do fazer e do saber enviesado e descontextualizado do glocal.

Por fim, o ensaio “(Por nenhum) Decreto” é uma ode jurídico-literária à leitura transdisciplinar de um poema de Paulo Leminski, pondo em xeque a questão paradoxal da vida em sociedade. Em tempos pretéritos, Marx traçara sua crítica aos Direitos Humanos no sentido de que eles foram ordenados e ornamentados em códigos de conduta concebidos para a convivência de uma parte da sociedade. Sem querer incorrer no erro de anacronismo, o seio de tal crítica ainda parece ser assaz pertinente sobre o que está formalmente positivado e o que é materializado, a partir das normas. Ao trazer o poema “Bem no Fundo”, o autor buscar responder, em termos gerais, a seguinte pergunta: seria o direito um reflexo menos libertário da vida em sociedade? Aqui, mais do que nunca, o sentido sociológico do Direito, enquanto um fato social, é debatido.

Em suma, as contribuições trazidas pelo Professor Marcus Vinicius Xavier de Oliveira **são tão profundas – não apenas pela quantidade de autores, fontes e temas – que excedem a simples leitura de um livro de Direito; elas podem impactar jurisprudências e dotar de novas perspectivas a mente de quem faz e vive o Direito e, assim, pavimentar novos caminhos para a sociedade e o Estado brasileiros.**

Não é mesmo de se tirar o fôlego?



# Introdução

Os temas desenvolvidos neste livro buscam interconectar, desde uma perspectiva transdisciplinar, reflexões acerca do Direito Internacional, da Teoria do Direito e da Filosofia Jurídica, uma vez que esses três campos se constituem, por assim dizer, no *locus* das reflexões que o autor, seja enquanto professor, seja enquanto pesquisador-líder do Jus Gentium – Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional (UNIR/CNPq), tem desenvolvido ao longo de sua carreira acadêmica.

## **O livro está organizado da seguinte forma:**

O primeiro capítulo situa-se no campo de estudos, em nível lato, do Direito Internacional, e em nível estrito, no Direito Internacional da Integração, um dos campos de normatização do Direito Internacional Econômico, e em sentido mais estrito ainda, em um dos aspectos mais importantes da integração internacional entre Estados, a saber, as relações de trabalho, cujo foco específico de tratamento é o Mercosul e a sua Declaração Sociolaboral.

O problema que se apresenta com maior persistência no trato do tema é o seguinte: tendo em vista que a integração internacional entre Estados envolve um empreendimento cooperativo nos campos da economia, do comércio, do regime de tributação, da política internacional, produção e oferta de bens e serviços, mas também do livre trânsito dos indivíduos, inclusive para trabalhar, as assimetrias tanto de nível econômico como legal não formariam barreiras, se não intransponíveis, pelo menos bastante difíceis de superar para se assegurar o efetivo trânsito dos trabalhadores?

Com isto se quer perguntar, de forma mais sintética: problemas de matriz econômico-financeiras e culturais que afetam enormemente o mercado de trabalho – isto é, diminuição dos postos de trabalho no mercado interno –, e que se espriam em todos os Estados atuais, dos mais ricos aos mais pobres, mormente após a crise financeira de setembro de 2008 e seus

desdobramentos até os dias de hoje, não se constituíam em barreiras à admissão da mão de obra estrangeira? Os trabalhadores de um país, que logrem ingressar no mercado de trabalho no outro país, terão assegurados os mesmos direitos que os nativos?

Ocorre que as respostas a estes problemas não passam, inicialmente, pela norma jurídica, mas antes pelo amplíssimo campo de estudo que constituem as Relações Internacionais. Envolve, ademais, uma análise necessária da própria cultura contemporânea, em que a admissão do outro em nosso meio nem sempre se orienta pelo princípio da tolerância. Vale dizer: quando o que entra em jogo é a manutenção do próprio nível econômico, de empregabilidade, de renda, enfim, de bem-estar social, é muito provável que o grupo social se sinta ameaçado pelos estrangeiros que venham concorrer pelos mesmos postos de trabalho.

Dois exemplos recentes são bastante elucidativos sobre este tema:

A) em 2005, quando se submeteu o projeto de Constituição Europeia ao referendo do povo francês, os trabalhadores franceses, dentre outros grupos políticos, fizeram forte campanha pelo “não”, que acabou prevalecendo na consulta popular. Para convencer a seus concidadãos, eles utilizaram a figura do “encanador polonês” como forma de exprimir as suas preocupações com o processo de integração da Europa face à ameaça que os trabalhadores do leste europeu representariam no mercado de trabalho em França, alegando questões como déficit de empregos, nível remuneratório, formação profissional etc;

B) Em 2016, as assimetrias no campo da formação profissional e no problema político-sociológico da admissão, pela sociedade inglesa, de “estrangeiros que veem roubar os postos de trabalhos” também foi um dos campos em que floresceu o Brexit, com a posterior proliferação dos “ismos” odiosos e aprovação, por plebiscito popular, da saída do Reino Unido da União Europeia.

Interessante notar que o “não” francês e o “sim” inglês não se voltaram contra, por exemplo, o alegado déficit democrático na União Europeia, já que o alto grau de burocratização da estrutura comunitária tem impedido a efetiva participação dos cidadãos dos Estados no processo de tomada de decisões, ou

mesmo a forte pressuposição de ilegitimidade do projeto de Constituição Europeia, já que não surgira da vontade popular, mas sim de um projeto elaborado na estrutura do Conselho Europeu: afinal, de onde provinha o poder constituinte originário para a elaboração daquela Constituição?

Antes o “não” e o “sim” se voltaram contra uma consequência do processo de integração – o livre trânsito de trabalhadores na Comunidade –, em um período de forte crise econômica no bloco, com rebaixamento do nível de emprego e bem-estar.

Ora, assim como os franceses e os ingleses (e os demais movimentos nacionalistas que estão a proliferar nos países da União Europeia), temos nós, no Brasil, os paradigmas dos “concorrentes desleais”, como o “costureiro boliviano”, ou os argentinos que se voltam contra os suinocultores brasileiros ou a indústria de calçados, os paraguaios contra os brasiguaios em seu território e assim sucessivamente.

Isso demonstra que o processo de integração, em todos os níveis, é um projeto de difícil concretização mesmo entre Estados com um nível econômico-financeiro muito mais estabilizado que os do Mercosul, como é o caso da União Europeia. Demonstra, ademais, que a ideia de um mundo mais receptivo e tolerante para com a pessoa humana, em qualquer lugar que ela se encontre, é um projeto que ainda não saiu do campo da utopia, na qual não a economia, mas os Direitos Humanos seriam o norte de atuação da sociedade internacional.

Por Direitos Humanos, devemos entender não somente o gozo dos direitos civis e políticos – liberdades públicas e livre participação no processo político-decisório, isto é, cidadania –, mas também, e não menos importantes, os direitos econômicos, sociais e culturais, no qual o direito ao trabalho digno é um elemento essencial.

No segundo capítulo, se aborda o problema da existência de direitos absolutos, tendo partido dos seguintes questionamentos: existem direitos humanos absolutos? É possível, em outros termos, relativizar e ponderar a todos os direitos assegurados constitucional e internacionalmente, de forma a se afetar, negativamente, os programas normativos que objetivam, em último grau, conceder aos indivíduos uma esfera de proteção contra o poder

do Estado? Estes dois problemas constituem-se no *leitmotiv* do trabalho, cujo principal objetivo foi o de buscar a resposta desde uma perspectiva essencialmente jurídica, tomando como norte, de um lado, o postulado da autonomia normativa do direito face a outras formas de normalização da vida social, e de outro lado, aferir, desde a própria sistematicidade e textualidade dos Direitos Humanos e fundamentais, se a regra da relatividade dos direitos incide, *inter alia*, sobre o direito a não ser torturado ou a não ser desamparado. Assim, logo após delimitar o âmbito do discurso na Filosofia do Direito, bem como discutir sobre o caráter absoluto e/ou relativo dos direitos em geral, firmou-se no terceiro tópico o caráter não-restringível – absoluto – de determinados direitos. Logo após, buscou-se discutir o tema da efetividade desde a teoria da esfera do indecível sustentada por Luigi Ferrajoli.

No terceiro capítulo são discutidas as distinções entre os fundamentos do Direito Público e do Direito Privado, bem como a feição contemporânea do princípio da autonomia da vontade, tendo como ponto de inflexão o fato da constante constitucionalização e publicização do Direito Privado.

No quarto capítulo, tenta-se comprovar que o alegado déficit do princípio da territorialidade, geralmente utilizado como um cânon argumentativo pela teoria da globalização, não passa de um *trompe-l'oeil*, e que a operatividade e eficácia desse princípio, por ter sido captado pelo mercado e pelo sistema econômico global, continua a operar amplas formas de exclusão e abandono contra as camadas mais frágeis da população, em especial nas metrópoles. Para tanto, no primeiro tópico buscou-se comprovar a vigência de referido princípio nas atuais sociedades nacionais, bem como o fato de que, tendo este princípio sido captado pelo sistema hegemônico do capitalismo transnacional, faz do sistema penal o principal elemento de controle da exclusão da população. No segundo tópico, é apresentado e discutido o referencial teórico que deu suporte ao ensaio, a saber, a biopolítica, cuja principal compreensão está contida na famosa díade foucaultiana “fazer viver ou deixar morrer”. No terceiro tópico, faz-se uma interpretação desses processos de inclusão minoritária e exclusão/abandono de maioria da população a partir de seus efeitos concretos; em especial, o estranhamento nas grandes cidades, os espaços privatizados de segurança e bem-estar; e, de outro lado, nos espaços de exclusão

e abandono em que não os direitos e garantias fundamentais, mas o sistema penal através de suas agências, que atuam violentamente.

Por uma perspectiva crítica, o quinto capítulo, aborda o resultado de uma pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA acerca da maior preocupação que aflige a população brasileira na atualidade – segurança pública – e rende ensejo para que pensemos a relação cada vez mais intensa entre vida e política a partir do marco teórico da biopolítica, tal como formulado por Michel Foucault em sua fase genealógica. O que sobressai dessa reflexão é a conversão da biopolítica em tanatopolítica na forma do abandono.

Encerra o presente livro o ensaio em que se toma o poema de Paulo Leminski “Bem no Fundo” como paradigma para se compreender o equívoco da luta que a sociedade em geral, e dos movimentos sociais em particular, por uma regulação a mais abrangente, minudente e muitas vezes particularizada dos mais variados aspectos da vida humana – juridicização da vida – por se entender que ela se constitui, de fato, numa armadilha em detrimento das liberdades, autonomias e potências de viver. Assim, quando esta juridicização se encontra com aquilo que se tem denominado de judicialização da vida e da política, o caminho para o domínio totalitário encontra-se, por assim dizer, perfeitamente pavimentado. A consequência provável é que, logo, não haverá mais vida, mas somente Lei e Sentenças, e com elas os respectivos “probleminhas”. Portanto, o ensaio pretende, também, ser um sinal de alerta e demarcador da necessidade de renovação da luta, democraticamente fundamentada, pela autonomia moral e política, pela indiferença à diferença e pela conservação das liberdades na forma de uma potência de sim ou de não.

Como últimas palavras a título de apresentação, agradeço a todas as pessoas que contribuíram com a produção desse livro, em especial os colegas da Universidade Federal de Rondônia que, com suas aberturas ao diálogo, têm permitido a formação constante do autor.

Terras de Rondon, Agosto de 2019.

Professor Doutor Marcus Vinícius Xavier de Oliveira

*[In Solis Sis Tibi Turba Locis]*





# 1. RELAÇÕES DE TRABALHO NO CONTEXTO DO MERCOSUL NO MARCO DE SUA DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL

## **Introdução**

A afirmação segundo a qual vivemos em um mundo globalizado parece ser, no mínimo, tautológica. Ninguém seria capaz de negar a efetiva e mais ampla interconexão, intercomunicação e integração entre os níveis locais, regionais e mundiais de interesses e convivências, em que aqueles, no geral, perdem voz em relação a este.

Entretanto, nem sempre a consciência do “estar-globalizado” permite uma genuína apreensão das reais consequências da globalização, que tanto podem ser positivas como negativas, isto é, perceber as boas e as más consequências que o processo de globalização exerce sobre os níveis locais e regionais de vivência, mormente no que diz respeito ao bem-estar social e no aumento das assimetrias econômicas entre as sociedades envolvidas.

Com isso se quer afastar tanto a afirmação exitosa, festiva, acerca da globalização, e que não logra ver seus efeitos negativos, como também uma visão puramente negativa, segundo a qual nada de bom decorreu desse modelo, e que somente houve perdas e implemento da exploração pelos países ricos em detrimento dos países pobres.

A globalização envolve tanto aspectos ruins – de fato, o processo de expansão do capitalismo financeiro levou a diversas crises econômicas, sejam nos países ricos ou nos pobres, como no último caso de setembro de 2008, do qual o mundo ainda tenta se levantar, mormente porque os Estados se abstiveram de exercer um controle mais rígido sobre o mercado financeiro transnacional –, como bons – alguém, a não ser os inimigos das liberdades públicas e da formação consciente da opinião pública – não confundir com formatação, como se processa com os grandes conglomerados da mídia, no Brasil e no exterior – poderia reprovar o papel libertador desempenhado pela internet na propagação plural de informações, fatos,

contextos, interpretações etc? Ora, ambos os fenômenos acima indicados são consequências do processo cada vez maior, célere, quase imediato, de comunicação, uma das causas da globalização, e que tem seu *locus* na rede mundial de computadores.

Quem pode descurar da ampla influência que o intercâmbio econômico desenvolve no processo de abertura e fechamento de vagas no mercado de trabalho: sempre que a indústria de um país logra obter mercado para os seus produtos no exterior é quase certo que, no país importador, postos de trabalho sejam fechados; afinal, a concorrência econômica pressupõe, em grande medida, desenvolvimentos tecnológicos, incremento de produtividade etc, sendo em nome desta competitividade que se tem observado um desmonte das conquistas sociais dos trabalhadores nos países, não somente nos periféricos. Quando o Reino Unido, sob o governo de Margareth Thatcher, desmontou as bases dos direitos sociolaborais, fê-lo a partir de um julgamento orientado por aquele acrônimo geralmente atribuído a Pierre Bordieu - *T.I.N.A* (“*There Is No Alternative*”) -, mas que na verdade foi inicialmente usado pelo Partido Conservador desde um bordão de marketing político (Baumann, 2006, p. 217).

É interessante notar que a simples nomeação desses fenômenos, dissociado de um referencial hermenêutico, caem no vazio, se constituindo, nesse sentido, em objeto de opiniões, nem sempre condizentes com uma apreensão racional da realidade, pois somente assim podemos aferir os pontos positivos e negativos daquilo que nos tocam.

Neste aspecto, as relações internacionais desenvolvem o papel de referencial hermenêutico aos fenômenos que transcendem o espaço nacional, tanto no nível político-jurídico das relações entre Estados Soberanos – o Direito Internacional público – como no nível privado, isto é, as relações jurídico-privadas travadas entre particulares no plano transnacional, como, por exemplo, as relações de trabalho e de consumo entre sujeitos situados em espaços distintos de nacionalidade.

## **Conceitos de relações internacionais e a relação com o Direito Internacional**

A expressão “relações internacionais” é ambígua, porquanto, com esta expressão se nomeiam pelo menos três fenômenos distintos, a saber:

- a) Sentido objetivo: identifica o fenômeno social, isto é, o conjunto de relações sociais desenvolvidas pelos atores internacionais nos mais variados campos – economia, política, cultura, tecnologia, religião etc – na sociedade internacional, entendendo esta expressão como o cenário externo no qual estão inseridas as sociedades nacionais. As relações internacionais se processam sempre além-fronteira, como acentua Pecequilo (2004, p. 15). Para Braillard (1990, p. 82-83, 86),

Relações Internacionais [...] constituem um objeto cujo estudo é hoje um local privilegiado de encontro de diversas Ciências Sociais [...] O que caracteriza propriamente as Relações Internacionais é o fato delas constituírem fluxos que atravessam as fronteiras [...]. Podemos pôr em evidência a especificidade das Relações Internacionais definindo-as como as relações sociais que atravessam as fronteiras e que se estabelecem entre as diversas sociedades.

Entretanto, o conceito objetivo de relações internacionais, quando compreendido numa conotação bastante estrita, é identificado pelo conceito de Política Internacional, isto é, às relações de coexistência, coordenação, cooperação e/ou de litígio entre Estados (Pecequilo, 2012, p. 19-28). Pode-se afirmar, nesse sentido, que o principal interesse dos Estados em suas relações recíprocas é, conforme Pecequilo (2012, p. 31)

[...] a preservação da segurança e da soberania. Para definir outros componentes deste interesse, o Estado atua como ser racional, avaliando seus riscos e seus benefícios. A cooperação, bi ou multilateral, é uma tática possível de ação, não assumindo o caráter de valor. Demandas morais e idealistas não devem ser levadas em conta

neste processo, uma vez que a política internacional e a doméstica representam esferas separadas e de lógicas distintas.

- b) Sentido subjetivo: identifica a relação concreta entre atores internacionais, isto é, as diversas relações subjetivas que os atores internacionais – públicos, privados e quase-públicos - empreendem na sociedade internacional, *v.g.*, o comércio entre parceiros transnacionais, a creditação de um representante diplomático no Estado receptor, a transferência tecnológica na aquisição de material bélico ou nuclear entre Estados, o ataque terrorista promovido por um grupo *jihadista* etc.
- c) Sentido lógico-científico: é o nome de um campo do saber das ciências sociais – Relações Internacionais -, que tem por “[...] objeto de estudo [as] Relações Internacionais [d]os atores, acontecimentos e fenômenos que existem e interagem no sistema internacional, ou seja, além fronteiras domésticas das sociedades [...] As Relações Internacionais consistem em uma forma organizada de pensar as relações sociais que se estabelecem além das fronteiras dos Estados, fornecendo parâmetros e instrumentais para interpretar e compreender este campo de ação externo” (Pecequilo, 2004, p. 15).

Característica epistemológica proeminente das Relações Internacionais é a multidisciplinaridade, já que tem por campo de especulação diversos eixos temáticos também desenvolvidos por outras disciplinas das ciências sociais, tais como o Direito, a História, a Ciência Política, a Economia etc. Como seja, para desenvolver a sua tarefa de compreensão e interpretação das relações internacionais, esta disciplina “toma emprestados” os conceitos de outras disciplinas para dar nova ressignificação na sua área de atuação e, assim, dar cabo de sua função (Pecequilo, 2004, p. 16).

Como se pode verificar, a relação entre relações internacionais e Direito Internacional se mostra, no mínimo, indissociável para a correta interpretação dos fenômenos jus-internacionais.

Contudo, essa indissociabilidade não pode ser confundida com identidade, isto é, entender que haja uma pura intercambialidade entre relações internacionais e Direito Internacional. São, em verdade, realidades fenomenológicas distintas, embora formem, no plano gnosiológico, a ideia de conjunto, no qual o Direito Internacional está contido no conjunto das relações internacionais (se identidade existisse, seriam círculos concêntricos).

Não formam identidade porque o Direito Internacional não encerra a única esfera normativa das relações internacionais, já que, além deste, de acordo com Neves (2009), temos o Direito Internacional privado, a *lex mercatoria*, a *lex digitalis* (o regime quase-público de gestão da internet), a *lex sportiva* (o regime privado de gestão das competições internacionais) e como salienta Gouveia (2005) o direito comunitário europeu, que, conforme amplamente aceito na doutrina internacionalista, se constitui em ramo autônomo do Direito Internacional.

Ademais, as próprias estruturas lógicas das Relações Internacionais e do Direito Internacional impedem qualquer tese de identidade, já que, como vimos, as Relações Internacionais formam uma disciplina hermenêutica, uma disciplina do ser, isto é, que descrevem as relações internacionais tal como elas são. Já o direito se constitui em uma disciplina deontológica, vale dizer, um ramo do dever-ser, cuja preocupação central é a de aplicar a sanção jurídica a um fato social subsumido na hipótese de incidência de uma norma. A Ciência Jurídica, também denominada Jurisprudência, é uma disciplina da decisão jurídica.

Destas diferenças decorrem tanto a não identidade como o vínculo de indissociabilidade entre Relações Internacionais e Direito Internacional, na medida em que o intérprete da norma jurídica não pode abstrair o contexto social no qual ela será aplicada, sob pena de não conferir eficácia social ótima à consequência jurídica, sendo as interpretações decorrentes das Relações Internacionais o melhor instrumental para se apreender a realidade social tal como ela se manifesta em sua concretude.

## **Da sociedade internacional: a infraestrutura das relações internacionais**

Conforme pudemos verificar, as relações internacionais, sob uma perspectiva objetiva, se caracterizam como o conjunto de relações sociais transnacionais (entre sujeitos privados, entre sujeitos públicos e privados, entre sujeitos públicos e quase-públicos e entre sujeitos privados e quase-públicos) e internacionais (entre sujeitos do Direito Internacional público, em especial os Estados), inclusive fenômenos de antijuridicidade, como os grupos criminosos transnacionais e *jihadista*, que se realizam além fronteiras, envolvendo uma diversidade contedística bastante ampla.

À infraestrutura social na qual se processam estas relações dá-se o nome de sociedade internacional, na qual os atores internacionais buscam a satisfação de seus respectivos interesses, seja através da cooperação ou do conflito.

É interessante notar que a sociedade internacional não tem um *locus* físico-geográfico determinado, um território demarcado a partir de longitudes e latitudes no espaço mundial. Por mais paradoxal que possa parecer, ela se constitui no conjunto de relações internacionais entre os atores internacionais, estejam eles onde estiverem. Este conceito é interessante porque nos retira a necessidade de situar um local para nos concentrarmos nas relações concretas, tal como elas se apresentam. Onde dois ou mais atores internacionais estiverem se relacionando, ali será a sociedade internacional.

Disto decorre a preferência por parte de alguns autores pelo emprego da expressão “sistema internacional” (Pecequillo, 2004) ou sociedade em sentido lato (Silva, 2002) para se referirem a este campo social, já que com essas expressões se procura identificar um conceito operativo de localização das relações entre atores internacionais, e não uma realidade objetiva.

Feita esta consideração, vejamos as características da sociedade internacional:

- a) **Universalidade:** a sociedade internacional é universal porque tem como referente geográfico todo o globo, já que identifica como internacionais ou transnacionais as relações dos atores internacionais onde quer que eles estejam.

- b) Abertura: qualquer pessoa, física ou jurídica, ou ente destituído de forma jurídica, que reunir as características que o qualifiquem como ator internacional atuará na sociedade internacional, independentemente de prévia aceitação, abarcando, inclusive, fenômenos de antijuricidade como, por exemplo, grupos criminosos transnacionais etc,
- c) Descentralização: a sociedade internacional não é um Superestado; não concentra em si, assumindo a posição de um “*tertio supra partes*”, o monopólio da força e do direito, inexistindo, mesmo, qualquer órgão com competência *erga omnes* para solucionar os conflitos que se manifestarem no plano internacional. Numa aceção negativa, a sociedade internacional é anárquica.
- d) Inexistência de hierarquia normativa: *prima facie*, a sociedade internacional não possui um ordenamento jurídico hierarquizado, com uma norma superior conferindo validade e legitimidade às demais normas. Regra geral, as normas internacionais têm o mesmo nível de validade, posto que provejam da vontade de seus próprios destinatários – os Estados. Contudo, contemporaneamente tem se forjado, tanto no nível doutrinário como na jurisprudência das Cortes Internacionais, a afirmação da existência de hierarquia normativa a partir do conceito de *jus cogens* (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados, de 1969, artigos 53 e 64).
- e) Inexistência de sujeitos, mas sim de atores: nas relações internacionais inexistente a figura do sujeito em sentido jurídico. O que existem são atores internacionais, sejam eles estatais ou não. O conceito de ator identifica a qualidade de atuação social, aqueles que aparecem no cenário internacional. A expressão “sujeitos” é reservada somente para os destinatários das normas do Direito Internacional público.



Neste sentido, é possível que façamos as seguintes comparações:

<b>Atores internacionais:</b> são as entidades, público ou privadas, lícitas ou ilícitas, que atuam na sociedade internacional.	<b>Sujeitos do Direito Internacional público:</b> são os destinatários das normas internacionais.
a) Estatais: Estados	a) Estatais: Estados
b) Não-Estatais: Organizações Internacionais, Beligerantes e Movimentos de Libertação Nacional, Pessoa Humana, Empresas Transnacionais, <i>mass media</i> , Organizações Não-Governamentais, Grupos de Pressão, Entidades Religiosas, Grupos Econômicos etc.	b) Não-Estatais: Organizações Internacionais, Beligerantes e Movimentos de Libertação Nacional, Pessoa Humana e a Santa Sé.

Vê-se, pelo quadro acima, que o plexo de atores internacionais é bem mais amplo do que o de sujeitos de Direito Internacional público.

### Tipologia das relações internacionais

As relações sociais, enquanto conceito geral, isto é, não reportáveis a um âmbito específico de atuação, são caracterizadas por aquilo que podemos denominar de imprevisibilidade: nós, de fato, não podemos saber, previamente, como o outro agirá. Podemos, quando muito, prever determinados comportamentos em face de sua reiteração no contexto histórico-social.

Não obstante, de acordo com Arendt (2005), as ações sociais concretas se encontrarem sob o manto da imprevisibilidade, o que implica sempre em insegurança e incerteza, nada impede que possamos tipificar os modos de atuação social para fins de compreensão da realidade.

Podemos subdividir os tipos de comportamentos internacionais em quatro – coordenações, reciprocidade e subordinação -, aos quais somamos mais uma, o conflito (o autor situa o conflito no plano da coordenação, que reputamos distintas):

- a) Coexistência: identifica o fato de que os Estados, em seu conjunto, formam uma sociedade de justaposição, na medida em

que cada um deles, tendo o direito de existir e continuar existindo, goza de todos os atributos que o Direito Internacional lhes atribui para, não somente defender seus próprios interesses na sociedade internacional, como também exigir a abstenção de qualquer intervenção externa em seus interesses internos. Em síntese, é a forma mais básica de atuação internacional, na medida em que os Estados reconhecem e se relacionam com outros Estados num nível básico de preservação da própria existência política independente.

- b) **Coordenação:** nessa modalidade, os atores internacionais, buscando a satisfação egoística de seus próprios interesses, se relacionam bi ou multilateralmente através de relações sinalagmáticas, como, e.g., nos tratados-contratos, o estabelecimento de relações diplomáticas e consulares etc. Coordenar, nesse sentido, significa ajustar interesses contrapostos.
- c) **Cooperação:** cooperar é, em seu étimo, operar com, em conjunto. Identifica, em outros termos, o comportamento pelo qual os Estados, abdicando da busca pela satisfação egoística de seus interesses nacionais, se unem a outros Estados numa atuação concreta e institucionalmente adequada para defenderem aquilo que se tem identificado como valores e interesses comuns (*common-shared values e common-shared interests*) da sociedade internacional. São significativos, nesse sentido, as criações de Organizações Internacionais, os regimes internacionais de cooperação, os tratados internacionais normativos acerca de Direitos Humanos, meio ambiente etc.
- d) **Conflito e/ou lide:** Como o sabe qualquer professor da disciplina, um dos primeiros problemas que é preciso ser enfrentado na compreensão do conceito de diferendo internacional é a necessária distinção entre conflito e guerra, internacional ou não. Com efeito, ao ler-se o disposto nos artigos 1.1 e 2.3 da Carta das Nações Unidas, o que o Sistema da Carta busca assegurar não é a inexistência de conflitos, conceito que pode ser interpre-

tado desde aquele que é dado pela ciência processual – pretensão resistida de interesse, no caso, nacionais ou internacionais entre Estados -, mas a guerra, entendida em sentido jurídico-internacional a contenda entre dois ou mais Estados por meio de suas forças armadas, com o propósito de sobrepor um ao outro e impor condições de paz aprazíveis ao vitorioso. Em síntese, no Sistema da Carta, objetiva-se a manutenção da paz internacional – entendida como a inexistência de conflitos armados entre Estados, obrigação que se estende inclusive para aqueles Estados que não são membros das Nações Unidas (artigos 2, 5 e 6 da Carta) -, mas não os conflitos de interesses. Se estes existirem, constitui-se em obrigação internacional dos Estados buscarem a solução do diferendo por formas pacíficas (artigos 2 e 3 da Carta) que, sendo uma obrigação de comportamento, abre um amplíssimo espaço para que eles escolham o meio de se obter a solução do conflito, conforme expresso no princípio de livre escolha dos meios (Declaração de Manila sobre a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais, Resolução 37/10 da Assembleia Geral das Nações Unidas (1982).

Importante salientar que, seja qual for o tipo de comportamento, é o Direito Internacional que permite a sua implementação, nos casos “a”, “b” e “c”, e a sua solução, no caso de “d”, seja pela forma pacífica ou não.

### **Teorias das relações internacionais: realismo e idealismo**

Como vimos acima ao estudarmos a sua tipologia, as relações internacionais abrangem um plexo bastante amplo de conteúdos e formas de interação, incluindo, sem qualquer ambiguidade, a possibilidade do conflito, jurisdicionalizável ou bélico, como, de resto, a história mundial nos tem demonstrado de forma bastante eloquente, podendo-se dar razão à afirmação de Bobbio (2003, p. 12): “(...) a paz continua a ser, como sempre foi, uma trégua entre duas guerras”.

A possibilidade de que os atores internacionais, em especial os Estados Soberanos, deem preferência ora a relações de coordenação ora a relações conflituosas – bélicas ou não –, está sujeito à contingência que caracteriza a sociedade internacional, a saber, a anarquia que, como vimos, é uma expressão que implica na ausência de um governo mundial, aquilo que Bobbio (2009) denomina de “terceiro ausente”, e que, caso existisse, deveria deter poderes suficientes para impor, pela força, o Direito Internacional.

Este modelo de abordagem é interessante para o tema que ora estudamos – as relações de trabalho no Mercosul –, porque põe de manifesto um problema que é sentido por qualquer pessoa que tenha um mínimo de atenção ao processo integrador sul-americano, a saber: apesar do discurso de integração regional, inclusive com o processo de admissão de um novo membro – a Venezuela – o Mercosul não logrou ainda, de forma plena, dar cumprimento à criação de um mercado comum. Qual a causa desse déficit?

No plano econômico não resta qualquer dúvida que a causa é a assimetria político-econômica de seus membros.

No plano político-jurídico, tem prevalecido a prática de proteção ao mercado interno dos Estados Membros, por força dos grupos econômicos de pressão nacionais, o que é incompatível com um mercado comum.

De um lado, portanto, cooperação – a constituição do Mercosul –, de outro, o conflito – a criação de barreiras à plena implementação do programa de integração. É óbvio que isto implica em grave crise sistêmica, a incidir, inclusive, sobre a circulação de pessoas e trabalhadores.

Esta ambiguidade nas relações internacionais, e que não é exclusiva dos países do cone sul, pode ser compreendida a partir de duas teorias, a saber: realismo e idealismo. Vejamos, pois, pormenorizadamente, quais as características básicas das mesmas, tendo sempre atenção, no entanto, ao que ensina Braillard (1990, p. 83): “A função da teoria consiste na explicação da realidade [...] e a esta função de explicação pode ser ligada uma função de previsão, consistindo esta em prever a evolução futura da realidade que é objeto da teoria”.

## **Realismo político: a aposta no conflito**

Do ponto de vista sistemático, o realismo foi elaborado como corpo doutrinário pelos teóricos das Relações Internacionais do século XX E. H. Carr, Hans Morgenthau, Henry Kissinger, dentre outros; do ponto de vista histórico, suas formulações encontram eco desde pelo menos o século IV a.C., com a obra de Tucídides – A História da Guerra do Peloponeso –, passando por Maquiavel e Thomas Hobbes.

### **Qual é a base de análise do realismo?**

A ideia de que as relações internacionais se desenvolvem essencialmente num âmbito anárquico – a Sociedade Internacional –, na qual a condição de permanência/sobrevivência do Estado está condicionada ao monopólio da força, orientada por uma visão egoística quanto à satisfação dos interesses nacionais. Mas porque caótica? Por falta de um “*tertio supra partes*” com poder de impor a obediência de um direito comum aos Estados Soberanos.

Sob esta ótica, embora os Estados sejam formalmente iguais (princípio da igualdade soberana), no plano fático eles são assimétricos (desigualdade estrutural, econômica, militar), donde se impor a busca pela satisfação dos interesses nacionais seja pela guerra ou por meio da diplomacia, entendida não como meio de cooperação, mas de coordenação ou pressão.

A visão realista das relações internacionais pressupõe, ademais, uma dissociação absoluta entre política e moral: “(...) a conquista e manutenção do poder político” segundo “uma dinâmica própria”, na qual “não se aplicam critérios valorativos ou morais, mas sim avaliações relativas à capacidade dos” Estados “para controlar suas unidades políticas” (Pecequillo, 2004, p. 116-117).

Assim, no foro das relações internacionais entre Estados, não haverá cooperação, mas equilíbrio; a conduta não será moral ou imoral, mas amoral, isto é, eficaz. A um questionamento: Por que o Estado “x” agiu de tal

forma? A resposta será: “Porque ele pôde. Porque na aferição dos ganhos e dos prejuízos, os resultados se mostraram mais vantajosos, apesar dos “efeitos colaterais””.

Assim, conforme explica Pecequillo (2004, p. 128): “O conceito chave do realismo político é o interesse definido em termos de poder que determina, na prática, as prioridades e o tipo de comportamento que um certo Estado terá no sistema internacional”.

O Estado, por ser soberano, define, por si mesmo, quais os objetivos que pretende alcançar, pondo o poder de que dispõe como instrumento para alcançá-lo. Assim, esquematicamente, pode-se sintetizar o realismo a partir dos seguintes pontos, de acordo com Pecequillo (2004, p. 136):

Natureza humana	Má, perversa. O homem é egoísta.
Características da Sociedade Internacional	Formando por Estados Soberanos; 3º ausente; anarquia; possibilidade latente da guerra.
Atores da Sociedade Internacional	Só os Estados.
Ordem da Sociedade Internacional	Equilíbrio de poder.
Conceitos centrais	Anarquia; poder; interesse nacional; estado; equilíbrio de poder.

### **Idealismo: a aposta na cooperação e nas instituições**

Diversamente do realismo, o idealismo entende que as relações humanas, no geral, e as relações internacionais, em especial, não devem ser compreendidas sob o espectro do conflito – luta pelo poder –, nem pelo amoralismo egoístico da razão de Estado, mas sim por uma postura cooperativa orientada por valores como forma de prevenção e solução dos conflitos.

O idealismo decorre de várias correntes do liberal-contratualismo setecentistas e oitocentistas, bastando lembrar, neste sentido, o famoso opúsculo de Immanuel Kant – “A Paz Perpétua” –, na qual propunha, dentre outros projetos, a formação de uma federação internacional de estados como condição de manutenção da paz e o estabelecimento de um direito

cosmopolita. Contemporaneamente, o idealismo ganha foros concretos na política internacional a partir dos XIV Pontos defendidos pelo presidente estadunidense Woodrow Wilson ao final da 1ª Guerra Mundial, e que levou à formação da Liga das Nações, de 1919, organização internacional que, ao final da 2ª Guerra Mundial, foi substituída pelas Nações Unidas. Desta mesma época, e decorrente do mesmo referencial político, foi criada a Organização Internacional do Trabalho – OIT, no Tratado de Versalhes.

Consequência proeminente do idealismo é o difundir-se, principalmente a partir do final da 2ª Guerra Mundial, de mais de uma centena de organizações internacionais, quer universais quer regionais, bem como das normas internacionais de Direitos Humanos, cujo início se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

O idealismo, também denominado de institucionalismo (Instituições e Normas: organizações internacionais, tratados internacionais, Direitos Humanos etc), parte do princípio central de que a vida em sociedade está submetida à ideia de progresso (hoje desenvolvimento), que permite ao homem transitar de um *status* de barbárie para um *status* de contínua nobilitação, vale dizer, de aperfeiçoamento, cabendo ao Estado, no plano interno, e a sociedade internacional, no plano externo, assegurar as condições necessárias e legítimas para a sua emancipação.

O Estado representa a transição de um regime caótico para um modelo civilizado de organização, fundado essencialmente sobre o pressuposto cooperativo. Aquilo que os Estados devem cumprir no plano interno – defesa da dignidade humana, emancipação do ser humano, desenvolvimento – também se impõe à sociedade internacional, devendo os Estados renunciarem à satisfação exclusiva de seus interesses nacionais para buscarem, em conjunto, o desenvolvimento coletivo.

Subjaz na ótica idealista uma imagem bastante positiva do homem, segundo a qual ele é naturalmente bom, e continuará a sê-lo se lhe forem conferidas as condições socioculturais para se desenvolver, o que pressupõe, de outro giro, instituições forjadas por sobre valores, dentre os quais a paz, Direitos Humanos e democracia etc.

É sob esta compreensão que se deve analisar a proscrição da guerra como conduta legítima dos Estados, seja para fins de interesses nacionais ou de interesses internacionais, conservando-se uma única modalidade válida de guerra: a legítima defesa.

No mais, guerra e paz passam a ser interesses coletivos, e somente em nome da coletividade de estados que se pode fazer guerra. É o chamado princípio da segurança coletiva, cuja formulação universal está contida nos Capítulos V, VI e VII da Carta da ONU, este último prevendo a legitimidade dos acordos regionais de defesa coletiva, de que são exemplo a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), contido no Pacto do Rio, de 1947.

Desta sorte, o idealismo pode ser sintetizado a partir dos seguintes pontos (Pecequillo, 2004, p. 156)

Natureza Humana	O homem é naturalmente bom.
Características da Sociedade Internacional	Anárquica na origem; cooperação latente; institucionalização progressiva; proscrição da guerra; cooperação; desenvolvimento.
Atores da Sociedade Internacional	Estados; Organizações Internacionais.
Ordem da Sociedade Internacional	Da anarquia à ordem; projeto de paz perpétua.
Conceitos centrais	Cooperação; organizações internacionais; interdependência; transnacionalização.

### **Uma síntese possível...**

A partir destas duas correntes, é possível que consigamos estabelecer o papel que elas jogam na compreensão do Direito Internacional.

1º ponto: realismo e idealismo, embora excludentes no plano teórico – lógica do ou/ou -, no plano fático coexistem como vetores possíveis na atuação dos Estados na sociedade internacional.



2º ponto: a propensão da política externa pelo vetor realismo leva a uma prática funcional-pragmatista, cujo objetivo é a obtenção de vantagens; se o vetor for o idealismo, a abordagem será axiológica, com renúncia a ganhos imediatos e aposta na cooperação internacional, da qual as organizações internacionais e os projetos de integração são resultados paradigmáticos.

3º ponto: nenhum Estado é totalmente realista ou totalmente idealista. Existe, isto sim, uma propensão, dada às condições históricas concretas, à adoção de uma ou de outra; basta pensarmos que nenhum governo deixará de atender às pressões internas para abraçar, no plano externo, a cooperação desinteressada.

4º ponto: a sociedade internacional, conforme ensina Pastor Ridruejo (1992), não é estanque, mas dinâmica, isto é, está em constante reestruturação, vigorando, no plano fático, duas estruturas distintas: a justaposição, em que cada Estado se contrai em torno de seus interesses nacionais, agindo sempre com vistas à própria promoção. É o paradigma clássico, em que a figura da justaposição implica na formação de uma estrutura em que seus diversos componentes, embora relacionados, são independentes. A outra é a cooperação, isto é, a crescente institucionalização da sociedade internacional, tendo como alvo utópico a Comunidade das Nações. Neste modelo, a cooperação orientada por valores é o modelo de comportamento, já que neste regime vai ocorrendo, progressivamente, a transferência de competências até então nacionais para o plano externo, em especial para as organizações internacionais (*v.g.* Direitos Humanos, desenvolvimento, assistência humanitária etc). Na estrutura justaposta, prevalece o realismo e na cooperativa, o idealismo; naquela, uma visão voluntarista das relações internacionais, nesta uma visão fundada no valor emancipatório do direito (Pastor Ridruejo, 1992).

5º ponto: a própria estrutura das normas internacionais permite uma ambiguidade na atuação dos Estados. Com efeito, as normas internacionais podem ser divididas em “normas de comportamento” e “normas de resultado”. Naquelas, a determinação de um modo de agir sem determinar o fim imediato; nestas, um fim a ser atingido com a conduta, mas sem determinar o modo persecução do fim. Como exemplo de normas de comportamento,

temos o princípio da solução pacífica dos conflitos: qual forma? Como exemplo de norma de resultado, temos o princípio da não-discriminação de produtos, o que enseja, em caso de atividade contrária, a retorsão legítima pelo Estado lesionado. Contudo, tanto em uma como na outra, nada obsta que se insinue no agir estatal formas incompatíveis com o Direito Internacional (Pastor Ridruejo, 1992)

A ideia de que o Direito Internacional é composto, no mínimo, por normas imperfeitas, e no polo mais extremo, que ele inexistente senão como expressão da vontade dos Estados fortes e poderosos é, como se verifica, incompatível com a realidade da sociedade internacional e com a própria prática do Direito Internacional: nenhum Estado descarta a importância das normas internacionais. Antes, a luta pelo estabelecimento de determinado projeto nos tratados internacionais se constitui em luta renhida, ou encarniçada como o afirma Pastor Ridruejo (1992), pois o princípio *pacta sunt servanda* é reconhecido como parâmetro pelo qual os Estados serão admitidos na convivência internacional, o que afasta, como se pode perceber, um puro realismo.

### **O Direito Internacional Econômico e o Direito Internacional da Integração: conceitos essenciais**

Envolve um truísmo bastante conhecido na Jurisprudência a afirmação segundo a qual “*ubi societas, ibi jus*” (onde há sociedade há direito), bem como o seu inverso complementar “*ubi jus, ibi societas*” (onde há direito há sociedade), expressões que provam a indispensabilidade do direito como instrumento de organização social e, de outro lado, a ideia de que somente haverá sociedade se presentes normas jurídicas (Reale, 1996).

Esta indispensabilidade ocorre tanto no plano interno, a chamada sociedade nacional, como também na realidade externa, denominada sociedade internacional, em que, tanto em uma como na outra, o direito se faz presente como modelo de regulação recíproca entre os sujeitos de direito, podendo-se, portanto, concordar com Santi Romano (*apud* Reale, 1996, p.

2) quando afirma que o direito é a “(...) realização de convivência humana ordenada”.

Fiquemos, portanto, com este fundamento, do qual segue o conceito, segundo o qual o Direito Internacional se constitui no “[...] conjunto de princípios e regras, de natureza jurídica, que disciplinam os membros da sociedade internacional, ao agirem numa posição jurídico-pública, no âmbito das suas relações internacionais” (Gouveia, 2005, p. 8) isto é, o conjunto de normas jurídicas criadas pelo conjunto de instituições sociais existentes na sociedade internacional e que tendem à regulação das relações jurídico-políticas dos sujeitos internacionais.

Ademais, assim como a sociedade nacional conhece o fenômeno jurídico constituído como unidade e ordem, isto é, na forma de um sistema unitário e aberto (Canaris, 1996), orientado por princípios gerais de direito, mas que, por questões propedêuticas se estuda de forma compartida, quer a partir das relações jurídicas básicas – direito público e direito privado –, quer em relação com o conteúdo das normas jurídicas, no qual cada um destes campos é subdividido em disciplinas particulares – *v.g.*, no direito público, os direitos constitucional, administrativo, tributário, processual etc, e no direito privado, o direito civil e o direito comercial –, o mesmo se processa no Direito Internacional.

Sistematicamente, ele se conforma em uma unidade fundada sobre os princípios gerais do Direito Internacional (Riduejo, 1992)– *v.g.*, da igualdade soberana, da não intervenção, da solução pacífica dos conflitos, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, *pacta sunt servanda*, *bona fides* etc –, mas que no campo contudístico é subdividido em uma série de “direitos internacionais” que se fundamentam, em último grau, no conteúdo material das normas em presença, o que gera uma relativa autonomia a estes diversos campos.

Disto decorre, então, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Econômico, o Direito Internacional do trabalho, o Direito Internacional ambiental, o Direito Internacional penal, o Direito Internacional das relações diplomáticas e consulares, o Direito Internacional da guerra e da paz, o Direito Internacional do desenvolvimento, o Direito Internacional dos tratados internacionais e, assim, sucessivamente.

A nossa disciplina tem como escopo o estudo do Direito Internacional Econômico, e em nível mais estrito, o Direito Internacional da integração, e em nível estritíssimo, as relações de trabalho no processo de integração do Mercosul. Para chegarmos neste último ponto, temos, obviamente, que passar pelo primeiro.

## **O Direito Internacional Econômico**

Já tivemos a oportunidade de verificar aquilo que poderíamos denominar de duplicidade da estrutura da sociedade internacional, isto é, a justaposição e a coordenação, sendo esta duplicidade que nos permite compreender a origem e o desenvolvimento do chamado Direito Internacional Econômico, mas não somente dele. Pode-se afirmar que o Direito Internacional contemporâneo se qualifica em razão do desenvolvimento cada vez mais amplo de processos de cooperação do que pela permanência do modelo justaposto.

Isso fica mais evidente quanto se tem em conta que o fator decisivo para o surgimento do Direito Internacional Econômico foi o aparecimento do Estado Social de Direito, também denominado de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), que substituiu ao Estado Liberal de Direito.

A nota distintiva entre os dois tipos de Estado que nos importa no presente estudo, dentre muitas outras, é a intervenção, por parte do Estado Social de Direito, nas relações econômicas, seja por meio da regulação e exploração dos processos econômicos, seja por meio da asseguaração dos chamados direitos sociais, cuja cifra mais evidente são os direitos trabalhistas.

Ao renunciar o absentismo do Estado Liberal, o Estado Social de Direito passa a exercer forte influência no processo de produção econômica, seja diretamente, através das empresas públicas, seja mediatamente por intermédio da legislação, o que deu azo ao surgimento do direito econômico em nível interno e, no plano externo, ao Direito Internacional Econômico.

Neste sentido, Mello (2002, p. 1637) pôde afirmar que “A intervenção estatal começa a partir da década de 1930 quando há uma “publicização das

relações econômicas internacionais”. Para Vellas (*apud* Mello, 2002), cerca de 80% das regras de Direito Internacional que entraram em vigor após 1945 são de natureza econômica.

Também ocupou papel importante na origem e desenvolvimento do Direito Internacional Econômico o surgimento e difusão da chamada teoria da interdependência, teoria que surge, de acordo com Pecequilo (2004) como evolução da doutrina idealista. Para este corrente, desenvolvida inicialmente por Robert Keohane e Joseph Nye Jr, a interdependência tem sua fundamentação na necessidade de interação entre os Estados a partir de três premissas, conforme Vaz (2002, p. 134): “a) a existência de canais interestatais, transgovernamentais e transnacionais conectando a sociedade; b) a multiplicidade de temas na agenda internacional sem um claro ordenamento hierárquico; c) o não emprego da força militar entre as partes em situações ou temas que conformem uma relação de interdependência complexa”.

Conforme explica Vaz (2002, p. 34), “(...) os objetivos dos Estados variam segundo o tema ou a área de interesse, o que causa a eles maiores dificuldades na alocação de recursos e no emprego de instrumentos de poder”, sendo que, neste sentido, “(...) as organizações internacionais desempenham papel na determinação da agenda e atuam na formação de coalizões, constituindo arenas políticas para a atuação dos Estados mais fracos [...]”, de modo que “[...] a interação entre Estados, e destes com os demais atores, acarreta uma condição em que a cooperação se faz necessária e será empreendida segundo os recursos e instrumentos adequados a cada área. Gera-se, assim, uma forma de interdependência política [...]” (Vaz, 2002, p. 34).

É sobre estes parâmetros que podemos compreender o Direito Internacional Econômico.

Para Schwarzenberger (*apud* Mello, 2002, p. 1637), o Direito Internacional Econômico pode ser conceituado como “[...] o ramo do DIP que trata da: a) propriedade e exploração dos recursos naturais; b) produção e distribuição de bens; c) [...] transações internacionais de aspecto econômico

ou financeiro; d) moeda e finanças; e) matérias relacionadas; f) o 'status' e a organização dos que se encontram empenhados em tais atividades”.

Para D. Carreau (*apud* Mello, 2002, p. 1637), o Direito Internacional Econômico é o ramo que “[...] regulamenta, de um lado a instalação sobre o território dos Estados de diversos fatores de produção (pessoas e capitais) que provenham do estrangeiro e, de outro lado, as transações internacionais aos bens, serviços e capitais”, tendo como subdivisão básica “[...] a) direito dos investimentos; b) direito das relações econômicas; c) direito das instituições econômicas; d) direito das integrações econômicas regionais; e) direito da situação do estrangeiro”.

São exemplos de instituições internacionais surgidas a partir do desenvolvimento do Direito Internacional Econômico: a) no plano financeiro: Fundo Monetário Internacional (Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional, 1944), o Banco Mundial, por sua vez composto pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento e a Associação Internacional de Desenvolvimento (Bretton Woods, 1944), em nível regional o Banco Interamericano de Desenvolvimento (a partir de uma conferência no seio da OEA, 1959) e em nível comunitário, o Banco Central Europeu (Tratado de Maastricht, 1991). No campo comercial, temos o GAAT [*General Agreement on Tariffs and Trade*] (Genebra, 1947), substituído pela Organização Internacional do Comércio (Montevideu, 1993 – Marrakesh, 1994), e diversos acordos regionais, que também podem ser subsumidos no campo da integração regional, dentre os quais se destacam o MERCOSUL, o Pacto Andino, o NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte), a CARICON (Comunidade do Caribe), e o projeto do NAFTA (Acordo de Livre Comércio das Américas), e o exemplo mais significativo que é a União Europeia.

O Direito Internacional Econômico, quando comparado com o Direito Internacional clássico, de matriz eminentemente estatal, reúne uma série de características que o tomam mais dinâmico e bastante diverso em relação àquele, permitindo a sua contínua adequação às transformações da sociedade internacional, quais sejam (Mello, 2002, p. 1640):

- a) prevalece o empirismo em detrimento do formalismo, dado a sua orientação não pelo princípio da soberania, mas sim pela interdependência;
- b) pragmático (é um direito de resultados concretos), donde a existência de sistemas de soluções de controvérsias;
- c) é fluído e tem mobilidade, uma vez que as suas normas são regidas no condicional, e não no imperativo;
- d) possui vocação supra estatal, além de transnacional, vale dizer, abarca não somente os atores estatais e as organizações internacionais, como também os atores transnacionais, como as empresas transnacionais, os grupos de investimento etc.
- e) desconhece a distinção entre direito público e direito privado, donde serem objeto de sua regulação tanto as relações entre Estados, como as relações entre sujeitos privados, *v.g.*, empresas e a pessoa humana.

Como o Direito Internacional Econômico tem uma clara matriz liberalizante, isto é, foca sua preocupação essencial sobre o regime de produção, circulação e acúmulo de riquezas no plano transnacional, é evidente que se não pode exigir deste campo do Direito Internacional uma preocupação puramente centrada na pessoa humana. É um direito a serviço da economia, na qual a pessoa humana comparece mais como justificativa para determinadas condutas do que como fim da atuação dos atores internacionais.

A pessoa humana comparece no Direito Internacional Econômico somente no setor do chamado Direito Internacional do desenvolvimento, ramo que tem por função a ingrata tarefa de procurar pôr o direito econômico a serviço não só dos interesses privados, mas sim da coletividade, pois se constitui em verdadeiro projeto de solidariedade internacional. Neste sentido, a expressão “desenvolvimento” ganha uma abrangência muito maior do que aquela contida no desenvolvimento econômico, medido pela variação do produto interno bruto (PIB). Nesta seara, desenvolvimento é sinônimo de desenvolvimento sustentável, o que implica na implementação concomitante dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, isto é, todos os Direitos Humanos, concebidos

com indivisíveis e interdependentes (a este respeito, consultar a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, em especial o artigo 8º).

Desta sorte, torna-se de mais fácil apreensão os princípios jurídicos que fundamentam o direito econômico. O tema também está exposto na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1974. Conforme Mello (2002, p. 1638),

- a) o Estado está proibido de introduzir restrições comerciais discriminatórias, seja por meio fiscal seja por meio extrafiscal;
- b) o Estado, como regra geral, não pode impedir o pagamento de lucros de investimentos estrangeiros realizados em seu território.
- c) os Estados devem cooperar na estabilização dos preços das mercadorias;
- d) os Estados devem evitar o “dumping” (ato de vender grandes quantidades de um produto a um preço muito baixo ou dissociado do valor de produção; no plano do comércio internacional pressupõe vender no mercado externo com preço abaixo do praticado no comércio interno) e a criação de estoques que interfiram no desenvolvimento de países subdesenvolvidos;
- e) tendência progressiva à eliminação das barreiras comerciais;
- f) tendência progressiva para reduzir restrições quantitativas das importações em relação às exportações;
- g) assistência econômica aos Estados subdesenvolvidos.

O processo de cooperação econômica pressupõe uma série de cláusulas específicas que têm por finalidade a preservação do regime cooperativo, seja ao instituir regime mais favorável aos pactuantes, seja ao prever um regime diferenciado para os Estados que estiverem em situação econômico-financeira mais frágil, ou mesmo a possibilidade de ingresso de novos membros.

Estas cláusulas são as seguintes: a) cláusula da nação mais favorecida; b) cláusula *si omnes*, c) cláusula de adesão e d) cláusula de salvaguarda.

Vejam, pois, a especificidade de cada uma delas:



- a) **cláusula da nação mais favorecida:** é a regra que estabelece a garantia de que o Estado que tenha firmado um regime comum de cooperação econômica seja favorecido caso o Estado consorciado venha a estabelecer um regime mais benéfico para outro Estado, versando sobre o mesmo tema. *E.g.:* se os Estados “A” e “B” estabelecerem, para fins de exportação/importação, alíquota correspondente a 5% sobre o valor do bem “X”, e o Estado “A” firme com Estado “C” idêntica hipótese, mas com alíquota 0%, pela cláusula da não mais favorecida esse benefício deverá ser automaticamente concedido ao Estado “B” (Pereira, 2006, p. 75). Como afirma Silva (2002, p. 79), é uma forma de “[...] ampliar automaticamente a uma série de Estados as vantagens de um tratado”.
- b) **cláusula *si omnes*:** é possível que os Estados condicionem a entrada em vigor do tratado internacional à ratificação por todas as partes contratantes, de forma a se impedir a quebra da igualdade jurídica entre os pactuantes. Teve aplicação no Tratado de Maastricht, de 1992. No caso do Mercosul vigora para fins de admissão de um novo membro, como é o caso da Venezuela, cujo processo de adesão já foi aprovado pelo Brasil e a Argentina, restando ainda o Paraguai e o Uruguai.
- c) **cláusula de adesão:** regra geral, os tratados de direito econômico visam atrair o maior número de Estados Partes, podendo ser limitado o ingresso a critérios regionais, como é o caso da União Europeia ou do Mercosul, restrito aos Estados, respectivamente, da Europa e da América do Sul, donde serem denominados de tratados abertos. Disso a previsão da cláusula de adesão, que “[...] permite a um Estado não contratante tornar-se parte do tratado” (Silva, 2002, p. 81)
- d) **cláusula de salvaguarda:** “[...] é permissão dada a um Estado para não cumprir integralmente um tratado por motivos de desequilíbrio econômico” (Silva, 2002, p. 79). Esta cláusula é muito importante por conta do princípio geral que orienta o

cumprimento dos tratados internacionais, o *pacta sunt servanda*, pelo qual, o tratado faz lei entre as partes, devendo ser cumprido de boa-fé (artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969). Caso não fosse prevista a hipótese de salvaguarda, apesar do desequilíbrio econômico, o Estado poderia ser demandado, de modo a ser obrigado a cumprir a obrigação assumida.

Merece especial atenção o fato de que estas cláusulas, como um todo, não têm aplicação estrita em matéria de Direito Internacional Econômico, em especial as cláusulas de adesão e salvaguarda, já que nada impede que sejam previstas em tratados que tenham conteúdo diverso. O que se pretende sustentar é que, nos tratados da matéria ora versada, estas cláusulas têm papel preponderante no estabelecimento das obrigações recíprocas.

Tema importante existente em matéria de Direito Internacional Econômico é aquele pertinente à integração entre estados, tema que será discutido logo a seguir.

## **O Direito Internacional da Integração**

Já tivemos a oportunidade de verificar que a ideia de integração econômica tem sua fundamentação teórica na doutrina da interdependência.

Para esta corrente, a pluralidade de interesses a que os Estados buscam atender, dispersos em direções múltiplas, não permitem que eles atuem de forma isolada, mas antes que busquem a constituição de organizações internacionais que atuariam de forma concentrada na busca da satisfação dos interesses, nessa medida compreendidos como gerais.

Assim, para ficarmos no exemplo do comércio internacional, sob a perspectiva realista, os Estados buscam conquistar, isoladamente, mercados para os seus produtos, e o modo pelo qual eles agem recebe o nome de imperialismo. Já na perspectiva da interdependência, a necessidade de buscar um maior implemento do comércio internacional, com a abertura de mercados até então fechados ou parcialmente abertos, segundo regras comuns, leva os Estados à constituição de diversas organizações

internacionais, sejam as de modelo universal, tais como a OMC e a CNUCED (UNCTAD) [Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento], sejam as de caráter regional, isto é, restritas a uma determinada área geográfica, tais como a União Europeia, o Mercosul, o Pacto Andino, a ALCA etc.

Neste sentido, ensina Vaz (2002, p. 35):

Quando conduzida sob a forma de regime, a cooperação internacional é normalmente voltada para o atendimento a demanda que exige algum grau de coordenação e em torno do qual registra-se convergência ou mesmo grande compatibilidade de interesse entre os Estados. Reflete, ao mesmo tempo, a disposição destes de tomarem decisões conjuntamente e estabelece uma forma de organização cooperativa que supõe aquiescência e acatamento a fim de produzir ou evitar resultados em uma área temática.

Com essa visão [...] a cooperação internacional estaria estruturada em áreas específicas e suporia uma condição em que os Estados optam por não exercer, em plena extensão, a prerrogativa de decidir e agir por si mesmos e por seus próprios meios em temas de interesse e alcance coletivo.

Esta perspectiva levou à formação, no âmbito do Direito Internacional Econômico, à chamada nova ordem econômica internacional, na qual prepondera a presença de blocos econômicos que passam a atuar coletivamente e podem ser divididos em três: econômicos, comerciais e de produção (Silva, 2002, p. 5-6)

Os *blocos econômicos* caracterizam-se pela livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Exemplo típico é o da União Europeia – UE, sendo o objetivo a ser alcançado pelo Mercado Comum do Sul – Mercosul.

Os *blocos comerciais* caracterizam-se pela concessão de maiores vantagens comerciais entre os seus membros, como forma não só de incrementar exportações e importações, mas também de conter a imigração dos países menos desenvolvidos para os mais desenvolvidos. É o caso

do Acordo de Livre Comércio da América do Norte – Nafta, área de livre comércio instituída entre EUA, Canadá e México.

Os *blocos de produção* são sistemas produtivos que operam de forma concertada. O Estado mais forte economicamente é abastecido pelos produtos semiacabados e suprimentos dos países vizinhos, reduzindo o custo final de seu próprio produto. A expressão mais concreta desse bloco é apresentada na relação entre o Japão e os *Tigres Asiáticos*: o Japão estruturou uma rede de produção de diferentes níveis tecnológicos, em que os *Tigres Asiáticos* recebiam a transferência de tecnologia e fases da cadeia produtiva que passavam a ser consideradas não prioritárias à economia japonesa.

Vê-se, sem muito esforço, que a chamada nova ordem econômica internacional privilegia diferentes tipos de coordenação, desde aquelas que, apesar das assimetrias, buscam vencê-las para integrar em um regime equilibrado os Estados envolvidos – blocos econômicos e blocos comerciais –, até aqueles que, apesar da coordenação, buscam manter as dissimetrias, mormente no campo da produção tecnológica. Sob esta perspectiva, se reproduz aquilo que se tem afirmado desde o início: os efeitos da globalização, em especial no plano da economia, não são totalmente bons ou maus; são, como qualquer fenômeno social, um amálgama destas consequências, cabendo aos Estados, cooperativamente, buscarem diminuir os níveis de desconforto e assimetrias como forma de implementação de um processo de desenvolvimento equânime.

### **A integração econômica regional: conceitos e condições**

O cientista político tcheco de ascendência alemã, naturalizado americano, Karl W. Deutsch foi um dos pioneiros na análise dos processos de integração regional, conforme se constata em seu livro *El análisis de las relaciones internacionales*. Para este autor, o processo de integração regional somente é possível caso se preencham àquilo que ele denominava de condições antecedentes essenciais, a saber:

1. Compatibilidade mútua dos principais valores para a conduta política.
2. Um modo de vida particular e atrativo.
3. Esperança de laços econômicos mais importantes e rendimentos ou prêmios compartilhados.
4. Um marcado incremento nas capacidades políticas ou administrativas, pelo menos de algumas das entidades participantes.
5. Desenvolvimento econômico superior de pelo menos algumas das unidades participantes (cotejadas com os territórios vizinhos situados fora da zona de integração programada).
6. Alguns vínculos substanciais não interrompidos de comunicação social através das fronteiras mútuas dos territórios a integrar, e através dos grupos de alguns dos estratos sociais mais importantes que neles existam.
7. Uma ampliação da *elite* política pelo menos dentro de algumas unidades políticas, e para a comunidade mais ampla em surgimento, como um todo.
8. Uma mobilidade geográfica e social de pessoas relativamente alta, pelo menos entre os estratos politicamente importantes.
9. Multiplicidade do alcance dos fluxos das comunicações transnacionais mútuas.
10. Alguma compensação geral das recompensas nos fluxos de comunicações e transações entre as unidades a integrar.
11. Uma frequência significativa de mudanças nos grupos existentes (tais como o de maioria ou minoria) entre as unidades políticas.
12. Previsibilidade mútua em relação às condutas (Deutsch, 1970, p. 227-228, livre tradução, destaques no original).

O preenchimento destas condições torna possível, segundo Deutsch, o estabelecimento do projeto de integração regional, pois estabelece, entre os Estados envolvidos, três disposições políticas distintas, a saber: “1. Aceitar e apoiar as instituições governamentais comuns. 2. Outorgar uma lealdade política extensa e generalizada a estas instituições e à preservação da comunidade amalgamada. 3. Operar estas instituições comuns com

adequada atenção e sensibilidade mútua para as mensagens e necessidades de todas as unidades participantes” (Deutsch, 1970, p. 230).

Frente a este panorama, é possível conceituar a integração regional como sendo o “[...] processo político entre governos nacionais visando a redução de barreiras que limitam o comércio recíproco [...]” na qual “[...] são imprescindíveis mudanças coordenadas em âmbito político, econômico e social nos países envolvidos em tal processo” (Silva, 2002, p. 347).

Já Husek (2004, p. 158) conceitua a integração regional da seguinte forma: “[...] estratégia política induzida pelos agentes econômicos e implementada por intermédio do Estado, por via de compromissos internacionais e supranacionais, geradora de unificações aduaneiras, mercados comuns e uniões econômicas”.

A integração regional foi concebida, inicialmente, para estabelecer a cooperação econômica entre os Estados envolvidos. Contudo, o desenvolvimento progressivo da ideia de interdependência forjou os projetos de integração política, isto é, a constituição de um regime comunitário de nível transnacional, no qual os Estados não somente cooperam em nível econômico, mas antes transferem parte de suas competências nacionais para um governo comunitário comum, de nível supranacional, cujo direito passa a regular o exercício daquelas competências, prevalecendo o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, num complexo sistema de freios-e-contrapesos.

Vejamos, portanto, as fases de integração nas linhas que seguem.

### **Fases da integração regional**

A integração regional não acontece a partir de um ato único, de uma vez por todas, mas antes obedece a um processo de contínua integração cooperativa entre os Estados envolvidos, e que tanto pode se fixar somente no aspecto econômico, através de vários modelos, como em um modelo de integração monetária, isto é, a adoção de uma moeda única, o que implica na adoção de uma política fiscal, financeira e monetária comuns, como pode, por fim, se constituir em união política, com

a fundação de um sistema jurídico comunitário, como é o caso da União Europeia ainda em processo de constituição.

Importante notar que se fala aqui em fases, em processos contínuos de complexação do processo de integração, vale dizer, o início em um determinado modelo, até culminar, caso se encontrem presentes as condições necessárias, no modelo mais complexo, que é a integração política, num complexo sistema de círculos concêntricos, em que o menor é sempre abrangido pelo maior.

Vejamos, pois, estas fases:

I) **Zona de livre comércio:** é o processo de integração comercial entre Estados, através do qual se pactua o desagravo recíproco das alíquotas de importação que incidem sobre os respectivos produtos até atingir alíquota “0%”. Insta lembrar que as barreiras comerciais podem ter natureza tarifária e não tarifária, sendo que esta fase de implementação atinge somente àquelas. Ademais, o processo não implica na redução imediata, mas sim progressiva, de modo a se permitir a contínua adequação dos mercados envolvidos frente à concorrência internacional. Disto decorre o processo de negociação quanto à lista dos bens/produtos que não serão objeto de redução, pois neste caso se pretende proteger da concorrência os setores mais sensíveis e/ou importantes da pauta comercial nacional.

II) **União aduaneira:** se a zona de livre comércio se caracteriza pelo progressivo desagravo das alíquotas de importação entre os Estados membros, a união aduaneira irá se caracterizar, na expressão bastante interessante de Pereira (2006, p. 153), como “um muro de proteção contra o ataque de produtos de fora do bloco”, isto é, a fixação pelos Estados membros da TEC – Tarifa Externa Comum. Com ela, o “(...) bloco econômico regional (...) imped[e] que terceiros Estados com os quais algum membro já tenha relações comerciais privilegiadas lancem mão destas para “acessar” o novo mercado valendo-se do benefício da alíquota convergente para zero”. Para que isso ocorra, os Estados pactuam um percentual bastante elevado de nacionalização do produto, isto é, que ele tenha sido total ou em maior parte produzido no país membro, sob pena de não gozar do benefício da aliquotação regressiva ou em 0%.

III) Mercado comum: enquanto os modelos anteriores têm foco no implemento do intercâmbio de mercadorias, o mercado comum pressupõe uma fase posterior, que abarca aqueles dois, e se volta para a integração dos indivíduos, dos serviços intrabloco e do capital. Isto quer significar que o mercado comum tem como projeto a integração a partir de cinco liberdades básicas, a saber: a) livre circulação de bens: abertura irrestrita das barreiras alfandegárias para que haja a livre circulação de bens intrabloco; b) livre circulação de pessoas: abertura ao tráfego dos cidadãos do bloco de forma desimpedida, inclusive com a permissão para trabalhar, com as mesmas garantias asseguradas aos cidadãos do país receptor, o que pode incluir o registro nas respectivas entidades de representação profissional; c) livre prestação de serviços: os prestadores de serviços recebem tratamento favorável para atuarem nos territórios intrabloco, recebendo seus honorários no local de execução do serviço. Referida liberdade tem por fim o aperfeiçoamento ou mesmo a supressão de défices de serviços nos Estados membros; d) liberdade de circulação de capitais: é o fator que gera a plenitude do comércio no interior do bloco, pois todas as operações relativas à exportação e importação, investimentos diretos ou indiretos estarem acobertadas pela disponibilidade dos meios de pagamento, isto é, a circulação de riquezas sem embaraços fiscais ou controles excessivamente rígidos das autoridades financeiras; e por fim, e) liberdade de concorrência: é o mecanismo de base da economia de mercado, ensejando que a relação de consumo possa ser exercida com serviços prestados por qualquer empresa intrabloco, mediante a instituição de concorrência econômica, com regras comuns para empresas e empresários. Tem especial atenção no que concerne ao fornecimento de bens ou serviços ao poder público.

IV) **União econômica e monetária:** a integração monetária é o processo posterior à integração comercial e econômica, pois se caracteriza pela adoção de uma moeda comum, requerendo “[...] uma política econômica e cambial unificada, o que sugere um Banco Central único e que se coloque acima dos interesses individuais dos Estados signatários” (Pereira, 2006, p. 154). Com isso, o “[...] sistema financeiro passa a ter um único planeja-



mento, um único banco central, agregando o conjunto de bancos centrais dos diversos países” (Husek, 2004, p. 161)

V) **União política:** é a fase ainda por implementar em todos os modelos de integração regional hoje existentes. Isto porque a união política estabelece, como condição necessária, a unidade de representação política, isto é, a constituição de “*tertio supra partes*”, com poderes de governmentamento sobre os Estados membros.

O projeto de integração europeu, como o afirmam Bobbio (2009, p. 278) e Deutsch (1970, p. 220-223) foi forjado a partir da ideia da Federação Europeia, o que ensejaria, no processo final da integração, à formação de uma união política. Contudo, por diversos motivos, *v.g.* a grave crise financeira pela qual passa o bloco nos tempos que correm; a recusa quanto à aprovação da Constituição Europeia em 2005 pelos cidadãos do bloco; a crise de legitimidade pela qual passam as suas instituições, em especial o Parlamento Europeu, a Comissão Europeia e o Conselho de Ministros, à qual se acusa de agravarem o déficit democrático; a crise do princípio da tolerância quanto aos imigrantes legais ou ilegais, que se tem manifestado em todas as sociedades do bloco europeu, inclusive na receptiva e multicultural Holanda, e que levou à elaboração de um projeto de criminalização dos imigrantes ilegais; as dificuldades suportadas por muitos Estados que recentemente ingressaram no Bloco de manterem os níveis econômico-fiscais; a quebra da Grécia e a crise econômica que se abatem sobre a Espanha e Portugal. Frente a esta multiplicação de crises sistêmicas no interior do Bloco, parece bastante possível que o projeto da união política permanecerá, por enquanto, na utopia política.

### **Mercosul: origem, estrutura e normas fundamentais. As relações de trabalho no Mercosul**

Numa afirmação jocosa, se pode afirmar que o Mercosul é um mercado comum que não conseguiu sair da fase de união aduaneira.

Esta expressão, apesar da verdade factual que encerra, não logra ver no projeto de integração sul-americana um árduo empreendimento assumido

por Estados que, até os anos 1980, viviam sob regimes militar-ditatoriais, cuja visão de relações internacionais se orientava pelo realismo de tipo conflitivo, em especial, as ditaduras militares do Brasil e Argentina (Caubet, 1991) A isto se agrega o fato não menos importante de que a integração sul-americana é um projeto em que todos os Estados se encontravam (e muitos ainda se encontram), até muito recentemente, sob o “guarda-chuva” da doutrina Monroe cuja formulação ambígua – “A América para americanos” - tanto significou uma manifestação de independência do continente americano face às pretensões colonialistas dos Estados europeus no século XIX, como a afirmação de que o continente americano é a área de influência dos Estados Unidos da América (o “quintal”), a partir da qual se justificaram as intromissões daquele país, nem sempre de forma branda, no desenvolvimento político-econômico dos demais países da América Latina.

A isto se deve agregar a grave crise econômica por que passavam (e ainda passam) os Estados envolvidos, tanto em nível interno (inflação galopante, desemprego sistêmico, baixa produtividade industrial etc) como em nível externo, decorrente do alto endividamento perante os bancos internacionais, não se podendo olvidar a crise política e de governo.

É a partir deste ponto que se deve compreender a formação, no cone sul, de um empreendimento de integração regional, cujo momento inicial se encontra no processo de democratização, nos anos 1980, pelo qual passaram os Estados envolvidos, em especial o Brasil e a Argentina.

Com efeito, conforme elucida Vaz (2002, p. 72-74)

Na década de 1980, as políticas externas do Brasil e da Argentina encontraram importantes elementos de convergência. O comprometimento com a restauração plena e a consolidação da democracia condicionou tanto a política externa brasileira, sob José Sarney (1985-1990), como a política externa argentina, sob Raúl Alfonsín (1983-1989), e refletiu-se, sobretudo, na forma com que suas respectivas prioridades passaram a ser operacionalizadas (...) Tratou-se de esforço de solidificar e agilizar a interlocução com os países industrializados, de recuperar credibilidade nos foros multilaterais, de explorar possibilidades de relacionamento com parceiros não tradicionais e, ao mesmo tempo, de

atuar afirmativamente em temas que eram percebidos como desafiadores aos interesses nacionais, como Direitos Humanos, endividamento externo e, em particular, meio ambiente.

Os esforços de ambos os países para adaptarem-se às condições internacionais e imprimirem às próprias políticas externas novo direcionamento, em razão também dos novos ordenamentos domésticos que a redemocratização colocava, refletiram-se de forma distinta, em cada país, no padrão de continuidade de política externa, ao mesmo tempo em que produziram um nítido sentido de convergência quanto à prioridade a ser conferida à América Latina como espaço privilegiado de sua atuação político-diplomática e econômica (...). Cumpre lembrar que o comércio intra-regional crescerá, na segunda metade dos anos 70 e no início dos anos 80, a taxas superiores às de crescimento do comércio internacional.

Disso decorre um dado importante. A integração do cone sul-americano, no seu nascimento, decorre das convergências de interesses político-econômicos entre o Brasil e a Argentina, sendo que só posteriormente se buscou a inserção do Paraguai e do Uruguai no processo integrador.

Este ato fundador tem data e local certo, a saber, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, de novembro de 1988, do qual decorreu, em junho de 1990, a Ata de Buenos Aires, que deu azo às reuniões preparatórias para o Tratado de Assunção, que em 26 de março de 1991 criou o Mercosul, ainda na modalidade de órgão intergovernamental. À época de sua formação, portanto, o Mercosul era destituído de capacidade jurídica internacional.

Os ingressos do Paraguai e do Uruguai no processo de integração se iniciaram, formalmente, logo após a Ata de Buenos Aires, ocasião em que o Grupo Mercado Comum se reuniu com as delegações daqueles Estados, do que decorreram os instrumentos de adesão destes Estados, tornando o processo quadripartite.

Como dito, o ato constitutivo do Mercosul é o Tratado de Assunção, de 1991. Este tratado estabeleceu princípios e propósitos comuns, a serem

executados paulatinamente até a efetiva consumação do mercado comum, com data limite para 1 de janeiro de 1995 (Artigo 3º). Os princípios e propósitos do Tratado de Assunção são os seguintes, elencados no artigo 1º:

1. A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, de restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;
2. O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;
3. A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e
4. O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

A estas diretrizes gerais se soma o não menos importante princípio da igualdade entre os membros do bloco, contido no artigo 2º, segundo o qual “O Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados Partes”.

O Artigo 5º do Tratado de Assunção estabeleceu as principais diretrizes a serem realizadas no período de transição que se iniciou com a promulgação do Tratado e a data limite de 01.01.1995, a saber:

1. Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994

com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário;

2. A coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desagravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior;
3. Uma tarifa externa comum, que incentiva a competitividade externa dos Estados Partes;
4. A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

No Tratado de Assunção, o Mercosul tinha a seguinte estrutura orgânica:

1. Conselho do Mercado Comum – CMC (artigos 10-12): é o órgão superior do Mercado Comum, correspondendo-lhe a condução política do mesmo e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição definitiva do Mercado Comum. O Conselho é integrado pelos Ministros de Relações Exteriores e os Ministros de Economia, e reúne-se quantas vezes forem necessárias, sendo pelo menos uma vez ao ano, no qual contará com a participação dos Presidentes dos Estados membros. A Presidência do CMC é exercida pelo sistema de rotação entre os Estados, obedecendo a ordem alfabética, com duração de seis meses.
2. O Grupo Mercado Comum - GMC (artigos 13-14): é o órgão executivo do Mercado Comum, sendo coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores, contando com autonomia de ação. Tem por funções: a) velar pelo cumprimento do Tratado; b) tomar as providências necessárias ao cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho; c) propor medidas concretas tendentes à aplicação do Programa de Liberação Comercial, à coordenação de política macroeconômica e à negociação de Acordos frente a

terceiros; d) fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do Mercado Comum.

3. Com o fim de dar cumprimento às suas funções, o GMC constituiu diversos Subgrupos de Trabalho, dentre os quais ganha destaque, para os fins de nosso estudo, o Subgrupo 10, intitulado “Assuntos Laborais, Emprego e Seguridade Social”, subdivido em três Comissões Temáticas, a saber: 1. Relações trabalhistas; 2. Emprego, migrações, qualificação e formação profissional; 3. Saúde, segurança, inspeção do trabalho e seguridade social.
4. O GMC é integrado por quatro membros titulares e que representem os seguintes: a) Ministério das Relações Exteriores; b) Ministério da Economia e seus equivalentes (áreas de indústria, comércio exterior e ou coordenação econômica) e c) Banco Central.
5. 3. Secretaria Administrativa do Mercosul – SAM (artigo 15): tem por função a guarda dos documentos e dos diversos comunicados entre os Estados membros.

Demonstrando a intenção de abranger o maior número de Estados latino-americanos sob o regime de integração do Mercosul, de modo a fortalecer o intercâmbio econômico na América Latina, uma das pretensões fundamentais que levaram à tratativa inicial entre Brasil e Argentina, o artigo 20 do Tratado de Assunção torna possível a adesão (ingresso na condição de Estado membro) de qualquer dos países que participem da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI, Montevideu, 1980), entidade intergovernamental latino-americana que tem por tarefa a promoção da integração internacional entre os Estados da América Latina, conforme segue:

O presente Tratado estará aberto à adesão, mediante negociação, dos demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração, cujas solicitações poderão ser examinadas pelos Estados Partes depois de cinco anos de vigência deste Tratado. Não obstante, poderão ser consideradas antes do referido prazo as solicitações apresentadas por

países membros da Associação Latino-Americana de Integração que não façam parte de esquemas de integração sub-regional ou de uma associação extra-regional. A aprovação das solicitações será objeto de decisão unânime dos Estados Partes.

Com o Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, o Mercosul instituiu o seu sistema de solução de controvérsias (artigo 1º), que abrange tanto as reclamações de um Estado contra o outro, como a reclamação de um particular contra um dos Estados membros (artigo 25).

O sistema de solução divide-se, quando se tratar de controvérsias entre Estados, da seguinte forma: uma fase prévia de negociação direta entre os contendores, que deverá durar, salvo acordo entre os envolvidos, 15 dias (artigo 2º). Não surtindo efeito, o tema poderá ser submetido à apreciação do GMC, que sob a orientação de *experts*, proporá uma solução até o prazo de 30 dias (artigo 4º). Não sendo aceita a recomendação, se constituirá o procedimento arbitral, mediante a instituição de Tribunal *Ad Hoc*, composto por três árbitros (artigo 7º). Nos termos do artigo 21 do Protocolo de Brasília, “1. Os laudos do Tribunal Arbitral são inapeláveis, obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação e terão relativamente a eles força de coisa julgada. 2. Os laudos deverão ser cumpridos em um prazo de quinze (15) dias, a menos que o Tribunal Arbitral fixe outro prazo”.

Em 1994, com o Protocolo de Ouro Preto, o Mercosul passa a ser dotado de uma estrutura orgânica mais complexa, mediante a criação de outros órgãos, sendo, no mesmo passo, dotado de personalidade jurídico-internacional, nos termos do artigo 34, a partir do qual, nos termos do artigo 35, tem autonomia para praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, em especial contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências.

Os novos órgãos estabelecidos pelo Protocolo de Ouro Preto foram os seguintes:

1. Comissão de Comércio do Mercosul - CCM (artigos 16-21): tem função de assessoramento do GMC, velando pela aplica-

ção das normativas referentes à política comercial adotadas pelos Estados membros.

2. Comissão Parlamentar Conjunta – CPC (artigos 22-27): órgão de representação dos poderes legislativos dos Estados membros, no total de 16 de cada nacionalidade.
3. Foro Consultivo Econômico e Social – FCES (artigos 28-29): tem por função consultiva, agregando os setores econômicos e sociais dos Estados membros.

Através do Protocolo de Ouro Preto, aprovado nos estertores do prazo final para a implementação do mercado comum, os Estados do Mercosul passaram a adotar uma postura mais realista quanto à tarefa de criação do mercado comum que, como já dito, ainda se encontra em fase de implementação, tendo sido orientados, quanto a isso, pelos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio. Vale dizer que deixaram de fixar uma data para se embrenharem num verdadeiro processo, orientado pela necessidade de se adequar à realidade político-econômica de seus membros.

Nessa longa empreitada tendente à criação do mercado comum, o Mercosul atraiu a atenção de não poucos Estados, que, se ainda não pleitearam o seu ingresso definitivo no bloco, estabeleceram acordos de cooperação em matéria político-econômica com o Mercosul, se constituindo em Estados associados. Tal é a posição do Chile e Bolívia (Acordo de Complementação Econômica nº 35 entre o Mercosul e o Chile (25/06/1996); Acordo de Complementação Econômica nº 36 entre o Mercosul e a Bolívia (25/06/1996); Declaração Política do Mercosul, Bolívia e Chile como Zona de Paz (24/07/1998); Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social no Mercosul, Bolívia e Chile (30/06/2000). Também atraiu a atenção de outros blocos econômicos e Estados, com os quais forjou tratados de cooperação econômica: a União Europeia (Acordo-Quadro de Cooperação entre a Comunidade Europeia - Mercosul (15/12/1995), a Comunidade Andina (Acordo Marco para a Criação da Zona de Livre Comércio entre o Mercosul e a Comunidade Andina (16/04/1998), o Canadá (Entendimento de Cooperação sobre Comércio e Investimentos e Plano de Ação entre Mercosul e o Canadá (16/06/1998),



o México (Decisão n. 32, de junho de 2002, Reunião de Cúpula, em Buenos Aires), dentre outros, como a Guiana, Suriname e Trinidad e Tobago, sendo o mais recente a Turquia (Acordo Marco para o Estabelecimento de uma Área de Livre Comércio entre o Mercosul e a República da Turquia, 2008), dentre tantos outros casos.

Depreende-se, como conclusão provisória, que, apesar de o Mercosul não ter logrado, ainda, dar cabo de seu projeto de integração, por ainda ser, de fato, uma união aduaneira, com o Protocolo de Ouro Preto e seus princípios reitores (gradualidade, flexibilidade e equilíbrio), que o espaço-tempo tende a se ampliar, seja para incorporar novos membros, seja para se aperfeiçoar enquanto instituição de cooperação sem os atropelos que uma visão dissociada da realidade ocasiona.

### **Declaração Sociolaboral do Mercosul e a regulamentação das relações de trabalho intrabloco**

Abre-se agora o momento oportuno para o estudo das relações de trabalho no interior do Mercosul. Para tanto, iniciemos com a declaração regional de direitos e garantias trabalhistas, a Declaração Sociolaboral do Mercosul

#### **DECLARAÇÃO SÓCIO-LABORAL DO MERCOSUL**

**OS CHEFES DE ESTADO DOS ESTADOS PARTES DO MERCADO COMUM DO SUL,**

Considerando que os Estados Partes do MERCOSUL reconhecem, nos termos do Tratado de Assunção (1991), que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, por meio da integração, constitui condição fundamental para acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social;

Considerando que os Estados Partes declaram, no mesmo Tratado, a disposição de promover a modernização de suas economias para ampliar a oferta de bens e serviços disponíveis e, em consequência, melhorar as condições de vida de seus habitantes;

Considerando que os Estados Partes, além de membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificaram as principais convenções que garantem os direitos essenciais dos trabalhadores, e adotam em larga medida as recomendações orientadas para a promoção do emprego de qualidade, das condições saudáveis de trabalho, do diálogo social e do bem-estar dos trabalhadores;

Considerando, ademais, que os Estados Partes apoiaram a “Declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho” (1998), que reafirma o compromisso dos Membros de respeitar, promover e colocar em prática os direitos e obrigações expressos nas convenções reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização;

Considerando que os Estados Partes estão comprometidos com as declarações, pactos, protocolos e outros tratados que integram o patrimônio jurídico da Humanidade, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração Americana de Direitos e Obrigações do Homem (1948), a Carta Interamericana de Garantias Sociais (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos - OEA (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988);

Considerando que diferentes fóruns internacionais, entre os quais a Cúpula de Copenhague (1995), têm enfatizado a necessidade de se instituir mecanismos de acompanhamento e avaliação dos componentes sociais da mundialização da economia, a fim de assegurar a harmonia entre progresso econômico e bem-estar social;

Considerando que a adesão dos Estados Partes aos princípios da democracia política e do Estado de Direito e do respeito irrestrito aos direitos civis e políticos da pessoa humana constitui base irrenunciável do projeto de integração;

Considerando que a integração envolve aspectos e efeitos sociais cujo reconhecimento implica a necessidade de prever, analisar e solucionar os diferentes problemas gerados, neste âmbito, por essa mesma integração;

Considerando que os Ministros do Trabalho do MERCOSUL têm manifestado, em suas reuniões, que a integração regional não pode confinar-se à esfera comercial e econômica, mas deve abranger a temática social, tanto no que diz respeito à adequação dos marcos regulatórios trabalhistas às novas realidades configuradas por essa mesma integração e pelo processo de globalização da economia, quanto ao reconhecimento de um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores no âmbito do MERCOSUL, correspondente às convenções fundamentais da OIT;

Considerando a decisão dos Estados Partes de consubstanciar em um instrumento comum os progressos já alcançados na dimensão social do processo de integração e alicerçar os avanços futuros e constantes no campo social, sobretudo mediante a ratificação e cumprimento das principais convenções da OIT;

ADOTAM OS SEGUINTE PRINCÍPIOS E DIREITOS NA ÁREA DO TRABALHO, QUE PASSAM A CONSTITUIR A “DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL”, SEM PREJUÍZO DE OUTROS QUE A PRÁTICA NACIONAL OU INTERNACIONAL DOS ESTADOS PARTES TENHA INSTAURADO OU VENHA A INSTAURAR:

#### DIREITOS INDIVIDUAIS

##### Não discriminação

Art. 1º Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia,

posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes.

Os Estados Partes comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.

#### Promoção da igualdade

Art. 2° As pessoas portadoras de necessidades especiais serão tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo-se sua inserção social e no mercado de trabalho.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, formação, readaptação e orientação profissional, à adequação dos ambientes de trabalho e ao acesso aos bens e serviços coletivos, a fim de assegurar que as pessoas portadoras de necessidades especiais tenham a possibilidade de desempenhar uma atividade produtiva.

Art. 3° Os Estados Partes comprometem-se a garantir, mediante a legislação e práticas trabalhistas, a igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens.

#### Trabalhadores migrantes e fronteiriços

Art. 4° Todo trabalhador migrante, independentemente de sua nacionalidade, tem direito à ajuda, informação, proteção e igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais do país em que estiver exercendo suas atividades, em conformidade com a legislação profissional de cada país.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas tendentes ao estabelecimento de normas e procedimentos comuns relativos à circulação dos trabalhadores nas zonas de fronteira e a levar a cabo as ações necessárias para melhorar as oportunidades de emprego e as condições de trabalho e de vida destes trabalhadores.

## Eliminação do trabalho forçado

Art. 5° Toda pessoa tem direito ao trabalho livre e a exercer qualquer ofício ou profissão, de acordo com as disposições nacionais vigentes.

Os Estados Partes comprometem-se a eliminar toda forma de trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob a ameaça de uma pena qualquer e para o qual dito indivíduo não se ofereça voluntariamente.

Ademais, comprometem-se a adotar medidas para garantir a abolição de toda utilização de mão-de-obra que propicie, autorize ou tolere o trabalho forçado ou obrigatório.

De modo especial, suprime-se toda forma de trabalho forçado ou obrigatório que possa utilizar-se:

- a) como meio de coerção ou de educação política ou como castigo por não ter ou expressar o trabalhador determinadas opiniões políticas, ou por manifestar oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida;
- b) como método de mobilização e utilização da mão-de-obra com fins de fomento econômico;
- c) como medida de disciplina no trabalho;
- d) como castigo por haver participado em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

## Trabalho infantil e de menores

Art. 6° A idade mínima de admissão ao trabalho será aquela estabelecida conforme as legislações nacionais dos Estados Partes, não podendo ser inferior àquela em que cessa a escolaridade obrigatória.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar políticas e ações que conduzam à abolição do trabalho infantil e a elevação progressiva da idade mínima para ingressar no mercado de trabalho.

O trabalho dos menores será objeto de proteção especial pelos Estados Partes, especialmente no que concerne a idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho e a outras medidas que possibilitem seu pleno desenvolvimento físico, intelectual, profissional e moral.

A jornada de trabalho para esses menores, limitada conforme as legislações nacionais, não admitirá sua extensão mediante a realização de horas extras nem em horários noturnos.

O trabalho dos menores não deverá realizar-se em um ambiente insalubre, perigoso ou imoral, que possa afetar o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, mentais e morais.

A idade de admissão a um trabalho com alguma das características antes assinaladas não poderá ser inferior a 18 anos.

#### Direitos dos empregadores

Art. 7° O empregador tem o direito de organizar e dirigir econômica e tecnicamente a empresa, em conformidade com as legislações e as práticas nacionais.

### DIREITOS COLETIVOS

#### Liberdade de associação

Art. 8° Todos os empregadores e trabalhadores têm o direito de constituir as organizações que considerem convenientes, assim como de afiliar-se a essas organizações, em conformidade com as legislações nacionais vigentes.

Os Estados Partes comprometem-se a assegurar, mediante dispositivos legais, o direito à livre associação, abstendo-se de qualquer ingerência na criação e gestão das organizações constituídas, além de reconhecer sua legitimidade na representação e na defesa dos interesses de seus membros.

## Liberdade sindical

Art. 9º Os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a menoscabar a liberdade sindical com relação a seu emprego.

Deverá garantir-se:

- a) a liberdade de filiação, de não filiação e desfiliação, sem que isto comprometa o ingresso em um emprego ou sua continuidade;
- b) evitar demissões ou prejuízos a um trabalhador por causa de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais;
- c) o direito de ser representado sindicalmente, de acordo com a legislação, acordos e convenções coletivos de trabalho em vigor nos Estados Partes.

## Negociação coletiva

Art. 10. Os empregadores ou suas organizações e as organizações ou representações de trabalhadores têm direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais.

## Greve

Art. 11. Todos os trabalhadores e as organizações sindicais têm garantido o exercício do direito de greve, conforme as disposições nacionais vigentes. Os mecanismos de prevenção ou solução de conflitos ou a regulação deste direito não poderão impedir seu exercício ou desvirtuar sua finalidade.

Promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflitos

Art. 12. Os Estados Partes comprometem-se a propiciar e desenvolver formas preventivas e alternativas de autocomposição dos conflitos individuais e coletivos de trabalho, fomentando a utilização de procedimentos independentes e imparciais de solução de controvérsias.

## Diálogo social

Art. 13. Os Estados Partes comprometem-se a fomentar o diálogo social nos âmbitos nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis ao crescimento econômico sustentável e com justiça social da região e a melhoria das condições de vida de seus povos.

## OUTROS DIREITOS

### Fomento do emprego

Art. 14. Os Estados Partes comprometem-se a promover o crescimento econômico, a ampliação dos mercados interno e regional e a executar políticas ativas referentes ao fomento e criação do emprego, de modo a elevar o nível de vida e corrigir os desequilíbrios sociais e regionais.

### Proteção dos desempregados

Art. 15. Os Estados Partes comprometem-se a instituir, manter e melhorar mecanismos de proteção contra o desemprego, compatíveis com as legislações e as condições internas de cada país, a fim de garantir a subsistência dos trabalhadores afetados pela desocupação involuntária e ao mesmo tempo facilitar o acesso a serviços de recolocação e a programas de requalificação profissional que facilitem seu retorno a uma atividade produtiva.

### Formação profissional e desenvolvimento de recursos humanos

Art. 16. Todo trabalhador tem direito à orientação, à formação e à capacitação profissional.

Os Estados Partes comprometem-se a instituir, com as entidades envolvidas que voluntariamente assim o desejem, serviços e programas de formação ou orientação profissional contínua e permanente, de maneira a permitir aos trabalhadores obter as qualificações exigidas



para o desempenho de uma atividade produtiva, aperfeiçoar e reciclar os conhecimentos e habilidades, considerando fundamentalmente as modificações resultantes do progresso técnico.

Os Estados Partes obrigam-se ademais a adotar medidas destinadas a promover a articulação entre os programas e serviços de orientação e formação profissional, por um lado, e os serviços públicos de emprego e de proteção dos desempregados, por outro, com o objetivo de melhorar as condições de inserção laboral dos trabalhadores.

Os Estados Partes comprometem-se a garantir a efetiva informação sobre os mercados de trabalho e sua difusão tanto a nível nacional como regional.

#### Saúde e segurança no trabalho

Art. 17. Todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho sadio e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.

Os Estados Partes comprometem-se a formular, aplicar e atualizar em forma permanente e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores.

#### Inspeção do trabalho

Art. 18. Todo trabalhador tem direito a uma proteção adequada no que se refere às condições e ao ambiente de trabalho.

Os Estados Partes comprometem-se a instituir e a manter serviços de inspeção do trabalho, com o propósito de controlar em todo o seu território o cumprimento das disposições normativas que dizem respeito à proteção dos trabalhadores e às condições de segurança e saúde no trabalho.

## Seguridade social

Art. 19. Os trabalhadores do MERCOSUL têm direito à seguridade social, nos níveis e condições previstos nas respectivas legislações nacionais.

Os Estados Partes comprometem-se a garantir uma rede mínima de amparo social que proteja seus habitantes frente à contingência de riscos sociais, enfermidades, velhice, invalidez e morte, buscando coordenar as políticas na área social de forma a suprimir eventuais discriminações derivadas da origem nacional dos beneficiários.

## APLICAÇÃO E SEGUIMENTO

Art. 20. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar os direitos fundamentais inscritos nesta Declaração e a promover sua aplicação em conformidade com a legislação e as práticas nacionais e as convenções e acordos coletivos. Para tanto, recomendam instituir, como parte integrante desta Declaração, uma Comissão Sociolaboral, órgão tripartite, auxiliar do Grupo Mercado Comum, que terá caráter promocional e não sancionador, dotado de instâncias nacionais e regional, com o objetivo de fomentar e acompanhar a aplicação do instrumento. A Comissão Sociolaboral Regional manifestar-se-á por consenso dos três setores, e terá as seguintes atribuições e responsabilidades:

- a) examinar, comentar e encaminhar as memórias preparadas pelos Estados Partes, decorrentes dos compromissos desta Declaração;
- b) formular planos, programas de ação e recomendações tendentes a fomentar a aplicação e o cumprimento da Declaração;
- c) examinar observações e consultas sobre dificuldades e incorreções na aplicação e cumprimento dos dispositivos contidos na Declaração;
- d) examinar dúvidas sobre a aplicação dos termos da Declaração e propor esclarecimentos;

e) elaborar análises e relatórios sobre a aplicação e o cumprimento da Declaração;

f) examinar e apresentar as propostas de modificação do texto da Declaração e lhes dar o encaminhamento pertinente.

As formas e mecanismos de encaminhamento dos assuntos acima listados serão definidos pelo regulamento interno da Comissão Sociolaboral Regional.

Art. 21. A Comissão Sociolaboral Regional deverá reunir-se ao menos uma vez ao ano para analisar as memórias oferecidas pelos Estados Partes e preparar relatório a ser levado ao Grupo Mercado Comum.

Art. 22. A Comissão Sociolaboral Regional redigirá, por consenso e no prazo de seis meses, a contar da data de sua instituição, seu próprio regulamento interno e o das comissões nacionais, devendo submetê-los ao Grupo Mercado Comum para aprovação.

Art. 23. Os Estados Partes deverão elaborar, por intermédio de seus Ministérios do Trabalho e em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, memórias anuais, contendo:

a) o relato das alterações ocorridas na legislação ou na prática nacional relacionadas à implementação dos enunciados desta Declaração; e

b) o relato dos avanços realizados na promoção desta Declaração e das dificuldades enfrentadas em sua aplicação.

Art. 24. Os Estados Partes concordam que esta Declaração, tendo em vista seu caráter dinâmico e o avanço do processo de integração sub-regional, será objeto de revisão, decorridos dois anos de sua adoção, com base na experiência acumulada no curso de sua aplicação ou nas propostas e subsídios formulados pela Comissão Sociolaboral ou por outros agentes.

Art. 25. Os Estados Partes ressaltam que esta Declaração e seu mecanismo de seguimento não poderão ser invocados nem utilizados para outros fins que os neles previstos, vedada, em particular, sua aplicação a questões comerciais, econômicas e financeiras.

Feita na Cidade do Rio de Janeiro, aos dez de dezembro de mil novecentos e noventa e oito, nas versões espanhola e portuguesa, de igual teor.

CARLOS SAUL MENEM

RAUL ALBERTO CUBAS GRAU

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

JULIO MARIA SANGUINETTI

### **Princípios da Declaração Sociolaboral do Mercosul**

Quando estudamos os aspectos mais importantes do Direito Internacional Econômico, vimos que a integração econômica se equilibra em uma balança cujos pesos, na atuação dos atores econômicos, nem sempre (ou quase nunca) privilegia os dois interesses gerais envolvidos, quais sejam: o desenvolvimento do comércio internacional, orientado por uma perspectiva liberalizante, e a promoção de um regime de bem-estar social orientado pelos princípios dos direitos sociais (pleno emprego, liberdade sindical, livre tráfego de pessoas e trabalhadores, regime de seguridade social efetivamente protetivo etc).

Isto se deve, repita-se, às diversas perspectivas que a expressão desenvolvimento, em si mesma ambígua, envolve.

Na matriz liberalizante, desenvolvimento = crescimento do produto nacional bruto, balança comercial equilibrada, liberdade de investimento e livre exploração do mercado. Na matriz dos direitos sociais, a busca de conciliação da perspectiva econômica com as pretensões de vida social digna. Se o Mercosul até hoje não logrou se concretizar como mercado comum, isto se deve, em maior medida, à falta de perspectiva de equilíbrio entre

estes dois interesses; vale dizer, prevalece, ainda, uma interpretação liberal do processo integrador.

Nessa perspectiva, afirma Eliane Soares (1999):

O caminho apontado para os países do Cone Sul no Tratado de Assunção é a inserção no mercado mundial, seguindo a tendência de outros países que integraram-se através da formação de blocos regionais. A integração melhoraria a capacidade competitiva das indústrias, permitindo uma retomada do crescimento econômico, meio para a conquista da justiça social. Nesse sentido, as questões sociais estariam incluídas não apenas como um item específico na formação do Mercosul, mas como o objetivo mesmo da formação do bloco.

... su finalidad no es solo aumentar los mercados y posibilidades de venta, sino hacerlo para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y las condiciones generales de vida de la población de la región [...]. Assim, as críticas ao caráter economicista do acordo, com base na prioridade dada aos assuntos relativos ao comércio, seriam infundadas. Mesmo assim, o Grupo Mercado Comum (GMC) teria decidido criar um subgrupo denominado “Relações de Trabalho, Emprego e Seguridade Social” (SGT 11), para tratar das questões sociais e do trabalho, vindo a participar deste subgrupo as centrais sindicais, as entidades empresariais e outros setores sociais, com a possibilidade de enviar propostas ao Conselho do Mercado Comum (CMC). Esta forma de apresentar os objetivos do Mercosul não é utilizada apenas pelos autores citados, mas consta nos próprios documentos oficiais da integração e em diversos outros textos que tratam do Mercosul, na perspectiva de defender a integração. Entretanto, a simples declaração de princípios não permite uma avaliação objetiva sobre os objetivos do Mercosul, já que expressões como “desenvolvimento econômico”, “justiça social” e “inserção internacional”, não são explicadas, são tratadas de forma geral e como princípios universais indiscutíveis. Porém, ao não ficar esclarecido o significado destes termos acaba tendo-se a impressão que estes são utilizados simplesmente como recurso de convencimento, com um objetivo meramente ideológico.

A “ordem internacional” é apresentada como algo dado e, portanto, incontestável, onde a única saída seria o aumento da competitividade

industrial. A integração aparece como uma resposta ao cenário internacional, como necessidade perante o aumento da concorrência internacional. O Mercosul, então, deveria incentivar a capacidade competitiva das empresas do bloco. Para tanto, os trabalhadores deveriam oferecer colaboração ao modelo de desenvolvimento proposto no Tratado. Lança-se mão, assim, de um discurso de defesa da unidade regional, em outras palavras, de defesa da união de todos os cidadãos, para juntos, buscarem alcançar o crescimento econômico com justiça social.

E prossegue na sua análise com as seguintes conclusões:

A necessidade de competir no mercado tem servido de argumento também para convencer os trabalhadores empregados a colaborar com o capital, abrindo mão das pressões em forma de confrontos diretos, optando pela negociação e diálogo. Esta forma de resolver os conflitos laborais é aconselhada para empregados e empregadores. No entanto, o que se percebe é que o entendimento, o diálogo e a negociação só são praticados pelos empregadores, quando os sindicatos aceitam que a melhor forma de elevarem o nível salarial e obterem outras conquistas, é através da competitividade da empresa, que exige a flexibilização do trabalho com todas as suas conhecidas implicações: demissões, não pagamento de horas extras, salário vinculado à produtividade, prolongamento da jornada, terceirização, contratos temporários, informalidade, enfim, aumento da precarização do trabalho.

*El trabajador debe asumir una disposición positiva para mejorar su formación profesional y admitir la incorporación de nuevas técnicas y el empresario debe asumir una actitud elástica que le permita prepararse para introducir cambios o modificar su giro de actividad. Para lograr ello debe mejorarse el nivel de las relaciones laborales, para permitir un mejor diálogo [...].*

Caso os sindicatos não concordem com as regras impostas pela necessidade da “inserção internacional”, os empregadores optam por outros meios, contando com a participação dos Tribunais do Trabalho, para resolver os conflitos. Em decorrência da greve dos petroleiros no Brasil, por exemplo, as multas aplicadas ao sindicato pelo Tribunal Superior do Trabalho, constituíram, nas palavras da OIT, “um desrespeito à liberdade sindical” e um “risco ao direito dos trabalhadores de declarar greve”.

*... uma disposição que permite que uma das partes do conflito possa, unilateralmente, solicitar uma intervenção de autoridade do trabalho para a solução do mesmo representa risco ao direito dos trabalhadores de declarar greve e contraria o fomento da negociação coletiva [...].*

Em todos os países do Mercosul, em maior ou menor grau, existem ainda leis que regem as relações coletivas de trabalho, que tratam da organização sindical, do direito de greve e das contratações, convenções e acordos coletivos de trabalho. Em 1993 o Uruguai era o país com maior liberdade nesse campo [...], porém, a introdução de medidas de flexibilização diminuiu a capacidade de pressão dos sindicatos, também nesse país.

Apesar desta constatação bastante negativa do processo de integração do Mercosul, é importante notar que é dotado de instituições e instrumentos que permitem às entidades representativas dos trabalhadores lutarem pela afirmação das políticas sociais que efetivamente beneficiem a seus interesses, buscando contrabalançar a execução do regime integrativo.

Enquanto instituições, tem-se o Foro Consultivo Econômico e Social, órgão no qual se encontram representadas as diversas forças produtivas no interior do Mercosul, dentre as quais se destaca a Coordenadoria das Centrais Sindicais do Cone Sul (CCSCS), na qual atua, congregando as Centrais Sindicais existentes nos Estados membros, e o Subgrupo de Trabalho n. 10 - Assuntos Laborais, Emprego e Seguridade Social -, com composição tripartite, isto é, de representantes dos Estados, dos patrões e dos trabalhadores.

Foi por força da participação e pressão contínuas dos órgãos de representação dos trabalhadores que os presidentes do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai assinaram, no Rio de Janeiro, em dezembro de 1998, a Declaração Sociolaboral do Mercosul, instrumento genuinamente dotado da natureza de tratado internacional de direitos humanos, ao lado do qual, também de caráter social, vige o Acordo Multilateral de Previdência Social no Mercosul, de 15 de dezembro de 1997.

É importante notar que a Declaração se fundamenta enquanto instrumento indivisível e interdependente em relação aos outros instrumentos

de Direitos Humanos regionais (Declaração Americana de Direitos Humanos, de 1969; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1988; Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, 1999), e universais, de caráter geral (Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, 1986; Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989; Convenção Internacional sobre a Proteção do Direito de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares, 1990), e de caráter especial (Constituição da Organização Internacional do Trabalho e respectivas Convenções, tais como a Convenção 29, de 1930 (Convenção Concernente a Trabalho Forçado ou Obrigatório), a Convenção 98, Relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva), a 103 (Relativa ao Amparo à Maternidade), a 105 (Concernente à Abolição ao Trabalho Forçado), a 111 (Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão), a 132 (Convenção sobre Férias Anuais Remuneradas), a 135 (Convenção Relativa à Proteção dos Representantes dos Trabalhadores), a 138 (Convenção sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego), a 148 (Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores contra os Riscos Profissionais devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído, e às Vibrações no Local de Trabalho) e a 182 (Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua Eliminação).

Isto implica na importante tarefa da harmonização das legislações nacionais face à normativa do Mercosul, que se desdobra em dois planos: a) o político, e que envolve a ação estatal de adequação de suas normas ao sistema normativo do Mercosul, e b) de caráter prático, vale dizer, voltado aos aplicadores do direito, em especial os juizes, que deverão interpretar o direito nacional pelo critério da concordância prática entre o direito nacional (constitucional ou infraconstitucional) com o conjunto de normas de Direitos Humanos acima indicado, o que se tornou possível a partir da modificação fundamental da orientação jurisprudencial do



Supremo Tribunal Federal quanto à hierarquia normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos, no caso brasileiro.

Com efeito, até dezembro de 1998, o STF se orientava pela jurisprudência consolidada na Corte através do RE 80.004/SE, de 1977 – portanto, anterior à Constituição de 1988 –, segundo a qual, independentemente do conteúdo do tratado internacional, ele seria recepcionado internamente na qualidade de lei ordinária (neste sentido, ADIN 1480/DF). A partir do *leading case* RE 466.343/SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso, o STF passou a conferir, por maioria, o *status* de norma supralegal (mas infraconstitucional) aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes da vigência da EC/45, dando interpretação neste sentido ao artigo 5, §2º da Constituição de 1988.

Isto implica, do ponto de vista prático, que os tratados de Direitos Humanos que não tenham sido ratificados pelo regime das emendas constitucionais (artigo 5º, § 3º, aditado pela EC 45), revogam, pelo critério *lex posterior derogat lege prima* às normas infraconstitucionais incompatíveis com os conteúdos dos tratados internacionais, mantendo-se imune, no entanto, a norma constitucional.

Ora, como no geral as normas constitucionais ganham eficácia concreta através das normas infraconstitucionais, à exceção das normas constitucionais de eficácia plena, a possibilidade de aplicação de norma incompatível com os tratados internacionais resta revogada, como no caso clássico da prisão do depositário infiel, dando, portanto, oportunidade à concordância prática e de efeito concreto às normas de Direitos Humanos recepcionadas pelo Brasil.

Situação diversa será quanto a incompatibilidade se manifestar entre o tratado internacional de Direitos Humanos e norma constitucional de eficácia plena, pois neste caso prevalecerá, por obviedade, a norma constitucional. Neste caso, um dos exemplos mais flagrantes de incompatibilidade entre princípio constitucional e tratado internacional de direito humanos seja o atinente ao princípio da organização sindical.

Como se sabe, no Brasil vigora o princípio da unidade territorial dos sindicatos, nos termos do artigo 8º, II da Constituição, enquanto a Con-

venção 87 da OIT estabelece o princípio do pluralismo sindical, isto é, a liberdade de criação de dois ou mais sindicatos representativos da mesma categoria em um mesmo território. Neste caso, faz-se necessária a reforma constitucional para se conferir eficácia ao regramento internacional, como, por exemplo, já o fizeram a Argentina e o Paraguai (Peduzzi, 2005).

Já no que concerne especificamente ao problema da adequação normativa, é preciso diferenciá-la da pretensão de unificação.

Mantendo a identidade cultural que orienta a elaboração das normas vigentes no ordenamento nacional, e que são criadas a partir da correlação de forças entre os diversos grupos sociais, harmonizar é buscar adequá-las, no plano hermenêutico, ao regramento internacional a partir dos princípios jurídicos comuns. Isto quer significar que, apesar de diferentes, os ordenamentos são iguais, pois fundados sobre princípios jurídicos comuns.

A ideia de que harmonização deva levar sempre à unificação tem, como substrato, as pretensões de redução dos direitos e garantias sociais vigentes nos Estados, sob a alegação de se permitir a concorrência igualitária no mercado internacional, conforme defendido por Eliane Soares (1999).

Este duplo aspecto da harmonização deságua, do ponto de vista prático, em dois níveis de abordagem: a) o primeiro no Direito Internacional público, vincado na relação entre sujeitos de Direito Internacional público, cujo foco de solução é a jurisdição internacional; b) o outro, é no nível das relações internacionais privadas, regidas pelas regras do Direito Internacional privado, cujo foco de solução restringe-se ao problema da solução dos conflitos entre normas de dois ou mais Estados, cujo foco de solução é o da jurisdição nacional.

Vejamos, agora, a Declaração Sociolaboral e os princípios sob os quais foi erigida, muitos deles já contemplados na Constituição Federal de 1988:

## Direitos Individuais

- a) **não discriminação:** pressupõe a igualdade de tratamento jurídico aos trabalhadores do bloco, independentemente da nacionalidade. Isto quer significar que, embora as legislações laborais sejam distintas, o trabalhador terá os mesmos direitos assegurados aos nacionais do país em que estiver trabalhando. Pressupõe, ademais, o dever de enfrentar as causas sociais de discriminação em face aos diversos grupos em situação minoritária no mercado de trabalho, tais como mulheres e portadores de necessidades especiais. Para ficarmos no exemplo do Brasil, em 2009, tendo como base o ano de 2008, o Fórum Econômico Mundial divulgou o Relatório Global de Desigualdade entre Gêneros, no qual figura, como dado essencial de igualdade, o acesso ao mercado de trabalho, ao lado do acesso à educação, representatividade política e saúde e sobrevivência, no qual o Brasil figurou em 82º lugar, tendo piorado um pouco em relação ao ano anterior, no qual ficara em 73º. Isto implica que, apesar das normas constitucionais e infraconstitucionais de asseguaração de isonomia entre gêneros, o Brasil não tem logrado concretizar estas garantias, ficando em posição inferior a seus parceiros no Mercosul (Paraguai, 66º; Uruguai, 55ª ; Argentina, 24ª). O mesmo se percebe em relação à inserção dos portadores de necessidades especiais, e neste caso, não somente pela falta de postos de trabalho, dada a reserva instituída pela Lei n. 8213/91, mas antes pela falta de educação profissionalizante que abranja o maior número de indivíduos em idade laborativa. Diga-se o mesmo em relação às distinções entre trabalhadores urbanos e rurais etc.
- b) **compromisso dos Estados com a promoção da igualdade, inclusive para trabalhadores migrantes e fronteiriços, e com o estabelecimento de normas para a livre circulação:** uma das cinco liberdades fundamentais no processo de constituição do mercado comum, e que se complementa a partir do princípio da

não discriminação. Neste sentido, é importante trazer à colação a importante decisão, em sede da Opinião Consultiva 18/2003, dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH), e que trata especificamente da condição jurídica dos migrantes ilegais, os quais, como muito bem se sabe, são um dos principais grupos a serem sujeitados à condição análoga de escravos em sede interna dos Estados. Segundo esta decisão, independentemente da situação jurídica do indivíduo – ingresso legal ou ilegal – os Estados estão obrigados a lhes assegurar todos os direitos de caráter social assegurados aos seus nacionais, inclusive os de caráter trabalhista, sob pena de grave violação às normas internacionais e regionais de Direitos Humanos, sujeitando os Estados à sanção internacional. Nesse sentido (CIDH, 2003, pp. 105-107),

*[...] 133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna. 134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral. 135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los*

*Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. 136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.*

Em razão disso,

*148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. 149. Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes. [...] (CIDH, 2003, pp. 107-108).*

Desta forma, verifica-se que o livre tráfego dos trabalhadores não está condicionado de forma absoluta às políticas de carácter nacional tendentes à proteção do mercado de trabalho para os seus nacionais (neste

sentido, é interessante notar que no Brasil, a concessão de vistos de trabalho está condicionada às necessidades de mão de obra qualificada, e não à necessidade do trabalhador, artigo 16, parágrafo único da Lei 6.815/80. No que concerne às áreas limítrofes, a permissão para trabalhar é assegurada pelo artigo 21 de forma menos rígida). Muito pelo contrário, se a ideia de integração envolve os níveis estatal e social, é porque, do ponto de vista dos Direitos Humanos, Estado e sociedade se unem na direção da máxima eficácia dos Direitos Humanos sociais.

- c) **eliminação do trabalho forçado, infantil e de menores:** o forte conteúdo programático deste princípio nos reporta, essencialmente, à necessidade de desenvolvimento de políticas públicas de caráter Sociolaboral que se espraiam em caminhos vários, como o de distribuição de renda condicionado à permanência das crianças na escola, tal como o Bolsa Família, que apesar dos défices de fiscalização, tem cumprido um papel muito importante na erradicação do trabalho infantil, o fortalecimento do ensino profissionalizante como forma de qualificação da mão de obra, o que ilide, em maior medida, a sujeição às várias formas de redução à condição análoga à de escravo, a continuidade dos grupos de trabalho entre o Ministério do Trabalho e o Ministério Público Federal na fiscalização, autuação e persecução penal dos responsáveis pelas práticas de escravização ainda persistentes não somente nas zonas rurais, como também nos grandes centros, como é o caso sempre repisado dos bolivianos e coreanos no sistema fabril na cidade de São Paulo.
- d) **o direito dos empregadores de organizar e dirigir econômica e tecnicamente a empresa, em conformidade com as legislações e as práticas nacionais.**

## Direitos Coletivos

- a) **liberdade de associação** e b. **liberdade sindical:** temos aqui o “calcanhar de Aquiles” do sistema brasileiro, não tanto no que

concerne à liberdade sindical (apesar da crescente criminalização dos movimentos sociais), como de resto se apresenta em todos os Estados do Mercosul, no qual vigoram os princípios da não intervenção estatal e da liberdade de funcionamento das entidades de classe.

O problema maior se apresenta no sistema unisindical vigente no ordenamento brasileiro a partir do critério territorial, em detrimento do regime OIT/Mercosul de pluralismo sindical, já que a regra do artigo 8º da Declaração Sociolaboral do Mercosul (Preâmbulo: “[...] Considerando que os Estados Partes, além de membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificaram as principais convenções que garantem os direitos essenciais dos trabalhadores, e adotam em larga medida as recomendações orientadas para a promoção do emprego de qualidade, das condições saudáveis de trabalho, do diálogo social e do bem-estar dos trabalhadores [...]”) deve ser interpretada em consonância com a Convenção n. 87 da OIT.

Neste caso específico, como alude Oliveira (2005), onde não existe pluralismo político em geral, e o pluralismo sindical no particular, se estabelece uma prática antisindical, pois somente o pluralismo sindical torna possível a agregação dos trabalhadores em torno de seus próprios interesses, mediante a escolha da entidade que melhor os represente.

Disto decorre, no nosso entender, a necessidade de reforma constitucional, de modo a se adequar a Constituição brasileira às regras provinda da OIT, por ser mais favorável ao trabalhador, na medida em que torna possível o enfrentamento da perda de legitimidade que grande parte dos sindicatos hoje padecem.

**b) negociação coletiva – direito de greve e promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de conciliação de conflitos:** aplica-se, neste caso, a Resolução n. 154 da OIT, que privilegia, como fundamento mesmo do direito do trabalho, da negociação coletiva, de forma a se buscar a autocomposição dos interesses patronais e dos trabalhadores (neste sentido, a regra do artigo 8º, incisos III e VI da Constituição de 1988). Segundo Teixeira Filho (2005, p. 1191), a negociação coletiva manifesta

[...] o reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas e, pois, aos grupos por elas organizados de autoconduzirem-se, de codecidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal”.

No que diz respeito ao direito de greve, prevalece a ideia de que se constitui em direito individual de expressão coletiva, cuja função é a de permitir a luta dos trabalhadores por seus interesses, se constituindo, portanto, um imprescindível fator de pressão econômico-política.

- c) **diálogo social** (instituição de mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores): relaciona-se, de forma muito especial, com a cláusula democrática vigente no Mercosul, conforme aprovado pelo Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile (1998), de modo a que se privilegia o pluralismo político no interior do bloco como forma de composição e acertamento político nos temas afeitos às relações de trabalho.

## **Outros direitos**

De forte conteúdo programático, e que implicam na adoção de políticas públicas em comum no plano dos direitos sociais de prestação e da seguridade social, já que os Estados se comprometeram: a. fomentar o emprego; b. proteger os desempregados; c. criar mecanismos de formação profissional e desenvolvimento de recursos humanos; d. garantir saúde e segurança no trabalho; d. inspecionar o trabalho, a fim de controlar a questão da proteção dos trabalhadores e condições de segurança e saúde no trabalho; e e. garantir a seguridade social.



Neste último aspecto, a seguridade social, cumpre observar o disposto no Acordo Multilateral de Previdência Social no Mercosul, de 15 de dezembro de 1997, *in verbis*:

## ACORDO MULTILATERAL DE SEGURIDADE SOCIAL DO MERCADO COMUM DO SUL

Os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai,

CONSIDERANDO o Tratado de Assunção de 26 de março de 1991 e o Protocolo de Ouro Preto de 17 de dezembro de 1994; e

DESEJOSOS em estabelecer normas que regulem as relações de Seguridade Social entre os países integrantes do MERCOSUL;

Decidiram celebrar o presente Acordo Multilateral de Seguridade Social nos seguintes termos:

### TÍTULO I

#### Disposições Gerais

#### ARTIGO 1

1. Os termos e expressões que se enumeram a seguir possuem, para os efeitos de aplicação do Acordo, o seguinte significado:

a) “Estados Partes” designa a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, ou qualquer outro Estado que venha a aderir de acordo como previsto no Artigo 19 do presente Acordo;

b) “Legislação”, leis, regulamentos e demais disposições sobre Seguridade Social aplicáveis nos territórios dos Estados Partes;

c) “Autoridade Competente”, os titulares dos organismos governamentais que, conforme a legislação interna de cada Estado Parte, tenham competência sobre os regimes de Seguridade Social;

- d) “Organismo de Ligação”, organismo de coordenação entre as instituições que intervenham na aplicação do Acordo;
- e) “Entidades Gestoras”, as instituições competentes para outorgar as prestações amparadas pelo Acordo;
- f) “Trabalhador”, toda pessoa que, por realizar ou ter realizado uma atividade, está ou esteve sujeita à legislação de um ou mais Estados Partes;
- g) “Período de seguro ou contribuição”, todo período definido como tal pela legislação sob a qual o trabalhador esteja acolhido, assim como qualquer período considerado como equivalente a um período de seguro ou contribuição;
- h) “Prestações pecuniárias”, qualquer prestação em espécie, renda, subsídio ou indenização previstos pelas legislações e mencionadas no Acordo, incluído qualquer complemento, suplemento ou revalorização;
- i) “Prestações de saúde”, as destinadas a prevenir, conservar, restabelecer a saúde ou reabilitar profissionalmente o trabalhador nos termos previstos pelas respectivas legislações nacionais;
- j) “Famíliares e assemelhados”, pessoas definidas ou admitidas como tais pelas legislações mencionadas no Acordo.

2. Os demais termos ou expressões utilizados no Acordo possuem o significado que lhes atribui a legislação aplicável.

3. Os Estados Partes designarão e comunicar-se-ão as Entidades Gestoras e Organismos de Ligação.

## TÍTULO II

### Âmbito de aplicação pessoal

#### ARTIGO 2

1. Os direitos à Seguridade Social serão reconhecidos aos trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos

Estados Partes, sendo-lhes reconhecidos, assim como a seus familiares e assemelhados, os mesmos direitos e estando sujeitos às mesmas obrigações que os nacionais de tais Estados Partes com respeito aos especificamente mencionados no presente Acordo.

2. O presente Acordo também será aplicado aos trabalhadores de qualquer outra nacionalidade residentes no território de um dos Estados Partes, desde que prestem ou tenham prestado serviços em tais Estados Partes.

### TÍTULO III

Âmbito de aplicação material

#### ARTIGO 3

1. O presente Acordo será aplicado em conformidade com a legislação de seguridade social referente às prestações contributivas pecuniárias e de saúde existentes nos Estados Partes, na forma, condições e extensão aqui estabelecidas.

2. Cada Estado Parte concederá as prestações pecuniárias e de saúde de acordo com sua própria legislação.

3. As normas sobre prescrição e caducidade vigentes em cada Estado Parte serão aplicadas ao disposto neste Artigo.

### TÍTULO IV

Determinação da legislação aplicável

#### ARTIGO 4

O trabalhador estará submetido à legislação do Estado Parte em cujo território exerça a atividade laboral.

#### ARTIGO 5

O princípio estabelecido no Artigo 4 tem as seguintes exceções:

a) o trabalhador de uma empresa com sede em um dos Estados Partes que desempenhe tarefas profissionais, de pesquisa, científicas, técnicas

ou de direção, ou atividades similares, e outras que poderão ser definidas pela Comissão Multilateral Permanente prevista no Artigo 16, Parágrafo 2, e que seja deslocado para prestar serviços no território de outro Estado, por um período limitado, continuará sujeito à legislação do Estado Parte de origem até um prazo de doze meses, suscetível de ser prorrogado, em caráter excepcional, mediante prévio e expresse consentimento da Autoridade Competente do outro Estado Parte;

b) o pessoal de vôo das empresas de transporte aéreo e o pessoal de trânsito das empresas de transporte terrestre continuarão exclusivamente sujeitos à legislação do Estado Parte em cujo território a respectiva empresa tenha sua sede;

c) os membros da tripulação de navio de bandeira de um dos Estados Partes continuarão sujeitos à legislação do mesmo Estado. Qualquer outro trabalhador empregado em tarefas de carga e descarga, conserto e vigilância de navio, quando no porto, estará sujeito à legislação do Estado Parte sob cuja jurisdição se encontre o navio;

2. Os membros das representações diplomáticas e consulares, organismos internacionais e demais funcionários ou empregados dessas representações serão regidos pelas legislações, tratados e convenções que lhes sejam aplicáveis.

## TÍTULO V

Disposições sobre prestações de saúde

### ARTIGO 6

1. As prestações de saúde serão outorgadas ao trabalhador deslocado temporariamente para o território de outro Estado, assim como para seus familiares e assemelhados, desde que a Entidade Gestora do Estado de origem autorize a sua outorga.

2. Os custos que se originem de acordo com o previsto no parágrafo anterior correrão a cargo da Entidade Gestora que tenha autorizado a prestação.

## TÍTULO VI

### Totalização de períodos de seguro ou contribuição

#### ARTIGO 7

1. Os períodos de seguro ou contribuição cumpridos nos territórios dos Estados Partes serão considerados, para a concessão das prestações por velhice, idade avançada, invalidez ou morte, na forma e nas condições estabelecidas no Regulamento Administrativo. Este Regulamento Administrativo estabelecerá também os mecanismos de pagamento pro-rata das prestações.

2. O Estado Parte onde o trabalhador tenha contribuído durante um período inferior a doze meses poderá não reconhecer prestação alguma, independentemente de que tal período seja computado pelos demais Estados Partes.

3. Caso o trabalhador ou seus familiares e assemelhados não tenham reunido o direito às prestações de acordo com as disposições do Parágrafo 1, serão também computáveis os serviços prestados em outro Estado que tenha celebrado acordos bilaterais ou multilaterais de Seguridade Social com qualquer dos Estados Partes.

4. Se somente um dos Estados Partes tiver concluído um acordo de seguridade com outro país, para fins da aplicação do Parágrafo 3, será necessário que tal Estado Parte assuma como próprio o período de seguro ou contribuição cumprido neste terceiro país.

#### ARTIGO 8

Os períodos de seguro ou contribuição cumpridos antes da vigência do presente Acordo serão considerados no caso de que o trabalhador tenha períodos de seguro ou contribuição posteriores a essa data, desde que estes não tenham sido utilizados anteriormente na concessão de prestações pecuniárias em outro país.

## TÍTULO VII

Disposições aplicáveis a regimes de aposentadoria e pensões de capitalização individual

### ARTIGO 9

1. O presente Acordo será aplicável também aos trabalhadores filiados a um regime de aposentadoria e pensões de capitalização individual estabelecido por algum dos Estados Partes para a obtenção das prestações por velhice, idade avançada, invalidez ou morte.

2. Os Estados Partes e os que venham a aderir, no futuro, ao presente Acordo que possuem regimes de aposentadoria e pensões de capitalização individual poderão estabelecer mecanismos de transferências de fundos para os fins de obtenção das prestações por velhice, idade avançada, invalidez ou morte. Tais transferências efetuar-se-ão na oportunidade em que o interessado comprovar direito à obtenção das respectivas prestações. A informação aos afiliados deverá ser proporcionada de acordo com a legislação de cada um dos Estados Partes.

3. As administradoras de fundos ou empresas seguradoras deverão dar cumprimento aos mecanismos previstos neste Acordo.

## TÍTULO VIII

Cooperação administrativa

### ARTIGO 10

Os exames médico-periciais solicitados pela Entidade Gestora de um Estado Parte, para fins de avaliação da incapacidade temporária ou permanente dos trabalhadores ou de seus familiares ou assemelhados que se encontrem no território de outro Estado Parte, serão realizados pela Entidade Gestora deste último e correrão por conta da Entidade Gestora que o solicite.

## TÍTULO IX

### Disposições finais

#### ARTIGO 11

1. As Entidades Gestoras dos Estados Partes pagarão as prestações pecuniárias em moeda de seu próprio país.
2. As Entidades Gestoras dos Estados Partes estabelecerão mecanismos de transferências de fundos para o pagamento das prestações pecuniárias do trabalhador ou de seus familiares ou assemelhados que residam no território de outro Estado.

#### ARTIGO 12

As prestações pecuniárias concedidas de acordo com o regime de um ou de outro Estado Parte não serão objeto de redução, suspensão ou extinção exclusivamente pelo fato de que o trabalhador ou seus familiares ou assemelhados residam em outro Estado Parte.

#### ARTIGO 13

1. Os documentos que sejam necessários para os fins do presente Acordo não necessitarão de tradução oficial, visto ou legalização pelas autoridades diplomáticas, consulares e de registro público, desde que tenham tramitado com a intervenção de uma Entidade Gestora ou Organismo de Ligação.
2. A correspondência entre as Autoridades Competentes, Organismos de Ligação e Entidades Gestoras dos Estados Partes será redigida no respectivo idioma oficial do Estado emissor.

#### ARTIGO 14

As solicitações e documentos apresentados perante as Autoridades Competentes ou Entidades Gestoras de qualquer Estado Parte onde o interessado comprove períodos de seguro ou contribuição ou residência surtirão efeito como se fossem apresentados às Autoridades ou Entidades Gestoras correspondentes do outro Estado Parte.

## ARTIGO 15

Os recursos que corresponda interpor, perante uma Autoridade Competente ou Entidade Gestora de qualquer Estado Parte onde o interessado tenha períodos de seguro ou contribuição ou residência, serão considerados como interpostos em tempo hábil, mesmo quando apresentados à instituição correspondente do outro Estado Parte, desde que sua apresentação seja efetuada dentro do prazo estabelecido pela legislação do Estado perante o qual devam ser fundamentados os recursos.

## ARTIGO 16

1. O presente Acordo será aplicado em conformidade com as disposições do Regulamento Administrativo.

2. As Autoridades Competentes instituirão uma Comissão Multilateral Permanente, que deliberará por consenso e onde cada representação estará integrada por até 3 membros de cada Estado Parte. A Comissão terá as seguintes funções:

- a) verificar a aplicação do Acordo, do Regulamento Administrativo e demais instrumentos complementares;
- b) assessorar as Autoridades Competentes;
- c) planejar as eventuais modificações, ampliações e normas complementares;
- d) manter negociações diretas, por um prazo de 6 meses, a fim de resolver as eventuais divergências sobre a aplicação do Acordo. Vencido o término anterior sem que tenham resolvido as diferenças, qualquer um dos Estados Partes poderá recorrer ao sistema de solução de controvérsia vigente entre os Estados Partes do Tratado de Assunção.

3. A Comissão Multilateral Permanente reunir-se-á uma vez por ano, alternadamente em cada um dos Estados Partes, ou quando o solicite um deles.



4. As Autoridades Competentes poderão delegar a elaboração do Regulamento Administrativo e demais instrumentos complementares à Comissão Multilateral Permanente.

#### ARTIGO 17

1. O presente Acordo estará sujeito à ratificação e entrará em vigor a partir do primeiro dia do mês seguinte à data do depósito do último instrumento de ratificação.

2. O presente Acordo e seus instrumentos de ratificação serão depositados perante o Governo da República do Paraguai, o qual comunicará aos Governos dos Estados Partes a data do depósito dos instrumentos de ratificação e da entrada em vigor do presente Acordo.

3. O Governo da República do Paraguai enviará cópia autenticada do presente Acordo aos Governos dos demais Estados Partes.

4. A partir da entrada em vigor do presente Acordo, ficarão derogados os Acordos Bilaterais de Seguridade Social ou de Previdência Social celebrados entre os Estados Partes. A entrada em vigor do presente Acordo não significará em nenhum caso a perda de direitos adquiridos ao amparo dos mencionados Acordos Bilaterais.

#### ARTIGO 18

1. O presente Acordo terá duração indefinida.

2. O Estado Parte que desejar se desvincular do presente Acordo poderá denunciá-lo a qualquer momento pela via diplomática notificando disso ao Depositário, que o comunicará aos demais Estados Partes. Neste caso, não serão afetados os direitos adquiridos em virtude deste Acordo.

3. Os Estados Partes regulamentarão, de comum acordo, as situações decorrentes da denúncia do presente Acordo.

4. A denúncia surtirá efeito 6 meses depois da data de notificação.

## ARTIGO 19

O presente Acordo estará aberto à adesão, mediante negociação, a aquele Estado que no futuro adiram ao Tratado de Assunção.

Feito em Montevideu, em 15 de dezembro de 1997, em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos igualmente autênticos.

Este conjunto de regras vigentes no interior do bloco regional podem ser apreciados sob dois pontos de vistas distintos: a) no primeiro, de caráter crítico, não logra visualizar nenhuma novidade no plano normativo, porquanto o campo de visão está orientado pelas interpretações do direito nacional e, nesse sentido, conteudisticamente, as normas constitucionais e as normas do Mercosul não apresentam uma distinção muito pronunciada, a não ser naqueles casos apontados acima; b) no segundo, de caráter crítico-constutivo, se logra observar um efetivo progresso no conjunto de normas sociais no interior do bloco, mormente por ter em linha de visão a necessidade de interpretação destas normas de conformidade com os princípios e valores próprios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na qual prevalece a orientação voltada para a dignidade da pessoa humana, de vocação genuinamente humanista. (Caçado Trindade, 2003).

A nós nos parece que a visão, no caso específico para os intérpretes dos direitos sociais do Mercosul, seja no Brasil ou nos demais Estados membros, é a segunda postura.

### Referências

ARENDET, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003.

\_\_\_\_\_. **O terceiro ausente**. Tradução de Daniela Versiani, São Paulo: Manole, 2009.

BRAILLARD, Phillipe. **Teorias das Relações Internacionais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1990.

BAUMANN, Zygmunt. How to be a Sociologist and a Humanist? Sociology as a Vocation in Liquid-Modern Times. In: ELIAESON, Sven. **Building Democracy and Civil Society East of the Elbe**: Essays in Honour of Edmund Mokrzycki. London: Routledge, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

\_\_\_\_\_; **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2003. 2v.

CAUBET, Christian Guy. **As grandes manobras de Itaipu**, São Paulo: Acadêmica, 1991.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Advisory Opinion OC-18/03 OF SEPTEMBER 17, 2003, **Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants**. 166 p.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, MOREIRA, David Alves. Ensaio sobre o conceito de Direito ao Desenvolvimento. In: DANNER, Fernando; DANNER, Leno Francisco; DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Direito e /ao Desenvolvimento: Ensaios Transdisciplinares**. Porto Alegre: Fi, 2016. p. 115-131.

\_\_\_\_\_. Direito Ao Desenvolvimento, Políticas Públicas e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Uma Compreensão desde o Princípio da Interdependência. In: PINTO, Renata, GLASSENAPP, Ricardo. **Propostas para uma nova nação**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 157-172.

DEUTSCH, Karl W. **El análisis de las relaciones internacionales**. Tradução de Eduardo J. Prieto. Buenos Aires: Paidós, 1970.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado**: parte geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional público**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2004

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Coletânea de Direito Internacional**. 6.ed. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional público**. 14.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional público**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. O sindicalismo brasileiro e as práticas anti-sindicais, **Revista Sequência**, Florianópolis, n.50, p. 29-48, jul. 2005.

RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de derecho internacional publico y organizaciones internacionales**. 4 ed. Madri: Tecnos, 1992.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais**. Petrópolis: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Política Internacional**. Brasília: FUNAG, 2012.

PEDUZZI, Maria Cristina. **A Declaração Sócio-laboral do Mercosul**. Disponível em: <[http://www.direito2.com.br/tst/2005/nov/22/mercosul\\_cristina\\_peduzzi\\_fala\\_sobre\\_declaracao\\_socio-laboral](http://www.direito2.com.br/tst/2005/nov/22/mercosul_cristina_peduzzi_fala_sobre_declaracao_socio-laboral)>. Acesso em: 15 jan. 2010.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de Direito Internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional público**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOARES, Eliana. Relações de trabalho no Mercosul. **Revista Em Debate**, n. 1, p. 44-71, 1999.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 22.ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II

VAZ, Alcides Costa. **Cooperação, integração e processo negociador: a construção do Mercosul**, Brasília: IBRI/FUNAG, 2002.

WORLD ECONOMIC FORUM. COMMITTED TO IMPROVING THE STATE OF THE WORLD. **The global gender gap report**, Suíça: Geneva, 2009.



## 2. OS DIREITOS ABSOLUTOS NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

### Introdução

A disciplina a que denominamos de Filosofia do Direito, Filosofia Jurídica ou Jurisprudência (*Jurisprudence*), tem sido decomposta em duas formas de expressão, ou melhor dizendo, duas formas de fazer-se, e que segundo Celso Lafer (1988) tem a seguinte divisão: uma que é feita por filósofos (raposas), outra que é feita por juristas (ouriços), distinção que ele extraiu do conhecido poema de Arquíloco, o primeiro grande poeta grego pós-Homero e Hesíodo, e que tem o seguinte conteúdo:

No original: “πόλλ’ οἶδ’ ἀλώπηξ, ἀλλ’ ἐχίνοσ ἐν μέγα” (Harris, s/d, p. 96)<sup>2</sup>.

Na tradução feita por Erasmo de Roterdã em suas Adagias: “*Multa novit vulpes, verum echinus unum Magnum*” (Erasmo de Rotterdam, 2013, p. 449-451).

Na tradução que consta em *Justice for Hedhehog* de Ronald Dworkin, tem-se o seguinte registro: “*The fox knows many things, but the hedhehog knows one big thing*” (Dworkin, 2011, p. 1); o mesmo em Harris (s/d, p. 96) e Berlin (2013, p. 28).

Lafer a registrou da seguinte forma: “Muitas coisas sabe a raposa; mas o ouriço uma grande” (Lafer, 1988, p. 13).

Essa díade que faz uma distinção entre um pensamento que tem por programa todos os temas inerentes à experiência humana e social, isto é, feita por raposas – v.g. Aristóteles: da física à metafísica, passando pela política e pela ética -, e uma filosofia limitada a um único campo ou mesmo que busca circunscrever tais experiências a um princípio unificador, isto é, feita

---

<sup>2</sup> A transliteração para o alfabeto latino é a seguinte: “póll’ oíd’ alópix, all’ echínos én méga”.

por ouriços – v.g. Platão, Wittgenstein e Hegel –, não foi criada por Celso Lafer, como ele mesmo o reconhece, mas pelo filósofo inglês Isaiah Berlin em seu *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*<sup>3</sup>, em que este autor, tentando categorizar esse grande autor russo a partir dessa *distingo*, concebeu-o como uma raposa que expressou em sua obra literária todos os campos possíveis da experiência humana, mas que do ponto de vista da convicção pessoal e da moralidade, acreditava-se um ouriço<sup>4</sup>. Outro grande filósofo do direito da matriz anglo-saxã – Ronald Dworkin – também se apropriou dessa díade para escrever seu último livro – *Justice for Hedgehogs* –, na qual ele, desde uma perspectiva da filosofia moral, defendeu a necessidade de preservação do “valor” fundante do liberalismo político – o viver bem –, bem como a necessidade de o fazê-lo para nós mesmos e para os outros<sup>5</sup>, numa clara alusão à *φρόνησις* (*phronésis*) aristotélica.

---

<sup>3</sup> “But, taken figuratively, the words can be made to yield a sense in which they mark one of the deepest differences which divide writers and thinkers, and, it may be, human beings in general. For there exists a great chasm between those, on one side, who relate everything to a single central vision, one system, less or more coherent or articulate, in terms of which they understand, think and feel – a single, universal, organising principle in terms of which alone all that they are and say has significance – and, on the other side, those who pursue many ends, often unrelated and even contradictory, connected, if at all, only in some de facto way, for some psychological or physiological cause, related to no moral or aesthetic principle. These last lead lives, perform acts and entertain ideas that are centrifugal rather than centripetal; their thought is scattered or diffused, moving on many levels, seizing upon the essence of a vast variety of experiences and objects for what they are in themselves, without, consciously or unconsciously, seeking to fit them into, or exclude them from, any one unchanging, all-embracing, sometimes self-contradictory and incomplete, at times fanatical, unitary inner vision. The first kind of intellectual and artistic personality belongs to the hedgehogs, the second to the foxes; and without insisting on a rigid classification, we may, without too much fear of contradiction, say that, in this sense, Dante belongs to the first category, Shakespeare to the second; Plato, Lucretius, Pascal, Hegel, Dostoevsky, Nietzsche, Ibsen, Proust are, in varying degrees, hedgehogs; Herodotus, Aristotle, Montaigne, Erasmus, Molière, Goethe, Pushkin, Balzac, Joyce are foxes” (Berlin, 2013, p. 29).

<sup>4</sup> “The hypothesis I wish to offer is that Tolstoy was by nature a fox, but believed in being a hedgehog; that his gifts and achievement are one thing, and his beliefs, and consequently his interpretation of his own achievement, another; and that consequently his ideals have led him, and those whom his genius for persuasion has taken in, into a systematic misinterpretation of what he and others were doing or should be doing” (Berlin, 2013, p. 32).

<sup>5</sup> “Value is one big thing. The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest. I try to illustrate the unity of at least ethical and moral values: I describe a theory of what living well is like and what, if we want to live well, we must do for, and not do to, other people” (Dworkin, 2011, p. 1).

Mas voltemos à distinção laferiana. O que diferencia uma filosofia do direito feita por filósofos de outra feita por juristas não é, pois, a matéria bruta com a qual eles trabalham – a experiência jurídica e (n)as comunidades humanas –, mas os problemas que tencionam resolver e os paradigmas de que se utilizam: aqueles seriam filósofos que manifestam interesses por temas jurídicos ao lado de tantos outros; já estes são “(...) juristas com inquietações filosóficas (...)” e que trabalham sobre problemas “(...) suscitados pelas necessidades práticas da experiência jurídica de ir além dos dados empíricos do Direito Positivo para poder lidar com o próprio Direito Positivo” (Lafer, 1988, p. 17-18).

O tema desse trabalho se constitui, para ficarmos na diáde acima indicada, em um que é próprio da filosofia do direito (embora nada obste que outros se preocupem com ele, como de fato o fazem), e feita por um ouriço, e que, portanto, assumindo desde já o *locus* fundamental desse modo de fazer filosofia do direito, busca respostas para o problema proposto – existem direitos absolutos? – não na política, na moral, na religião, na psicologia social ou na econômica política, para ficarmos em alguns campos de normatização das relações humanas, mas no direito, entendido como o campo composto por sistemas normativos e teorias jurídicas acerca do fenômeno jurídico que têm por meta a regulação de comportamentos individuais, coletivos e institucionais, bem como determinar, a partir de critérios racionais e razoáveis inerentes à sua própria racionalidade, o modo de aplicação daquelas normas e que, por sua especificidade, é, e deve continuar a ser autônomo em relação àquelas demais formas de normatização.

No que toca, doutro polo, a delimitação para o âmbito dos Direitos Humanos, haja vista que o problema acerca da existência ou não de direitos absolutos é comum a outros campos da experiência jurídica, ela se justifica, de um lado, pela abrangência que eles têm, seja em nível universal (o sistema onusiano) ou regional (os sistemas regionais de Direitos Humanos), de forma que a discussão logra fugir de particularidades quer dos direitos nacionais quer dos diversos campos de regulação jurídica, seja porque, por razões que ficarão mais claras abaixo, tem crescido, de forma exponencial, um conjunto de discursos e comportamentos institucionais ou difusos



de deslegitimação dos Direitos Humanos, cuja principal intenção parece tornar aceitável a violação aos direitos e garantias internacionalmente reconhecidos pela comunidade internacional.

Na acepção que se assume nesse trabalho, fazer filosofia e ciência jurídica – interpretar e dar sentido ao fenômeno jurídico e às normas jurídicas -, não é fazer economia, juízos morais, religiosos etc, mas, desde as singularidades e particularidades do campo autônomo que é o direito, buscar os fundamentos últimos – caso existam -, e os significados possíveis e razoáveis dos comandos normativos, em particular na tentativa de responder ao problema proposto, distanciando-se, o quanto possível, do aporético problema da justiça em sentido extrajurídico, isto é, decorrente de um valor absoluto supra histórico, uma vez que, conforme Kelsen, a “(...) justiça absoluta é um ideal irracional porque pode derivar apenas de uma autoridade transcendente, isto é, de Deus (...)” e, por isso, revela-se “(...) uma eterna ilusão” (*apud* Losano, 2014, p. 32).

A resposta que se procura, portanto, parte de uma concepção demasiada humana da justiça, isto é, aquela inerente (decorrente, portanto) e imanente (no sentido estrito do termo, composto pelos termos latino *in* e *manere*, e que desde a concepção spinozana (Spinoza, 2008), é aquela realidade que dá-se e mostra-se a si mesma sem qualquer vínculo ou dependência a uma causa transcendente) ao Estado de Direito, à Democracia e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos em suas mútuas interdependências, como de resto o evidencia os itens 5 e 8 da Declaração e Programa de Viena:

5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

(...)

8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, económicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas. Neste contexto, a promoção e a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, a nível nacional e internacional, devem ser universais e conduzidas sem restrições adicionais. A comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais no mundo inteiro.

Com efeito, segundo Rodolfo Vásquez (2006), o campo de tensão e batalha própria de toda filosofia do direito é aquele pertinente às relações existentes entre direito e moral, vale dizer, as relações possíveis e influências recíprocas que existam entre estes dois campos, se é que elas existam ou deveriam existir.

Assim, se para um campo bastante amplo – no qual poderíamos situar, somente para fins de exemplificação, desde os diversos jusnaturalismos, passando pelos realismos jurídicos e a escola anglo-saxã prosseguidora ou influenciada pelo utilitarismo –, direito e moral se encontram no mesmo campo de normatização – formariam, portanto, círculos concêntricos, em que o círculo maior – a moral –, abarcaria o direito – o menor –, devendo este expressar, tanto quanto possível, e sob pena de ilegitimidade, preceitos morais.

Para Klaus Günther (2004), por exemplo, o próprio processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas, isto é, a fundamentação de sua validade/legitimidade e a justificação de sua aplicação aos casos concretos se daria pela submissão do direito à moral, uma vez que ela seria a instância última de universalização da normatividade reclamada por sociedades que se organizam em torno do que é bom e justo. Mais do que um problema da razão teórica, fundamentar e justificar as decisões jurídicas é

um ato da razão prática sendo, portanto, orientada *a priori* pela moralidade (fundamentação), e não pelo direito.

Já outras escolas, partindo, em maior ou menor medida, da distinção kantiana entre direito e moral, como seja, da *distingo* entre autonomia – derivada do princípio kantiano (Kant, 1990, p. 9) da maioridade moral do ter-se “(...) coragem de te servires do teu próprio entendimento” e heteronomia, identificada por Kant a partir da expressão “(...) a vontade não se dá a lei a si mesma, mas é sim um impulso estranho que dá a lei” (Kant, 2007, p. 90), direito e moral são instâncias independentes *vis-à-vis*, e que se conformam em círculos não secantes e, portanto, estanques no que concerne a uma influência recíproca.

Tais teorias são defendidas, e.g., pelos positivismos jurídicos, em particular os não inclusivos e a teoria crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck no Brasil, pelas quais não há nem pode haver, sob pena de perda significativa do postulado da segurança jurídica e da autoridade e autonomia do Direito, submissão do direito à moral.

Como dito em outra oportunidade, com especial referência à crítica hermenêutica de Lenio Streck,

(...) se a tarefa essencial que cabe à Ciência Jurídica é a de constituir-se em um conjunto de teorias orientadas pela racionalidade jurídica que têm por função subministrar fundamentos e princípios para a interpretação dessas normas, num regime democrático, fundado sobre a necessidade de se coarctar o quanto e o mais possível a arbitrariedade e/ou a discricionariedade dos agentes estatais, esta coarctação se dá, de um lado, na submissão de todas as normas à Constituição, ato com o qual se limita o poder do legislador, e de outro lado na delimitação do *juris dicere*, i.e., em não permitir ou legitimar que juízes possam dar às palavras com as quais se gravam as normas em uma sociedade democrática o sentido que eles queiram dar, quanto mais se esta interpretação não estiver estribada em princípios jurídicos, mas em postulados morais, políticos etc [...] (De Oliveira, 2017, p. 206-208).

Não se pode negar, contudo, que entre direito e moral possa existir uma correspondência conteudística entre o que é bom/justo mal/injusto. Assim, o estupro, do ponto de vista moral, é um mal que se pratica em detrimento da autonomia sexual de outrem, sendo que, da perspectiva do direito, se constitui em crime, haja vista a reprovabilidade penal do comportamento, uma vez que a autonomia sexual é um bem jurídico penalmente relevante; a corrupção, pública ou privada, é moralmente reprovável e constitui-se em um mal à coletividade (reprovação moral), da mesma forma que, para o direito, a prática de atos de corrupção constituem-se em comportamentos ilícitos que atraem, segundo o caso, sanções de caráter político, administrativo e/ou criminal.

Entretanto, apesar da semelhança na reprovabilidade de tais comportamentos, direito e moral têm respostas diversas desde suas estruturas normativas, posto operarem a partir de códigos binários próprios: a moral a partir da polaridade bom/mal; o direito desde a polaridade lícito/ilícito. Além disso, a natureza da sanção cominada também é diversa: na moral, ou uma autorreprovação pelo agente violador e/ou de caráter difuso pelos membros da sociedade; no direito, a sanção de caráter institucional, na medida em que cabe às instâncias pré-existentes ao comportamento ilícito exercer a persecução necessária para se impor ao agente a sanção jurídica previamente estabelecida.

Aquelas polaridades têm fundamentos em razões de decidir distintas, não podendo ser nem confundidas nem sobrepostas uma à outra em razão da decantada autonomia *vis-à-vis*, mormente porque em muitas circunstâncias da vida social aquela correspondência entre preceito moral/prescrição jurídica não existe, como o demonstram alguns temas da vida pública em que existem dissensos morais irreduzíveis à conciliação, tais como o aborto, as uniões homoafetivas, a eutanásia, a descriminalização das substâncias estupefacientes, a inserção de temas sensíveis do ponto de vista da moralidade majoritária nos regimes de educação etc. Em tais casos, como dito, ante a impossibilidade de consenso – são dissensos morais profundos –, não cabe ao direito optar por uma concepção moral “A” ou “B”, mas permitir, desde o postulado da neutralidade, que as normas jurídicas

regulem tais comportamentos a partir dos princípios jurídicos que lhes dão espeque e legitimam a sua vigência jurídico-normativa.

Para que fique mais clara a asserção acima, é óbvio que nas diversas fases de deliberação acerca de um projeto de lei, os possíveis argumentos advindos do direito, da moral, das concepções religiosas, dentre outras, tendem a esfumar aquela autonomia normativa entre os campos, e desde uma perspectiva democrática e plural, esta esfumação é plenamente legítima, guardados os limites de legitimidade discursiva decorrentes dos princípios da universalidade e da não-discriminação.

A referência ao princípio da universalidade deve ser compreendida a partir de duas acepções: uma estritamente jurídica, isto é, enquanto princípio jurídico fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos que ilide, absolutamente, a exclusão de qualquer pessoa da esfera de proteção do direito enquanto decorrência do direito à personalidade jurídica; e de outra perspectiva desde a concepção habermasiana contida no princípio U.

Com efeito, Habermas (1989, p. 61-142), tomando por norte diferenciador entre autonomia moral/razão prática e heteronomia/agir comunicativo objetivando solver a controvérsia em torno do problema do solipsismo moral kantiano, propõe o conhecido Princípio U, segundo o qual “Todas as normas válidas têm que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas sem coação por todos os interessados”. Em outros termos, numa sociedade democrática, a condição de validade de uma decisão acerca da criação de uma regra não existe *a priori*, uma vez que a ética do discurso se propõe, somente, a oferecer procedimentos racionais para a sua criação.

Contudo, uma vez promulgada a norma, a autonomia entre direito e moral deve prevalecer sobre as opções morais, políticas, econômicas daquele que a irá aplicar. Salvo a hipótese, *e.g.*, da necessidade de realização dos controles de constitucionalidade (ato normativo em relação de inferioridade vertical face à Constituição) ou de convencionalidade (ato normativo em relação de inferioridade vertical face aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos), pelas quais o aplicador do direito deverá, caso interprete a

norma inconstitucional ou incompatível com o *standard* normativo internacional, declará-la nula<sup>6</sup>, não lhe é cabível atribuir sentido diverso daquele que é dado pelo próprio programa normativo da norma, quanto mais se o (res)significado decorrer de suas concepções particulares acerca da moral, da política etc. Embora se possa reconhecer, como já o afirmava Pontes de Miranda<sup>7</sup>, um espaço para a crítica *de lege ferenda*, a mesma não pode ser *de lege lata*, uma vez que o aplicador do direito, enquanto órgão do Estado, está submetido aos limites do exercício do poder que é imanente a um regime democrático e fundado sobre a legitimidade constitucional que os direitos e garantias fundamentais interpõem.

---

<sup>6</sup> Importante destacar que se não trata de uma opção ou faculdade, mas de um dever advindo, conforme o caso, ou da supremacia da Constituição ou da prevalência do Direito Internacional sobre o direito nacional. Nesse sentido, a clareza presente no voto do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, fixa-se como um claríssimo paradigma do que se discute na presente seção: “A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo governo organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível (...) Se nula é a resolução da legislatura incompatível com a Constituição, deverá, a respeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeito? Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição, se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam” (*Apud* CLÉVE, 2000, p. 31-34).

<sup>7</sup> “Interpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver. A exigência, portanto, cresce de ponto, em se tratando de Constituição. Com a antipatia não se interpreta, - ataca-se; porque interpretar é pôr-se do lado do que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, o intérprete e do texto. Portanto, a própria simpatia não basta. É preciso penetrar-se do pensamento que esponta nas regras jurídicas escritas; e, penetrando-se nelas, dar-lhes a expansão doutrinária e prática, que é o comentário jurídico. Só assim se executa o programa do jurista, ainda que, de quando em vez, se lhe juntem conceitos e correções de *lege ferenda*” (Pontes de Miranda, 1992, p. 121)

É importante, nesse sentido, destacar que o tema dos Direitos Humanos – desde o seu significado, passando por seus fundamentos e chegando, por fim, à sua eficácia concreta –, como regra geral, estão submetidos a profundos dissensos morais, mormente em sociedades desiguais e profundamente violentas, em que tem havido um crescimento de discursos políticos, morais, religiosos e econômicos de deslegitimação, muitos chegando a propor, por ignorância ou má-fé, ou mesmo por uma soma dos dois, um genuíno retorno à *civitas dissoluta* e à *bellum omnis contra omnes* que Hobbes descreveu no parágrafo primeiro do *De Cive*<sup>8</sup>.

Mas há, também, um profundo dissenso entre os legitimadores dos Direitos Humanos acerca de seus significados e da fundamentação de suas pretensões políticas de reconhecimento jurídico que partem, como não poderia deixar de ser, de argumentos morais e ou políticos, e não jurídicos. Em outros termos, apesar do direito, quer-se impor um significado ou uma determinada extensão a um direito não a partir de argumentos e fundamentos jurídicos, mas morais. Um exemplo muito significativo, nesse último sentido, foi a defesa feita na Argentina, logo após o término da ditadura militar, da constituição de tribunais *ad hoc* e excepcionais com competência para julgar os agentes dos subsistemas da repressão política que foram acusados do cometimento de graves crimes internacionais. Os argumentos políticos e morais então arguidos consistiram em que, para crimes excepcionais (tortura, desaparecimentos forçados de pessoas, execuções extrajudiciais etc) seria necessária uma justiça também excepcional e rígida, algo como um violar-se para proteger-se os Direitos Humanos (Eugenio Zaffaroni, 2015).

Pois bem: adotou-se no presente trabalho o pressuposto de que a distinção entre direito e moral é condição necessária para a tomada de decisões jurídicas, uma vez que, caso os agentes públicos dotados de competência para decidir sejam legitimados a fazê-lo a partir de fundamento decorrentes não do programa normativo e de conformidade com os postulados e os

---

<sup>8</sup> “[...] ostendo primo conditionem hominum extra societatem civilem, quam conditionem appellare liceat statum naturæ, aliam non esse quam bellum omnium contra omnes; atque in eo bello jus esse omnibus in omnia” (Hobbes, 1983, p. 1).

princípios fundamentais da ciência do direito, mas de sua moralidade particular, dá-se espaço não ao governo pelas leis – que é a condição essencial de qualquer sistema democrático –, mas de homens (Bobbio, 2015), sem que, doutro passo, se tenha a possibilidade de exercer o controle concreto sobre suas atividades públicas, com grave e contínua perda de um dos direitos mais importantes que concerne aos cidadãos: a segurança jurídica.

Desde essa distinção, uma decisão jurídica não será certa ou errada porque conforme os postulados morais A, B ou C, mas porque fundadas e legitimadas nos princípios jurídicos fundamentais que organizam a sociedade, em especial aqueles de estatura constitucional e/ou decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, decidir em direito não é fazer opções entre um mal maior e um mal menor, argumento que supõe a possibilidade de se admitir e aceitar, sub-repticiamente, o próprio mal<sup>9</sup>, mas por princípios jurídicos, as únicas instâncias de legitimidade e validade para as demais normas jurídicas e das decisões de agentes públicos, em especial os juízes (Streck, 2009).

Portanto, a discussão que se empreenderá nos dois próximos tópicos sobre a existência ou não de direitos absolutos deve ser feita desde o fundamento epistemológico acima descrito, que, partindo da autonomia do direito em relação aos demais campos de normalização social, busca conhecer e compreender as razões jurídicas, políticas e históricas pelas quais, como regra geral, os direitos são relativos, mas excepcionalmente absolutos, isto é, não restringíveis.

## **Relativismo ou Absolutismo dos Direitos**

Um segundo ponto que deve ser enfrentado no presente trabalho refere-se à questão de se saber se os direitos, como regra geral, são absolutos ou relativos, questão essa que, pode-se notar desde a construção do problema, não encerra uma resposta unívoca, pois além de se tratar de um

---

<sup>9</sup> “Se somos confrontados com dois males, assim reza o argumento, é nosso dever optar pelo menor, ao passo que é irresponsável nos recusarmos a escolher [...] [Dá-se que] A aceitação de males menores é conscientemente usada para condicionar [...] a aceitar o mal em si mesmo” (Arendt, 2004, p. 98-99).



tema jurídico, é também um tema das filosofias política e moral, sede na qual a aporia entre absolutismo e relativismo é, por definição, insolúvel (Kelsen, 2000).

Mas o que vem a ser absolutismo e relativismo na filosofia, e que tanto influencia o discurso “jurídico” das mais diversas tendências?

Segundo Hans Kelsen, absolutismo é a teoria filosófica que parte de uma perspectiva fundacional de natureza metafísica, segundo a qual existe uma realidade absoluta, entendida como algo que existe independentemente do conhecimento humano: “Logo, sua existência é objetiva e ilimitada no ou para além do espaço e do tempo, aos quais restringe-se o conhecimento humano” (2000, p. 347). Se existe, portanto, uma realidade absoluta a ela se liga uma verdade absoluta, bem como valores absolutos, implicando, necessariamente, em uma existência perfeita. A consequência do absolutismo filosófico é a existência de valores absolutos que são válidos para todos, “(...) sempre e em todo o lugar, e não apenas em relação ao sujeito do juízo [...], tendo referida doutrina por consequência mais importante a afirmação de que a função [...] do conhecimento humano é meramente a de refletir, como um espelho, os objetos existentes em si mesmos [...]” (2000, p. 348).

Já o relativismo, também denominado de empirismo, pelo revés, parte da perspectiva de que a realidade é um elemento intrínseco ao conhecimento humano, e de que a “[...] realidade é relativa ao sujeito cognoscente” (Kelsen, 2000, p. 348). Em síntese, não existe uma realidade, mas realidades, e onde há realidades, há pluralidade e relativismo.

Se a concepção absolutista traz em si uma relação de sujeição do sujeito cognoscente ao que existe *a priori*, como seja, ele não tem autonomia ou poder para alterar o que existe *per se*, o que pode gerar, como de fato gerou, enormes injustiças na aplicação político-jurídico-religiosa desta concepção (basta-nos lembrar no absolutismo monárquico na Europa dos séculos XVI e XVIII, do regime segregacionista dos EUA ou o Apartheid na África do Sul, do sistema jurídico-religioso do Taleban no Afeganistão ou os diversos totalitarismos e regimes autoritários que vicejaram ou ainda existem), a teoria relativista pode gerar duas consequências que, se

não forem enfrentadas, constituem-se em verdadeiras aporias, a saber, o solipsismo paradoxal e o pluralismo.

Entende-se por solipsismo paradoxal o raciocínio que leva o sujeito cognoscente a se entender como única realidade existente, ou seja, se é o ego quem cria o seu objeto de conhecimento, ele, e não aquele, é que existe. Ora, tal conclusão fundar-se-ia em um paradoxo pois, se o sujeito cognoscente é a única realidade existente, logo ele seria uma realidade absoluta, o que contraditaria todo o pensamento relativista por incorrer em petição de princípio.

Já por pluralismo<sup>10</sup> *há de se entender a possibilidade de existirem tantas realidades quantos egos existentes*, pois, se a realidade é criada pelo sujeito cognoscente, cada um criará a sua própria realidade, isto é, haverá tantos mundos quantos forem os sujeitos cognoscentes. Isto geraria outro paradoxo, na medida em que se contraporá à realidade vivida por todos.

A fim de se evitar tais conclusões, o relativismo nega a possibilidade tanto do solipsismo quanto do pluralismo, adotando-se como paradigma à isonomia dos sujeitos cognoscentes. Segundo Kelsen (2000, p. 349),

Considerando, como verdadeiro relativismo, a mútua relação entre os vários sujeitos do conhecimento, esta teoria compensa sua incapacidade de assegurar a existência objetiva de um único e mesmo mundo para todos os sujeitos pela suposição de que os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais. Essa suposição implica também a igualdade dos processos de cognição na mente dos sujeitos e, assim, torna possível admitir que os objetos do conhecimento, assim como os resultados desses processos individuais, estão em conformidade, o que é confirmado pelo comportamento exterior dos indivíduos.

Assim, as correntes absolutistas dos direitos nos remetem às diversas tradições jurídicas, desde a antiguidade à moderna, especialmente referidas

---

<sup>10</sup> Gnosiológico, e não o político, frise-se, já que este se constitui, por assim dizer, na pedra de toque do constitucionalismo contemporâneo, uma vez ser a razão fundamental pela qual as sociedades políticas se dão uma constituição. Com efeito, conforme Michel Rosenfeld, “[...] o constitucionalismo depende do pluralismo e pode, em última instância, ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo” (Rosenfeld, 2003, p. 36).

à filosofia jusnaturalista, posto que tal corrente concebe os direitos “naturais” do homem como algo supra histórico e dado *a priori*, seja por Deus (jusnaturalismos teológico) ou pela razão humana (jusnaturalismos racionalista). Já as correntes relativistas nos remetem às teorias institucionalistas, democráticas, positivistas e culturalistas, para enfeixarmos as mais diversas tendências em um número limitado de conceitos, cuja compreensão no tocante à existência de direitos absolutos é a de negá-la.

Assim, como regra, os direitos não são absolutos, pois não têm uma pré-existência, ou mesmo vigência fora da sociedade humana, que quando compreendida desde uma perspectiva comparatística, é essencialmente plural; por serem instituídos a partir dessa sociabilidade e condicionados em sua normogênese à própria facticidade histórica que lhes deram origem, são relativos, pois se ligam à pessoa humana não somente enquanto um ser-em-si, mas principalmente como ser-com: um ser que vive em comunidade.

Neste sentido, Steinmetz (2001, p. 17) ressalta

Que os Direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados é possível demonstrar e provar de diversos pontos de vista. Desde um ponto de vista fenomenológico-existencial, a existência humana se caracteriza pela co-existência. O homem é um ser-com, um ser inserido no processo histórico-social. Assim, se os homens coexistem, então os Direitos também coexistem, co-determinam-se e se co-limitam. Os limites aos Direitos fundamentais decorrem da própria socialidade humana. Apenas em um estado de natureza de tipo hobbesiano, no qual os indivíduos vivem isolados e em permanente beligerância (*bellum omnium contra omnes; homo homini lupus*) os Direitos são ilimitados e ilimitáveis (*ius omnium in omnia*). E mesmo assim seria de se indagar se o que existe nesse estado são Direitos ou uma outra coisa qualquer.

Assim, resta evidente que os direitos no geral, e os Direitos Humanos em particular, não são absolutos, mas sim relativos, na medida em que:

- a) são conquistadas historicamente referidas, ou para ficarmos na conhecida afirmação bobbiana, os Direitos Humanos não

nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas (Bobbio, 2004);

- b) os direitos serão aqueles positivados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico (*penunbral rights*), devendo-se considerar, doutro polo, que as pretensões de direito não positivadas explícita ou implicitamente, não são direitos, mas pautas políticas e ou morais de seu reconhecimento. Conforme Riccardo Guastini (*in* Danner; De Oliveira, 2015, p. 40):

Normalmente a reivindicação de um direito moral ou “natural” não tem outro objetivo que o de pleitear que tal direito seja “positivado”, isto é, reconhecido e garantido pelo direito positivo. Em outras palavras, quem reivindica um direito moral, na maior parte dos casos, leva a cabo uma operação política com o objetivo de modificar o ordenamento jurídico vigente.

- c) assumem as mais variadas configurações, por serem obra de um dado povo, em um dado momento de sua formação cultural, e
- d) por serem “elementos” de convivência entre as pessoas de uma dada sociedade, devem ser relativos, pois se absolutos, o direito de “um” excluiria o direito do “outro”, o que nos levaria, em última instância, à sociedade pré-contratual descrita por Hobbes (Ferraz Júnior, 2002).

Em síntese, reconhecer a relatividade dos direitos é a condição necessária para que haja uma convivência equilibrada entre os seus titulares, além de também ser condição necessária ao controle do poder do Estado.

### **Nem tudo é Relativo e Ponderável**

A ideia central, portanto, é a de que não existem direitos absolutos, uma vez que eles estão submetidos àquele postulado da colimitação e fruição limitada pela proporcionalidade, pela razoabilidade e a vedação do abuso do direito, e isso vale, *prima facie*, para todos os direitos, sejam quais forem a origem e a hierarquia normativa da norma que os assegure.

Contudo, nada obstante essa regra geral, existem determinados direitos que não estão submetidos a nenhum tipo de limitação, podendo-se, nesse sentido, ser conceituados como direitos absolutos. E por quê? Porque, normativamente, o legislador, nacional ou internacional, institui em relação a eles uma proteção jurídica não-restringível pelo Estado ou por terceiros, pois, seja qual for a circunstância fática, instituem uma proteção absoluta que não está sujeita a nenhuma limitação pelos postulados da proporcionalidade e/ou da razoabilidade.

Para ficarmos no campo da dogmática dos direitos fundamentais, esses direitos instituem aquilo que Alexy (2001) denomina de direitos a ações negativas, vale dizer, direitos pelos quais os cidadãos podem exigir em relação ao Estado e a terceiros uma não afetação dos interesses juridicamente tutelados, mormente aqueles relacionados à integridade física e psíquica do indivíduo, bem como os deveres constitucionais e internacionais de que os Estados criem instituições eficazes de prevenção geral e especial destes comportamentos, inclusive através de suas tipificações na forma de crimes e do exercício obrigatório e sem dilações da persecução penal (De Oliveira, 2016).

Nesse tópico em particular, o artigo de John Finnis – *Absolute Rights: some problems illustrated* (2016) - constitui-se numa referência fundamental, uma vez que ele foi escrito em prosseguimento a um trabalho anterior de Joseph Boyle, no qual, este último, partindo das teses de Elizabeth Anscombe, defendeu a tese de que, a menos que os Direitos Humanos absolutos sejam justificados em suas especificidades, a assunção de que eles existam gera, no plano da lógica jurídica, uma série de incoerências e paradoxos por fugirem à regra geral da relatividade dos direitos.

Para Finnis, a justificativa para a existência de Direitos Humanos absolutos decorre do fato de que se constituem em “[...] some kinds of acts that everyone has an indefeasible, exceptionless moral duty of justice not to choose and do” (2016, p. 195-117). Entretanto,

*[...] all those kinds of act are properly defined or specified by reference to the intention with which the act is chosen and done. Any affirmation or asser-*

*tion of an absolute right specified more broadly, so as to prohibit acts specified by reference to unintended effects of them, will be morally incoherent and if legally enforced will result in injustice, sometimes at least as grave.*

No entanto, Finnis, pretendendo manter a coerência normativa entre a regra geral da relatividade e a excepcionalidade das previsões de normas inderrogáveis (*rectius*: direitos absolutos), aplica a regra hermenêutica da restrição, segundo a qual a “[...] logic requires that a norm’s absoluteness narrow, not broaden its scope as an absolute” (2016, p. 197), razão pela qual ele traça uma série de críticas à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em matéria extradicional, na medida em que esta tem interpretado a proibição absoluta à tortura ou tratamento degradante ou humilhante, presente no artigo 3 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não somente quando exista uma ameaça de ser praticada no Estado ativo do pedido extradicional por agentes públicos, mas em qualquer circunstância (2016), especialmente no que diz respeito à aplicação da teoria hermenêutica de que os tratados internacionais de Direitos Humanos se constituiriam em “*living instruments*”, mormente porque, com essa prática, “[...] [*t*]he ECtHR’s living instrument jurisprudence is founded on the grasping of legislative power, a power of constructing new law, bey judges whose jurisdiction extended, in truth, only to ‘interpretation and application’ (Article 32(1)), no to legislative improvement [...]” (2016, p. 82).

De qualquer forma, como já visto, todo direito “nasce” a partir de determinadas necessidades históricas, objetivando o aperfeiçoamento da tutela jurídica sobre determinadas esferas da vida humana e institucional que até então, por motivos vários, ou não eram juridicamente tuteladas, ou não o eram de forma suficiente. Em outros termos, é a experiência histórica, bem como o surgimento de uma consciência coletiva de proteção de determinados interesses que tornam possível o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico no intento de coibir práticas que, desde esses momentos, passam a ser consideradas inadmissíveis.

Esses direitos absolutos ou não restringíveis de que cuidamos surgem a partir da *magna trepidatio* que foram a 2ª Guerra Mundial, Auschwitz e a Experiência Totalitária, concebida por Hannah Arendt como a manifestação política daquilo que ela denomina de descartabilidade da vida humana. Se na tradição ocidental a vida humana sempre fora concebida como o direito humano *par excellence* a partir do qual todos os demais direitos defluíam, a experiência totalitária demonstrou como, quebrando-se referida tradição, a vida humana passa a ser descartável e submetida ao poder totalitário na forma de uma negação absoluta da cidadania – impolítica, paternalismo político e minoridade cívica – (Arendt, 1999), seja na forma da matabilidade da vida que se decide não merecer ser vivida (Agamben, 2004).

Tendo em vista esse contexto, é importante observar como determinados direitos passaram a ser protegidos de forma absoluta, isto é, sem que seja possível, juridicamente falando, as suas derrogações ou mitigações por outras normas, ou relativizados ou restringidos por circunstâncias de excepcionalidade política.

Para Bobbio (2004, p. 60), a dificuldade em se aceitar a existência de determinados direitos absolutos se liga a diversos fatores, sejam eles político-jurídicos decorrentes do conceito de soberania, sejam eles decorrentes da ambiguidade semântica que envolve o próprio conceito de Direitos Humanos, pois

Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldade inerentes ao próprio conteúdo desses direitos [...]. Dado que a maior parte desses direitos são igualmente aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro lado, a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea.

Contudo, referidas dificuldades não ilidem que determinados direitos sejam submetidos a uma proteção absoluta por não permitirem a ponderação normativa, procedimento através do qual, havendo conflito entre normas de direitos fundamentais em um caso concreto, deverá o intérprete/aplicador do direito, por intermédio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afastar um princípio em favor de outro (Alexy, 2001). Com efeito, para Bobbio (2004, p. 61), há de se entender

[...] por “valor absoluto” o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas. O direito a não ser escravizado implica na eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada.

No mesmo sentido Delmas-Marty, para quem, se é fato que, normativamente, existe uma limitação recíproca entre as normas de Direitos Humanos, existem, no entanto, e por expreso reconhecimento dos tratados internacionais regentes sobre a matéria, determinados direitos que não podem, em circunstância alguma, ser restringidos, submetidos que estão a uma proteção absoluta (2004, p. 62):

Apresentados pela Declaração Universal de 1948 como “um ideal comum a atingir”, nela os direitos do homem são todos proclamados, com a mesma força, sem restrição aparente. No entanto, o artigo 29-2 dessa Declaração admite a existência de “limitações”, especificando que elas devem ser “estabelecidas pela lei [...]”. Na mesma ocasião surgiu a questão de saber se todos os direitos enunciados são submetidos a tais



limitações ou se alguns dentre eles escapam-lhes, beneficiando-se de uma proteção absoluta [...] Essa definição exclui da categoria dos direitos com proteção absoluta o direito à vida, pois os textos enunciados admitem todos a exceção da pena de morte e a da legítima defesa [...] [havendo, entretanto] na hierarquia dos valores um bem mais precioso do que a vida, tão precioso que não ousam nomeá-lo, senão por uma proibição: proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e da servidão, proibição das expulsões coletivas, às quais o Pacto da ONU acrescenta a proibição de impor a uma pessoa, sem o seu consentimento, uma experiência médica ou científica, e uma obrigação, a de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica de cada qual [...] Pertencem a essa mesma categoria o direito à não discriminação, assim como o direito à presunção de inocência.

Em outros termos, se é certo que o Direito Internacional assegura aos Estados ampla discricionariedade na assunção e consecução de obrigações internacionais de caráter sinalagmático, no concernente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Penal Internacional tais atributos perdem espaço à conformação de uma estrutura normativa objetiva e cogente (normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*) que tem por consequência, para os Estados violadores, a possibilidade de imputação de responsabilidade internacional na forma daquilo os *Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* denomina de “atos ilícitos internacionais excepcionalmente graves” (*exceptionally serious wrongful act*) (United Nations, 2001, p. 142), e em relação aos indivíduos, a imputação de responsabilidade penal direta perante o Direito Internacional, evidenciando-se como isso, doutro passo, o postulado da sobreposição (*overlap*) (Bonafe, 2009) entre responsabilidade coletiva e responsabilidade penal individual no âmbito desses dois ramos do Direito Internacional contemporâneo (De Oliveira, 2016, p. 50-51).

Isto se aclara quando se apercebe que aqueles Direitos Humanos a que se defere uma proteção absoluta constituem-se, quando violados pelos Estados, de forma omissiva ou comissiva por desatenção à obrigação de

“respeitar e fazer respeitar”, em crimes internacionais, como, *e.g.*, a tortura<sup>11</sup>, o desaparecimento forçado de pessoas<sup>12</sup>, a discriminação racial, que em sua forma mais extrema se dá através do Apartheid<sup>13</sup>, a redução da pessoa à condição análoga de escravo<sup>14</sup>, a submissão de indivíduos à experimentação médica ou científica não consentida, dentre outros, e que tipificam hipóteses de crimes contra a humanidade e/ou de guerra nos termos dos artigos 7 e 8 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

---

<sup>11</sup> Assim, artigo V da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 5, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 3, a, 12 e 50 da Convenção de Genebra I, artigos 1 e 2 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigos 1 e 6 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e artigos 7, f (na forma de crime contra a humanidade) e 8, 2, ii e 8, 2, c, i (na forma de crime de guerra) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

<sup>12</sup> Preâmbulo e artigos 1, a, b e d e 3 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, Preâmbulo e artigos 3, 4 e 5 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado e artigo 7, I, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

<sup>13</sup> Nesse sentido, os artigos I, II e VI da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 2, 1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigos 1,1 e 13, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, aos quais se somam a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em especial em seus artigos 1, 2 e 8. Ademais, nos termos do artigo 85, 4, c, a do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Sem Caráter Internacional, a discriminação racial instituída em detrimento de minorias constitui-se em grave violação às regras do Direito Internacional Humanitário, constituindo-se, nesse sentido, crime de Apartheid, espécie de crime de contra a humanidade nos termos da Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de Apartheid e do artigo 7, 1, j do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

<sup>14</sup> A abolição da escravidão, inicialmente na forma de norma internacional consuetudinária, e logo no início do século XX através de vários tratados internacionais, a se iniciar com a Convenção para a Abolição da Escravatura e do Tráfico de Escravos por Terra e Mar, de 1919 e a Convenção sobre a Escravidão, de 1926, que foram seguidas por inúmeros tratados internacionais, em especial em matéria de Direitos Humanos que proíbem, absolutamente, referida prática. Assim, *e.g.*, o artigo IV da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos etc. A redução de uma pessoa à condição análoga de escravo e o tráfico internacional de pessoas com o objetivo de exploração sexual, laboral etc, constitui-se, nos termos dos tratados internacionais aplicáveis à espécie, em formas graves de criminalidade organizada, econômica (Convenção de Palermo e Protocolos Adicionais), ou política, e por isso sancionados na forma de crimes internacionais próprios, *ex vi* do disposto no artigo 7, 1, c (crimes contra a humanidade) e artigo 8, 2, a, xxii (crime de guerra), do Estatuto do Tribuna Penal Internacional.

Nesse sentido, à pergunta inicialmente feita – existem direitos absolutos? –, a resposta que se deve dar é: sim, embora poucos, eles são reconhecidos por disposições expressas de direito positivo, como o deixa evidenciado o disposto no artigo 27, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 4, 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

### **Conclusão: Direitos Humanos, Democracia e a Esfera do Indecidível**

A ninguém é dado descurar que, no tempo presente, os direitos em geral, e os Direitos Humanos em particular, encontram-se sob um ataque sem quartel quer no que toca à sua legitimidade político-jurídica, quer sobre as condições necessárias à sua própria eficácia, mormente em razão do crescimento exponencial dos discursos de ódio e em favor de segregações e discriminações de todas as ordens ou da implementação de políticas econômicas que tendem a aumentar a desigualdade social. Em síntese, e para se utilizar uma expressão usualmente empregada pela criminologia crítica, de adesão subjetiva à barbárie (Batista, 2016), e que identifica a preponderância de práticas discursivas e comportamentais de violações contínuas aos Direitos Humanos.

Ora, se existe uma relação, como se tem até aqui argumentado, entre direito e democracia, essa relação deve se orientar, naquilo que é essencial àquele primeiro, por suas estruturas principiológicas e dogmáticas que não podem ser afastadas por nenhum pretexto ou argumento, seja político ou moral, sob pena de se derruir os próprios fundamentos do Estado de Direito, dentre os quais estão os princípios da liberdade, da estrita legalidade em Direito Penal, da segurança jurídica, da presunção de inocência e o da inviolabilidade absoluta daqueles direitos acima descritos e identificados.

Em outros termos, se cabe ao Estado tutelar os Direitos Humanos na forma de obrigações *erga omnes* decorrentes do Direito Internacional em regime de complementaridade com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, esta tutela deve ser realizada a partir de seus próprios fundamentos e sem qualquer margem à relativização ou mitigação

dos princípios fundamentais que os identificam, duma banda, como sistema normativo e institucional de tutela dos bens jurídicos mais relevantes em uma sociedade democrática, uma vez serem decorrência do direito de personalidade que giza o princípio da universalidade, e d'outra assegurar, através de princípios e regras irrenunciáveis, uma esfera de indecidibilidade não somente em favor do indivíduo, mas de fundamentos últimos acerca da legalidade e da legitimidade do Estado de Direito.

Entende-se por esfera do indecidível, segundo Luigi Ferrajoli (2008), o conjunto de normas fundamentais que estão subtraídas à vontade da maioria e dos próprios órgãos do Estado, e que pode ser identificada por quatro conteúdos essenciais:

a) atinente ao conceito de constituição rígida, ela identifica mais do que princípios reconhecidos pela filosofia política de cariz democrática, mas principalmente como componentes estruturais das atuais democracias constitucionais, determinado pelos limites e pelos vínculos que, em suma, não são externos ao ordenamento jurídico, mas que lhe são intrínsecos e essenciais;

b) sendo os direitos e garantias fundamentais normas de abstenção como também normas mandamentais, a esfera do indecidível identifica o conjunto de garantias de direitos estabelecidos nacional e internacionalmente aos quais os órgãos do Estado devem dar efetividade ótima, bem como submeter-se a seu comando normativo;

c) a esfera do indecidível identifica não somente um conjunto de normas de direitos e garantias fundamentais que objetivam conter o poder do Estado (eficácia vertical), mas também do poder privado, em especial do mercado e seus agentes econômicos (eficácia horizontal), e

d) a esfera do indecidível é traço essencial, constitutivo, do Estado Democrático.

Se os Direitos Humanos estão subtraídos ao poder de decisão dos órgãos do Estado, posto que estes devem respeitá-los e fazê-los ser respeitados, é certo que, no tocante àqueles direitos não-restringíveis, tais como o direito a não ser torturado, a não ser desaparecido, a não ser submetido à experimentação médica sem o consentimento, a não ser discriminado,

a não ser escravizado, a presunção de inocência ou a vedação absoluta à incitação pública do genocídio etc, por se constituem em direitos absolutos, não podem, em nenhuma medida, ser relativizados, mesmo em períodos de excepcionalidade política ou de crises, na medida em que não permitem uma decisão jurídica em sentido inverso.

Assim, e desde uma perspectiva moral e política, é preciso que a sociedade que pretenda ser, de fato e de direito, um Estado de Direito, não se deixar seduzir, para ficarmos na expressão de Adorno, e que foi resgata por Vitor Cei (*in* Danner et al, 2017), pelos “incitadores da turba” e os seus discursos que nos propõe uma adesão subjetiva à barbárie, projetos estes que se constituem numa das tantas formas pelas quais se manifesta a banalidade do mal (Arendt, 1999).

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. 2.ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARENDRT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução e posfácio de José R. Siqueira. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. **Adesão subjetiva à barbárie**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/02/d1046752bcf02607ce7e0b7ac-182ce8c.pdf>>, 2016. Acesso em: 17 jan 2018.

BERLIN, Isaiah. **The Hedghog and the Fox**: An Essay on Tolstoy’s View of History. 2 ed. Priceton: Princeton University Press, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 13.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BONAFE, Beatrice I. **The relationship between State and individual responsibility for international crimes**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

CEI, Vítor. Cultura e política, 2013 a 2016: os incitadores da turba. In: DANNER, Leno Francisco et al. (Orgs). **O que resta das jornadas de junho**. Porto Alegre: Fi, 2017. p. 205-224.

CLÈVE, CLèmerson-Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Guerra ao terror**: da biopolítica à bioguerra. 2. ed. Porto Alegre: Fi, 2014.

\_\_\_\_\_. **Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro**: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal. Porto Alegre: Fi, 2016.

\_\_\_\_\_. A derrogação da Lei de Anistia no caso brasileiro: um dilema entre a imprescritibilidade e a proibição de irretroatividade. Uma análise a partir da cláusula *pro homine* e do postulado da razão prática, in **Estudos sobre a Jurisdição (Penal) Internacional**: formas de implementação, expansão, fragmentação e *actio popularis*. Porto Velho: EDUFRO, 2020, p. 139-186.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. Tradução de Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedghogs**. Harvard: Harvard University Press, 2011.

EUGENIO ZAFFARONI, Raul. “É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal”. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>>. Acesso em 02 nov. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera del indecible y la división de poderes. Tradução de Miguel Carbonell. In: **Estudios Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 6, n.1, p. 337-343, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Poder e Direito, Estudo de Filosofia do Direito**: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002. p. 15-70.

FINNIS, John. Absolute Rights: some problems illustrated. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 61, n. 2, p. 195-215, 2016.

\_\_\_\_\_. Judicial Law-Making and the ‘Living’ Instrumentalization of the ECHR. In: BARBER, N. W., EKINS, Richard, YOWELL, Paul. **Lord Sumption and the Limits of the Law**. Oxford: Hart Publishing, 2016. p.73-120.

GUASTINI, Riccardo. Direitos: uma contribuição analítica. Tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. In: DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Filosofia do Direito e contemporaneidade**. Porto Alegre: Fi, 2015. p. 35-55.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução de Cláudio Molz. Belo Horizonte: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso. Tradução de Guido A. de Almeida. In: **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 61-142.

HARRIS, William. **Archilochus: the first poet after Homer**. Vermont: Middlebury College, s/d.

HOBBS, Thomas. **De cive**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo? Tradução de Artur Morão In: **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 9-16.

KELSEN, Hans. Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. In: **A Democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.347-357.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LOSANO, Mário G. O valor da justiça na obra de Kelsen. Tradução de Judá Leão Lobo, **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v.59, n. 2, p. 31-45, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Constituição e interpretação. In: SARAIVA, Paulo Lopo (Coord). **Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. Brasília: Brasília Jurídica, 1992. p.119-137.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROTTERDAM, Erasmo de. **Adagi: texto latino a frente**. Tradução de Emanuele Lelli, Milano: Bompiani, 2013.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética, tradução e notas Tomaz Tadeu**. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. I, n. I, p. 65-77, 2009.

United Nations. **Internacional Law Comission**. Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrogfull Acts, with commentaries, 2001. p.142. Disponível em:<[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2007.

VÁSQUEZ, Rodolfo. **Entre la Libertad y la Igualdad**. Introducción a la Filosofía del Derecho. Madri: Trotta, 2006.





### 3. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PÚBLICO E DO DIREITO PRIVADO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE REGRADA

#### Introdução

Se há um campo na ciência do direito que encontrou verdadeiro desenvolvimento teórico-dogmático nas últimas décadas, este é o dos princípios do direito, ao lado, evidentemente, da teoria dos direitos fundamentais e do controle de constitucionalidade, todos interligados e interdependentes.

No jusnaturalismo, os princípios ocupavam uma função meramente informativa (para valorar como certo ou errado, conforme a norma de direito positivo se conformasse ou não às suas diretrizes), mas sem qualquer eficácia sintático-normativa. Já no juspositivismo, a função era meramente subsidiária, por conta de uma norma antilacunas clássica em todos os ordenamentos romano-germânicos<sup>15</sup>. Não que se reconhecesse a normatividade dos princípios neste sistema jusfilosófico, contudo, ante a possibilidade de ruir o dogma da completude do sistema normativo caso não se colmatessem as lacunas que porventura existissem, o que era tão caro ao juspositivismo (Ferraz Júnior, 1980), optou-se pela adoção de uma aplicação diferida dos princípios, a saber: não são os princípios que gozam de normatividade, mas a norma que confere competência ao julgador para aplicá-los, donde a validade mediata (não são os princípios que gozam de normatividade, mas a norma que os permite serem aplicados) (Bobbio, 1999; Bobbio, 1997).

---

<sup>15</sup> Lei de Introdução ao Código Civil: “Artigo 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*” (grifamos); Código Tributário Nacional: “Artigo 108 - Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os *princípios gerais de direito tributário*; III - os *princípios gerais de direito público*; IV - a equidade [...] (grifamos)”. Sobre a adoção de tal postulado em todos os ordenamentos romano-germânicos (Ráo, 1999).

Neste sentido, asseverava Hans Kelsen (1996, p. 169-170):

Muitas vezes, fala-se de uma “lacuna” no Direito se uma conduta que, segundo o Direito válido, é permitida negativamente, quer dizer, juridicamente nem proibida nem imposta, portanto juridicamente livre, *devia* ser, de qualquer outro ponto de vista político-moral, juridicamente imposta ou proibida. Uma “lacuna no Direito”, pois, significa que existe um conflito entre Direito e Moral, e isto quer dizer: entre um Direito positivo e uma certa ordem político-moral; não, porém, que o Direito positivo neste caso não *pode* ser aplicado, mas apenas que a – sem dúvida possível – aplicação do Direito positivo não *deve* resultar de certas razões político-morais, que a aplicação do Direito positivo, neste sentido, é indesejada; o que, por sua vez, pois, pode ser o caso, se uma conduta é regulada positivo-juridicamente, p.ex., imposta, mas é proibida pela norma de uma Moral.

Se se crê poder presumir que o órgão aplicador do Direito é autorizado “a preencher esta lacuna”, então isto significa que esse órgão está autorizado pelo Direito positivo a decidir o caso concreto segundo o princípio político-moral por ele suposto como válido, pelo que esse princípio político-moral torna-se delegado pelo Direito positivo, quer dizer, numa norma jurídica (cfr. minha *Reine Rechtslehre*, 2 ed., 1960, p. 215 e ss.), e que, conseqüentemente, o Direito positivo é aplicável ao caso.

A comprovação de que o ordenamento jurídico positivo contém uma tal autorização, expressamente ou implicitamente (sic), é com certeza imprescindível do ponto de vista de um Positivismo jurídico conseqüente. Sem tal comprovação pode-se fundamentar uma decisão judicial que “supre lacunas” apenas com base no princípio da coisa julgada.

Superados os dois sistemas jusfilosóficos, o pós-positivismo, em fins da década de cinquenta do século passado, se elevou como escola teórico-dogmática que busca construir uma teoria compreensiva do ordenamento jurídico, pois vislumbrou a impossibilidade de se abdicar da normatividade dos princípios, fruído a partir do desvendamento do conceito de sistema

jurídico aberto<sup>16</sup>, e não autopoiético, como o defendido pelo juspositivismo, orientado por princípios gerais do direito.

Com efeito, segundo Kant (*apud* Canaris, 1996, p. 10), o sistema é uma “(...) unidade sob uma ideia de conhecimentos variados [...] ou “[...] um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios[...]”.

Ou como o definia Eisler (*apud* Canaris, 1996, p. 10), referindo-se aos sistemas objetivo (conjunto de normas) e lógico (conjunto de conhecimentos científicos sobre o conjunto de normas):

1. Objectivo: um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo [...];
2. Lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e perseguida através de um princípio, para um conhecimento ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o correspondente, o mais fiel possível, de um sistema real de coisas, isto é, de um conjunto de relações das coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico, ‘reconstruir’ de modo aproximativo. (grifamos)

Para esta escola jusdogmática (Ávila, 1997, p. 43-56), sendo o direito uma das manifestações da cultura humana (ao lado da língua, da ciência, da religião, da política etc), deve-se concebê-lo como um sistema aberto de normas, composto por regras e princípios, já que o conceito de sistema lógico, em si mesmo, exige a presença dos princípios para unir os vários elementos que o conformam<sup>17</sup>, sendo que estes fluem do próprio modo de produção da sociedade em que inserido o direito, isto é, os princípios encontram sua fonte de origem nos valores agregados no correr das gerações de uma dada cultura, conformando a sua compreensão sobre aquilo

---

<sup>16</sup> Canaris defendeu a ideia, hoje adotada por quase todos, do direito como sistema aberto de princípios gerais do direito (Canaris, 1996). Para uma aplicação interessante no plano da teoria geral do direito, (Grau, 1996, p. 15-34 e 35-36).

<sup>17</sup> *Infatti, ogni elemento non è isolati, ma convive, necessariamente, nel contesto di altri elementi, e, quindi, di un sistema. Ogni elementi è legato all'altro ed há con questo un legame coordinato* (Italia, 19993, p. 22).

que é bom e justo. Ora, se os princípios conformam a unidade do sistema jurídico, dando-lhe um vetor finalístico (as conhecidas características unidade e ordem), como se não reconhecer sua normatividade? Ou, em outros termos, não seria uma teratologia conferir aos princípios o papel de liame lógico entre regras sem que se reconheça, no mesmo passo, que são normas?

A partir desta premissa, podem-se conceituar os princípios de direito no mesmo molde que o fez Vezio Crisafulli (*apud* Bonavides, 1993, p. 230):

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo sejam [...] estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Já para Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios (2001, p. 86-87):

[...] reside em que os *princípios* são normas ordenadoras de que algo se realize na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As *regras*, pelo contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

Das conceituações supratranscritas, Jorge Miranda (2004, p. 433) colhe as seguintes características dos princípios do direito:

- a) a sua maior aproximação da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- b) a sua amplitude, o seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às normas-regras;
- c) a sua irradiação ou projecção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;
- d) a sua versatilidade, a sua susceptibilidade de conteúdos algo variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias, com densificações variáveis;
- e) a sua abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva, ou em plenitude, de todos os casos;
- f) a sua expansibilidade perante situações ou factos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- g) a sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca.

Konrad Hesse entende, arrimado na sempre criticada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ser a dimensão axiológica uma das principais características deste tipo normativo, pois os núcleos dos princípios do direito veiculam, manifestamente, valores (1998).

Para o pós-positivismo, sendo os princípios verdadeiras normas, desempenham três funções no sistema jurídico, a saber: a) fundamentação, b) norte para a interpretação e c) fonte de supressão de lacunas (Espíndola, 1999, p. 67-68):

- a) Quanto à função fundamentadora: os princípios desempenham a função de fundamentação da ordem jurídica, gozando de eficácia derogatória e diretiva. Derrogatória na medida em que as regras que se contraponham à sua orientação carecerão de vigência; diretiva na medida em que havendo antinomia entre regras e princípios, aquelas perderão a sua validade. Ou seja, o direito encontra o seu esteio de validade e vigência nos princípios gerais do direito.
- b) Quanto à função interpretativa: os princípios desempenham, no plano de solução dos problemas jurídicos, o papel de vetores para soluções ótimas e juridicamente adequadas, na medida em que as controvérsias serão solucionadas com fundamento nas normas que desempenham o

papel de fundamentação do próprio ordenamento jurídico. Ou seja, a decisão se arrimará na norma que, em último grau, expressa a compreensão de justiça daquela comunidade, alcançando, desta sorte, a necessária justificação semântica.<sup>18</sup>

c) Quanto à função supletiva: neste caso, os princípios desempenham o mesmo papel que lhes reservou o positivismo jurídico, na medida em que servirão para a colmatação de lacunas no ordenamento jurídico, impedindo a adoção de decisões *non liquet*.

Embora o gênio de Hans Kelsen tenha se levantado contra tal posição, conforme se infere de suas impugnações presentes em sua obra póstuma (Kelsen, 1986, p. 145-156), a escola pós-positivista fincou de vez as suas raízes na cultura jurídica, sendo simplesmente impossível desprezar-se as suas bases teórico-dogmáticas se se quiser dilucidar e fundamentar corretamente a natureza dos princípios jurídicos, e com ela os próprios fundamentos da Jurisprudência.

### **A divisão Direito Público-Direito Privado: sua origem segundo a dogmática jurídica**

É um tópico dominante na doutrina do direito romano-germânico que o direito, apesar de ser uno e indivisível, posto que conformado em um sistema orientado por princípios gerais do direito, é subdividido em direito público e direito privado.

Esta divisão encontra a sua razão de ser, para alguns, em face do interesse preponderante veiculado pela norma, segundo o preconizado por Ihering e os sectários da jurisprudência dos interesses, para quem “Os conceitos não poderiam ser causais em relação às soluções que, pretensamente, lhes são imputadas: a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença” (Cordeiro, 1996, p. XIV).

---

<sup>18</sup> Vale lembrar, segundo Alexy, que o maior problema na argumentação jurídica é o da sua justificabilidade, de modo a promover a necessária adesão das partes em litígio (sujeitos imediatos), bem como da opinião pública e científica (sujeitos mediatos) aos termos expressos na decisão tomada, que passará, então, a gozar dos atributos de correção e racionalidade em face do respectivo ordenamento jurídico (Alexy, 2001, p. 17-22).

Para outros, no entanto, a divisão encontra o seu fundamento em razão de critérios formal e conteudísticos das normas analisadas. Assim, *v.g.*, para Miguel Reale (1996, p. 336):

Há duas maneiras complementares de fazer-se a distinção entre Direito Público e Privado, uma atendendo ao *conteúdo*; a outra com base no elemento formal, mas sem corte rígidos, de conformidade com o seguinte esquema, que leva em conta as notas distintivas prevaletentes:

Quanto ao Conteúdo ou objeto da relação jurídica	a-1) Quando é visado imediata e prevaletentemente o interesse geral, o Direito é público; a-2) Quando imediato e prevaletente o interesse particular, o Direito é privado.
Quanto à forma da relação	b-1) Se a relação é de coordenação, trata-se, geralmente, de Direito Privado; b-2) Se a relação é de subordinação, trata-se, geralmente, de Direito Público.

No mesmo sentido, se expressa o mestre alemão Gustav Radbruch (1999, p. 66), em especial referência às relações de coordenação e de subordinação:

Mas o que vem a ser *direito público*, o que é *direito privado*? Contentemo-nos com esta constatação: quando uma obrigação é fundamentada na ordem de um terceiro, ela é *regularmente* direito público, ao passo que obrigações de direito privado surgem regularmente de auto sujeição do comprometente: pagar impostos e prestar serviços como jurado é-se obrigado a fazer, quer se queira, quer não; pagar objetos comprados e desempenhar determinadas tarefas só se faz por ter-se assumido as consequências decorrente de um contrato de compra e venda ou de trabalho. As relações jurídicas entre pessoas que se encontram em situação de supremacia e sujeição, em outras palavras: relações jurídicas entre soberano e súdito, são objeto do direito público; o direito privado somente se ocupa de relações jurídicas entre juridicamente iguais.



A maior parte da doutrina encontra a origem da dicotomia direito público-direito privado no próprio direito romano.

Com efeito, a doutrina colhe no Digesto 1.1.1.2. de Ulpiano o fundamento histórico para o tratamento diferenciado. Eis o seu teor: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*”<sup>19</sup>, que em vernáculo quer significar: “O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, a *polis* ou *civitas*; o privado à utilidade dos particulares” (*apud* Ferraz Júnior, 2001, p. 130-13).

Assim, na medida em que o direito público se relacionava à *polis*, vigoraria um princípio a lhe fundamentar sua existência, do mesmo modo em que, sendo o direito privado relacionado àquilo que tocava a satisfação de interesses dos particulares, demandaria um outro princípio.

Contudo, somente com o surgimento do direito moderno (mais precisamente com o jusnaturalismo setecentista e o liberalismo econômico) é que a dicotomia ganhou o *status* de verdadeiro dogma. Com efeito, para a sociedade burguesa nascente, importava que o Estado somente se ocupasse da administração da coisa pública, criando condições para que o particular, o empreendedor, o industriário, explorasse os meios de produção econômica de forma livre. Ao Estado, se impunha a função de organização da nação e pacificação da sociedade, defesa do território, recolhimento dos tributos, imposição de penas, administração do espaço público, expedição de moedas e, o mais importante, a criação de regras jurídicas claras e objetivas que conferissem segurança jurídica para o homem poder transacionar com o seu próximo (Ferraz Júnior, 1980, p. 22-26; Grau, 1998, p. 13-40; Tepedino, 2000, p. 1-16), enquanto a economia seria necessariamente explorada pelo burguês. Não se pode perder de vista, entretanto, a função garantística de tal divisão, na medida em que o Estado Moderno surge

---

<sup>19</sup> Reale o cita de outro modo: “*publicum jus est quod statum rei romanae spectat; privatum, ad singulorum utilitatem spectat*” (Reale, 1996, p. 335).

como anteposição ao Estado Absoluto (*Machtsstaat*)<sup>20</sup>, em que tudo estava dependente da vontade do soberano.

A base teórica se fundamentou em três dogmas, a saber: a) a sacralidade da propriedade, b) a liberdade total e irrestrita do direito de contratar, e c) a exclusividade da produção econômica em mãos do particular.

Assim, o vero fundamento da dicotomia ora tratada não se prende, em verdade, numa dúplici natureza do direito, mas antes na necessidade de se criarem condições ao pleno desenvolvimento da economia de indústria que então nascia, o que demandava, em último grau, uma intervenção mínima do Estado no plano econômico.

A divisão surgiu, então, como um projeto ideológico, como afirmado por Hans Kelsen:

Uma análise crítica mostra, no entanto, que esta distinção não tem qualquer fundamento no Direito positivo – pelo menos na medida em que não se limita a afirmar que a atividade dos órgãos legislativos e administrativos é em geral vinculada pelas leis num grau menor do que a atividade dos tribunais, que a estes é pelo Direito positivo quase sempre conferida uma menor margem de livre apreciação do que àqueles, mas pretende significar algo mais. Esta doutrina de uma essencial distinção entre Direito público e privado enreda-se, além disso, na contradição de afirmar a liberdade (desvinculação) perante o Direito (*Freiheit vom Recht*) – que reclama para o domínio do “Direito” público enquanto domínio da vida do Estado – como princípio de Direito (*RechtsPrinzip*), como a característica específica de Direito público. Eis porque ela somente poderia falar, quando muito, de dois domínios jurídicos configurados de maneira tecnicamente diversa, mas não de uma oposição essencial, absoluta, entre Estado e Direito. Este dualismo – de todo logicamente insustentável – não tem, porém, qualquer caráter teórico, mas apenas caráter ideológico (Kelsen, 1998, p. 313).

---

<sup>20</sup> Segundo Gustavo Zagrebelsky, o “Estado”, em sua formação jurídica histórica, teve as seguintes conformações jurídicas: 1) Estado Absolutista (*Machtsstaat*), 2) Estado de Polícia (*Polizeistaat*), 3) Estado Burguês de Direito (*Rechtsstaat*) e 4) Estado Social de Direito (*Sozialstaat*) (*Apud* DUARTE, 2003, p. 34).

Contudo, não se pode perder de vista que tal “ideologia” se sedimentou na cultura jurídica da família romano-germânica<sup>21</sup>, conforme aponta a lição de José Antônio Pimenta Bueno, o mais abalizado exegeta da Constituição de 1824, para quem, em sua época, o direito já expressava esta “necessária e natural” atomização<sup>22</sup>:

Com efeito, desde que o homem se reúne em sociedade, não pode deixar de reconhecer que é preciso que esta goze de segurança, de ordem, de meios para seu progresso; e que ele deve concorrer para a felicidade da comunidade social de que faz parte: esse é o interesse geral. Entretanto, quando se associa, o homem não renuncia às suas liberdades, aos seus direitos individuais, não se destina, resigna ou sacrifica a ir ser uma máquina, a viver ou trabalhar só para o serviço social, nem isso é necessário ao Estado; reserva a sua inteligência e faculdades, o direito de suas relações privadas, o arbítrio supremo de seus negócios, dos meios naturalmente lícitos de procurar o seu bem-ser: esse é o interesse ou seu direito particular; e para garantir o gozo dele é que o homem se associa. (...) A razão e a ciência de todos os países civilizados procuram distinguir e separar as relações, em que o interesse individual poderia contrariar direta ou indiretamente o interesse público, e em que por isso mesmo deveria ceder o passo a este, e aquelas em que por não afetá-lo, ou somente afetar mediada ou secundariamente, deveria ser independente, livre, entregue à inteligência e vontade do indivíduo (Pimenta Bueno, 1978, p. 6).

Não se há de duvidar da concepção kelseniana, como seja, que inicialmente a dicotomia se apresentou mais por uma questão ideológica.

---

<sup>21</sup> Ivo Dantas aponta com muita propriedade que no sistema da *Common Law*, a dicotomia direito público-direito privado é inexistente, colacionando larga doutrina de R. CH. Van Caenegem e Roland Séroussi (DANTAS, 2000, p. 208-211).

<sup>22</sup> A propósito, eis a opinião de Pontes de Miranda: “A distinção entre direito público e direito privado é de origem histórica, e não lógica. Não há, *a priori*, pela matéria tratada, tal dicotomia. Isso importa em dizer-se que se pode volver à indiferenciação dos dois ramos de direito [...] O direito privado existe se e quando há regras jurídicas que tratam os homens somente como indivíduos em relações uns com os outros. Desde que o interesse geral, ou algo que se tem como tal, passa à frente, o direito é público, porque admite a situação de *poder* dos entes coletivos que correspondem àqueles interesses” (Pontes de Miranda, 1999, p. 121, destaque no original).

Contudo, ao fim e ao cabo, ela se mostra indispensável para o estudo sistemático do direito (Ferraz Júnior, 1980), ou mesmo para a melhor compreensão da experiência jurídica (Reale, 1996) embora, repita-se, a divisão se prende mais a uma questão metodológica e propedêutica (Diniz, 2001).

Desta sorte, no plano meramente formal, observa-se que as normas de direito público veiculam ditames da ordem política, e as de direito privado exclusivamente de ordem patrimonial. Assim, se no direito público o fundamento principiológico é a soberania do Estado, pois as relações jurídicas são de subordinação (verticais), no direito privado o fundamento é a autonomia da vontade, como seja, a liberdade dada ao homem para se vincular por meio de relações jurídicas conteudisticamente patrimoniais, envolvendo, destarte, uma relação de coordenação (horizontal).

### **O princípio da soberania: fundamento do Direito Público**

Quando se analisa no plano dogmático a atomização do direito em público e privado, não se pode perder de vista que tal dicotomia somente tem campo de incidência onde existir o Estado. Ocorre que o direito não surge com o Estado – referimo-nos à experiência jurídica e não ao direito positivo, este sim originado com o Estado<sup>23</sup> –, mas sim no primeiro momento em que o homem decidiu se unir a outro/outros homem/homens em bando, surgindo desta união a necessidade de se criarem regras de condutas para a convivência pacífica entre eles, tendo por norte o conhecido princípio *alterum non laedere*.

É com o surgimento do Estado, orientado pelas necessidades de independência nacional, auto-organização política e pela necessidade de subordinar o povo de um dado território a uma fonte comum de normas jurídicas, é que surge o direito público, ou o direito ordenador do Estado e das relações do Estado, como o ensina Afonso Arinos de Melo Franco: “A verdade é que o Direito Público, predominantemente relacionado com

---

<sup>23</sup> Note-se que não é o Estado a fonte do direito, mas o direito que é a fonte do Estado, devendo-se, destarte, se descartar a alegada doutrina kelseniana de unitariedade do Estado e do Ordenamento Jurídico (Kelsen, 1998, p. 292 e ss; BURITY, 1991, p. 5-16).

a personalidade jurídica do Estado, com os seus interesses, instituições e órgãos, requer um método de estudo, uma formulação normativa e um processo de aplicação que lhe são próprios” (Melo Franco, 1987, p. 3)

Como fica claro do que acima foi dito, inexistiria direito público sem que um dado povo gozasse de soberania, como seja, o poder de auto ordenação adquirido no plano internacional. Com efeito, a soberania se exercita para fora do Estado, por meio da independência nacional, ou seja, a inexistência de subordinação a qualquer outro centro de competência normativa, e no plano interior por meio da imposição de observância das regras jurídicas editadas pelo Estado, cujos órgãos, à exceção do Poder Judiciário, são ocupados por mandatários populares, sob pena de sanção às condutas contrárias às leis editadas. Esta soberania é exercida pelo ente jurídico criado democraticamente pelo próprio ordenamento normativo, a saber, o Estado, por meio de sua mais elevada norma: a Constituição.

Assim, resta evidente que o princípio norteador do direito público é o princípio da soberania, como o deixa evidente a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 136-137):

O princípio máximo do direito público é o princípio da soberania. Trata-se de uma noção que, historicamente, apresentou várias conotações. De modo geral, corresponde à efetividade da força, pela qual determinações de autoridade são observadas e tornadas de observação incontestáveis pelo uso inclusive de sanções, de um ponto de vista interno. De um ângulo externo, no confronto das soberanias, corresponde a uma não-sujeição a determinações de outros centros normativos. É, em síntese, o caráter originário e independente da capacidade de determinar, num âmbito definido de atuação, a relevância ou a irrelevância de qualquer outro centro normativo que ali atue. No direito contemporâneo, afirma-se que soberana é a lei, por força da constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos seus entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados de *jus imperii*.

No plano positivo, verifica-se a procedência desta lição, *ex vi* do disposto nos artigos 1º, incisos I e II e 4º, incisos I, III, IV e V, da Constituição brasileira de 1988. Tal princípio se autoexplica, uma vez que o Estado limitado em sua soberania, soberano não é. E sem soberania não existe Estado, pois a abdicação do poder de auto constituição e autogoverno significa a corrosão do próprio fundamento que lhe dá gênese.

Desta sorte, o direito público, num primeiro momento, se refere às normas que conformam o próprio Estado, como seja, às normas constitucionais que o criam e o organizam, mediante a divisão das funções soberanas – legislativo, executivo e jurisdicional –, repartição das competências, limitação do próprio poder do Estado, mediante a previsão de normas garantísticas da liberdade do cidadão. Num segundo momento, o direito público é composto por normas que regulamentam a atuação do Estado em sua multifacetária rede de relações: o Estado Nacional e os demais Estados, entre órgãos do Estado, entre órgãos do Estado e os cidadãos etc.

Assim, orientando-se pelo plano teórico dado por Miguel Reale, o direito público é o complexo de princípios e regras jurídicas – orientados pelo princípio da soberania – que regulamenta: a) a criação e o modo de exercício dos poderes públicos, b) as relações do Estado enquanto pessoa soberana no plano internacional, c) a atuação do Estado quando esteja em jogo o interesse coletivo, d) quando, enfim, esteja em plano de incidência, a aplicação de regras subordinantes, como seja, normas cogentes que se aplicam a toda e qualquer pessoa – inclusive ao Estado –, tendentes à preservação do interesse comum<sup>24</sup>, finalisticamente direcionadas ao estabelecimento e manutenção do bem comum.

Exemplos destas normas nós podemos encontrar em temas tão variados como as regras processuais e tributárias, no direito penal e no direito

---

<sup>24</sup> Importante relembrar a dicotomia entre interesse primário e interesse secundário feita por Renato Alessi. Para ele, o Estado deve buscar o bem comum, que se reveste, neste sentido, em um interesse primário a ser protegido e perseguido, inclusive com a utilização dos meios coativos pertinentes. O Estado, por outras palavras, deve perseguir a satisfação dos interesses que tocam ao povo. Quando o Estado persegue um outro interesse que não o interesse social (geralmente um seu interesse), trata-se de um interesse secundário, e que deve ceder passo àquele outro (*Apud* Bandeira de Mello, 2009, p. 99-100)

eleitoral, nas regras procedimentais da criação das fontes normativas (processo legislativo) e no regulamento da administração pública etc.

Assim, conforme Simone Goyard-Fevre (1999, p. 2-3), o direito público compõe-se de regras jurídicas tendentes a organizar, condicionar e limitar o poder político, na medida em que elas

[...] são a trama complexa, ainda que elaboradas de forma lógica, a partir da qual se tecem os acontecimentos da vida política dos povos e através da qual eles adquirem sentido na substância do mundo; elas orientam os comportamentos e as decisões do Estados, impondo uma disciplina, linhas de força e uma ordem às diversas representações e manifestações da existência política. Não há política que não requeira sua organização jurídica por meio de um *corpus* de regras cuja vocação é, a um só tempo, a de uma ordem-ordenamento que fixa as relações formais entre as normas constitutivas do sistema e uma ordem-comando que expressa a autoridades de que está investida essa instância política. Sistemática e normatividade são as duas características conjuntas e indissociáveis da ordem jurídica que estrutura o estofo da vida pública, dando forma e validade a seus conteúdos substanciais [...] sua vocação é, em primeiro lugar, organizacional: confere à diversidade dos fenômenos do mundo político um arranjo lógico e coerente que acompanha a organização racional dos poderes públicos consoante valores e exigências homogêneas. Conseqüentemente, o poder político, longe de se manifestar como uma simples potência que se exerce em circunstâncias particulares e contingenciais, em meio a tensões inevitáveis, é, ao mesmo tempo, condicionado formalmente pelo direito e limitado por ele, já que é nele que encontra seus critérios de validade. Entretanto, o ordenamento jurídico da política não poderia significar, portanto, a vacuidade – nem seu imobilismo rígido, isto é, a institucionalização estática, portanto, o caráter definitivo. O direito político evolui – e deve evoluir – de acordo com os problemas criados pela movimentação histórica e pelo progresso da sociedade.

Em suma, é o poder de auto ordenação e de subordinação do/pelo Estado que vigora no ramo do direito público, orientado pelo princípio da soberania.

Contudo, não se pode perder de vista a limitação sistêmica ao exercício da soberania, segundo os postulados do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, tendo o Estado Moderno por matriz o Estado Liberal dos séculos XVII e XVIII, não se concebe que o próprio Estado exerça de forma ilimitada o poder estatal em face dos cidadãos, devendo, portanto, ser um poder limitado: Qual é esta limitação?<sup>25</sup>

Sendo um Estado Democrático de Direito, a limitação encontra fundamento no princípio do estado democrático de direito e no da legalidade, como seja, o poder estatal encontra limitação nas próprias leis que edita, por meio do Poder Legislativo, que segundo a doutrina clássica do liberalismo, é o corpo de representantes do povo. Não basta que o poder seja limitado pela lei, pois, com efeito, bastaria se optar por um conceito material de lei para se fundamentar o exercício arbitrário do poder, como o fazem os estados totalitários modernos. É imprescindível que a lei que venha a limitar as liberdades civis provenha do Poder Legislativo, já que, na democracia representativa, o mandato parlamentar confere aos membros do órgão legislador a legitimidade para criar tais limitações, como seja, decidindo os mandantes, pressupõe-se o assentimento dos mandatários.

Assim, é o princípio da legalidade o ponto de limite e garantia dos direitos e liberdades civis em face do poder estatal, já que em caso de inobservância, o ato será irrecusavelmente nulo.

Veja-se, neste sentido, a lição de Riccardo Guastini (2001, p. 117):

Em geral, “legalidade” significa conformidade à lei. Chama-se “princípio da legalidade” aquele em virtude do qual “os poderes públicos estão sujeitos à lei”, de tal forma que todos seus atos devem ser conforme a lei, sob pena de nulidade. Dito de outra forma: são nulos todos os atos dos poderes públicos que não sejam conforme a lei. Entende-se que

---

<sup>25</sup> Com efeito, é precisa a lição de Norberto Bobbio de que o Estado Liberal tem como principal norte filosófico a ideia de limitação do poder (Bobbio, 1997, p. 11-15).



esta regra se refere especialmente – ainda que não de forma exclusiva – aos atos do Estado que podem incidir sobre os direitos subjetivos (de liberdade, de propriedade etc) dos cidadãos, limitando-os ou extinguindo-os. Enquanto tal, o princípio da legalidade tem uma evidente função garantística.

Desta sorte, sendo o princípio da soberania o fundamento do direito público, este mesmo princípio – como é próprio da sistematicidade do ordenamento jurídico – encontra limitação no princípio da legalidade.

### **O princípio da autonomia da vontade**

Sendo o direito público umbilicalmente ligado à existência do Estado, o direito privado encontra sua primeira condição de existência numa espécie de Estado, a saber: o Estado capitalista.

Numa primeira análise, tal assertiva parece incompatível com a formação histórico-jurídica da sociedade humana, pois o capitalismo surge, como ideologia econômica, por volta dos séculos XVI e XVII.

Pois bem. Num Estado de economia planificada (socialista) é impossível se falar em livre disposição de propriedade, pois esta não existe. Todos os meios de produção pertencem ao Estado, que os administra sob os programas “em nome e em benefício da classe trabalhadora”<sup>26</sup>.

Assim, somente se há de falar no princípio da autonomia da vontade frente a um ordenamento jurídico que se constitua em estado de produção capitalista, ou seja, aquele que assegura a plena liberdade de produção econômica nas mãos do particular, tendo como paradigma primeiro o reconhecimento do direito de propriedade, na medida em que o direito privado tem como característica principal a patrimonialidade.

Eis o que a respeito ensinou Clóvis Bevilacqua (1977, p. 20), em seu *Direito das Obrigações*:

---

<sup>26</sup> O argumento de que a família do direito de ordem socialista não mais existe após 1989 não encontra esteio na verdade, pois, conforme Ivo Dantas: “[...] vale lembrar que, apesar da queda do Muro de Berlim, e apesar de todas as modificações ocorridas na Europa, tal não nos parecesse que possa justificar a exclusão, pura e simples, do *modo socialista*, do que seria exemplo (e só ele bastaria para justificar) o *sistema jurídico cubano*” (Dantas, 2000, p. 213).

Tomemos o conselho do mestre, de *methaphysica non sis sollicitus*, e voltamos a vista para outros horizontes. STUART MILL nos dará a chave do enigma julgado insolúvel. Não ha outro fundamento assignavel á obrigação, garante-nos elle, senão as funestas consequencias da falta de fé e da ausencia de confiança mutua entre os homens. Por outros termos, é o interesse da sociedade, harmonizando-se com o dos individuos o fundamento ultimo das obrigações. E, com o glorioso publicista e philosopho inglez, se mostram de accordo d'AGUANO, PIETRO COGLIOLO e GABRIEL TARDE. Apreciem-se os fatos, em rapida analyse embora, e ter-se-á tirado a prova real desta theoria. É o interesse de cada que o induz a realizar compras, vendas, empréstimos, locações, e é porque essa vantagem se torna ponto de convergencia de muitos interesses que é possível a realização desses actos. Sem tal convergencia, o egoísmo de cada individuo agitar-se-ia no vacuo, impotente, inutil. Verificada ella, porém, como a sociedade tem o maximo interesse na produção dessa troca de serviços, na combinação desses esforços, nessa divisão do trabalho, presidida e guiada pela teleologia social, intervem pelo órgão do poder publico e pelo da opinião dominante, para tornar effectivos e producentes actos, de que dependem, evidentemente, a sua vida e cultura, e pela qualidade dos quaes se póde aferir a sua opulência (*sic*).

O Brasil, como se verifica dos seguintes dispositivos da Constituição de 1988, adotou o sistema capitalista de produção. Não no modo preconizado pelo liberalismo do século XVIII, mas sim um capitalismo em que a produção econômica tem por escopo a promoção do bem comum, por meio da circulação e distribuição das riquezas:

Artigo 1º [...]:

[...]

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...].

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:

[...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

[...]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

[...]

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégios temporários para sua utilização, como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX – é garantido o direito de herança;

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II – propriedade privada;

[...]

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

[...].

Comefeito, logo no primeiro dispositivo constitucional (artigo 1º, inciso IV), o constituinte deixou transparecer claramente a sua opção pela forma capitalista de produção, pois a junção dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” num mesmo dispositivo, indica, em último grau, a plena liberdade de exploração da economia pelo particular, sem que o Estado nela intervenha, à exclusão dos casos em que a própria Constituição o permita (artigo 173).

No entanto, não se pode perder de vista que tal enunciado não se reduz à mera afirmação do modo capitalista individualista, mas num capitalismo em que tanto o individualismo como o coletivismo (v.g. cooperativas) encontra plena liberdade para atuar.

Neste sentido, eis o que ensina Grau (1998, p. 224):

Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz [à confirmação do modo capitalista de produção]. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou – dizendo-se de modo preciso -: *livre iniciativa* não se resume, aí, a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa” apenas – à liberdade *única* do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo. Insisto em que a liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a *liberdade de empresa*. Pois é certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas [...].

Na mesma direção segue a lição de Albino de Souza (2002, p. 114-115):

Temos, portanto, o sentido de “liberdade econômica” diferenciado de “liberdade” em geral, que nas Constituições liberais era assegurado sem restrições. Nelas ficaram configurados, portanto, os princípios do liberalismo capitalista, enquanto nas posteriores o seu condicionamento se fez ligado à “existência digna”, em visão social mais ampla. Valorizando a liberdade individual que os dispositivos liberais consideravam uma sequência natural do funcionamento social, adicionava-lhe a conotação econômica em sede de cogitação constitucional, para que jamais pudesse vir a ser comprometida por falta desse embasamento.

De modo que, cotejando-se as duas lições acima verbalizadas, podemos concluir que: a) o princípio da autonomia da vontade é uma norma que somente tem existência num ordenamento jurídico ideologicamente optante pelo modo de produção capitalista, onde o direito de propriedade é assegurado por técnicas oportunas de proteção, b) no Brasil, o constituinte optou por tal modelo, encontrando, portanto, o princípio da autonomia da vontade fundamento de ordem constitucional-ideológico, pois, são as normas de “[...] Direito Privado as que consistem em relações econômica, qualquer que seja a natureza dos interesses, particulares ou gerais, que envolvam e qualquer que seja a natureza, privada ou pública, do sujeito agente” (Gomes, 2001, p. 8).

Mas o que vem a ser, no final das contas, o princípio da autonomia da vontade? Qual o seu conteúdo normativo a servir de fundamento ao direito privado? O Código Civil, em seu artigo 2º, prescreve: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.<sup>27</sup>

Referido dispositivo, ao fazer alusão à capacidade da pessoa de exercer direitos e suportar obrigações, tem como fundamento, no plano jurídico, a liberdade de atuação conforme a lei, segundo o princípio geral da liberdade, também denominado de norma geral exclusiva: “tudo o que não for vedado, é permitido”. Já no plano filosófico, têm como fundamento o livre arbítrio, segundo o qual, todos os homens têm a capacidade moral de optarem entre o bem e o mal, o justo e o injusto, o ético e o imoral.

A toda evidência, então, que a expressão “autonomia da vontade” expressa a existência de duas formas de exercício da liberdade, a saber: a liberdade-autonomia, como seja, aquela liberdade que não encontra obstáculo ao seu exercício, isto é, a inexistência de uma lei proibitiva ou mandamental, que seriam as cláusulas de vedação ou imposição ao *facere* ou *non facere*, e a liberdade-escolha, pois somente quem é livre pode optar, escolher, sendo que a vontade se exercita em face daquilo que é externo ao homem e lhe é posto à apreciação. A pessoa livre pode escolher entre

---

<sup>27</sup> Para um cotejo histórico interessante, veja o que dispunha o “Esboço” de Teixeira de Freitas: “Art. 16 - Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas” (Teixeira de Freitas, 1983, p. 9).

comprar ou não comprar, casar-se ou não se casar, residir neste ou naquele local. Já a pessoa que não tem liberdade de escolha, como é o caso do absolutamente incapaz, ou mesmo dos escravos, como o informa a história, não se lhe dá a opção de compra, de matrimônio ou de domicílio. Autonomia da vontade, assim, é a junção entre liberdade-autonomia e liberdade-escolha.

Com efeito, é o livre arbítrio o fundamento filosófico do liberalismo, na medida em que ao homem é reconhecida a capacidade de escolha entre os caminhos que pretenda trilhar.

Entretanto, é importante notar que contemporaneamente o livre arbítrio deve ser substituído pelo princípio da alteridade, trazendo um enorme ganho em nível de precisão. Com efeito, o livre arbítrio, dada a sua fundamentação supramundana, é de difícil implementação nas sociedades pós-tradicionais, enquanto que o princípio da alteridade – ato pelo qual o “eu” reconhece o “outro” enquanto um seu semelhante, uma pessoa – funda com muito maior precisão a necessidade de relacionamento no plano jurídico-social. Quem não reconhece o outro como um seu semelhante não estabelece com ele uma relação jurídica, mas sim uma situação de domínio, de exclusão e exploração, como o indica a relação (se é que pode assim ser conceituada) proprietário-escravo.

Tendo, pois, o direito privado por finalidade as relações econômicas entre os homens, evidentemente que o princípio da autonomia da vontade é o fundamento do principal instrumento de vinculação, a saber, o contrato. Orlando Gomes (2002, p. 83), acerca do tema, disse o seguinte:

*A liberdade civil encontrava campo para expandir-se ao se exprimir juridicamente no contexto da autonomia privada. Garante-se a liberdade de contratar, para que os homens possam vincular-se suscitando os direitos e obrigações que entenderem convenientes a seus interesses. (grifos no original)*

E a liberdade contratual, segundo aponta o mesmo doutrinador, se manifesta de três modos: a) liberdade de celebrar contrato, b) liberdade de escolher o outro contratante, e c) liberdade de determinar o conteúdo do

contrato (Gomes, 2002, p. 7-8), todas elas fundamentadas na autonomia da vontade.

Note-se que à vontade, por haurir fundamento na própria liberdade moral e jurídica do homem, e sendo este um direito inviolável da pessoa humana, ao lado do direito à vida, é o principal elemento do ato jurídico.

Assim, a doutrina é consentânea em afirmar que, para além daqueles elementos veiculados no artigo 104 do CC/2002, existe aquele imanente, que flui do sistema normativo, a saber: a vontade livre e desimpedida.

Entrementes, importa observar que a divisão estipulada entre atos negociais e atos não negociais adotada pelo CC/2002 em seu artigo 185 em nada ilide as afirmações acima ponderadas, já que tanto em um como noutro vigora como fundamento principiológico o princípio da autonomia da vontade. A diferença, em nosso entender, refere-se ao conteúdo mediata ou imediatamente econômico do ato. Nos atos negociais, como o próprio nome deixa em evidência, prevalece primariamente um conteúdo econômico; nos não negociais, no entanto, ele comparece de forma mediata, como seja, são atos que embora não tenham um conteúdo econômico *prima facie*, servem de preparação ou fundamento para a realização dos atos negociais.

Imagine-se, *v.g.*, a fixação de domicílio: sendo ato jurídico *stricto sensu*, não contém, imediatamente, um conteúdo econômico, mas serve como base para a realização de negócios jurídicos. Com efeito, o domicílio civil tem a finalidade de conferir segurança jurídica à realização de atos negociais, pois através do domicílio é que se poderá fixar o local do cumprimento da obrigação, de citação, de execução etc.

Por isso, a dicotomia acima apontada, e que no entender de grande parte da doutrina civilística atende a um reclamo que nos vem de Pontes de Miranda, em nada prejudica as conclusões acima verbalizadas.

Importa atentar, no entanto, que a própria modificação da razão jurídica tendeu a minorar os efeitos do princípio da autonomia da vontade, na medida em que a este se dava o caráter de sacralidade, como o deixa ver o princípio da “*pacta sunt servanda*”, segundo o disposto no artigo 1.134 do Código Civil francês: “[...] as convenções legalmente formadas têm o valor das leis para aqueles que a fizeram” (*apud* Riperti, 2000, p. 53).

Contudo, o intervencionismo do Estado na economia, o dirigismo contratual, a necessidade de se frear o abuso do poder econômico, a necessidade de se adequar o exercício da propriedade aos limites do razoável e do socialmente útil, tenderam, no século XX, a minorar a eficácia do princípio da autonomia da vontade em suas mais variadas manifestações, o que resultou excelente para a própria afirmação do direito como fator de ordenação social. Assim, nos dias que correm, em certos temas do direito privado parece-nos vigorar, em substituição àquele já mencionado, o princípio da autonomia da vontade regrada.

### **A feição contemporânea do princípio da autonomia da vontade: o princípio da autonomia da vontade regrada ou princípio da autonomia privada**

Como visto, o direito brasileiro optou pela adoção do modo capitalista de produção, razão pela qual, primeiramente, encontra fundamento a dicotomia direito público-direito privado, e secundamente, a existência do princípio da autonomia da vontade, que fundamenta este último.

No entanto, com o afastamento do pensamento liberal-individualista dos séculos XVII e XIX, e mesmo do início do século XX, o Estado se viu obrigado a intervir de forma mais efetiva na economia, seja de forma direta, explorando e produzindo bens e serviços, seja de modo diretivo, como seja, impondo limites ao exercício da liberdade de contratar e à fruição do direito de propriedade.

Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 89), acerca do tema, assevera o seguinte:

Sob outros aspectos, o direito obrigacional moderno, especialmente neste século, já inova sobre as concepções dominantes anteriormente encaminhando-se no sentido de soffrear a autonomia da vontade, que no século XIX tão longe fora, e, com o dirigismo contratual, assegurar a predominância do princípio da ordem pública. Cresce a intervenção do Estado em detrimento da liberdade de ação do indivíduo.



No mesmo sentido se orienta o também civilista Fábio Henrique Podestá (2002), trazendo farto material doutrinário acerca do tema.

Pois bem. A intervenção direta do Estado na economia gera aquilo que pretendemos denominar de princípio da autonomia da vontade regrada, que quer significar, basicamente, a oposição de barreiras, de proibições e limitações ao exercício pleno do direito de propriedade, de concorrência econômica e na formulação dos contratos, em especial no razoavelmente novo ramo do direito, o direito do consumidor.

Isto se deve, em maior grau, a um caminho inverso tomado pelo direito no início do século XX, a saber, a publicização dos direitos.

O direito de matriz liberal propugnava pela prevalência do direito privado (autonomia da vontade) sobre o direito público, sendo que esta prevalência, no direito romano-germânico, se mostrou muito evidente em decorrência das codificações civis, posto que os Códigos Civis passaram a ser os pontos de gravitação de todo o direito, na medida em que se lhes atribuía caracteres como perfeição, completude etc. As Constituições tão-somente se aplicavam às relações públicas, sem que o indivíduo pudesse nelas se socorrer para a solução de conflitos sociais.

Ocorre que com o ruir do liberalismo (seja nas esferas privada ou constitucional), o direito tomou caminho inverso, como seja, o direito público passou a ter prevalência sobre o privado, o que se nos afigura, sem sombra de dúvida, num excelente exemplo de transição paradigmática de que trata Boaventura de Souza Santos (2001).

É possível se fixar esta transição paradigmática (do privado para o público) com as denominadas Constituições Sociais de início do século XX (México 1917, Weimar de 1919, entre outras), pois é neste momento histórico que o constitucionalismo passou a intervir diretamente na ordem econômica, seja pela previsão de direitos sociais (direitos ao trabalho e trabalhistas, *v.g.*), seja na própria cadeia de produção.

Neste sentido, eis o que assevera Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 8):

O Estado liberal do Século XIX foi substituído pelo Estado Social do Século XX, que não mais se ocupa apenas da organização política da sociedade e de meras declarações de direitos fundamentais do homem, como a igualdade e a liberdade, pois, também, se encarrega de garantir direitos sociais e econômicos.

Nessa nova ordem jurídica, a intervenção do Estado no domínio do contrato deixou de ser apenas supletória, para ser limitadora da vontade individual e disciplinadora de certos objetivos que transcendem à vontade dos contratantes.

Esta publicização do direito levou àquilo que se tem denominado de constitucionalização do direito civil. Com efeito, observando-se a Constituição de 1988, verificamos a existência de dezenas de disposições normativas que tratam de temas exclusivamente privados (contratos, família, propriedade, associações etc), coisa que não ocorre com outras Constituições modernas, como, por exemplo, a Constituição de Bonn de 1949<sup>28</sup>, fato que, entretanto, não ilide a manifesta incidência e influência dos direitos fundamentais na reformulação e solução dos litígios de ordem privada (Hesse, 2001).

A constitucionalização do direito civil é um aspecto tão importante para a solução de problemas privados que é possível se afirmar que não só sintaticamente (enquanto sistema normativo orientado pelo princípio da hierarquia e do reconhecimento), como também semanticamente (prevalência social das disposições constitucionais sobre as demais normas), a Constituição de 1988 deve servir de norte para a interpretação e para a aplicação do direito civil, principalmente em temas tão caros ao direito civil clássico como propriedade e contratos (direitos obrigacionais), sendo desta constitucionalização do direito privado que haurimos a mutação do princípio da autonomia da vontade para o princípio da autonomia da vontade regrada.

---

<sup>28</sup> A Constituição alemã tem poucos dispositivos referidos às relações entre particulares, podendo-se destacar o artigo 1º (dignidade da pessoa humana), o artigo 6º (que trata da família) e o artigo 14 (que trata da propriedade).

Problema que avulta na temática é aquele alusivo à eficácia das normas jusfundamentais sobre as relações privadas.

Com efeito, originariamente os direitos fundamentais surgiram com clara incidência sobre as relações entre o cidadão e o Estado, porquanto os direitos de primeira dimensão têm a função de instituírem um espaço de liberdade ao homem livre à incidência da ação estatal, como, por exemplo, a liberdade religiosa, de informação, o direito de ir-e-vir, a liberdade económica, a igualdade formal, dentre outro.

No entanto, a partir do constitucionalismo de segunda geração (Estado Social de Direito), os direitos de segunda dimensão (sociais e coletivos) impõem-se não somente ao Estado – enquanto provedor, em muitos casos, de determinadas prestações de cunho social (educação, saúde, previdência social) – mas também aos particulares, porquanto determinadas relações até então exclusivamente privadas – pensemos no contrato de trabalho, que até o surgimento do direito laboral era regido pelas normas civis de locação de serviço (Martins, 2005) – passaram a ser regidas por normas constitucionais sociais, *v.g.*, os direitos dos trabalhadores do artigo 7º da CR/88.

Sobre a temática, a doutrina alemã elaborou a doutrina do *Drittwirkung* (teoria da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais), sendo que naquela cultura jurídica duas teorias se digladiam acerca do tema: a teoria da eficácia direta ou imediata sobre as relações privadas e a teoria da eficácia indireta ou mediata sobre as relações privadas. Frise-se, no entanto, que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é de alta problemática na Alemanha, porquanto, como já se averbou acima, a Lei Fundamental enuncia pouquíssimas normas de conteúdo privado, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que a Lei Fundamental enuncia mais de cinquenta dispositivos com conteúdo privado.

Em Portugal, o problema também está solucionado, porquanto a própria Constituição, em seu artigo Art. 18, 1, determina a incidência das normas de direitos fundamentais sobre as relações privadas<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Artigo 18.º (Força jurídica): 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

O ponto de gravitação do problema é este: existiria, num sistema de constituição rígida e que tutela não somente as liberdades públicas, como também as liberdades coletivas, os direitos sociais e os direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) uma dupla ética? Para o Estado e seus órgãos, o respeito aos direitos fundamentais, para o particular a plena liberdade de escolha, sem que esta sua liberdade seja refreada, condicionada pelo conteúdo protetor dos direitos fundamentais?

É óbvio que referido raciocínio é efetivamente indevido, pois, segundo teoriza Jean Rivero (*Apud* Branco *in* Mendes et al, 2000), não existe uma dupla ética: os direitos fundamentais, a partir de seu desdobramento em direitos de primeira (liberdades públicas), segunda (liberdade coletiva e direitos sociais e econômicos) e terceira dimensão (direitos metaindividuais), se constituem em normas oponíveis *erga omnes*, por serem o arcabouço sobre os quais se erige a moralidade republicana de uma determinada sociedade (Rabenhorst, 2001).

Vale observar, no entanto, que o problema da eficácia direta das normas de direitos fundamentais sobre as relações privadas se relaciona, nos sistemas de produção capitalista, a possibilidade de se decretar a extinção do princípio da autonomia da vontade, que também encontra fundamento na própria Constituição. Com efeito, não se há de preconizar pela substituição da vontade privada naqueles espaços deixados livremente pela Constituição ao seu exercício pela vontade pública, presente nas normas de direitos fundamentais, a não ser que a própria Constituição assim o determine, quando, por exemplo, determina o conteúdo mínimo de proteção à parte hipossuficiente, como nas relações de trabalho.

Assim, dada a configuração do próprio ordenamento jurídico brasileiro, em que existe uma abundância de normas de conteúdo privado na Constituição de 1988, o problema alusivo à *Drittwirkung* não poderá ser solucionado a partir de um padrão estanque, devendo-se, a partir da particularidade do caso e das normas de regência, aferir a incidência imediata ou mediata das normas de direitos fundamentais.

Seja como for, incidindo-se mediata ou imediatamente as normas de direitos fundamentais sobre as relações privadas, fato é que a autonomia

da vontade se encontra efetivamente limitada, não podendo mais afirmar a sua plena valência em detrimento de determinadas normas de regência, oriundas, como já se disse, da própria Constituição.

Vejam, pois, alguns exemplos na Constituição da República.

No artigo 5º, incisos XXII e XIII, logo após a Carta Magna prescrever que o direito de propriedade está assegurado, impõe a seguinte limitação: “[...] a propriedade atenderá a sua função social [...]”.

Lembre-nos que a doutrina liberalista do direito considerava o direito de propriedade como sendo sacro, como seja, ilimitável, manifestado no quadrinômio *ius utendi, fruendi, abutendi e reivindicatio*, ou seja, direito de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem objeto de propriedade. Estas formas de expressar o direito de propriedade significavam que o bem poderia ser utilizado da forma que o proprietário bem quisesse, sem que houvesse qualquer forma de limitação a este direito, a não ser aqueles decorrentes da própria moralidade pública e do direito de vizinhança.

Com o ruir do liberalismo, em especial com o surgimento do *Welfare State*, a propriedade passou a sofrer inúmeras limitações, principalmente aquelas que implicam no seu uso racional e socialmente útil, gerando riquezas em proveito de todos e não somente do proprietário.

A Constituição dos Estados Unidos do México de 1917 foi a primeira a regular a matéria neste sentido:

Artigo 27 – A propriedade das terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional, pertencem originariamente à nação, a qual teve e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo a propriedade privada.

As expropriações somente poderão ocorrer em caso de utilidade pública e mediante indenização. A nação terá a todo tempo o direito de impor à propriedade privada as características que o interesse público ditar, assim como o de regular, em benefício social, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, como forma de fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública, cuidar de sua conservação, obter o desenvolvimento equilibrado do país e o melhoramento das condições de vida da população rural e urbana.

Como consequência, fixar-se-ão as medidas necessárias para ordenar os assentamentos humanos e estabelecer provisões adequadas, usos, reservas e destinos de terras, águas e bosques, para efeito de executar obras públicas e de planejar e regular a fundação, conservação, melhoramento e crescimento dos centros populacionais; para preservar e restaurar o equilíbrio ecológico; para o fracionamento dos latifúndios; para dispor, nos termos da lei regulamentar, a organização e exploração coletiva dos campos e comunidades; para o desenvolvimento da pequena propriedade rural; para o fomento da agricultura, da pecuária, da silvicultura e das demais atividades econômicas no meio rural, e para evitar a destruição dos elementos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade [...] (livre tradução).

Desta sorte, a propriedade no Brasil sofre inúmeras limitações de ordem pública, seja quando se impõe ao proprietário de imóvel urbano o dever de adequar e utilizar o imóvel em conformidade com o regramento urbanístico da cidade (plano diretor), sob pena de sofrer tributação progressiva sobre a propriedade do imóvel, e depois de vencidos cinco anos, sofrer desapropriação, mediante o pagamento por meio de títulos da dívida pública (artigo 182, §§ 2º e 4º da CR c/c artigos 5º 7º e 8º da Lei 10.257/2001, dito Estatuto da Cidade), seja quando se impõe ao proprietário de terras rurais o uso socialmente útil da sua propriedade, que somente ocorre quando ele a explora observando os seguintes requisitos: a) aproveitamento racional e adequado, b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, c) preservação do meio ambiente, d) observância das disposições concernentes ao direito dos trabalhadores rurais, e e) exploração dos recursos naturais de modo que beneficie o proprietário e seus trabalhadores (artigo 186 da CR). A inobservância destes requisitos acarreta no dever da União desapropriar o imóvel sem que o proprietário tenha direito a prévia indenização em dinheiro, mas antes em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 (vinte) anos (artigo 184 da CR), ou mesmo quando se impõe ao proprietário de imóvel ou bem de conteúdo histórico, artístico ou cultural o dever de preservá-lo, havendo ou não tombamento por parte do poder público (artigo 216, inciso V, §§ 2º e 4º da CR c/c artigos 1º e 2º do Decreto Lei nº 25/1937).

No que diz respeito às limitações à contratação, estas se evidenciam de forma muito clara e objetiva nos casos que envolvam uma relação de consumo.

Com efeito, o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição de 1988, prescreve que o “[...] Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor [...]”, sendo que pelo artigo 170, inciso V, constitui-se a defesa do consumidor como um dos princípios fundamentais da ordem econômica.

É princípio mezinheiro da hermenêutica que não existam disposições inúteis na Constituição, devendo o intérprete haurir de todas elas o seu conteúdo normativo, pois expressam, em última análise, a vontade soberana do povo manifestada no ato de constitucionalização do Estado. Assim, o que quer expressar o princípio constitucional-econômico da defesa do consumidor?

Basicamente três coisas: 1) o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor no mercado de consumo (Novais, 2000), 2) como corolário, a manifesta desigualdade entre as partes envolvidas na relação de consumo, havendo, quase sempre um efetivo exercício do poder econômico por parte do fornecedor e em detrimento do consumidor, e 3) a indispensabilidade de proteção do consumidor como forma de: i) se criar um mercado de consumo racional e eticamente estruturado, ii) se defender, no mercado de consumo, o elemento imprescindível à sua existência, como seja, o consumidor, sob pena de ruir o fundamento estrutural do modo capitalista: a circulação de riquezas, e iii) condicionar a exploração econômica ao ganho lícito, fundado no princípio da boa-fé.

Acerca deste tema, colhe-se a seguinte lição de José Luiz Quadros de Magalhães (2000, p. 329-330):

O direito do consumidor envolve a interferência do Estado em problemas ligados à qualidade do produto, à relação de consumo, ao preço, aos contratos de fornecimento de produtos e serviços, à publicidade, dentre outras coisas [...]. Os direitos individuais do consumidor não se encaixam na teoria dos direitos individuais clássicos, como direitos contra o Estado [...]. A necessidade de proteção do consumidor surge

da expansão na economia com vultosos empreendimentos industriais, comerciais ou de prestação de serviços, comandada por maciça e atraente publicidade, criando novos hábitos, despertando ou mantendo o interesse da coletividade [...] Essa desigualdade entre consumidor e empresários traz a ocorrência de inúmeras práticas comerciais lesivas, resultantes de um sistema econômico competitivo, que nem sempre respeita os valores éticos, causando danos os mais diversos ao consumidor, conforme o caso, à vida, à saúde, à privacidade [...].

Em razão destas circunstâncias, o legislador infraconstitucional, obedecendo ao comando disposto no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, embora intempestivamente, elaborou a Lei nº 8078/90, dito Código de Defesa do Consumidor.

Na parte normativa que se enquadra ao presente trabalho, o CDC prevê normas e princípios importantíssimos à efetiva proteção do consumidor, como, por exemplo, a) o dever de informação adequada e clara acerca dos bens e serviços que são ofertados ao consumidor (artigo 6º, inciso III), b) a proteção contra publicidade enganosa e práticas comerciais abusivas (artigo 6º, inciso IV), c) a revisibilidade das cláusulas contratuais que imponham obrigações desproporcionais ou que venham a se tornar excessivamente onerosas em decorrência de fatos supervenientes (artigo 6º, inciso V), d) o princípio da vinculação da oferta ao contrato (artigo 30), e, entre as mais importantes, a conceituação e a proibição de cláusulas contratuais abusivas, dentre as quais se destacam: a) cláusulas que excluam, limitem ou transfiram a responsabilidade do fornecedor (artigo 51, incisos I e III), b) imponham a utilização compulsória da arbitragem (artigo 51, inciso VII), c) criem obrigações em detrimento do consumidor consideradas abusivas, desarrazoadas ou que imponham vantagem excessiva ao fornecedor (artigo 51, inciso IV), entre outras.

O ponto nevrálgico de ordem constitucional acerca do tema alude ao seguinte aspecto: tendo o constituinte tratado de forma dessemelhante o consumidor e o fornecedor, com proveito ao primeiro, não teriam ferido o princípio constitucional da igualdade?



A resposta negativa se impõe. Com efeito, o princípio da igualdade, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...], demanda a aplicação igualitária da lei a todos os que forem iguais. Mas esta igualdade há de ser de ordem substancial e objetiva, como seja, a igualdade deve ser inferida por elementos objetivos (Bandeira de Mello, 1978) de modo que a aplicação igualitária da lei a casos objetivamente dessemelhantes não importe em gravame ao princípio da justiça, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Com efeito, o princípio da igualdade, na sua formulação clássica, já demandava a discriminação, pois há de se tratar igualmente ou iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.

Substancialmente, o consumidor é o elo mais frágil no mercado de consumo, posto que, no mais das vezes, está sujeito a contratos de adesão, sendo estes aqueles em que o consumidor não pode “[...]discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (artigo 54, caput, do CDC), consectário do que a doutrina civil-constitucionalista denomina de contratualismo difuso, ou contratualismo de massa, ou mesmo não tem o conhecimento indispensável para o pleno entendimento do produto ou do serviço que adquire.

Assim, é evidente que existem diferenças de ordens substanciais e objetivas entre os consumidores e os fornecedores, de modo que o tratamento discriminatório se impõe.

Os dois exemplos colhidos na legislação pátria são bastante para fundamentar aquilo que dissemos no início do presente item, como seja, o direito privado moderno se assenta não mais sobre o princípio da autonomia da vontade *puro*, mas sim, no princípio da autonomia da vontade regrada, na medida em que o ordenamento jurídico, a começar dos princípios e normas constitucionais, impõe uma série de limitações aos direitos que na concepção clássica eram ilimitáveis.

A propriedade não é mais sacra. O contrato não se fundamenta tão somente na palavra dada, sem que afira as condições subjetivas e objetivas em que sob as quais ela se manifestou. Ambos desempenham o papel quase que preponderante na vida econômica da sociedade, não podendo ficar

livres da influência, ao menos, limitadora de abusos nos seus respectivos exercícios.

Desta sorte, entendemos que o princípio reitor do direito privado hodiernamente é aquele que denominamos de princípio da autonomia da vontade regrada.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda H. Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 2.ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Safe, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiro, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de M<sup>a</sup> Celeste C. L. Santos. 10.ed. Brasília: UnB, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4.ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed São Paulo: Malheiros, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: IDP-Brasília Jurídica, p. 103-196, 2000.

BURITY, Tarcísio de Miranda. A Teoria das Fontes do Direito em Kelsen e a sua Concepção Democrática de Estado. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 97, ano 24, p. 5-16, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de António Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito.** São Paulo: Landy, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos Teóricos Para Uma Formulação Dogmática Constitucionalmente Adequada.** São Paulo: RT, 1999.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1º mayo de 1917**, reformada em 14.08.2001. Disponível em: <<http://www.dgep.pt/submenud.html>>. Acesso em: 23 jan. 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Civil.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOYARD-FAVRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoria Constitucional.** Tradução de Miguel Carbonell et al. Ciudad de Mexico: Universidad Autonoma de Mexico, 2001.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado.** Madri: Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

ITALIA, Vittorio. **Interpretazione Sistematiche Delle Norme e dei Valori.** Milão: Giuffré, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOVAIS, Aline Arquette. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-Fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. In: *TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-54.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. V.II

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das Obrigações: Teoria Geral e Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I

RABENHORSRT, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência Jurídica**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para Um Novo Senso Comum: A Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática. In: **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília: UnB, 1983. T.1

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os Chamados Microssistemas e a Constituição: Premissas para uma Reforma Legislativa. *In* **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-16, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: A Busca de um Ponto de Equilíbrio entre as Garantias do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

## 4. A GESTÃO BIOPOLÍTICA DO TERRITÓRIO NAS GRANDES CIDADES: INCLUSÃO, EXCLUSÃO E ABANDONO

### Introdução

Os conceitos políticos fundamentais que gizam a cultura ocidental parecem gozar de um estranho atributo quando analisados sob a perspectiva da história das ideias, a saber: a possibilidade de, em determinados momentos, serem solapados para fora do *locus* discursivo, como se houvessem perdido, por um gesto da fortuna, este seu *status*, e merecessem, quando muito, uma remissão no âmbito de algum léxico político-filosófico que registrasse o seu déficit.

Ora, é sabido que em política não existe acaso, sorte ou fortuna, esta deusa cujo humor demasiadamente fugaz tinha o poder, segundo o pensamento político medieval, em elevar e derrubar reis e soberanos conforme lhe aprouvesse, como, *e.g.*, deixou registrado o gravurista alsaciano Herrade de Landsberg nessa iluminura que compõe o *Hortus Deliciarum*, cuja cópia está depositada na Biblioteca Nacional da França (COSTA, ZIERER, 2011):



Outra representação histórica dessa ideia medieval está presente no códice Benediktbeuern, mais à frente intitulado por *Carmina Burana*, e que constitui de um conjunto de poemas picantes, satíricos e irreverentes redigidos entre os séculos XI e XIII em um manuscrito beneditino da cidade de Beuern, sendo ricamente ilustrado com iluminuras que expressam as ideias de sorte, pecado, alegria, riqueza etc em voga à sua época.

A primeira iluminura, intitulada *Fortuna Imperatrix Mundi*, tem idêntico conteúdo aquele que acima se reproduziu do *Hortus Deliciarum*, conforme se pode inferir de sua reprodução abaixo<sup>30</sup>



Não, em política, o uso ou o déficit de um conceito político fundamental está condicionado à capacidade que os grupos políticos hegemônicos

<sup>30</sup> A gravura foi extraída de reprodução digital do Códex Benediktbeuern. Disponível em <https://www.wdl.org/pt/item/14698/>. Acessado em 20. mai. 2011

detêm na forma de uma supradeterminação da dialogicidade no espaço público, substituindo um conceito por outro, como se, pelo simples fato da ocultação, ele deixasse de operar eficácia semântica e sintática na compreensão da realidade na forma de um *trompe-l'oeil*, como, ademais, é reconhecido por Giorgio Agamben ao discorrer sobre o caráter político-teológico da política moderna (2007, p. 9-12).

Pois bem. A hipótese que guia o presente trabalho consiste em reconhecer que, apesar de todo esforço despendido pelo pensamento afirmativo da globalização no pós *annus mirabilis* de 1989 (SANTOS, 2002), com a sua afirmação de um mundo sem fronteiras, de inclusão de todos os povos em uma nova ordem internacional com igual difusão das condições de vida boa, o que levaria, doutro giro, na negação do princípio da territorialidade, substituindo-se os Estados nacionais por uma comunidade internacional, *doxa* que foi e continua sendo repetida *ad nauseam* pelo discurso neoliberal ainda hoje, por uma clara influência dessa mesma globalização, a territorialidade, enquanto conceito fundamental do pensamento político moderno continua a orientar, de forma pragmática, este enorme e eficaz processo de inclusão e exclusão que sempre caracterizou as sociedades modernas, e tanto quanto no plano interno como no internacional, na medida em que, para atender às demandas do mercado e da economia, o território passa a ser um princípio orientador da própria ação/omissão do estado, reconhecendo, em relação a alguns espaços, a necessidade de “investimento”, que tanto conota o emprego de recursos econômicos com fins exclusivamente exploratórios como o “desbancar” de políticas de exclusão de camadas subalternas na forma de sua expulsão do território (agora) valioso, e em relação a outros, de abandono.

Esta referência é importante porque, conforme o demonstra a realidade do sistema penal brasileiro, onde os sistemas de seguridade e assistência social falham, é o direito penal, em toda a sua ferocidade e violência que ingressa como forma de controle da pobreza e dos processos de exclusão operados política-economicamente.

E eles não “falham”, mais uma vez, por um acaso, por um gesto da fortuna, mas em razão de decisões orientadas pela polaridade investimento-abandono.



Conforme a feliz imagem de Davi Tangerino (2011, p. 155), ao referir-se à expansão do direito penal *in terrae brasilis*,

O Direito Penal se apresenta como Davi, mas se comporta como Golias; não apenas por sua compleição, mas também por querer ser um modesto, porém corajoso pastor e ser, em verdade, uma besta enfurecida, abusando-se da notória história bíblica.

Interessante: se ficarmos no discurso teratológico, Thomas Hobbes (1997) assimila o Estado à figura do Leviatã – o monstro bíblico narrado em Jó capítulo 40 -, e o direito penal a seus músculos, sem os quais, como no corpo animal e humano, não poderá exercer a sua força e poder.

Quem melhor representou essa monstruosidade foi William Blake em seu *Behemoth and Leviathan*, os dois “monstros” que, imgeticamente, ilustram o pensamento hobbesiano<sup>31</sup>



<sup>31</sup> William Blake. Behemoth and Leviathan, 1825, reprinted 1874. Disponível em: <<https://www.tate.org.uk/art/artworks/blake-behemoth-and-leviathan-a00026>>. Acesso em jul 2011.

E não continua sendo o sistema penal este sistema muscular superexpandido com o qual o Estado, em especial o brasileiro, busca manter a todo custo uma legitimidade política há muito perdida, mediante controles territoriais de inclusão e exclusão que se guia não pela política – entendida como expressão humana por excelência – mas pela economia?

### **O território como espaço simbólico**

O princípio da territorialidade tem uma história, sendo ela, modernamente, originada naquilo que os historiadores do Direito Internacional denominam de sistema westfaliano do Direito Internacional, conceito que se reporta aos diversos processos que deram fim à Guerra dos Trinta Anos na Europa setecentista (1618-1648), ao fim dos quais surgiram, como instituições internacionais independentes, os modernos estados territoriais, regidos pelos princípios da igualdade soberana e o da não intervenção em assuntos de jurisdição interna, cuja primeira manifestação não poderia deixar de ser, dado o caráter religioso daquela guerra, o princípio “*cuius regius eius religio*”.

Este caráter “religioso” dos estados territoriais fica mais evidente ainda quando se percebe que, no léxico político, surge um “novo” conceito fundamental para o nascente estado moderno e as suas constantes transformações até o atual modelo demoliberal: tolerância. Mas tolerar a quem? Aos grupos religiosos distintos daquele que o príncipe confessava<sup>32</sup>.

Estados territoriais, e não nacionais, porque a grande questão que se tinha à época não era a determinação territorial em favor de uma nação, mas sim em favor de um soberano, que até então se via submetido em sua autoridade quer à Igreja Católica Apostólica Romana quer ao Imperador do Sacro Império Romano-Germânico, período este conformado

---

<sup>32</sup> É o que afirma Habermas. Com efeito, se a partir dos conflitos político-religiosos decorrentes da Reforma Protestante os Estados alemães pacificaram-se por intermédio do Tratado de Augsburg, pelo qual reconheceu-se tolerância recíproca para as fés católica e luterana, com o surgimento do calvinismo, muito mais radical em sua pretensão reformista, a referida política de tolerância mútua se esfumou, somente regressando após os Tratados de Münster, Osnabrück e Pirineus, que juntos perfazem o chamado Tratado de Paz de Westfália (Habermas, 2003, p. 2-12).

historicamente pelo nome de *Repubblica Christiana* e que vigeu pelo longo período compreendido pela idade média.

A rigor, somente se pode falar em Estado Nacional quando, paradigmaticamente, em 1789, a Assembleia revolucionária aprova a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, gesto com o qual, segundo Giorgio Agamben, tem-se o nascimento do regime biopolítico moderno:

No sistema do Estado-nação, os chamados direitos sagrados e inalienáveis do homem aparecem desprovidos de toda tutela e realidade precisamente no momento em que não é possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Se bem visto, isso está implícito na ambiguidade que entranha o próprio título da declaração de 1789: *Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen*, onde não resta claro se os dois termos nomeiam duas realidades autônomas ou formam, pelo contrário, um sistema unitário no qual o primeiro já está contido e oculto no segundo e, neste último caso, que classe de relação existe entre os mesmos [...] As Declarações de Direitos representam a figura original da inscrição da vida natural no ordenamento jurídico-político do Estado-nação. Aquela vida nua natural, à qual, no antigo regime, se era politicamente indiferente e pertencia, enquanto que criatura, a Deus e, no mundo clássico, era (ao menos aparentemente) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e até se converte no fundamento de sua legitimidade e soberania [...] Um simples exame do texto da declaração de [17]89 mostra, com efeito, que é precisamente a vida nua natural, isto é, o mero fato do nascimento, o que aqui se apresenta como fonte e portador do direito. “Les hommes”, prescreve o artigo 1º, “naissent et demeurent libre et égaux em droits” [...]. Mas, de outra parte, a vida natural que, ao inaugurar a biopolítica da modernidade, vem assim a formar a base do ordenamento, se dissipa imediatamente na figura do cidadão, no qual os direitos “se conservam” (art. 2º:

“Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme”). E precisamente porque há posto o natural no coração mesmo da comunidade jurídica, chegado a este ponto, a declaração pôde atribuir a soberania à “nação” (art. 3º: “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation”). Assim, como a nação, que etimologicamente deriva de *nascere*, fecha-se o círculo aberto pelo nascimento do homem (Danner; Danner, 2013, p. 33-50).

Aqui, portanto, se encontra o ‘ovo de serpente’! O território, antes visto como espaço geográfico de domínio do soberano passa a ser, por um gesto do direito, no espaço simbólico de inscrição e ingresso da vida humana na nação e no direito: não se trata mais de domínio, mas de pertencimento. A vida humana “pertence” simbolicamente à nação, que, assim como o território, passa a ser gerida em suas mínimas expressões, como as demais riquezas que demarcam a pujança ou a pobreza de um Estado (Foucault, 2007, p. 278 e ss).

É na obra de Michel Foucault que esta transformação se torna mais evidente quando ele discorre sobre a conversão do Estado territorial, orientado pelo paradigma diplomático militar de inspiração maquiavélica, em estado de população, orientado pelo pensamento político-econômico da “*Polizei-wissenschaft*” (o Estado de Polícia) alemã, no qual, homens e coisas são geridos de conformidade com parâmetro econômicos, e não políticos (Agamben, 2007, p. 157-160), segundo um cálculo contábil-econômico em que fato e vida se misturam nos créditos e débitos da gestão estatal.

Mas se homens e coisas são geridos é porque, a rigor, as ideias-norte de sacralidade da vida humana, de direitos inalienáveis, de igualdade formal e controle do poder são sempre relativizadas em razão dos princípios econômicos que orientam a razão de estado no regime biopolítico.

Michel Foucault sintetizou esta compreensão na famosa inversão do regime da soberania em a *História da sexualidade I: a vontade de saber*: “do fazer morrer ou deixar viver” para “deixar viver ou fazer morrer” (2005, p. 129-130), em outras palavras, se antes o soberano detinha o poder de vida e

morte na defesa de sua soberania, hoje o poder de vida e morte se exerce em nome e a favor da sociedade, sabendo-se, entretanto, que para Michel Foucault (2002, p. 305-306), morte não consiste só na eliminação física, mas também no abandono, na abstenção das ações necessárias para que a vida humana alcance as condições mínimas de sobrevivência, como também na expulsão política e no exílio.

Este caráter biopolítico fica mais evidente se ele for compreendido segundo o próprio paradigma utilizado por Michel Foucault. Se a lepra e a peste se manifestam como os dois paradigmas com os quais ele compreendeu a passagem do estado territorial para a sociedade disciplinar na forma daquilo que ele denomina de poder disciplinar<sup>33</sup>, ou, em outras palavras, exclusão e inclusão, respectivamente, o problema da população enquanto elemento político do estado é compendiado a partir do paradigma da vacinação contra a varíola (2006).

Sendo o enfrentamento dos problemas de segurança, em sentido lato (qualquer evento, humano ou natural, que pusesse em risco a pujança econômica da sociedade, incluído aí as doenças) e estrito (a criminalidade), temas que tocavam o cerne do pensamento econômico liberal, cabia ao governo, numa tentativa de dar respostas a estes problemas, a adoção de atos de gestão orientados não pela certeza, mas pela experimentação. Temas como a ordenação das cidades, adoção de políticas econômicas – o enfrentamento, *v.g.*, das carestias -, ou o enfrentamento dos crimes que viessem a ocorrer, a política governamental se regia pela experimentação, pela assunção de riscos quanto à (in)certeza de seu acerto.

Assim, quando o Estado, numa viragem bio-tanatopolítica, adota uma política sanitária no enfrentamento da epidemia de varíola mediante a inoculação de seu vírus em estado de latência no processo de vacinação, tanto o governo como a ciência médica não sabiam, de fato, a eficácia do

---

<sup>33</sup> Como já afirmado em outra ocasião: “O paradigma da lepra, segundo FOUCAULT, é o da exclusão, ato pelo qual o contaminado era expulso de sua comunidade como forma de purificação. Já a peste tem como parâmetro não a exclusão, mas a inclusão, isto é, a concentração de toda a população de uma cidade que se põe sob quarentena, e sobre a qual se exerce um controle individual por intermédio de uma cadeia hierárquica de agentes estatais” (De Oliveira, 2013, p. 24).

tratamento. Experimentou-se, pondo em risco a toda população que foi objeto desse ato de gestão sanitária.

Assim, exclusão e inclusão se conformam nas formas de experimentação através das quais o estado, na gestão do espaço territorial e da população, busca dar soluções econômicas aos problemas inerentes ao próprio sistema econômico que o corrói, como um câncer, desde as entranhas.

E experimentação, nesse caso, não pode ser encarada como uma simples metáfora, mas também como uma possibilidade latente e concreta.

Em audiência pública realizada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, realizada em 31 de maio de 2006, no Senado Federal, foi apresentado o caso ocorrido na comunidade de São Raimundo do Pirativa, na cidade de Santana, Amapá, em que os moradores foram cooptados por pesquisadores brasileiros e americanos para servirem como cobaias humanas para o estudo da malária, com o financiamento de universidades brasileiras e americanas.

Os testes consistiam na exposição daqueles que “aderiram” ao programa ao contágio da doença, que se sabe, é endêmica na região, “trabalho” pelo qual receberiam R\$ 7,00 (sete reais) ao mês. Narrou-se o caso de um morador que pegou mais de dez malárias num único mês, e que desenvolveu cegueira e cirrose hepática por conta dos tratamentos a que teve de se submeter.<sup>34</sup>

Seria possível esta experimentação não fossem os residentes de São Raimundo de Pirativa, um dos tantos rincões desse enorme território brasileiro, excluídos do espaço de visibilidade?

Assim, se o território não se constitui no espaço geográfico delimitado por latitudes e longitudes, mas o *locus* de inscrição da vida humana no seio da política governamental de cariz econômico-político, não o povo, mas a população, enquanto elemento essencialmente demográfico caracteriza a moderna sociedade política.

---

<sup>34</sup> Este fato estarrecedor, ocorrido na comunidade de São Raimundo do Pirativa, na cidade de Santana, Amapá, foi amplamente relatado na 4ª Reunião Extraordinária da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal. In <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/31052006/suplemento/00407.pdf>> Acesso em 10 fev 2007

Esta inscrição, apesar de todo discurso em sentido oposto, não se guia pelos direitos e garantias fundamentais insertos nos textos constitucionais e internacionais, mas nas planilhas, leis orçamentárias, estatísticas policiais e sanitárias que a burocracia produz como forma de dar uma ordenação racional à irracionalidade e anarquia que se constitui o governo dos homens e das coisas (Agamben, 2007, p. 83-156).

Território, portanto, não é o lugar delimitado juridicamente para a ação do estado, mas o símbolo de um pertencimento: da vida humana ao poder soberano, que atualmente se guia não pela ordem legal, mas pelo estado exceção, pela suspensão querida e consentida das leis na *exceptio* decidida por um governo submetido, em suas mínimas atuações, ao poder do mercado, razão pela qual, conforme Giorgio Agamben, não a normalidade, mas a crise é o signo da atuação governamental<sup>35</sup>.

Vivemos, pois, numa época em que a palavra “crise” ganhou o status de palavra de ordem que está a legitimar aquilo que poderíamos denominar de excepcionalidade normalizada. Fala-se de crise para, mais do que explicar, justificar e tornar incontestáveis a adoção de determinadas práticas e/ou políticas que, não fosse a estrutura semântica e política do conceito, não cogitaríamos em nenhuma hipótese em nos submeter. Em outros termos, crise identificará, ao mesmo tempo, um julgamento orientado por aquele acrônimo geralmente atribuído a Pierre Bordieu - *T.I.N.A* (“*There Is No Alternative*”) -, mas que na verdade foi inicialmente usado pela então Primeira Ministra inglesa Margareth Thatcher para justificar a implementação de políticas neoliberais e a derrocada de direitos sociais, mas também uma palavra de ordem idêntica àquela que se atribui a Frederico Guilherme II em resposta ao *sapere aude* kantiano: “pensem o quanto quiser desde que obedeçam”.

---

<sup>35</sup> ““Crise” e “economia” atualmente não são usadas como conceitos, mas como palavras de ordem, que servem para impor e para fazer com que se aceitem medidas e restrições que as pessoas não têm motivo algum para aceitar. “Crise” hoje em dia significa simplesmente “você deve obedecer!”. Creio que seja evidente para todos que a chamada “crise” já dura décadas e nada mais é senão o modo normal como funciona o capitalismo em nosso tempo. E se trata de um funcionamento que nada tem de racional” (Agamben, 2012).

Esta percepção é confirmada pela origem do vocábulo crise, que provém do grego *κρίσις* (krisis), cuja utilização primeva pertencia à arte médica: no curso do tratamento, ao médico chegava um tempo de *krisis*, de julgamento, isto é, de tomar uma decisão acerca da sobrevivência ou não do paciente. Da arte médica, o conceito passou à teologia cristã para identificar o tempo da *parousia*, da segunda vinda, com a qual se consumará a história humana em seu momento crítico, isto é, de julgamento.

Nestes dois contextos, e nos que se seguiram em variados campos até chegarmos ao momento presente de economicização absoluta da vida e da política, crise identifica um momento de *deficium*, de resolução, de consumação, de julgamento e, portanto, de decisão sobre a *exceptio*, isto é, sobre aquilo que está, ao mesmo tempo, dentro e fora da norma. E por vivermos num período de crise contínua, o seu uso é o canal de normalização da excepcionalidade política.

Crise orçamentária, crise na segurança pública, crise econômica... crise. Onde a crise, enquanto conceito aberto e indeterminado que é, se estabelece como parâmetro do governo, é a vida nua do *homo sacer*, e não o cidadão dos direitos, que aparece na cena: uma vida insacrificável, porém matável (Agamben, 2004, p. 148-149).

### **Inclusão e exclusão territorial**

Assim, nada mais se parece a um grande laboratório de experimentação do que as grandes metrópoles de nosso tempo, na qual o viver bem ou o morrer não dependem mais de um gesto com o polegar do soberano, com o qual se determinava a morte do acusado. Não, hoje o gesto se transmudou na inação, na omissão, com a qual o soberano abandona parte da população à sua própria sorte, deixando aquela vida que deveria ser tutelada, guardada, protegida ao acaso; ou, quando age, fá-lo para dar uma resposta não à vida, mas ao mercado, este ser incorpóreo que a cada espirro põe (mantém!) a vida contemporânea sob o signo da crise.



*Ban(d)ido*<sup>36</sup>, e não cidadão, é o título a ser envergado pelo homem contemporâneo em sua busca, infrutífera e desarraigada, pela vida boa. Numa sociedade em que o espetáculo, o consumo e a opulência são os únicos parâmetros de vida boa, não causa estranheza que qualquer ameaça ao *status* social, à comodidade, à segurança de uns poucos em detrimento de muitos se constitua no único fator relevante para determinar a ação ou inação do estado. E por isso, também, no regime de inclusão/exclusão territorial que dirige a ação policial nas cidades, amplamente legitimado pela *mass media* que se alimenta e se sustenta do medo que ela mesma incute.

Nas cidades de hoje, ninguém é mais estranho do que o seu próprio habitante, preso aos territórios que lhe são impostos por serem ou não possuidores de bens e, conseqüentemente, de *status* social, territórios estes que, para os afortunados, não obstante a promessa de felicidade (*shoppings*, prédios de apartamentos com aparatos de segurança de última geração, condomínios fechados e hermeticamente encerrados para a vida que corre fora de seus muros), lhes assegura somente o estranhamento<sup>37</sup>, o *banimento* em relação a seu semelhante.

Já no caso dos despossuídos, aquela luta diária pela sobrevivência, na qual segurança pública é sinônimo de UPP – pacifica-se não para que lhe seja prestado serviço público de qualidade e cidadão, mas para que as empresas de serviços e as concessionárias públicas possam “cobrar” pelos serviços dantes desviados pela “pirataria” e pelos “gatos”, e para que o mercado imobiliário possa se apropriar, por todos os meios possíveis, desses rincões que, com a pacificação, se tornam atrativos ao investimento privado, nacional e ou internacional.

---

<sup>36</sup> Ou “estranho”, como o afirma Nilo Batista: “O estranho, ou seja, aquele que não é conhecido, que não integra as estruturas familiares e grupais da organização social germânica ou foi delas removido, é o grande alvo de suas práticas penais” (Batista, 2002, p. 36).

<sup>37</sup> Para ficarmos em Agamben, mais uma vez, estes “territórios de felicidade” mais se apartam ao purgatório, que na teologia tomista tem um caráter punitivo mediante a privação, enquanto o inferno um caráter punitivo afilativo. Privação de quê? Da perpétua visão de deus (Agamben, 2001, p. 11). Mas como, em essa sociedade pós-metafísica (?), Deus não morreu, tornou-se dinheiro (um meio sem fim), os territórios de felicidade nada mais são do que espaços de pura privação (Agamben, 2012).

Assim, as cidades se constituem em grandes máquinas antropológicas de inclusão e exclusão, no qual o princípio da territorialidade permite aquela distinção importante e necessária para o regime econômico: consumidores e não consumidores; ricos e pobres; espaços de (pseudo)segurança e espaços de sobrevivência, apesar ou mesmo contra o Estado.

## Conclusões

Que a territorialidade, apesar de seu propagado *deficium*, ainda seja eficaz na conformação includente-excludente da sociedade contemporânea se deve, primeiramente, a seu caráter perene enquanto princípio político fundamental do pensamento ocidental, mas também pelo papel que ele joga no aspecto de planejamento governamental.

A divisão do território de uma cidade em diversos setores – produtivos, de moradia, de comércio, governamental etc – implica numa decisão política sobre o como, o quem e o de que forma um determinado espaço pode e deve ser ocupado, o que, *per se*, não é ruim; o problema é quando esta conformação territorial é decidida apesar ou contra a própria sociedade; que espaços não ordenados sejam encarados como *locus* naturais de ocupação da miséria, nas quais seus moradores são abandonados até que a necessidade de ‘pacificação’ se faça presente para atender às demandas do mercado. Mas também, que espaços públicos – e serviços públicos – sejam privatizados, sem que este fato, em si mesmo maléfico, seja encarado como uma decorrência natural.

De naturalizações em naturalizações, inclusão e exclusão territorial continuarão a ser o que são: dispositivos políticos segundo os quais a vida é incluída ou excluída da esfera de proteção do direito; e, onde o direito e as garantias fundamentais não operam eficácia, soberana é a polícia que exerce o seu poder-violência (Benjamin, 2012, p. 58-81) de acordo com as decisões (im)políticas próprias ao estado de exceção (Agamben, 2000, p. 103-109).

Giorgio Agamben, analisando este aspecto sob o signo da metrópole, orientado pelos léxicos foucaultianos dispositivo, subjetivação e sujeitamento, faz algumas afirmações importantes para o enfrentamento do tema:

Afirmar que a cidade é um dispositivo, ou um grupo de dispositivos. A teoria referida anteriormente era a ideia sumária de que se pode dividir a realidade em, de um lado, os humanos e os seres vivos, e de outro, os dispositivos que continuamente os capturam e os retêm. No entanto, o terceiro elemento fundamental que define um dispositivo, creio que também para Foucault, são os processos de subjetivação que resultam do corpo a corpo entre o indivíduo e os dispositivos. Não há dispositivo sem um processo de subjetivação; falar de dispositivo é necessário que exista um processo de subjetivação. Sujeito quer significar duas coisas: o que leva um indivíduo a assumir e atar-se a uma individualidade e uma singularidade, mas também significa a submissão a um poder externo. Não há processo de subjetivação sem estes dois aspectos: assunção de uma identidade e sujeição a um poder externo.

O que muitas vezes falta, inclusive para os movimentos, é a consciência desta relação, a consciência de que cada vez que alguém assume uma identidade alguém também é subjugado. Obviamente, isto também é complicado pelo fato de que os dispositivos modernos não somente auxiliam na criação de uma subjetividade, mas também, e na mesma medida, nos processos de dessubjetivação. Isto pode ter sido sempre assim, pensem na confissão, que deu forma à subjetividade moderna (a confissão formal dos pecados), ou a confissão jurídica, que todos experimentamos hoje. A confissão sempre supôs tanto a criação de um sujeito como a negação de um sujeito, por exemplo, na figura do pecador e do confessor, sendo claro que a assunção de uma subjetividade vai junto com um processo de subjetivação. O ponto, então, é que atualmente os dispositivos são cada vez mais dessubjetivantes, de forma que é difícil identificar os processos de subjetivação que eles criam. Mas a metrópole é também um espaço no qual um tremendo processo de criação de subjetividade tem lugar. Sobre isto não sabemos muito. Quando digo que precisamos conhecer estes processos, não somente me refiro à análise, muito importante por certo, sobre a natureza sociológica ou econômica ou social destes processos de subjetivação; refiro-me ao nível ontológico, à questão spinoziana da capacidade para agir dos sujeitos; isto é, o que, no processo através do qual o sujeito de alguma forma resta atado a uma subjetividade, leva a uma mudança, a um aumento ou diminuição de sua capacidade de agir. Carecemos desse conhecimen-

to e, provavelmente, isso faz com que os conflitos metropolitanos dos quais somos testemunhas sejam bastante opacos.

Creio que uma confrontação com os dispositivos metropolitanos somente será possível quando penetrarmos de uma forma mais articulada, mais profunda nos processos de subjetivação que a metrópole implica. Porque creio que o resultado dos conflitos dependerá da capacidade de agir e intervir nos processos de subjetivação, com o fim de alcançar esse momento que eu denominaria de ingovernabilidade, do ingovernável que pode fazer naufragar ao poder em sua forma de governo, o ingovernável que, creio, é sempre o começo e a linha de fuga de toda política (Agamben, 2007b, s/p).

Nilo Batista, ao apresentar o livro de Davi Tangerino, afirma a necessidade de o pensamento crítico ao direito (sistema) penal – no caso encarnado pelo autor – assumir a subjetividade do rei verotestamentário e mirar bem na testa do monstro, pois “[...] o gigante um dia cairá” (Tangerino, 2011, p. 2).

Imagetivamente, essa passagem foi assim representada no século XIII<sup>38</sup>



<sup>38</sup> A gravura foi extraída de sua reprodução digital “David gegen Goliath”, da Jüdische Darstellung aus dem Frankreich des 13. Jahrhunderts, disponível em: <[https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:David\\_gegen\\_goliath2.jpg](https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:David_gegen_goliath2.jpg)>, acessado em 20 mai. 2011.

Haveria uma tarefa mais urgente para o pensamento crítico contemporâneo do que, derrubando o gigante, tornar ingovernável a máquina antropológica de inclusão e exclusão, na qual o sistema penal é o principal dispositivo e, assim, dar lugar à política que vem?

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Means without end: notes on politics**. Tradução de Vincenzo Binetti and Cesare Casarino, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

\_\_\_\_\_. **La comunitàche viene**. Torino: Bollati Boringhieri, 2001.

\_\_\_\_\_. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

\_\_\_\_\_. **Il regno e la gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo**. Homo sacer. Vicenza: Neri Pozza, 2007.

\_\_\_\_\_. **Metropolis**, 2007b. Disponível em: < <http://www.egs.edu/faculty/giorgio-agamben/articles/metropolis/>>. Acesso em; 20 jun. 2007.

\_\_\_\_\_. **“Deus não morreu. Ele tornou-se dinheiro”**. Tradução de Selvino Assmann, Instituto Humanistas Unisinos, 30 de agosto de 2012. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512966-giorgio-agamben>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Política do exílio. Tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. In: DANNER, Fernando; DANNER, Leno Francisco. **Temas de filosofia política contemporânea**. Porto Alegre: FI, 2013. p. 33-50.

ANONIMO. Códex Benediktbeuern [*Carmina Burana*]. Disponível em: < <https://www.wdl.org/pt/item/14698/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2002.

BENJAMIN, Walter, BARRENTO, João (Org.). **“Sobre a crítica do poder como violência”**. Tradução de João Barrento In: **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica, P. 58-81, 2012.

COSTA, Ricardo, ZIERER, Adriana. **Boécio e Ramon Llul: a roda da fortuna, princípio e fim dos homens**. Disponível em: < <http://www.hottopos.com/convenit5/08.htm>>. Acesso em 20 maio 2011.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra**. Porto Velho: EDUFRO, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria T. da C. Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 16.ed. São Paulo: Graal, 2005.

\_\_\_\_\_. **Seguridad, territorio, población**. Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

\_\_\_\_\_. A governamentalidade. tradução de Roberto Machado e Angela Loureiro de Souza. 23.ed. In: **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, p. 277-293, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Intolerance and discrimination*. **International Journal of Constitutional Law**, v.1, n.1, p. 2-12, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria B. N. da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**, 2002. Disponível em: < <http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html> >. Acesso em: 20 fev. 2011.

SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA. Ata da 4ª Reunião Extraordinária da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/31052006/suplemento/00407.pdf> >. Acesso em: 10 fev. 2007.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2011.



## 5. SEGURANÇA PÚBLICA EM TEMPOS DE BIOPOLÍTICA

### O problema e sua base empírica

A maior preocupação que aflige a população brasileira no presente tempo é a violência. Pelo menos é esta a conclusão que emerge da pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no âmbito do Sistema de Indicadores de Percepção Social, intitulado “Assistência social - Percepção sobre pobreza: causas e soluções”, divulgada em 21 de dezembro de 2011. Dita pesquisa tinha como variáveis os seguintes tópicos: saúde, violência/insegurança, desemprego, drogas, pobreza/fome, corrupção, educação, desigualdade e outros. Segundo o referido estudo (2012, p. 4),

Na opinião dos brasileiros, o maior problema atual do país é a violência/insegurança (23%), acompanhado de muito de perto pela saúde (22,3%). Corrupção e desemprego aparecem bem abaixo como o segundo conjunto de problemas mais citado. Educação fica com apenas 8% e a Pobreza/Fome foi mencionada por apenas 6,1% dos entrevistados, indicando fraca percepção do problema como o mais grave do país.

Entretanto, é interessante perceber que quando se operou a distinção por região do país, aferiu-se que nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, o maior problema é a saúde; já nas regiões Norte e Nordeste o maior problema é violência-insegurança. Já quando se operou a distinção por faixa de renda [variáveis: baixa renda entre 1 e 4 salários-mínimos; alta renda, superior a 5 salários-mínimos], o estudo (2012, p. 5) apontou que

[...] também revelam diferentes percepções, principalmente quando se considera a população de baixa e alta renda. O gráfico 3 revela que a população de baixa renda considera saúde, violência/insegurança e desemprego como seus principais problemas. Os mais ricos colocam em primeiro lugar a corrupção (27,8%), seguido da saúde (26%), sendo que violência/insegurança quase se equipara a educação em sua ordem de



preocupação [16,8%]. Chama a atenção que o desemprego quase não é problema relevante para os mais ricos, assim como a pobreza/fome não é muito considerada para esse grupo.

Várias são as conclusões que se podem extrair dessa pesquisa, mas gostaríamos de frisar uma que põe em evidência uma característica da sociedade contemporânea: a demanda cada vez maior por políticas de segurança, mesmo que em detrimento dos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucional e internacionalmente, como se existisse, de fato, uma incompatibilidade entre segurança pública e Direitos Humanos.

Embora existam vários paradigmas que nos permitam analisar esta demanda por segurança, no presente trabalho adotaremos o da biopolítica, desenvolvida por Michel Foucault em sua fase genealógica.

### **Biopolítica como conceito e como paradigma**

Antes de tudo, é importante notar que a expressão biopolítica se forma a partir da junção de dois substantivos, a saber, bio (do grego “*bíos*”: vida) e política (do grego “*polis*”: cidade), designando a “[...] implicação cada vez mais intensa e direta que se estabelece, a partir de certa fase que se pode situar na segunda modernidade, entre as dinâmicas políticas e a vida humana entendida em sua dimensão especificamente biológica” (Esposito, 2010, p. 371). Ou mais especificamente, conforme a própria explicação dada por Michel Foucault (2005, p. 119),

[...] o modo pelo qual, desde o século XVII, a prática governamental empreendeu racionalizar aqueles fenômenos suscitados por um conjunto de seres vivos constituídos em população: problemas relativos à saúde, à higiene, à natalidade, à longevidade, às raças e outros. Somos conscientes do papel cada vez mais importante que desempenham estes problemas a partir do século XIX e também de que, desde então até hoje, se converteram em assuntos verdadeiramente cruciais, tanto desde o ponto de vista político como econômico.

Roberto Esposito (2004, p. 17), ao sustentar a feição biopolítica da sociedade contemporânea, afirma que

[...] nenhuma das questões de interesse público – que são sempre mais difíceis de distinguir daqueles privados – é interpretável fora de uma profunda e frequente relação com a esfera da *bíos*. Do crescente aumento do elemento étnico nas relações entre povo e Estado, à centralidade da questão sanitária como índice privilegiado de funcionamento do sistema econômico-produtivo, à prioridade da ordem pública nos programas de todos os partidos, aquilo que se registra em toda parte é um tendencial desabamento da política sobre o fato puramente biológico, se não sobre o corpo mesmo daqueles que são ao mesmo tempo sujeitos e objetos.

Em síntese, a acusação que se faz à política moderna, a partir do referencial da biopolítica, é a de ela se caracterizar como uma política sobre a vida, e não como uma política da vida (Esposito, 2010, p. 380); um regime de governo sobre os homens, e não entre e pelos homens, no qual a vida humana, em suas mais mezinhas manifestações, é apropriada pelo exercício do poder político, apropriação que pode ter por fim tanto a sua proteção como o firme propósito de extingui-la (Foucault, 2002).

Michel Foucault (2005, p. 134), em verdade, ao discorrer sobre a biopolítica, usa palavras muito mais incisivas:

Se pudéssemos chamar “bio-história” as pressões por meio das quais os movimentos da vida e os processos da história interferem entre si, deveríamos falar de “biopolítica” para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana (...) o que se poderia chamar de “limiar de modernidade biológica” de uma sociedade se situa no momento em que a espécie entra como algo em jogo em suas próprias estratégias políticas. O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.

Não se pode perder de vista, entretanto, dois pontos pertinentes à biopolítica: um relativo ao seu conceito mesmo, outro relativo à sua estatura epistemológica.

No que concerne, primeiramente, ao aspecto conceitual, o fato de a biopolítica ter-se tornado numa das principais teorias do pensamento crítico contemporâneo acabou por gerar uma importante ambiguidade quanto ao seu significado, variando, pois, de obra a obra, de autor a autor, exurgindo desta pluralidade uma verdadeira aporia conceitual.

Assim, conforme aponta Roberto Esposito, tem-se uma clara divisão quanto ao significado que se deva atribuir à biopolítica, sendo que para uns deve ser entendida sob um viés afirmativo, vale dizer, que “[...] o biopoder está necessariamente destinado a converter-se em política da vida, sob o impulso irrefreável da multidão [...]” (2020, p. 21), numa clara referência às obras de Antonio Negri e Michel Hardt (2005) - *Império e Multidão*.

Já para outra vertente, a biopolítica é vista sob uma interpretação marcadamente negativa, vertente esta na qual se situam os pensamentos do próprio Roberto Esposito e o de Giorgio Agamben (2004), isto é, de que toda biopolítica tende a converter-se numa política da morte, numa tanatopolítica, isto é, numa decisão política que implica no poder de matar a vida que não merece ser vivida. No presente trabalho, adotou-se o parâmetro negativo de biopolítica.

Concernente à função epistemológica ocupada pela biopolítica na teoria crítica contemporânea, não resta qualquer dúvida de que se trata de um verdadeiro paradigma, afirmação que, obviamente, em nada auxilia na compreensão de sua função e de sua natureza.

A expressão paradigma surge no vocabulário da ciência contemporânea na década de 60 do século passado (século XX) com a obra de Thomas Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas* (2007). No mesmo período, Michel Foucault publicou uma de suas principais obras – *A Arqueologia do Saber* (2007) – em que, conforme anota Giorgio Agamben (2002), utiliza a expressão por diversas vezes, como de resto, em suas demais obras, sem, no entanto, jamais a conceituar. Contudo, para diferenciar o seu objeto de estudo, e por consequência o seu próprio trabalho, do dos historiadores,

denominou-o por “conhecimento embutido na prática”. Assim, no mesmo período histórico, temos dois autores que, cada um a seu modo, tematizam e se utilizam da palavra paradigma, autores que, sem qualquer dúvida, continuam a exercer enorme influência sobre o pensamento contemporâneo. Contudo, tinham eles a mesma compreensão acerca do significado de um paradigma?

Segundo Giorgio Agamben, o conceito de paradigma nos dois autores é distinto, diferença que é importantíssima para a compreensão da biopolítica.

Resumidamente, paradigma denota no pensamento de Thomas Kuhn tanto o conjunto de valores, práticas e técnicas compartilhados em determinado momento histórico pelos membros de uma comunidade científica e que tem por fim identificar qual hipótese se constituiria ou não um problema científico, como também “[...] um exemplo, um fenômeno único, uma singularidade, que pode ser repetido e assim adquirir a capacidade tácita de modelar o comportamento e a prática dos cientistas” (Agamben, 2002, s/p).

Já para Michel Foucault, um paradigma não decorria, pois, da existência de um consenso da comunidade científica acerca dos valores, práticas ou regras havidas em comum. Com efeito, “[...] Foucault deliberadamente ignora uma aproximação aos problemas tradicionais do poder fundados em modelos jurídicos ou institucionais para se concentrar na análise dos dispositivos positivos através dos quais o poder age sobre os corpos dos sujeitos para governar e dar forma às suas formas de vida” (Agamben, 2002, s/p), já que seu método de procedimento investigava o “como” do poder, e não o que era o poder, isto é, nos efeitos de objetivação-subjetivação que o seu exercício desempenha sobre as pessoas (Foucault, 2002, p. 179-181):

O que tentei investigar [...] foi o *como* do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que este poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no.

Qual o procedimento de Michel Foucault para analisar o “como” do poder? Recolhendo fenômenos históricos concretos, singulares, que depois eram generalizados como parâmetros dos mecanismos de poder em forma ideal, concretizados no dia-a-dia da vida social, e que permitiria o controle, a subjetivação, a interiorização de valores e crenças, enfim, a servidão voluntária.<sup>39</sup>

Assim, resta evidente que entre Thomas Kuhn e Michel Foucault o que existe em comum, no que concerne ao paradigma, é tão-somente o vocábulo, porquanto, epistemologicamente, o paradigma em referidas obras tem estrutura e funções distintas.

Entretanto, a biopolítica, tal como aqui apresentada, é um paradigma no sentido kuhniano, isto é, um conjunto de valores, métodos e pontos de vista aceitos pela comunidade científica, e que tem por função admitir um determinado problema e orientar uma investigação científica, ou em outras palavras, é um referencial teórico aceito pelo conjunto das ciências sociais contemporâneas.

### **A biopolítica em Michel Foucault**

Como já visto acima, Michel Foucault abdicou de uma análise institucional- substancialista do poder – o que é o Estado? O que é o poder? O que é a soberania? – isto é, uma abordagem tradicional da filosofia política e da ciência do direito, para se concentrar numa análise sobre o “como” do poder, isto é, uma análise que se centra tanto sobre os discursos de verdade de que o poder necessita para se legitimar, como de seus efeitos, quer sobre indivíduos – o poder disciplinar – quer sobre uma população – o biopoder. Este “como” do poder é apreendido por Michel Foucault (2002) num ponto que medeia dois limites: num polo as regras de direito que delimitam formalmente o poder a partir do discurso da soberania, noutro polo aquilo que ele denominava por efeitos de verdade produzidos pelo poder, isto é, a

---

<sup>39</sup> “O panóptico deve ser compreendido como um modelo generalizável de funcionamento; uma maneira de definir as relações do poder com a vida cotidiana dos homens” (Foucault, 2007, p. 169-170).

criação de subjetividades. Entre estes dois polos é que se exerce o poder. O triângulo poder, direito e verdade.

A singularidade da obra de Michel Foucault em relação àquelas outras que se fundaram e se fundam numa análise substancialista do poder é a de demonstrar, a partir de uma abordagem que ele denominava de acontecimentalização, a relação indissociável entre o poder e os discursos de verdade das mais diversas ciências como forma de legitimar o seu exercício; que não existe poder sem saber; que não existe saber sem poder. A conhecida díade poder-saber.

O poder não seria exercido se não fosse posto em circulação por um saber, isto é, por um discurso de verdade que funciona como estratégia ao seu exercício sobre indivíduos ou sobre uma população, aos quais incute uma verdade e que os obriga a proferir esta verdade, a viver segundo esta verdade, de modo a tornar possível a dominação irrefletida. Contudo, o saber também não existiria sem o poder. A função do poder em Michel Foucault não é somente o de propiciar a dominação, como também o de fazer circular um saber que tem a finalidade de lhe dar legitimidade. Muito mais do que produzir ou formar um saber, o poder sustenta um saber de que necessita para ser exercido de forma inconteste.

O conceito de acontecimentalização emerge com muita clareza em Michel Foucault na conferência proferida em 27 de maio de 1978 perante a Sociedade Francesa de Filosofia, sob o título *O que é a crítica? Crítica e Aufklärung*:

O que eu entenderia por procedimento de acontecimentalização, devessem os historiadores gritar de horror, seria isso: de início, tomar conjuntos de elementos onde se pode perceber em primeira aproximação, portanto, de modo absolutamente empírico e provisório, conexões entre mecanismos de coerção e conteúdos de conhecimento. Mecanismos de coerção diversos, talvez mesmo conjuntos legislativos, regulamentos, dispositivos materiais, fenômenos de autoridade etc.; conteúdos de conhecimento que se tomará igualmente em sua diversidade e em sua heterogeneidade, e que se reterá em função dos efeitos de poder de que são portadores enquanto válidos, como fazendo parte de um sistema de

conhecimento. O que se busca então não é saber o que é verdadeiro ou falso, fundamentado ou não fundamentado, real ou ilusório, científico ou ideológico, legítimo ou abusivo. Procura-se saber quais são os elos, quais são as conexões que podem ser observadas entre mecanismos de coerção e elementos de conhecimento, quais jogos de emissão e de suporte se desenvolvem uns nos outros, o que faz com que tal elemento de conhecimento possa tomar efeitos de poder afetados num tal sistema a um elemento verdadeiro ou provável ou incerto ou falso, e o que faz com que tal procedimento de coerção adquira a forma e as justificações próprias a um elemento racional, calculado, tecnicamente eficaz etc.

Disto decorre que a análise da política na genealogia se centra sobre uma caracterização bélica do poder. No curso no Collège de France de 1976 – Em defesa da sociedade –, Michel Foucault (2002, p. 22) empreende a famosa inversão ao aforismo de Clausewitz – a guerra é a continuação da política por outros meios –, ao afirmar que, muito pelo contrário, “[...] a política é a guerra continuada por outros meios”.

Com isso, ele pretendeu fazer frente àquilo que denominava de matriz econômica do poder, fundada quer no contratualismo, segundo o qual o poder é assimilado formalmente a bens e direitos – o poder é algo que se possui ou não, é passível de ser transferido, quer por renúncia em favor de outro, quer por sucessão –, de modo a constituir-se a sociedade política pela formação de um contrato social, quer no modelo marxista, cuja função do poder e seus consectários – direito, instituições etc – é a manutenção das relações de produção, permitindo a dominação classista. Em ambas, o que caracterizaria o poder é ser fonte de repressão das individualidades, dos grupos e classes sociais que não possuem o poder, que são objeto de investida do poder, estando em jogo uma ideia de contrato-opressão, fundada na racionalidade legitimidade-ilegitimidade (Foucault, 2002, p. 23 e ss). Contudo, embora Michel Foucault não abandone a ideia repressiva, ele inquire sobre o “como” se consuma esta repressão.

Esta matriz econômica do poder tem seu fundamento na teoria jurídico-política da soberania, cuja origem decorreu daquilo que Michel Foucault denominou de “encomenda régia”, isto é, foi formulada pelos

juristas a serviço dos monarcas como forma de legitimar o seu reinado numa época em que se punha em questão a própria legitimidade de seu exercício, possibilitando, assim, a ocultação de um fato que deveria permanecer nas sombras: a dominação (Foucault, 2002, p. 27-28).

Ocorre que a teoria da soberania, no decorrer da história ocidental, não fundamentou somente a dominação do poder régio, mas antes foi encampada pelos que se contrapunham quer à monarquia quer ao exercício absoluto do poder monárquico, objetivando entronar ou outro soberano – a nação ou o povo – ou, no segundo caso, impor limites ao exercício do poder real. O que se tem aí? Uma luta, uma guerra entre discursos de verdade que buscam justificar, pelo discurso de verdade, pela revelação de uma verdade então oculta ou ocultada, determinado tipo de poder, sendo por isso que em Michel Foucault, é a guerra, e não a economia, a matriz de inteligibilidade do poder.

Assim, ao invés de ter-se um modelo econômico fundado numa díade contrato-opressão, tem-se um modelo de matriz bélica fundado numa díade guerra-opressão (ou dominação-repressão), que se caracterizaria pela existência de múltiplas lutas no seio de uma determinada sociedade como forma de impor e de se evitar uma submissão política.

Contudo, permanece uma aporia. Como conciliar a afirmação feita por Michel Foucault no curso “Em defesa da sociedade”, de que se deve abdicar do modelo político-jurídico da soberania, já que somente permitiria compreender aquele específico modelo de governo monárquico-absolutista, com a famosa inversão feita por ele em “História da sexualidade 1”: a vontade saber, mais especificamente no capítulo quinto, em que afirma textualmente: “Por muito tempo, um dos privilégios característicos do poder soberano fora o direito de vida e morte [...]o direito de *causar* a morte ou de *deixar* viver [...]que foi [...] substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte [...] (destaques no original)” (Foucault, 2005, p. 127-130), isto é, fazer viver ou deixar morrer? Não se trata ainda aí de soberania? Se não é a soberania, que tipo de poder ele sustenta existir, uma vez que ainda permanece o discurso da soberania na sociedade ocidental? Como vista acima, o fato da soberania não ilide e nem se contrapõe ao poder



disciplinar e ao biopoder, antes todos se complementam, de forma a permitir uma dominação ampla e cabal do homem, seja enquanto indivíduo seja enquanto espécie. O que deixa de existir, em verdade, é a soberania enquanto exercício concentrado do poder de violência, pois no pensamento de Michel Foucault o poder não é algo que se tenha, que se possa perder ou recuperar. O poder não é uma substância. O poder somente existe em ato. O poder se exerce, e onde há poder, há resistência.

Embora em Michel Foucault (2007) a soberania seja um modelo de discurso político-jurídico historicamente determinado, vinculado àquilo que em outra obra sua ele denomina de estado territorial, orientado pela razão política diplomático-militar formada a partir do Príncipe de Maquiavel, e que depois foi substituída pelo estado de população, orientado pela razão política da razão de estado – gênese das disciplinas -, e mais tarde pela teoria da polícia, a “*Polizeiwissenschaft*”, matriz sobre a qual se alicerça o biopoder, o poder de gestão da vida, o discurso político-jurídico demoliberal não deixou de falar de e para afirmar uma soberania popular. De que se trata este discurso? De nova ocultação do fato da dominação (Foucault, 2002). Mas não a dominação de ordem concentrada nas mãos do soberano, mas a dominação executada na capilaridade das relações entre súditos, seja para executar uma anátomo-política do corpo (disciplinas), seja para executar uma biopolítica da população (biopoder) (Foucault, 2005). Ao lado do direito, fundado no discurso da soberania, com os seus respectivos códigos e instituições, existem outros poderes: o poder disciplinar, fundado não na lei, mas na norma, “[...] no nível das disciplinas e de seus efeitos de normalização e moralização [...]”, um conjunto de dispositivos disciplinares dotados de “[...] maior eficácia [...]” que, em vez de negar e reprimir, atuavam discretamente na produção de realidades e efeitos desejados por meio de processos disciplinares e moralizadores” (Duarte *in* Souza; Oliveira, 2008, p. 63-87), e o biopoder. Estas modalidades de poder não se excluem, mas antes, coexistem e se articulam, de modo a possibilitar o atual estágio da política no ocidente, em que o poder tanto age sobre uma população quanto sobre o indivíduo, isto é, se articula uma gestão totalizante e individualizante (AGAMBEN, 2007).

Enquanto o discurso da soberania se fundava na racionalidade militar-diplomática do Príncipe de Maquiavel, a razão política que possibilita tanto o poder disciplinar quanto o biopoder é a teoria da polícia.

Esta racionalidade surgida entre os séculos XVII e XVIII utiliza o termo polícia não enquanto uma instituição que seja responsável pela segurança e paz públicas, tal qual o uso contemporâneo da expressão, mas sim “[...] uma técnica de governo própria ao Estado; domínios, técnicas, objetivos que apelam à intervenção do Estado” (Foucault, 2002, p. 377). Doutro giro, o termo polícia pode designar o próprio estado nas obras dos autores que sustentam a teoria da polícia, que a usam como sinônimo de cidade, república ou estado.

O que diferencia a teoria da polícia em relação à racionalidade diplomático-militar é o surgimento de um novo problema governamental, a saber, a população. Se naquela racionalidade o que se impunha era a conservação do território enquanto elemento indispensável a uma soberania territorial sempre contestada, na teoria da polícia o que se impõe é o governo de homens reunidos em população, sendo nesta viragem que Giorgio Agamben (2004), reportando-se a teoria de Michel Foucault, aponta a transição do estado territorial para o estado de população.

Conforme Michel Foucault (*in* Da Motta, 2003, p. 377), a teoria da polícia surge utópica na obra de Turquet de Mayne em 1611 e se transforma em prática governamental na ciência da administração alemã dos séculos XVIII e XIX, a “*Polizeiwissenschaft*”. O que terá possibilitado esta transição da teoria à prática?

A arte de governar, tal como aparece em toda esta literatura, deve responder essencialmente à seguinte questão: como introduzir a economia – isto é, a maneira de gerir corretamente os indivíduos, os bens, as riquezas no interior da família – ao nível da gestão de um Estado? [...] Governar um Estado significará portanto estabelecer a economia ao nível geral do Estado, isto é, ter em relação aos habitantes, às riquezas, aos comportamentos individuais e coletivos uma forma de vigilância, de controle tão atenta quanto a do pai de família [...] Quesnay fala de um bom governo como de um “governo econômico”. E se Quesnay fala

de governo econômico – que no fundo é uma noção tautológica, visto que a arte de governar é precisamente a arte de exercer o poder segundo o modelo da economia – é porque a economia [...] já começa a adquirir seu sentido moderno e porque neste momento se começa a considerar que é da própria essência do governo ter por objetivo principal o que hoje chamamos de economia (Foucault, 2005, p. 281-282).

A polícia deve se ocupar da administração dos aspectos positivos e negativos existentes no estado, e que assim podem ser resumidos: enquanto manifestações positivas, o estado deve administrar as pessoas em seus aspectos produtivos, tais como educação, determinação dos gostos e de suas aptidões, além da gestão dos bens do estado, entendido como o conjunto de atividades produtoras de bens, entre os quais se inclui o próprio território, não mais entendido como um domínio contestado, mas sim como um domínio no qual existe uma fonte econômica público-privada de riquezas. Já em seu aspecto negativo, o estado deve gerir aqueles aspectos negativos da vida, tais como os pobres, as viúvas e órfãos, os desempregados, bem como a saúde pública, estabelecendo as formas de enfrentamento das doenças, das epidemias, das inundações e incêndio. Em outras palavras, a polícia tem o papel de desenvolver

[...] a “comunicação entre os homens, no sentido amplo do termo. Sem isso, os homens não poderiam viver; ou sua vida seria precária, miserável e perpetuamente ameaçada [...] Como forma de intervenção racional exercendo o poder político sobre os homens, o papel da polícia é de lhes dar um pequeno suplemento de vida; e, assim fazendo, de dar ao Estado um pouco mais de força. Isso se faz através do controle da “comunicação”, quer dizer, das atividades comuns dos indivíduos (trabalho, produção, troca, comodidades) [...] a polícia vela pelo vivo (Foucault, 2005, p. 379).

O governo, segundo a racionalidade diplomático-militar se relacionava ao indivíduo na medida em que o soberano detinha o poder de fazer morrer e deixar viver, com isto significando que o soberano tinha o poder

de vida e de morte sobre os seus súditos, poder que se fundava no direito de confisco e de gládio. Ao deixar de exercer o seu direito de fazer morrer, o soberano permitia ao súdito viver. Na racionalidade do estado de polícia o poder é outro, é fazer viver e deixar morrer, com isto significando que o governo sobre uma população assume a vida do homem enquanto tal como a razão mesma dos atos de governo. Processa-se, pois, uma estatização da vida biológica, em que os cuidados com ela passam a ser o próprio objetivo do poder político (Agamben, 2005).

E outra não é a definição que o próprio Michel Foucault (2002, p. 119-120) dá a este paradigma central de seu pensamento, como fica evidenciado no curso do Collège de France dedicado ao Nascimento da biopolítica, e que segundo ele se caracteriza pelo

[...] modo pelo qual, desde o século XVII, a prática governamental procurou racionalizar aqueles fenômenos delineados por um conjunto de seres vivos constituídos em população: problemas relativos à saúde, à higiene, à natalidade, à longevidade, às raças e outros [...] Enquanto qualquer racionalização do exercício do governo tende a maximizar seus efeitos fazendo diminuir o mais possível seus custos (entendendo o termo *custos* não só no sentido econômico, como também em um sentido político), a racionalização liberal, pelo contrário, parte do postulado de que o governo (e aqui se trata, por hipótese, não tanto da instituição *governo*, quanto da atividade que consiste em reger a conduta dos homens no marco do Estado e com instrumentos estatais) não teria que ser para si mesmo seu próprio fim [...] E é assim que, *com toda a naturalidade* esta tecnologia de governo se encarrega dos problemas da população, uma população que em razão da força do Estado deve ser a mais numerosa e o mais ativa possível: saúde, natalidade, higiene, encontram, portanto, neste marco, sem dificuldade, um espaço importante. (grifo no original)

Assim, se o problema a ser enfrentado pelo governo de homens de modelo policial é dúplice, a administração da vida biológica de homens reunidos em população e a inserção e manutenção da economia na vida

social como parâmetro de bom governo, é porque no estabelecimento do estado de população, estado e capitalismo entram em zona de confluência (Agamben, 2004), e tudo, quer os créditos – homens e coisas – quer os débitos – fatores naturais que põem a vida biológica em risco e fatos naturais que podem gerar prejuízos vários – tomam parte na contabilidade governamental, cabendo às técnicas administrativo-econômicas, com os seus cálculos e estatísticas, e não à ação humana, enquanto sinônimo de ação política, gerir a vida, encarada como um fator de riqueza e pujança estatal.

A gestão da vida biológica pelo poder estatal implica, noutro passo, no estabelecimento de políticas sanitaristas e em práticas eugenistas, bem como na adoção de políticas humanitárias, isto é, em atos de gestão pública que têm por finalidade a depuração das doenças e pestes que possam criar riscos à população, como também, na adoção de políticas que, pelo exercício da violência ou mesmo da guerra, pretendem salvar a vida humana. A lógica oculta é bastante ambígua, e deve-se à genialidade de Michel Foucault o seu desanuviamento: para poder assegurar a vida é necessário matar, e as guerras, antes deflagradas em proveito e proteção do soberano, são agora esgrimidas para proteger a vida, e por isso, mais sangrentas e mais destrutivas do que aquelas outras. André Duarte afirma acerca desta asserção foucaultiana que

[...] ali onde nossa consciência moderna, iluminista, nos levaria a louvar o caráter humanitário de intervenções políticas que visam incentivar, proteger, estimular e administrar o regime vital da população, ali também o nosso autor descobre a contrapartida sangrenta desta obsessão do poder estatal pelo cuidado purificador da vida [...] tal cuidado da vida traz consigo, de maneira necessária, a exigência contínua e crescente da morte em massa, pois é apenas no contraponto da violência depuradora que se podem garantir mais e melhores meios de sobrevivência a uma dada população. Não há, portanto, contradição entre o poder de gerência e incremento da vida e o poder de matar milhões para garantir as melhores condições vitais possíveis. Como anunciou Zygmunt Bauman, “toda aposta na pureza produz sujeira, toda aposta na ordem cria monstros” (Duarte, 2008, *passim*).

Signo deste caráter genocida da biopolítica é a adoção, pelo estado nazista de políticas eugenistas, cuja finalidade foi a depuração racial da própria população nacional. Não uma guerra contra o estrangeiro, que lhe ameaça o território e a riqueza mobiliária e financeira, mas a “raça ruim” que vive no interior do próprio território, raça que deve ser dizimada a bem da raça pura que precisa ser cultivada e purificada. Trata-se ainda aí de quê? De uma política “humanitária”, pois, à luz das políticas eugenistas, a guerra que se trava, a morte imposta à vida que não merece ser vivida e que se extirpa do seio da sociedade, é uma guerra entre o humano (a raça superior e pura) e o inumano (a raça inferior e impura), bastando lembrar, quanto a isso, que “Não por nada, Hitler, chamado “o grande médico alemão”, considerava “a descoberta do vírus hebreu como uma das maiores revoluções deste mundo. “A batalha na qual estamos empenhados, continuava, é igual àquela combatida, no século passado, por Pasteur e Koch”” (Esposito, 2010, p. 377).

Referida sociedade, gizada pela sanguinidade, é uma sociedade de sangue e guiada por uma analítica da sexualidade<sup>40</sup>, na qual confluem num mesmo arcabouço jurídico-político lei e norma, direito e disciplina, em que, para Foucault (2002, p. 140),

[...] a temática do sangue foi chamada a vivificar e a sustentar, com toda uma profundidade histórica, o tipo de poder político que se exerce através dos dispositivos de sexualidade. O racismo se forma nesse ponto (racismo em sua forma moderna, estatal, biologizante): toda uma política do povoamento, da família, do casamento, da educação, da hierarquização social, da propriedade, e uma longa série de intervenções permanentes ao nível do corpo, das condutas, da saúde, da vida quotidiana,

---

<sup>40</sup> Em Foucault, a sexualidade deve ser encarada com um dispositivo político que permite ao Estado intervir sobre a vida biológica da população. Não o sexo em ato, mas a sexualidade da forma que é normalizada em referida sociedade, dispositivo que permite o acesso àqueles fenômenos naturais que então escapavam do poder: “[...] os mecanismos do poder se dirigem ao corpo, à vida, ao que faz proliferar, ao que reforça a espécie, seu vigor, sua capacidade de dominar, ou sua aptidão para ser utilizada. Saúde, progeneritura, raça, futuro da espécie, vitalidade do corpo social, o poder fala *da* sexualidade e *para* a sexualidade; quanto a esta, não é marca ou símbolo; é objeto e alvo” (grifos no original) (Foucault, 2005, p. 138).

receberam então cor e justificação em função da preocupação mítica de proteger a pureza do sangue e fazer triunfar a raça.

A política racista tem, assim, duas funções: a) o estabelecimento de uma cesura no corpo social, na qual aparecem as raças boas e as raças más, bem como uma hierarquização racial: a raça boa deve governar e permanecer, a raça ruim ser dominada ou extinta; e b) instituir uma relação positiva entre o pertencente à raça boa e o da raça ruim: “quanto mais você matar, mais você fará morrer”, “se você quer viver, é preciso que você possa matar”, “se você quer viver, é preciso que o outro morra”. Em síntese (Foucault, 2002, p. 305-306):

[...] o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo, mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura [...] Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. É claro, por tirar a vida não entendendo simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.

Uma política de gestão da vida e da economia, a vida regrada e normalizada por padrões econômicos, tem necessariamente por parâmetro a satisfação de necessidades – reais e/ou fictícias, na verdade, mais fictícias

do que reais, como o demonstra a sociedade de consumo atual. Que a política, nos tempos que correm, tenha por fundamento o desenvolvimento e a segurança é sinal de que o mundo ainda permanece sob a biopolítica, e neste sentido, a afirmação de Giorgio Agamben (2005, s/p) é bastante instigante:

Hoje enfrentamos a mais extrema e perigosa evolução do pensamento de segurança. No decurso de uma progressiva neutralização da política e da contínua entrega das tarefas tradicionais do Estado, a segurança se tornou no princípio fundamental da atividade estatal. O que acostumava ser uma dentre as várias medidas da administração pública, até a primeira metade do século XX, agora se tornou no único critério de sua legitimação política. O pensamento de segurança tem dentro dele um risco essencial. Um Estado que tem a segurança como a sua única tarefa e fonte de legitimidade é um organismo frágil: pode sempre ser compelido pelo terrorismo a torna-se, ele mesmo, em terrorista.

Em outro texto, Giorgio Agamben nos lembra que a segurança se constitui no princípio fundamental sobre o qual se funda o estado moderno. Signo desta afirmação é a oposição feita por Thomas Hobbes entre segurança e medo, sendo esta a causa pela qual os indivíduos fundam uma sociedade política mediante a outorga de seus direitos naturais para que o soberano possa, na gestão da república, conferir segurança a todos. Não viria daí a presunção de incompatibilidade entre direitos e segurança?

## **Conclusões**

Nesse sentido, não causa estranheza alguma que a segurança/violência seja posta como o principal problema da sociedade brasileira atual, ao lado – como não poderia de ser, a saúde –, dois campos de atuação do poder público em que a vida se encontra em questão. A (in)ação do Estado nessas áreas tanto podem fazer viver como deixar morrer a uma população que, como é sabido e ressabido, está desde sempre exposta ao abandono, o que em Michel Foucault é sinônimo de morte.



Problemas como estes somente surgem quando, afinal de contas, o que se gere é a própria vida biológica de uma população, gestão, vale lembrar, que deve fazer frente à bipolaridade vida e economia. E enquanto este laço não for desatado, a vida sempre correrá o risco de ser posta em segundo plano, ou mesmo descartada, a bem do desenvolvimento e da segurança.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo**: Homo Sacer III. Tradução de Antonio Gimeno Cuspinera 2.ed. Valencia: Pre-textos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Il regno e la gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo**: Homo sacer, II.2. Vicenza: Neri Pozza, 2007.

\_\_\_\_\_. **On security and terror**. Disponível em: <<http://www.egs.edu/faculty/agamben/agamben-on-ecurity-and-terror.html>>. Acesso em: 10 dez.2005.

\_\_\_\_\_. **What is a Paradigm?**: A lecture by Giorgio Agamben, August 2002. Disponível em:< <http://www.egs.edu/faculty/agamben/agamben-what-is-a-paradigm-2002.html>>. Acesso em: 25 fev. 2007.

DUARTE, André. De Michel Foucault a Giorgio Agamben: a trajetória do conceito de biopolítica, De Michel Foucault a Giorgio Agamben: a trajetória do conceito de biopolítica. In: Ricardo Timm de Souza; Nythamar Fernandes de Oliveira. (Org.). **Fenomenologia Hoje III - Bioética, biotecnologia, biopolítica**. Porto Alegre: Editora da PUCRS, 2008. p. 63-87.

ESPOSITO, Roberto. **Bios**: Biopolitica e filosofia, Torino: Einaudi, 2004.

\_\_\_\_\_. Filosofia e biopolítica. Tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira. **Revista Ethic@**, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina v.9, n.2, p. 369-382, 2010.

\_\_\_\_\_. Toda filosofia es em sí política. Entrevista a Edgardo Castro. Traduzido por Marcus V X de Oliveira. In DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Filosofia do Direto e Contemporaneidade, II**. São Carlos: De Castro, p. 17-24, 2020.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. “*Omnes et singulatim*”: uma crítica da Razão Política. Tradução de Vera Lúcia A. Ribeiro In: DA MOTTA, Manoel Barros (Org.). **Ditos e escritos IV – estratégia, poder – saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 355-385, 2003.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Maria T. da C. Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 16.ed. São Paulo: Graal, 2005.

\_\_\_\_\_. **O que é a crítica?**: Crítica e *Aufklärung*. Tradução de Gabriela Lafeté Borges. Disponível em: <<http://www.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz F. B. Neves. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. A governamentalidade. Tradução de Roberto Machado e Angela Loureiro de Souza. In: **Microfísica do poder**. 23.ed. Rio de Janeiro: Graal, p. 277-293, 2007.

\_\_\_\_\_. Soberania e disciplina. Tradução de Maria Teresa de Oliveira e Roberto Machado in *Microfísica do poder*. 23.ed. São Paulo: Graal, p. 179-192 2007.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 33.ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. Nacimiento de la biopolítica. Tradução de Fernando Álvarez-Úria. **Archipiélago**: cuadernos de crítica de la cultura, Barcelona, v.30 (*Naissance de la biopolitique*).

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 7.ed. São Paulo: Record, 2005.

HARDT, Michael, NEGRI, Antonio. **Multidão**. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Assistência social - Percepção sobre pobreza**: causas e soluções. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/SIPS/111221\\_sips\\_assistenciasocial.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/SIPS/111221_sips_assistenciasocial.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2012.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.



## 6. (Por Nenhum) Decreto

“É minha convicção que a filosofia não é uma disciplina da qual seja possível definir o objeto e o confim (como já o comprovou Deleuze) ou, como ocorre na Universidade, pretender traçar a história linear e quem sabe progressiva. A filosofia não é uma substância, mas uma intensidade que pode, aos poucos, animar qualquer âmbito: a arte, a religião, a economia, a poesia, o desejo, o amor, inclusive o tédio. Assemelha-se a algo como o vento ou as nuvens ou a tempestade: como estes, surge de improviso, balança, transforma e mesmo destrói o lugar no qual é produzida, mas [também] de forma imprevisível passa e desaparece” (Agamben, 2016, s/p)<sup>41</sup>.

### **Introdução: ou sobre a verdade poética**

Há na linguagem poética uma especificidade tão destacada, mormente quando se a coteja com as demais formas de expressão da cultura e/ou da racionalidade humana, em especial o direito e a filosofia, que lhe confere a potência enunciativa daquilo que poderíamos denominar, à falta de outro conceito mais adequado, de verdade. Não uma verdade abstrata como a buscada pela filosofia, nem uma verdade particular como a enunciada por uma sentença penal transitada em julgada, pela qual se pode lançar o nome do réu no rol de culpados e executar a sanção penal que lhe foi imposta; muito menos esse conceito recém-surgido denominado de pós-verdade, isto é, o fato de que contemporaneamente as pessoas tomam partido ou decisões não a partir de fatos e compreensões racionais, mas de opiniões

---

<sup>41</sup> “È mia convinzione che la filosofia non sia una disciplina, di cui sia possibile definire l'oggetto e i confini (come provò a fare Deleuze) o, come avviene nelle università, pretendere di tracciare la storia lineare e magari progressiva. *La filosofia non è una sostanza, ma un'intensità che può di colpo animare qualunque ambito: l'arte, la religione, l'economia, la poesia, il desiderio, l'amore, persino la noia. Assomiglia più a qualcosa come il vento o le nuvole o una tempesta: come queste, si produce all'improvviso, scuote, trasforma e perfino distrugge il luogo in cui si è prodotta, ma altrettanto imprevedibilmente passa e scompare*” (Agamben, 2016, s/p)

interesseiras e interessadas desde a enunciação de slogans e projetos políticos nem sempre muito claros, tipo: *plim-plim...*

Tal como afirmado em outra ocasião, o presente trabalho orienta-se, metodologicamente, pela transdisciplinaridade, uma vez que, de acordo com De Oliveira (2016, p. 200-201)

[...] a exata compreensão do fenômeno exige muito mais do que o referencial habitual que um trabalhador do direito como eu costuma utilizar, isto é, teorias e normas jurídicas, construídas, por obviedade, a partir de uma postura interdisciplinar que poderia ser assim caracterizada: ao se buscar interpretar determinado fenômeno em seu “contexto”, o trabalhador do direito sai de sua caixinha de teorias e normas jurídicas, apreende o significado nas caixinhas de outras disciplinas – v.g. sociologia, antropologia, filosofia política etc –, e uma vez apreendido o significado, abandona àquelas caixinhas e volta para o quadro usual de teorias e normas jurídicas que passam a ser interpretadas com o auxílio daqueles referenciais. Com isso, portanto, nega-se, de um lado, a complexidade da realidade vivida – afinal, existiria uma autonomia quase absoluta entre as caixinhas –, e de outro lado mantém-se a ilusão de uma interpretação adequada, pela qual a resposta encontrada é a única possível, ou uma das possíveis, porquanto pretensamente contextual. Contra esta compreensão equivocada de autocontenção/compreensão da realidade em disciplinas autônomas que se comunicam somente se, e desde que, o intérprete decida sair de seu âmbito de trabalho, a transdisciplinaridade nos impõe uma tarefa muito mais árdua, por suposto, mas também mais adequada à conjunção entre texto/contexto/interpretação: por ser a realidade complexa, como complexa é a vida humana em todas as suas manifestações, texto e contexto tomam parte de uma realidade multifatorial em que a autonomia disciplinar-metodológica faz-se em pedaços e assume um *status* análogo a um campo de força, ao redor do qual gravitam todas as formas e modos dispostos pela razão humana para se tentar compreender a realidade vivida, isto é, transita-se, sem mais, e não só interage-se”.

Não se trata, de fato, dessas formas de verdade – e no último caso, falácia –, com as quais nos acostumamos a estabelecer nossos juízos e nortes para as nossas ações, e no último caso, a adesão a chavões destituídos de qualquer fundamento factual. Trata-se, talvez, digo, talvez, de uma verdade paradigmática, isto é, exemplar, e que se comunica e faz comunicar a expressão de uma singularidade e/ou identidade sem a necessária mediação da lei ou da norma. É quase como se a poesia, por não buscar fundamentos últimos, pudesse, por seu próprio estatuto linguístico, fazer-nos chegar àquilo que, de fato, ansiamos entender por ser ela mesma, a linguagem poética, o seu fundamento último.

Nesse sentido, é importante frisar que o conceito de paradigma empregado nesse ensaio segue o norte metodológico indicado por Giorgio Agamben. Sobre o tema já escrevemos o seguinte (De Oliveira, 2014, p. 47-50):

O paradigma, na obra de AGAMBEN, tem a função de revelar uma zona de indecidibilidade decorrente da tensão bipolar que lhe é ínsita, isto é, de uma operação na qual se anulam as substâncias de cada uma das polaridades (*v.g.* democracia versus totalitarismo), de modo a revelar um novo elemento que medeia a ambos, mas que antes se encontrava oculto pela dicotomia universal-particular/particular-universal [...]. Esta afirmação é muito importante para se compreender alguns equívocos apontados na obra de AGAMBEN, tais como a relativa à origem da biopolítica, que segundo algumas interpretações, se originaria no direito romano e não como projeto da modernidade, o que não é correto, ou a de que a mesma desvela um pessimismo, uma zona não só de indecidibilidade como também de inescapabilidade à biopolítica, o que também não é correto.

No intuito de explicar o significado do paradigma em sua obra, em aula proferida na European Graduate School, em agosto de 2002, AGAMBEN fez um retorno à obra de ARISTÓTELES, o primeiro filósofo que segundo ele discorreu sobre o tema. Na Retórica, ARISTÓTELES afirmou que o exemplo – sinônimo de paradigma em AGAMBEN – não concerne à parte em relação ao todo, nem ao todo em relação à parte, mas sim que este atine a uma relação da parte consigo mesma. O exemplo, por

isso, não se move do particular ao geral – indução –, nem do geral para o particular – dedução –, mas sim que o exemplo move-se do particular para o particular, manifestando a sua singularidade enquanto tal. Nesta relação da parte consigo mesma, afirma AGAMBEN, ocorre uma neutralização das substâncias, surgindo um novo elemento – o exemplo –, que em sua singularidade não gera uma oposição – ou A ou B –, mas sim uma tensão bipolar – entre A e B revela-se um “*tercium genus*” antes oculto, um novo elemento –, e com ela, um novo contexto ontológico capaz de explicar ambas as polaridades: “Nós não temos aqui uma dicotomia, representando duas zonas ou elementos claramente separados e distintos por uma *caesura*, nós temos um campo onde dois opostos transitam em tensão. O paradigma não é nem universal nem particular, nem geral nem individual, é uma singularidade que, mostrando-se a si mesma desta maneira, produz um novo contexto ontológico [...] O paradigma é uma singularidade considerada como um meio desta cognoscibilidade [...] a inteligibilidade do paradigma não é nunca pressuposta, pelo contrário, a especificidade do paradigma reside precisamente na suspensão desta referência factual imediata e na exibição desta inteligibilidade de modo a conceder vida a um novo contexto problemático”.

Este novo contexto ontológico, denominado por AGAMBEN de para-ontologia, se torna evidente somente a partir daquela operação de escavação arqueológica que o autor tão tenazmente realiza para buscar, no contexto da política ocidental, as cifras, os exemplos mais significativos do exercício do poder sobre a vida humana, e que possibilitam a inteligibilidade do momento presente.

Retomo, pois, o fio da meada, e cito dois exemplos, tendo por espeque a poesia de Thomas Tranströmer. Ei-los:

Também no estado de bem estar  
existe a mulher só  
que golpeia em seu apartamento  
com o martelo de suas lágrimas.

E encolhido em seu agasalho  
um homem no café  
que remói e remói  
a mesma palavra no almofariz de sua boca.

E os meninos do reformatório  
que se tatuam mutuamente  
para assinalar  
que pertencem a outra tribo.

A presença da beleza  
*pode ser perigosa.*  
*A ausência da beleza*  
*é mortal.*<sup>42</sup>

Já o segundo, na verdade quase um aforismo, assim vazado:

*Fantástico sentir como o poema cresce*  
*enquanto vou me encolhendo.*  
*Cresce, ocupa meu lugar.*  
*Me desloca.*  
*Me lança ao ninho.*  
*O poema está pronto.*

Que é que nós temos nestes dois poemas? No primeiro, como podemos perceber, uma crítica, muito bem fundamentada a certa concepção política que liga, sem qualquer hiato, a felicidade humana à existência de instituições boas e sociedades (bem) ordenadas. Diz-nos essa teoria, em

---

<sup>42</sup> A versão em espanhol deste poema até então inédito, e que data da década de 1960, escrito na contracapa de um livro que reunia poemas de autores latino-americano em homenagem a César Vallejo, publicado na Suécia sob o título “Condor e Colibri” [*Kondor och colibri*], foi publicado na Revista Minerva, sob a tradução de Francisco J. Uriz. A história desse poema poderá ser consultada aqui <http://www.circulobellasartes.com/revistaminerva/articulo.php?id=590>, acessado em 20.jan.2016, às 14:30 e aqui <https://redaccion.lamula.pe/2015/03/27/la-anecdota-que-unio-a-tomas-transtromer-y-a-cesar-vallejo-en-torno-a-un-poema-inedito/juancarlosfangacio/>, acessado em 20.jan.2016.



especial no nosso contexto de vira-latisse: “Ah se os estados latino americanos chegassem ao nível de desenvolvimento das nações nórdicas!”.

Já no segundo poema, e talvez seja esta a razão daquela especificidade da linguagem poética de que falávamos logo antes, a enunciação pura e simples da dessubjetivação do fazer e fazer-se poesia... O poeta, ao fazer poesia, deve se dessubjetivar, isto é, dar lugar ao poema sob pena de não o fazê-lo, mas antes a uma propaganda ou um programa político. E se fosse esta a finalidade, para que a poesia? A pura forma poética?

A respeito da dessubjetivação como experiência mais própria do poeta, assim se manifestou Agamben (2005, p. 117-119):

Sobre a dessubjetivação, como experiência vergonhosa e, no entanto, inevitável, existe um documento excepcional. É a carta enviada por Keats a John Woodhouse em 27 de outubro de 1818. A “confissão vergonhosa” de que se trata na carta se refere ao próprio sujeito poético, a seu incessante faltar-se a si mesmo para consistir unicamente na alienação e na inexistência. As teses que a carta enuncia em forma de paradoxo são bem conhecidas:

- 1) *O eu poético não é um eu, não é idêntico a si*: “Quanto ao caráter poético propriamente dito (me refiro a essa espécie de que, se sou algo, sou membro)... não é ele mesmo, não tem eu – é tudo e nada -, não tem caráter [...].
- 2) *Não há nada mais apoético que um poeta*, porque é sempre algo distinto de si, está sempre no lugar de outro corpo: “Um poeta é o menos poético do quanto possui existência, porque não tem identidade, está continuamente atrás dela e ocupando qualquer outro corpo [...].
- 3) *O enunciado “eu sou um poeta” não é um enunciado*, mas uma contradição em termos, que implica a impossibilidade de ser poeta: “Assim, pois, se não tem eu, e se eu sou um poeta, que há de estranho que se diga que não escreve mais?”.
- 4) *A experiência poética é a experiência vergonhosa de uma dessubjetivação*, de uma desresponsabilização integral e sem reservas, que afeta a todo ato de palavra e situa ao sedicioso poeta em um nível mais abaixo que o do quarto das crianças [...]

Mas o último paradoxo é que, àquilo que na carta segue imediatamente à confissão, não são o silêncio e a renúncia, mas a promessa de uma escritura absoluta e indefectível, decidida a destruir-se e se renovar dia após dia, como se a vergonhosa dessubjetivação que está implícita no ato de palavra contivesse uma secreta beleza e não pudesse mais que empurrar o poeta a testemunhar incessantemente sobre a própria alienação [...]” (livre tradução).

Vejam, nesse sentido, dois exemplos na obra de Bertold Brecht. O primeiro é um lamento, mesmo um réquiem, pela morte de Walter Benjamin, o homem a quem, segundo Hannah Arendt, foi dado ser o alvo preferencial do corcundinha [*bucklicht Männlein*]<sup>43</sup>. Eis o poema (Brecht, 1986):

Sobre o Suicídio do Refugiado W.B.

*Soube que você levantou a mão contra si mesmo  
Antecipando assim o algoz.  
Oito anos banido, vendo a ascensão do inimigo  
Por fim acuado numa fronteira intransponível  
Você transpôs a que pareceu transponível*

*Reinos desmoronam. Chefes de bandos  
Andam como estadistas. Já não enxergamos  
Os povos sob os armamentos.*

*O futuro está em trevas, e as forças boas  
São fracas. Tudo isso você viu  
Ao destruir o corpo sofrido.*

<sup>43</sup> “*Will ich in mein Keller gehn, / Will mein Weilein zapfen, / Steht ein bucklicht Männlein da, / Tüt mir’n Krug wegschnappen. / Will ich in mein Küchel gehn, / Will mein Süpplein kochen, / Steht ein bucklicht Männlein da, / Hat mein Töpflein brochen [...] Liebes Kindlein, ach, ich bitt, / Bet fürs bucklicht Männlein mit*”. Tradução: “Vou à minha adega/ Beber o meu vinho;/ Lá está um corcundinha,/ Pegou minha garrafinha./ Vou à cozinha,/ Cozinhar minha sopinha;/ Lá está um corcundinha,/ Quebrou minha panelinha [...] Peço, ó amada criancinha,/ Reze também pelo corcundinha”. ARENDT, Hannah. Homens em tempos sombrios, tradução de Desise Bottmann, São Paulo: Cia das Letras, 2008, pp. 170-172.

Desconheço poema que consiga, entre a dor da perda de um caríssimo amigo em condições tão trágicas, um amigo com quem se jogava partidas de xadrez, e a enunciação de um estado de calamidade e destruição que já se instaurara no mundo, ser mais próxima à verdade fática do que este poema de Bertold Brecht, somente comparável, assim me parece, àquele belíssimo poema que Ferreira Gullar enunciou por ocasião da morte de Clarice Lispector (Gullar, 2017, p. 65):

Enquanto te enterravam no cemitério judeu  
do Caju  
(e o clarão de teu olhar soterrado resistindo ainda)  
o táxi corria comigo à borda da Lagoa  
na direção de Botafogo  
as pedras e as nuvens e as árvores  
no vento mostravam alegremente  
que não dependem de nós

Precisaríamos de algo mais do que esse poema para evidenciar que nada somos, que a nossa morte - que logo ou nem tão logo chegará - será, quando muito, lamentada por alguns poucos ou muito poucos, e que após isso restará somente, caso assim o seja, a nossa obra, se é que ela tem alguma valência na bacia de todas as demais almas e obras?

Nesse contexto, impossível não lembrarmos de Anna Akhmátova, poetisa russa do século XX, e que (sobre)viveu, com grande angústia e sofrimento a este período histórico, inclusive com o padecimento da condenação de seu filho Liev Nikoláievitch à pena de 10 anos no Gulag por “práticas contrarrevolucionárias”, não sem antes ter sido detido e submetido a inúmeras torturas, e que forjou para as gerações futuras um relato em forma de poemas em seu livro Réquiem, cuja beleza é enormemente contrastante com a sua dor e o momento histórico reportado (Coelho. 2008, p. 187-188):

[...] Houve um tempo em que só sorriam  
os mortos, contentes de poderem repousar.  
E como um apêndice supérfluo, balançava Leningrado,

pendurada às suas prisões.  
E quando, enlouquecidos pelo sofrimento,  
os regimentos de condenados iam embora,  
para eles as locomotivas cantavam  
sua aguda canção de despedida.  
As estrelas da morte pairavam sobre nós  
e a Rússia inocente torcia-se de dor  
sob as botas ensanguentadas  
e os pneus das Marias Pretas”

Já o segundo poema brechtiano manifesta um modo de fazer poesia engajada, e que por assim sê-lo, é pura e simplesmente propaganda política. Ei-lo (Brecht, passim):

### **Elogio do Comunismo**

*Ele é razoável. Todos o compreendem. Ele é simples.  
Você, por certo, não é nenhum explorador. Você pode entendê-lo.  
Ele é bom para você. Informe-se sobre ele.  
Os idiotas dizem-no idiota e os porcos dizem-no porco.  
Ele é contra a sujeira e contra a estupidez.  
Os exploradores dizem-no um crime, mas nós sabemos que ele é o fim dos  
crimes;  
ele não é a loucura e sim o fim da loucura.  
Não é o caos e sim  
uma nova ordem.  
Ele é a simplicidade.  
O difícil de fazer.<sup>44</sup>*

Não seria melhor Brecht ter escrito um tratado de política econômica? Ou dito de outra forma, não é esse “poema” tão-só um panfleto político?

Bom, talvez seja isso mesmo, conforme muito bem enunciado por Manoel de Barros em diversas ocasiões de sua obra poética. O poema é

---

<sup>44</sup> Disponível em <http://mepr.org.br/cultura-popular/poesias/96-coletanea-de-poemas-de-bertolt-brecht.html>, acessado em 01.out.2016, às 12:30.

relevante – é vida! –, porque comunica não ideologias ou teses grandiloquentes, mas coisas, situações ou fatos que nos encantam ou desencantam (Barros, 2010, s/p):

#### Sobre Importâncias

*Um fotógrafo-artista me disse outra vez: veja que pingo de sol no couro de um lagarto é para nós mais importante do que o sol inteiro no corpo do mar.*

*Falou mais: que a importância de uma coisa não se mede com fita métrica nem com balanças nem com barômetros etc. Que a importância de uma coisa há que ser medida pelo encantamento que a coisa produz em nós.*

*Assim um passarinho nas mãos de uma criança é mais importante para ela do que a Cordilheira dos Andes.*

*Que um osso é mais importante para um cachorro do que uma pedra de diamante.*

*E um dente de macaco da era terciária é mais importante para os arqueólogos do que a Torre Eiffel. (Veja só um dente de macaco!)*

*Que uma boneca de trapos que abre e fecha os olbinhos azuis nas mãos de uma criança é mais importante para ela do que o Empire State Building.*

*Que o cu de uma formiga é mais importante para o poeta do que uma Usina Nuclear.*

*Sem precisar medir o ânus da formiga.*

*Que o canto das águas e das rãs nas pedras é mais importante para os músicos do que os ruídos dos motores da Fórmula 1.*

*Há um desagero em mim de aceitar essas medidas.*

*Porém não sei se isso é um defeito do olho ou da razão.*

*Se é defeito da alma ou do corpo.*

Se fizerem algum exame mental em mim por tais julgamentos, vão encontrar que eu gosto mais de conversar sobre restos de comida com as moscas do que com homens doutos.

E isso talvez assim o seja porque de acordo com o próprio Manoel de Barros (1998, p. 48), cabe aos poetas dar-nos o exato estatuto da linguagem humana:

Prefácio

Assim é que elas foram feitas (todas as coisas) –

Sem nome.

Depois é que veio a harpa e a fêmea em pé.

Insetos errados de cor caíram no mar.

A voz se estendeu na direção da boca.

Caranguejos apertavam mangues.

Vendo que havia na terra

Dependimentos demais

E tarefas muitas –

Os homens começaram a roer as unhas.

Ficou certo pois não

Que as moscas iriam iluminar

O silêncio das coisas anônimas.

Porém, vendo o Homem

Que as moscas não davam conta de iluminar o silêncio das coisas anônimas –

Passaram essa tarefa para os poetas.

Mas também é provável que tudo aquilo que eu disse até agora não corresponda a uma análise razoável sobre esse assunto, e não caiba à poesia enunciar verdade alguma. Mas vai lá que, de fato seja...

### **No fundo, bem lá no fundo...**

Dito isto, dou lugar à análise do poema que me propus usar como base de minha fala. Trata-se de poema conhecido de Paulo Leminski, intitulado “Bem no Fundo”, de seu livro “Distraídos Venceremos”, publicado em 1987, e que foi o último livro publicado em vida por ele, assim vazado (Leminski, 2013, p. 195):

Bem no Fundo

*No fundo, no fundo,*

*bem lá no fundo,*

*a gente gostaria*

*de ver nossos problemas  
resolvidos por decreto*

*a partir desta data,  
aquela mágoa sem remédio  
é considerada nula  
e sobre ela — silêncio perpétuo*

extinto por lei todo o remorso,  
maldito seja quem olhar pra trás,  
lá pra trás não há nada,  
e nada mais  
mas problemas não se resolvem,  
problemas têm família grande,  
e aos domingos  
saem todos a passear  
o problema, sua senhora  
e outros pequenos probleminhas.

O que me encanta nesse poema é a enunciação de uma verdade factual, certa, quase um cânon sociológico que concerne ao nosso modo de vida...

Renunciamos, não sei por que razões ou motivos, a toda luta emancipatória e de autonomização da vida em relação ao direito, à política e à economia, e confiamos, sem meia ou algum hiato, que nossos problemas, desejos e anseios devam ser assegurados e, quando violados, reparados pelo direito. Em síntese, nós gostamos, almejamos e entregamos nossa vida à lei, à norma e às instituições do Estado, em especial o poder judiciário, para que a partir destas e por eles, saibamos como nos portar e o que desejar, numa clara substituição da vontade autônoma do sujeito livre pela enunciação de uma sentença que deve ser cumprida sob as penas da lei penal. Diz-nos o Código Penal: não cumprir uma decisão judicial é crime de desobediência – se particular –, ou prevaricação – se servidor público –, e no fim e ao cabo

é isso que desejamos: que alguém mande ou assegure que o nosso desejo assim se realize.

Vou citar alguns exemplos do conhecimento comum e que dão a exata dimensão do que estou a dizer:

A) No RJ: um juiz ingressou com uma ação objetivando obrigar que os porteiros de seu prédio o chamassem de doutor ou excelência. Tendo perdido em primeiro e segundo grau, levou o caso ao STF! Outro juiz ingressou com ação de danos morais contra uma agente de trânsito que, ao multá-lo por estar dirigindo um carro sem placa e ele, sem cinto de segurança ou a CNH, não se submeteu à sua exigência de ser liberado – sou juiz, ele afirmou -, ao que ela respondeu – mas não é deus -. O mais grave? É que ela foi condenada “por ofensa à magistratura” em compensá-lo em R\$ 5.000,00...

B) Em Goiás: em Anápolis, um padre ingressou com um *habeas corpus* para impedir que uma mulher, que havia obtido autorização judicial para abortar, assim o fizesse. O mais grave? O HC foi concedido, e a mulher, que já tomara o medicamento para dar início ao procedimento, foi enviada para casa, tendo que sofrer mais de oito dias até que o feto, portador de Body Stalker, nascesse morto. Não importa saber que, depois, o padre foi condenado a pagar compensação moral em R\$ 60.000,00 ao casal. Importa em verificar que um juiz sem juízo concedeu a medida judicial em HC!!! Em Goiânia, uma artesã que fabricava santaria com roupas de super-heróis teve toda a sua produção confiscada e destruída por decisão judicial. Um padre ingressou com ação judicial e a juíza concedeu a liminar! Ainda em Goiânia, uma fiel da Igreja Batista ingressou com indenização contra a igreja porque ela se recusara a fazer o casamento dela. Qual o motivo? O noivo não era da igreja e ela se encontrava grávida de cinco meses! Não importa saber que a decisão, provida em primeiro grau, foi reformada pelo tribunal. Interessante é a falta de sentido dessa demanda...

C) Em SP: a Quarta Câmara Criminal do TJ/SP absolveu os policiais militares que haviam sido condenados pelo Massacre do Carandiru. Um dos argumentos usados pelo relator foi o de que, no caso, ocorrera legítima defesa, embora saibamos que todas as mortes foram periciadas e



se comprovou a prática de execução extrajudicial. Interessante lembrar um fato: essa Câmara tem o mimoso apelido de Câmara de Gás...

E) No RS: um juiz sem juízo concedeu à amante de um homem casado que falecera o direito à meação de parte da herança da esposa...

F) No Congresso Nacional, discute-se a aprovação do projeto de lei instituindo a estupidez chamada Escola Sem Partido, pela qual se instituíram os seguintes princípios: 1) os estudantes são folhas em branco; 2) a regra “meus filhos, minhas regras”; 3) objeção à teoria de gênero, que chama de “ideologia de gênero”; e 4) censura a quem não seguir o figurino da neutralidade ao ensinar.

E o etc seria enorme, infinito, posto que seria possível dar duas voltas e meia ao redor do universo.

*...Mas os problemas não se resolvem por decreto!* Diz Leminski. E não mesmo! E este sempre vem acompanhado de sua senhora e *os pequenos probleminhas*, dentre os quais, a aplicação do famoso brocardo mineirês: porteira aberta passa boi, passa boiada!

Uma vez que autorizamos, permitimos, concedemos que o direito, a política e o Estado intervenham de forma tão desavergonhada em nossas vidas, não existe um voltar atrás: logo, senão já, não existirá mais vida: só Lei, Norma e Sentença. E teremos que (sobre)viver com isso.

## **À guisa de conclusão**

O que proponho então?

Três *exits* possíveis:

A) Lutarmos, democrática e civilizadamente, por uma regulação normativa a menos intrusiva e o mais indiferente à diferença possível. Que isso quer significar? Significa, num primeiro momento, aceitarmos, em todas as suas extensões e complexidades, as diferenças culturais, políticas, religiosas etc que nos caracterizam como uma sociedade plural e, aceito esse fato, passarmos a ser indiferentes à diferença, ou mais precisamente, permitir, num gesto de desprendimento de nossa pretensão de tudo igualizar, de

tudo colonizar para fins puramente econômicos e morais, que as diferenças culturais e morais que nos dizem possam, em igual liberdade e igual dignidade, continuar a existir em sua própria diferença, conforme as suas próprias concepções de vida boa e justa.

Por exemplo: se as relações afetivas precisam ser reguladas para fins de proteção dos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais das pessoas, essa regulação deve ser indiferente às múltiplas formas com as quais se manifesta o afeto. Não deve ser de nosso interesse, portanto, muito menos do Estado, o com quem, como, de que modo e em que circunstâncias as pessoas se relacionam afetivamente, desde que protegidos determinados interesses pessoais e coletivos, como a dignidade humana e a proteção da dignidade e integridade moral, física e psíquica de crianças e adolescentes.

B) Sabermos, como Espinosa (2008, p. 363 e ss), que o nosso agir ético e, portanto, a nossa felicidade, depende exclusivamente do fato de termos o domínio – nós, não o Estado – sobre aquilo que nos afeta. Para Espinosa, a liberdade tem uma relação imediata com a ausência de constrangimentos.

Por existir em cada um de nós uma tendência à permanência, por ele denominado de *conatus*, essa tendência constitui-se na força dos modos pelas quais permanecemos em nosso ser, resistindo, com isso, a tudo aquilo que nos causa algum dano, físico ou psíquico. Quanto mais *conatus*, mais independentes somos, isto é, mais *si-mesmos* permanecemos. Doutra banda, toda força que tende a nos constranger a abandonarmos o nosso *si-mesmo* são denominadas de afecções, isto é, paixões.

Na pessoa humana, todo esforço do corpo é, ao mesmo tempo, um esforço da mente. O *conatus* de caráter mental é denominado de *vontade*; já o físico é denominado de *apetite*, sendo que a junção de ambos se chama *desejo*, isto é, o apetite do qual temos consciência. Assim, é óbvio que nós não nos esforçamos por fazer algo que não nos apetece nem nos provoca desejo, mas somente aquilo que consideramos bom segundo nosso próprio desejo, que é como um ímã a nos puxar em sua direção. Ter, portanto, controle sobre as *afecções* – que hoje são postas num balcão comercial para serem adquiridas por nossa própria vida –, é a única forma de sermos felizes.

É resgatarmos, segundo Agamben (2007), o domínio sobre a nossa potência de sim – e com isso passarmos ao ato, como sobre a nossa potência de não – e com isso, sacrificando nossa potência de sim, não passarmos ao ato.

C) Apostarmos, portanto, e cada vez mais e mais, na lição que Melville nos apontou em *Bartleby* (1999): *preferiria não fazê-lo*.

O que deveríamos não preferir? Submeter as nossas felicidades e os nossos desejos à regulação da Lei, da norma ou das sentenças, pois somente assim conseguiremos, de fato, ter o domínio de nossa potência. Preferir não fazer, não se submeter, não entregar à lei, à sentença, ao direito a nossa potência de amar, de criar, de nos relacionarmos com o Outro é a única forma de guardarmos aquela autonomia identificada por Kant (1999, *passim*) como sendo a “(...) coragem de te servires do teu próprio entendimento”.

Como uma palavra final, deixo-a a cargo de Ferreira Gullar, mormente por reconhecer que tudo o que disse até agora é abstrato demais, longo demais, e inconclusivo demais (1989, p. 13):

Nada vos oferto  
além destas mortes  
de que me alimento

Caminhos não há  
mas os pés na grama  
os inventarão

Aqui se inicia  
uma viagem clara  
para a encantação

Fonte, flor em fogo,  
que é que nos espera  
por detrás da noite?

Nada vos sovino:  
com a minha incerteza  
vos ilumino

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Bartleby, or On Contingency*. organização e tradução de Daniel Heller-Roazen In: **Potentialities**. Stanford: Stanford University Press, p. 243-303, 1999.

\_\_\_\_\_. **Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo**: Homo Sacer III. Tradução de Antonio Gimeno Cuspinera, Madri: Pre-Textos, 2005.

\_\_\_\_\_. **La potencia del pensamiento**. Tradução de Flavia Costa e Edgardo Castro. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2007.

\_\_\_\_\_. “*Credo nel legame tra filosofia e poesia. Ho sempre amato la verità e la parola*”, LA REPUBBLICA, disponível em [http://www.repubblica.it/cultura/2016/05/15/news/giorgio\\_agamben\\_credito\\_nel\\_legame\\_tra\\_filosofia\\_e\\_poesia\\_ho\\_sempre\\_amato\\_la\\_verita\\_e\\_la\\_parola\\_-139833519/](http://www.repubblica.it/cultura/2016/05/15/news/giorgio_agamben_credito_nel_legame_tra_filosofia_e_poesia_ho_sempre_amato_la_verita_e_la_parola_-139833519/), acessado em 15.mai. 2016.

ARENT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Tradução de Desise Bottmann. São Paulo: Cia das Letras, 2008.

BARROS, Manoel de. **Concerto a céu aberto para solos de ave**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

\_\_\_\_\_. **Memórias inventadas**: As infâncias de Manoel de Barros. São Paulo: Planeta, 2010.

BRECHT, Bertolt. **Antologia**: Poemas 1913-1956. Tradução e posfácio de Paulo Cesar Sousa. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1986.

COELHO, Lauro Machado. **Anna, a Voz da Rússia**: vida e obra de Anna Akhmátova, São Paulo: Algor, 2008.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. **Guerra ao terror**: da biopolítica à bioguerra, Porto Alegre: Fi, 2014.

\_\_\_\_\_. Sobre muros e pessoas: a política do exílio desde uma espiadela In: “A Construção da Grande Muralha da China”, de Kafka: Um ensaio, Clareira. **Revista de Filosofia da Região Amazônica**, v. 3, n. 1, p. 198-207, 2016.

GULLAR, Ferreira. **Poemas Escolhidos**. São Paulo: Ediouro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Na vertigem do dia**. São Paulo: Cia das Letras, 2017.

LEMINSKI, Paulo. **Toda Poesia**. São Paulo: Cia das Letras, 2013.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo. Tradução de Artur Mourão In: **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, p. 9-16, 1990.

MELVILLE, Herman. **Bartleby, o escriturário**. Tradução de Irene Hirsch. São Paulo: Cosac Naif, 2005.

SPINOZA, Baruch. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.



