



Poder Judiciário do  
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Volume 19 - Número 1

1º semestre - 2021





Poder Judiciário do  
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1,  
p. 1-268, 1º sem. 2021

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é um periódico científico publicado pelo Departamento de Publicações e Pesquisas da EMERJ que visa construir uma relação do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do Direito no Brasil e no mundo, a partir de uma interface com disciplinas afins, com o propósito de intensificar um novo paradigma: de que o Direito só cumprirá seu desiderato na medida em que seus aplicadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

**Editora Chefe:**

Dra. Cristina Tereza Gaulia

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora da Assessoria Acadêmica de Pesquisa e Publicação:** Ma. Ana Cristina Willemann Flores

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodre da Silva

**Produção Gráfico-Editorial:**

**Diretor da Divisão de Design Gráfico:** Ébano Machel do Rosário Assis

**Projeto Gráfico - Capa:** Jaqueline Diniz

**Diagramação:** Rafaelle Neves

**Revisão Ortográfica:** Ana Paula Maradei e Clara Bastos

Direito em Movimento. – v. 1, 2003. Rio de Janeiro : EMERJ, 2003-.

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)  
ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)  
ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 340.05  
CDU 34(05)



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - PJRJ

---

### **Presidente**

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

### **Corregedor-Geral da Justiça**

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

### **1º Vice-Presidente**

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

### **2º Vice-Presidente**

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

### **3º Vice-Presidente**

Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos



## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

---

### **Diretora-Geral**

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

### **Conselho Consultivo**

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo  
(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira  
(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

## **EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO:**

---

### **EDITORA CHEFE**

Dra. Cristina Tereza Gaulia, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Brasil.

### **CONSELHO EDITORIAL**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Msc. Antonio Saldanha Palheiro, Brasília, Brasil.

Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Maria Thereza Assis Moura, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Dra. Amélia Soares da Rocha, Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil.

Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Dr. Carlos Aurélio Esplugues Mota, Universitat de València, Espanha.

Dr. Cléssio Moura de Souza, Friedrich Alexander Universität Erlangen - Nürnberg, FAU, Alemanha.

Dr. Diógenes Faria de Carvalho, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil.

Dr. Edoardo Fittipaldi, Università degli Studi di Milano, Lombardia, Itália.

Dr. Eduardo Ribeiro Moreira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.

Dr. Erick Cavalcanti Linhares Lima, Universidade Estadual de Roraima, UERR, Brasil.

Dr. Francesco Bilancia, Università degli Studi G. D'Annunzio Chieti, Pescara, Itália.

Dra. Gizlene Neder, Universidade Federal Fluminense, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, IFSEMG, Brasil.

Dr. José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional, IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Brasil.

Dr. Ney de Barros Bello Filho, Universidade Federal do Maranhão UFMA, Brasil.

Dr. Ricardo Borrmann, Universität Bremen, Alemanha.

## PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME

---

Profa. Dra. Acácia Gardênia Santos Lelis, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Prof. Dr. Aragon Érico Dasso Júnior, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil.

Profa. Dra. Cleide Calgaro, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil.

Prof. Dr. Gil Cesar Costa de Paula, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, PUC-GO, Brasil.

Profa. Dra. Grace Ladeira Garbaccio, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasil

Profa. Dra. Hadassah Laís de Sousa Santana, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasil.

Prof. Dr. Hector Luiz Martins Figueira, Centro Universitário de Valença, UNIFAA, Brasil.

Prof. Me. Igor Martins Coelho Almeida, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, UNDB, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima, Universidade Estácio de Sá, UNE-SA, Brasil.

Profa. Dra. Mariângela Guerreiro Milhoranza, Faculdade Meridional, IMED, Brasil.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil.

Prof. Dr. Nilton Cesar da Silva Flores, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.

Prof. Dr. Ricardo Borrmann, Universität Bremen, UNI BREMEM, Alemanha.

Prof. Dr. Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Brasil.



# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

APRESENTAÇÃO ..... 9

ARTIGOS ..... 13

O ALICERCE DA DESIGUALDADE: DIREITO À MORADIA,  
DIREITO AO MEIO AMBIENTE E O DEBATE SOBRE  
RECONHECIMENTO DOS ASSENTAMENTOS INFORMAIS  
CONSOLIDADOS

*Ilzver de Matos Oliveira*

*Caio Gonçalves Silveira Lima*

*Érica Maria Delfino Chagas* ..... 15

DISCURSO SOBRE A LEGITIMIDADE DO ORDENAMENTO  
NÃO JURÍDICO

*Carolline Leal Ribas*

*Karine Fernanda Martins* ..... 35

VIOLAÇÕES EVIDENTES DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS  
FUNDAMENTAIS: O PEDIDO DE VISTA NO STF COMO  
ÓBICE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL

*Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira*

*Danilo Henrique Nunes*

*João Pedro Silvestrini* ..... 57

PERSPECTIVES ON EMERGING ISSUES IN INTERNATIONAL  
ENVIRONMENTAL LAW: THE ROLE OF HUMAN DIGNITY IN  
ACHIEVING THE UN SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

*James R. May*

*Erin Daly* ..... 81

POSESIÓN EN EL DERECHO MEDIEVAL DE OCCIDENTE POSSESSION IN MEDIEVAL LAW OF THE WEST <i>Guillermo Suárez lázquez</i> .....	108
INFORMAÇÕES FALSAS, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIME DE RESPONSABILIDADE: NOTAS CRÍTICAS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 632/2020 <i>José Eduardo de Santana Macêdo</i> <i>Thyerrí José Cruz Silva</i> <i>Luís Felipe de Jesus Barreto Araújo</i> .....	150
PREJUÍZOS AMBIENTAIS À FAUNA AQUÁTICA DO ESTADO DO AMAZONAS POR DISSEMINAÇÃO DE ESPÉCIES ALÓCTONES <i>Mateus Roberto Papa Gasparini</i> <i>Valmir Cesar Pozzetti</i> .....	180
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA CONSTRUÇÃO ÉTICA E MORAL <i>Paulo Gomes de Lima Júnior</i> <i>Raphael Farias Martins</i> .....	205
DIREITO E JULGAMENTO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO <i>Renata de Lima Machado Rocha</i> .....	240

# APRESENTAÇÃO

Com imensa satisfação, a EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - apresenta a primeira edição de 2021 da Revista Direito em Movimento, periódico científico destinado a disseminar o conhecimento sobre temas afetos ao Direito, inter-relacionados com o acesso à justiça e a promoção e defesa dos direitos humanos e sociais, a partir de uma visão transdisciplinar que dialoga com as demais áreas do saber.

A Revista reúne neste novo volume trabalhos científicos trazendo reflexões diversas e inovadoras em cada um dos artigos que a compõem.

Em seu conjunto, os estudos apresentados apresentam questões que dizem respeito ao cotidiano de parcela significativa da população brasileira e que perfazem intensas inquietudes acadêmicas.

O Conselho Editorial acredita poder assim incentivar o desenvolvimento de um pensar jurídico-científico e estimular a produção de trabalhos de acadêmicos e de profissionais de renomadas instituições de ensino superior do Brasil e do exterior, construindo interface intelectual ampla e inclusiva.

A construção de uma nova humanidade pós Covid-19 requer reformas estruturais básicas da sociedade em todos os níveis e áreas do saber. Nesse sentido, ensina Edgar Morin: “As reformas políticas somente, as reformas econômicas somente, as reformas educacionais somente, as reformas de uma só via serão condenadas à insuficiência e ao fracasso. Cada via não pode progredir sem o progresso das outras. As vias reformadoras são correlativas, interativas e interdependentes”. (MORIN, 2010, p.98).

Motivados por esses ideais, apresentamos textos que abandonam uma visão binária e reducionista do mundo jurídico-científico e buscam conectar saberes, relacionando os problemas com a realidade jurídica e social, visando a construção de uma nova maneira de pensar o Direito, este que, em um mundo novo, está em constante movimento.

Os textos apresentam variados casos, que se conectam com a temática teórica trabalhada pelos diversos autores.

O doutor Ilzver de Matos Oliveira e os mestrandos Caio Gonçalves Silveira Lima e Érica Maria Delfino Chagas debatem sobre “O alicerce da desigualdade: Direito à moradia, direito ao meio ambiente e o debate sobre reconhecimento dos assentamentos informais consolidados”. No artigo, demonstram os autores que há um conflito entre normas constitucionais e os direitos à moradia e o meio ambiente equilibrado, que exsurge no estudo das ocupações e assentamentos informais consolidados, o que acaba por servir como discurso que perpetua as desigualdades originadas por vício contido historicamente no planejamento urbano brasileiro. Referindo, apoiados em Milton Santos, que “para compreendermos a realidade social, não basta atentar para a forma, e sim para a formação”.

O artigo apresentado pelas Dra. Carolline Leal Ribas e Dra. Karine Fernanda Martins, denominado: “Discurso sobre a legitimidade do ordenamento não jurídico”, traz instigante provocação, ao propor o questionamento da legitimidade democrática dos ordenamentos não jurídicos. Com base na teoria da legitimidade por reflexividade do historiador e intelectual francês Pierre Rosanvallon, o estudo busca discutir se normas paralelas àquelas proferidas pelo poder público se justificariam pelo fato de os indivíduos não terem seus direitos assegurados pelo Estado.

Em “Violações evidentes de princípios processuais fundamentais: o pedido de vista no STF como óbice ao devido processo legal constitucional”, o autor, Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, analisa, sob a ótica dos princípios constitucionais fundamentais da duração razoável do processo e da celeridade e economicidade processuais, os pedidos de vista no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apontando crítica corrente a respeito dos requerimentos de vista de processos pelos ministros do STF que impactariam a efetividade da jurisdição.

Os professores norte-americanos James R. May e Erin Daly nos brindam com o interessante artigo denominado: “*Perspectives on Emerging Issues in International Environmental Law: The Role of Human Dignity in Achie-*

*ving the UN Sustainable Development Goal*” (Perspectivas sobre questões emergentes no Direito Ambiental Internacional: o papel da dignidade humana na realização da meta de desenvolvimento sustentável da ONU). A composição é permeada pela ideia de que o desenvolvimento humano deve ser realizado em conjunto com o compromisso de deixar em gerações atuais um ambiente pelo menos tão habitável quanto o hoje desfrutado por elas para as gerações futuras, sendo o conceito de sustentabilidade a pedra de toque da reflexão proposta.

O professor-pesquisador Guillermo Suárez Blázquez, catedrático da Universidade de Vigo na Espanha, contribui com o artigo intitulado: “*Posección en el Derecho medieval*” (A posse no direito medieval do Ocidente), apresentando pesquisa em que avalia a evolução da posse e outros direitos reais romanos, nos reinos dos visigodos e hispânicos, e seu subsequente encontro com a estrutura jurídica territorial imobiliária feudal do Ocidente, como aporte de importância para a compreensão de hoje dos direitos imobiliários.

O pesquisador José Eduardo de Santana Macêdo e seus pesquisadores Thyerrí José Cruz Silva e Luís Felipe de Jesus Barreto Araújo, analisam a seguir, informações falsas, improbidade administrativa e crimes de responsabilidade, fazendo notas críticas sobre o Projeto de Lei nº 632/202 e comentando estudo com vinculação temática entre a divulgação de informações falsas e o ato de improbidade administrativa, por meio de método dedutivo.

No artigo escrito pelo doutor em direito ambiental Valmir Cesar Pozzetti e pelo mestrando Mateus Roberto Papa Gasparini, encontramos profundas reflexões sobre os “Prejuízos ambientais à fauna aquática do estado do Amazonas por disseminação de espécies alóctones”. A pesquisa, de caráter inovador, analisa como ocorre a inserção de peixe exótico da espécie tilápia nos rios do estado do Amazonas e suas consequências para a fauna lacustre, mas também para os seres humanos, que usufruem dos recursos hídricos da região amazônica.

Mais adiante, no artigo intitulado “Dignidade da Pessoa Humana: uma construção ética e moral”, os pesquisadores Dr. Paulo Gomes de Lima

Júnior e Me. Raphael Farias Martins analisam os valores da ética e da moral em Kant e a questão do construtivismo moral, debate esse feito por Hans Jonas na obra “Sacralidade da pessoa humana” e por Ronald Dworkin em “Justiça de ouriço”.

Por fim, *last but not least*, apresentamos o precioso artigo “Direito e julgamento sob a perspectiva de gênero”, da pesquisadora Renata de Lima Machado Rocha, texto de leitura obrigatória a todos aqueles que buscam melhor compreender a influência do patriarcado e dos preconceitos de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, seja nas leis, seja na doutrina ou na jurisprudência.

Almejando contribuir para o amadurecimento dos assuntos desenvolvidos pelos autores, e na certeza de uma maior disseminação dos saberes, a Revista Direito em Movimento segue observando atentamente os significados em que se encontra embasado o Direito.

### **Referência**

MORIN, Edgar. *La voie: sept reformes pour le XXIe siècle. Dialogues em humanité à Lyon en mars*, 2010.

**Dra. Cristina Tereza Gaulia**

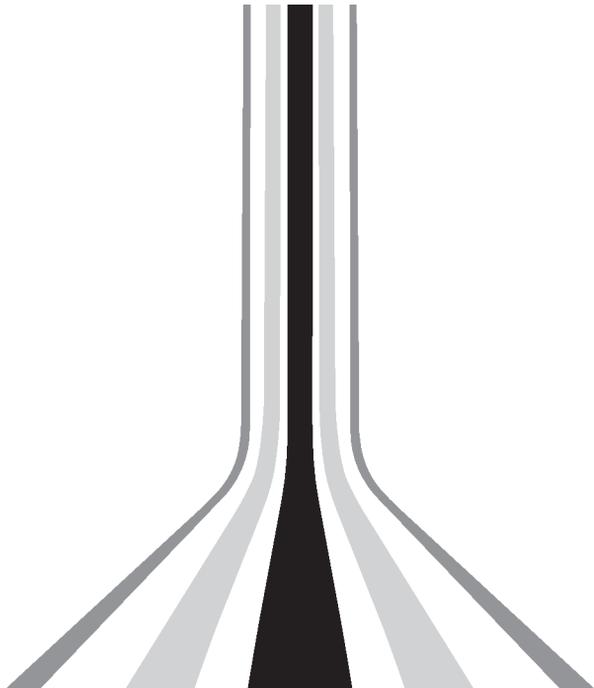
*Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento*

**Dr. Hector Luiz Martins Figueira**

*Assessor acadêmico da Revista Direito em Movimento*



# ARTIGOS





# O ALICERCE DA DESIGUALDADE: DIREITO À MORADIA, DIREITO AO MEIO AMBIENTE E O DEBATE SOBRE RECONHECIMENTO DOS ASSENTAMENTOS INFORMAIS CONSOLIDADOS

## Ilzver de Matos Oliveira

Pós-doutor (UFBA). Doutor em Direito (PUCRio). Docente do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGDH/PUCPR) e do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT). Pesquisador do Instituto de Tecnologia e Pesquisa – ITP. Editor-executivo da Revista Interfaces Científicas - Direito. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos. Presidente da Comissão da Verdade Sobre a Escravidão Negra da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Sergipe (OAB/SE)

## Caio Gonçalves Silveira Lima

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – PPGD/UNIT com bolsa Prosup/Capes. Membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos – CNPq/PPGD/UNIT.

## Érica Maria Delfino Chagas

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes – PPGD/UNIT com bolsa Prosup/Capes. Membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos – CNPq/PPGD/UNIT.

Submetido em: 01/03/2021

Aprovado em: 05/04/2021 e 14/04/2021

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar que o conflito de normas constitucionais entre o direito à moradia e o meio ambiente equilibrado, no tocante aos assentamentos informais consolidados, acaba por servir como discurso que perpetua as desigualdades originadas por vício contido historicamente no planejamento urbano brasileiro. Através do método dedutivo e o auxílio do materialismo histórico, busca-se perceber como é feita a distribuição do solo das cidades e a necessidade de se pensar uma nova gramática para regularização das ditas “cidades informais”, indo além da mera emissão de certidões de titularidade, numa busca por conferir uma centralidade às comunidades periféricas para decidirem junto com o poder público as maneiras de gerir devidamente esses espaços.

PALAVRAS - CHAVE: Assentamentos Informais; Direito à moradia; Regularização Fundiária.

RESUMEN: El presente trabajo busca demostrar que el conflicto de normas constitucionales entre el derecho a la vida y el medio ambiente equilibrado, con respecto a los asentamientos informales consolidados, termina sirviendo como un discurso que perpetúa las desigualdades provocadas por la adicción contenida en el urbanismo brasileño. A través del método deductivo y la ayuda del materialismo histórico, buscamos comprender cómo llevar a cabo la distribución de la población de la ciudad y la necesidad de pensar en una nueva gramática para regularizar las llamadas “ciudades informales”, incluso más que emisión de certificados de propiedad, en la búsqueda de dar centralidad a las comunidades periféricas para que decidan junto con el gobierno las formas de administrar adecuadamente estos espacios.

PALABRAS-CLABES: Aspectos informales; Derecho a la vivienda; Regularización de Tierras.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma vez que a configuração da formação das cidades brasileiras - em seu ritmo ditado, sobretudo, pela especulação imobiliária - acarretou expulsão das classes historicamente excluídas para áreas mais afastadas do centro da cidade e ocasionou a ocupação, exemplificativamente, das regiões próximas a rios e matas, gerando uma colisão aparente de princípios constitucionais - moradia e meio ambiente equilibrado - no presente artigo, propõe-se estudar como as ocupações informais não surgem de maneira espontânea e são partes do próprio modelo atual de planejamento urbano brasileiro hegemônico, visto que são estruturadas, organizadas e incentivadas pelo sistema de produção vigente no nosso país. Assim, a proposta deste trabalho leva à percepção de que a ida dessas populações para zonas ambientais mais sensíveis não se trata de uma catástrofe ocasional, mas de um projeto político devidamente arquitetado.

A partir dessa constatação, busca-se entender como solucionar a disputa das duas diretrizes constitucionais mencionadas em assentamentos localizados em áreas de preservação permanente. A análise é dividida em observar a tragédia dos comuns, uma referência à degradação dos recursos naturais coletivos - expressa nos estudos de Garrett Hardin - e as condições necessárias para a emancipação dos povos que são historicamente marginalizados.

Sendo assim, procura-se investigar a possibilidade de utilização da defesa do meio ambiente de forma enviesada para servir como retórica de sustentação do caráter de ilegalidade e exclusão dessas comunidades ao direito à habitação digna, bem como ao direito à cidade, criando uma nova tragédia dos comuns; dessa vez, a perpetuação da condição de subalternizados.

A metodologia adotada é dedutiva, com análise bibliográfica através do procedimento de interpretação do materialismo histórico, retomando a teoria da luta de classes para melhor entender o referido embate. A pesquisa visa a se utilizar de um estudo interdisciplinar, apoiando-se em autores tanto da área da Arquitetura - para compreender o processo de formação

do urbanismo brasileiro - quanto em autores da área do Direito - para a interpretação das novas normas sobre a temática.

Também se faz necessário o apoio em sociólogos, para compreender as dimensões e manifestações sociais envolvidas nesse contexto. Para tal, será preciso revisitar o processo de construção das cidades brasileiras com apoio em obras como as de Erminia Maricato e Fani Carlos, percebendo como o desenvolvimento das municipalidades é pautado por interesses hegemônicos. Em seguida, será proposto o estudo da colisão entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, a partir de uma necessidade de enxergar as diferentes formas possíveis de o ser humano se relacionar com a natureza, a fim de afirmar a possibilidade de comunhão entre eles. Por fim, se fará um breve exame das possibilidades e limites trazidos pela nova lei de regularização fundiária - a Lei 13.465 de 2017 -, que apesar de uma origem conturbada e um processo de formalização pouco democrático, carrega a promessa de trazer maior celeridade ao processo de regularização dos assentamentos informais consolidados.

## **2. AS IDEIAS FORA DO LUGAR, O CIDADÃO DESLOCADO**

Ao analisar a formação das cidades e o desenvolvimento do urbanismo brasileiro até os dias atuais, é possível destacar que o problema central não foi alterado ou tratado ao decorrer das décadas: o deslocamento das populações historicamente excluídas para as regiões periféricas das cidades.

A localização em que se encontram essas comunidades é, como se verá, significativa para compreender não apenas o seu distanciamento dos centros urbanos, mas também para entender o desinteresse político para criação de políticas públicas voltadas para essa classe. A organização das cidades brasileiras favorece a marginalização do povo oprimido - negros, indígenas, ciganos e outros povos tradicionais, pobres, nordestinos, entre outros - e tem as “cidades ilegais” - conceito que será desenvolvido posteriormente - como parte de seu projeto de desenvolvimento.

Carlos (2016, p. 1-2) alerta para a perda semântica do direito à cidade quando opta por adotar os moldes neoliberais; em razão de sua desatenção para o desenvolvimento social, reafirma uma realidade reprodutora de desigualdades nos mais diversos âmbitos e afasta-se de seu utopismo. A qualidade do que é utópico está relacionada com o inconformismo, a ousada ideia de atingir um patamar ideal de sociedade não alienante, uma vez que, segundo a autora, a alienação priva o homem da sua própria humanidade.

Encontra-se situada dentro do processo de alienação, a propriedade. Remetendo aos conceitos de marxistas, entende-a como produto das atividades sociais; ao mesmo passo, será definidora de como se manifestará todas as demais relações do indivíduo para com o restante da sociedade. (CARLOS, 2016, p. 2). De tal maneira, aqueles povos que são marginalizados, sendo-lhes negado o direito à propriedade dentro da sociedade capitalista, ficam restritos a ter como moeda de negociação nas relações sociais apenas a sua força de trabalho. Ainda assim, nem mesmo a propriedade sobre a sua força laboral pode lhes ser atribuída de maneira plena, uma vez que estarão enfraquecidos em qualquer negociação com os detentores das terras e dos meios de produção, tendo as suas vontades subjugadas aos interesses das elites dominantes e à necessidade de sobrevivência dentro do sistema adotado.

Os efeitos da exclusão urbanística são o surgimento dos assentamentos informais, uma ocupação do solo urbano de forma desordenada. O produto gerado é a criação de “cidades ilegais” que ficam à margem da dita cidade oficial e também do próprio mercado imobiliário formal, sendo lembradas apenas sazonalmente pelas elites políticas quando é conveniente conceder a regularização fundiária, seja porque convém à especulação imobiliária ou, ainda, numa relação de favorecimento que contribui para as velhas práticas políticas eleitoreiras, em vez do consentimento pessoal daquilo que cabe à população mencionada por direito. (MARICATO, 2002, p. 122-123).

Segundo Milton Santos (1977, p. 81), para compreender a realidade social não basta se atentar para a forma, mas também para sua formação. O entendimento da sociedade local é construído pela interpretação da sua dis-

tribuição espacial, uma vez que não há sociedade constituída fora de um espaço, o que eleva o solo à caracterização de sociabilidade e, ao entender a sua distribuição, poderá compreender os efeitos causados em toda a comunidade.

Desse modo, pode-se notar o caráter disfuncional da relação entre representantes políticos e aqueles a que são negados o direito à moradia digna “para a sustentabilidade ambiental, para as relações democráticas e mais igualitárias, para a qualidade de vida urbana, para a ampliação da cidadania.” (MARICATO, 2002, p. 123). O que se pode perceber, ainda, é que do aumento dos riscos de tragédias ambientais e do aumento dos índices de violência, os problemas originados nesses locais, consequentes do descaso estatal, não são problemas exclusivos dos moradores da região, mas que afetam toda a municipalidade. Logo, faz-se necessária a apuração do sentimento de coletividade da parcela privilegiada da sociedade em perceber que os problemas locais são, na verdade, um problema de todos.

Nesse contexto, vale considerar que o processo de formação e modernização das cidades brasileiras é discriminatório por natureza e que ele se passa de maneira parecida no restante dos países periféricos, pois introduz um modelo liberal dos países centrais que carrega consigo uma suposta ideologia meritocrática para uso e ocupação dos solos. Diante de tal circunstância, o processo de construção das cidades no Brasil apresenta deficiências notáveis e cria dois diferentes núcleos: a cidade oficial centralizada e, ao seu redor, uma “cidade ilegal” que busca acolher aqueles que têm o seu direito à cidadania negado. (MARICATO, 2002, p. 123-135).

Como consequência do modelo adotado, tem-se o histórico do planejamento urbano brasileiro discutido exclusivamente pela elite, que tem seus interesses muito claros e que começou pelo desenvolvimento de obras pautadas na busca pelo embelezamento das cidades. Na década de 1930, houve uma guinada provocada pela burguesia para se alcançar um ideal de cidade útil economicamente, como era o caso da criação de vias para evacuação dos produtos. No entanto, os problemas urbanos gerados começam a ficar cada vez mais alarmantes, impedindo os avanços das obras desenvolvimentistas sem receberem críticas. (MARICATO, 2002, p. 137,138).

O modo de produção implica diretamente na formação econômica social, ao materializar as relações, muito embora provoque, ainda, influência em fatores metafísicos, como na construção ideológica daquela sociedade, interferindo para além das relações econômicas e atuando como uma força estranha no subconsciente coletivo. Evidente que as relações construídas não são casuísticas, mas intencionais. Elas serão responsáveis pela ressignificação e reconstrução contínua daquela comunidade e, ao caracterizá-las, estará ao mesmo tempo estigmatizando-as. O que leva a crer no seguinte: os modos de produção integralizados com a formação social definem os moldes e a distribuição dos espaços civilizacionais. Não existindo, assim, neutralidade na estratificação e distribuição populacional, sobretudo quando se refere à marginalização de determinados grupos. (SANTOS, 1977, p. 90, 91).

O espaço reproduz a totalidade social, na medida em que essas transformações são determinadas por necessidades sociais, econômicas e políticas. Assim, o espaço reproduz-se, ele mesmo, no interior da totalidade, quando evolui em função do modo de produção e de seus momentos sucessivos. Mas o espaço influencia também a evolução de outras estruturas e, por isso, torna-se um componente fundamental da totalidade social e de seus movimentos (SANTOS, 1977, p. 91).

Alegretti e Dias (2019, p. 20-21) dizem que, cada vez mais, mundo afora, nas decisões sobre políticas públicas, destaca-se o método participativo, através de um imperativo deliberativo que busca, em primeiro lugar, “alcançar maior eficácia e eficiência de políticas e projetos” e, em segundo, numa função pedagógica, “aumentar o espírito cívico e a consciência coletiva sobre a elevada complexidade dos problemas, assim como identificar os prós e os contras das possíveis soluções.” No tocante às moradias e ao espaço público compartilhado, ressaltam Alegretti e Dias (2019) o debate ainda centrado em questões visuais e decorativas, como as fachadas, ainda que não se tenha chegado ao cerne do debate, questões sobre construção e habitação. Outro problema relatado pelos autores é a ilusão da diversidade de opiniões, quando na verdade percebe-se a atuação de grupos com ideias

previamente definidas, sendo, ainda, pouco convidativo o debate àqueles cidadãos que não participam: sindicatos, ONGs, filiados a partidos políticos e outras formas de organização social. No entanto, concordam que essa forma de participação cidadã é como um espelho a ser mirado quanto à aproximação entre público e privado na resolução dos conflitos locais.

Assim, a inserção apenas pela via indireta nas políticas habitacionais ocasiona uma participação cívica concentrada nas ações dos movimentos sociais, os quais vêm correspondendo pelo menos em temas que apresentam caráter mais imediatista. Percebe-se então uma autoconstrução da participação cidadã, a entrada insurgente no espaço de discussão, haja vista a negativa do poder público da adesão orgânica (ALLEGRETTI; DIAS, 2019, p. 21).

No entanto, o que ainda prevalece é o discurso de uma ideologia liberal impregnada de uma falsa concepção de democracia representativa que não poderia nunca representar de fato os mais diferentes cidadãos, visto que eles são transformados em objeto do discurso, e a cidade se torna sujeito para que as vontades daqueles que detêm o poder econômico utilizem-se da justificativa de atender aos interesses da cidade como forma de mascarar os seus próprios interesses. (CARLOS, 2016, p. 5).

As estratégias de governança para o investimento do dinheiro público ainda são diretamente regidas pelas classes mais abastadas, apoiando áreas de maior valorização e negligenciando as demais. Esses territórios da cidade que não interessam, normalmente áreas ambientalmente frágeis, são os locais que a população expulsa pelo sistema especulativo encontra para se abrigar; um fenômeno não somente previsível, como também estimulado pelos interesses do capital. Fator decorrente da situação apresentada é o aumento dos índices de violência por consequência da segregação territorial que acaba por ter como alvo, sobretudo, a juventude, em especial a negra. É identificado um aumento nas taxas de homicídio nos locais de ocupações ilegais porque nelas a resolução dos litígios também é realizada ilegalmente. (MARICATO, 2003, p.1). Assim, nota-se que os fatores de expectativa e qualidade de vida no Brasil são definidos pela cor da pele e pelo CEP – Código de Endereçamento Postal – dos indivíduos.

Diante de tal circunstância, percebe-se que a maneira como o cidadão se relaciona com a cidade está vinculada diretamente com a distribuição e ocupação do solo urbano. Se o indivíduo tem apenas a força de trabalho e não contém outras posses, ele é conduzido à marginalização, não restando alternativa senão a ocupação das zonas periféricas, onde os direitos básicos são escassos e, coincidentemente, por se tratar de áreas de pouco interesse das classes dominantes, pouco foram alteradas em relação ao seu estágio primário. Isso evidencia que o problema da ocupação de áreas de preservação da natureza é um produto da reprodução do capital e dos interesses das elites dominantes, sendo as ocupações apenas executadas pelas populações historicamente marginalizadas pela condição que lhes foi imposta de vulnerabilidade, de terem apenas essa possibilidade de sobrevivência.

### **3. OS BENS COMUNS E O BEM DOS COMUNITÁRIOS**

A ocupação de áreas de preservação permanente, vistas como de interesse comum, dá-se em razão da expulsão das áreas centrais da parcela populacional menos favorecida economicamente. É preciso ressaltar que, quanto ao impacto no meio ambiente equilibrado causado por essas ocupações informais, mesmo que feito por essas classes, não pode ser jamais atribuída a elas a responsabilidade, visto tratar-se de uma migração forçada.

Para Hardin (1968, p. 4), a distribuição do ambiente comum ocorreu de maneira despreocupada durante muito tempo, com cada qual tentando utilizar o espaço em seu favor o máximo possível e por meio da regulação natural. A tragédia dos comuns, em referência ao ambiente coletivo e os recursos naturais, que cabem a toda a população, entra em colapso quando a utilização do solo ultrapassa a sua capacidade de receptividade. A busca desenfreada pela maximização do lucro pessoal gera uma despesa que é de impacto coletivo: a superlotação do espaço comum. Essa máxima é reproduzida por cada ser humano ao acreditar na infinidade dos recursos naturais do nosso planeta.

Hardin (1968) levanta ainda a tese de que as consequências da superpopulação não serão sanadas sem que cada um abdique de parte do

privilégio que recebe pela utilização desenfreada do espaço coletivo, fazendo referência ao fato de que o nosso planeta não suporta o estilo de vida adotado pelo Ocidente. Assim, com a compreensão dos limites do mundo e a impossibilidade de expansão do seu espaço, a condição de miserabilidade tende a ser ampliada caso continue sendo sustentada a hipótese de oferecer a melhor condição ao maior número possível de pessoas, uma vez que a falsa ideia positiva esconde em seu avesso o descarte do restante da população que não será contemplada, restando-lhe uma condição aquém do mínimo de dignidade aceitável.

A reprodução feita em nível global é facilmente replicada em termos locais de Brasil, ou ainda em nível de cidades. Conforme Arruda (1999, p. 80), não é difícil prever qual parcela populacional sofrerá com o consumo desordenado dos recursos naturais existentes, pois ela já sofre as consequências previstas. São elas os caiçaras, ribeirinhos, seringueiros, quilombolas e demais povos tradicionais que vivem em regiões desconectadas do restante da cidade, sendo-lhes negado o direito a ela. Ademais, apesar de há tanto tempo morarem nesses locais, veem negado o direito de escritura do local em que residem. Ao serem colocados na situação de ilegalidade pelo “direito do asfalto” (SANTOS, 2018, p. 50), insensível à sua condição, passam a viver conforme as leis de um direito costumeiro criado internamente.

Conforme dito antes, o direito à moradia e as condições de morada influenciam em todas as relações da vida comum de um indivíduo, inclusive na formação da sua identidade, sendo que uma eventual negativa é violação à sua própria existência. (HENKES, 2005, p. 142). Desse modo, a colisão entre princípios constitucionalmente assegurados deve ser analisada com bastante atenção, ainda mais ao se tratar de colisões dimensionais de direitos - a moradia correspondente à segunda dimensão dos direitos fundamentais, e o meio ambiente equilibrado, à terceira.

Nos direitos de segunda dimensão, como é o caso da moradia, existe a necessidade de atuação positiva do Estado para sua consagração, e eles são protegidos pela máxima jurídica do não retrocesso. A sua restrição, por sua vez, consiste no enquadramento das possibilidades do orçamento público, o

que muitas vezes acaba sendo utilizado como escusa para justificar a inoperância do poder público. (HENKES, 2005, p. 152).

Henkes (2005) ainda chama atenção para outra inviabilidade de consagração do direito à moradia: a manutenção do meio ambiente equilibrado em áreas protegidas. A colisão deve ser solucionada, segundo a autora, por uma resolução quantitativa: opta-se pela prevalência do princípio da proporcionalidade, visto que o meio ambiente pertence à coletividade, incluindo as gerações que estão por vir, e, dessa forma, devemos utilizar os recursos existentes de forma sustentável. Em caso de impossibilidade de manutenção ou reparação dos danos, a proposta sugerida é que a moradia seja estabelecida em lugar diverso. (HENKES, 2005, p. 152, 153)

Historicamente, a organização dos povos originários passa pelo contato íntimo com as áreas de ambiente natural, explorando os seus recursos de maneira não predatória, o que possibilitou a manutenção do modelo sociocultural existente nas comunidades. (ARRUDA, 1999, p. 82-83). Ainda que sejam notórios os manejos adaptados pelos povos tradicionais, desenvolvidos por métodos geracionais e pela oralidade, respeitando os processos naturais, a sua participação é preterida quando se trata de pensar em soluções para o desenvolvimento de políticas públicas no setor do urbanismo social e de proteção ambiental. É irônico, nesse contexto, pensar na ideia de que aqueles que são os primeiros a sofrerem os impactos ambientais são justamente últimos a serem prestigiados pelos investimentos públicos. (ARRUDA, 1999, p. 83). O afastamento deles do centro de decisão é o que o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 29-30) chama de “desperdício da experiência”, quando se nega um frutífero diálogo proposto pela ecologia dos saberes e prefere-se uma visão de mundo engessada, na qual não são aceitas novas propostas alternativas da realidade.

O que hodiernamente se apresenta é um modelo de unidades de conservação que trata o contato do homem com a natureza como uma relação sempre de malefício. Não poderia mesmo ser outra visão, já que as lentes utilizadas não são daqueles que vivem ao redor dessas regiões. De tal modo, recai-se numa falsa concepção de preservação de uma natureza inaltera-

da, buscando preservar uma originalidade que não existe mais. A solução encontrada, então, é a perpetuação da situação de ilegalidade dos assentamentos, fechando os olhos para a sua existência e para os problemas que os cercam, com o objetivo de se fazer crer no tal “mito moderno da natureza intocada” (DIEGUES, 1996).

Arruda (1999, p. 83-84) contesta a posição adotada de que “as comunidades locais são incapazes de desenvolver um manejo mais sábio dos recursos naturais”. Em primeiro lugar, pelo já mencionado deslocamento dos maiores interessados do protagonismo de decisão, em segundo lugar, porque as decisões sobre a questão são corriqueiramente sigilosas, tornando-se públicas apenas com a edição de leis, no intuito de impedir qualquer manifestação advinda de civis e movimentos sociais.

Ainda que este modelo possa ser relativamente adequado aos EUA, dada a existência de grandes áreas desabitadas, sua transposição para o Terceiro Mundo mostra-se problemática, pois mesmo as áreas consideradas isoladas ou selvagens abrigam populações humanas, as quais, como decorrência do modelo adotado, devem ser retiradas de suas terras, transformadas de agora em diante em unidade de conservação para benefício das populações urbanas (turismo ecológico), das futuras gerações, do equilíbrio ecossistêmico necessário à humanidade em geral, da pesquisa científica, mas não das populações locais (ARRUDAS, 1999, p. 84).

A relação de comunhão com o meio que cerca os povos originários e o valor empregado ao senso de coletividade é muito diferente da rivalização com o meio ambiente aplicada ao cotidiano daqueles que os expulsaram anteriormente das regiões centrais. Assim, qualquer lei que não faça o recorte de classe, raça e gênero mostra-se insensível em relação a esses povos e ao meio ambiente em si, pois os coloca numa condição de falsa simetria com o desmatamento e a desertificação do solo provocados pelo agronegócio, a verdadeira causa dos problemas ambientais mais nocivos do país.

Dessa maneira, o que se propõe com a regularização fundiária, ao tratar de assentamentos informais consolidados, é a reparação das condições

ecológicas ou prevenção de potenciais danos em relação à condição estabelecida no presente. Em caso de as melhorias feitas não serem suficientes para reparar as consequências da intervenção antrópica na região, é necessária uma compensação em outra área, como compensação de danos.

#### **4. A FACÇA DE DOIS GUMES: A NOVA LEI DE REGULARI- ZAÇÃO FUNDIÁRIA**

A regularização fundiária deve ser um elemento de controle e organização do crescimento do espaço urbano das cidades. Assim, a regularização precisa ser realizada no sentido de adequar os espaços ao que a legislação prevê, não devendo servir nunca como empecilho para o acesso da população carente à habitação digna, haja vista que, como veremos a seguir, a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social – Reurb-S<sup>1</sup> será a ferramenta para garantir um ambiente ecologicamente equilibrado em áreas de assentamentos ilegais.

Em primeira instância, é evidente que o sistema de produção e consumo adotado, que incentiva a degradação ambiental sem medir maiores consequências a médio e longo prazo, necessita ser questionado, devendo ser criadas novas formas de relacionamento com o espaço. E, em segunda instância, é preciso ter ciência de que não se pode exigir dos setores populacionais de baixa renda uma redução do padrão de consumo, porque é obviamente o próprio sistema que já lhes impõe um hostil estilo de vida, aquém dos níveis básicos de dignidade da vida humana. (MAURO, 2012, p. 29).

Se a intenção é ser feita uma quantificação da vida pela utilização dos espaços comuns, é preciso lembrar a linha abissal que separa as classes quanto à utilização desses recursos, sabendo da impossibilidade de igualar o padrão de consumo do restante da população com o padrão de consumo dos 20% mais ricos sem significar a extinção do planeta. Fica evidente, dessa maneira, o discurso demagogo do capitalismo: a elevação da qualidade de vida da base sem o corte de privilégios daqueles que estão no mais alto nível da pirâmide.

---

<sup>1</sup> De acordo com o que prevê o artigo 13 da nova lei de regularização fundiária, regulamenta o procedimento para formalização de assentamentos destinados à população de baixa renda. (MARTINO; FREITAS, 2018, p. 72).

O mesmo raciocínio deve seguir quando se trata da proteção ambiental. A regularização fundiária de assentamentos informais não pode sofrer a negativa em razão da tentativa da manutenção do mito de uma natureza intocada que não existe mais ali, quando o que se quer, na verdade, é o reflorestamento da região, uma vez que se trata de núcleos urbanos consolidados. Dessa forma, entende-se que a proteção ambiental absoluta não deve incidir sobre aqueles que menos consomem os recursos naturais do mundo.

A reflexão proposta aqui não propõe jamais a abolição das políticas de fiscalização ambiental, mas que elas não sejam postas em confronto com as políticas públicas reparadoras de desigualdades. Para tal, é preciso analisá-las sob uma ótica que leve em consideração fatores socioeconômicos e étnico-raciais, neste sentido:

É igualmente importante notar que, muitas vezes, o ambiente é objeto de uma leitura reducionista, que ora o considera como um mero conjunto de recursos a serem explorados, ora como um sinônimo de natureza incontaminada que deve ser protegida, não tendo em conta, em ambos os casos, a sua importante dimensão de “lugar” (ALLEGRETTI; BARCA; CENTEMERI, 2013, p. 5).

Ainda no mesmo tom, Arruda (1999) afirma que:

A política ambiental vigente, por outro lado, tenta se viabilizar por uma postura autoritária totalmente dependente de fiscalização repressiva, carecendo de embasamento técnico-científico e legitimidade social entre a população regional, fadada na melhor das hipóteses a uma preservação ao estilo “jardim zoológico”, resguardando apenas algumas áreas intocáveis, num recorte insuficiente para a reprodução integral dos ecossistemas, para a manutenção da biodiversidade e da pluralidade cultural. (ARRUDA, 1999, p. 90).

A procura pela regularização não se refere apenas à impressão de um título de formalização da propriedade. A solução técnico-burocrática é um dos fatores resolvidos com a regularização, mas não é terminativa em si. O processo deve ocorrer com a assistência adequada para que se efetive a fun-

ção social da propriedade. (MARTINO; FREITAS, 2018, p. 73). Ocorre que, ao contrário da lei que vem a suceder, a 13.465/2017 se mostra desvinculada das diretrizes da Política Urbana, sendo vista como temerária a sua efetivação sem o respeito a determinados valores constitucionais, o que reforça a premissa de criação da referida legislação com o objetivo restrito de conceder a titulação sem a promoção da justiça social (SOUZA; DIAS, 2019, p. 98).

Em termos de regularização fundiária, a Medida Provisória nº 759/2016 reformulou toda a legislação sobre o assunto e consolidou-se como Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. Cabe ressaltar que o cenário de promulgação dessa lei é antecedido pelo afastamento da presidente eleita e a edição de medidas austeras como o congelamento do orçamento público por vinte anos. Dentro do cenário em que está inserida a lei, além do procedimento pouco democrático de promulgação, devem servir como sinalizadores para vigiar a mudança legislativa, para que não sirva contra os princípios constitucionais do bem-estar e da justiça social. Portanto, para estudo e execução da nova lei, faz-se necessária a sua fiscalização para trabalhar em favor das “conquistas da reforma urbana introduzidas na Constituição de 1988.” (SOUZA; DIAS, 2019, p 83-85).

No tocante à Reurb-S, a lei referida anteriormente prevê para ocupações em áreas de preservação permanentes (APPs) a observação do art. 64 da Lei nº 12.651, de 2012 – que estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, as áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos -, alterada pela Lei 13.465/17 nos seguintes termos:

Art. 64. Na Reurb-S dos núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização fundiária será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana.

§ 1º O projeto de regularização fundiária de interesse social **deverá incluir estudo técnico** que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior com a adoção das medidas nele preconizadas.

§ 2º O estudo técnico mencionado no § 1º deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;

II - especificação dos sistemas de saneamento básico;

III - proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações;

IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;

VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e

VII - garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água.

(BRASIL, 2012, n.p.)

Diante do previsto em lei, a regularização de interesse social em áreas com condição especial deve ser feita através de estudo técnico, no intuito de criar melhorias para a área em comparação com o seu estado atual. (MARTINO; FREITAS, 2018, p. 72). Por conseguinte, entende-se que, ao versar sobre assentamento informal consolidado em APPs, não deve se tratar de um impedimento imediato; pelo contrário, é uma obrigação imposta ao Estado de solucionar a suposta colisão entre princípios constitucionais - direito à moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Qualquer negativa de regularização dentro dessa perspectiva deve ser considerada como omissão do Estado de sua responsabilidade social.

Logo, é dever do órgão ambiental procurar os meios de consolidação dos núcleos urbanos já assentados quando necessário, realizando as medidas de reparação de danos. Essa condição é exclusiva para os casos previstos nos artigos 64 e 65 da Lei nº 12.651/12. (MARTINO; FREITAS, 2018, p. 72).

A previsão legislativa de compensação de danos ambientais evidencia que a Reurb-S é uma medida protetiva do meio ambiente, e não uma ameaça. O procedimento orientado pela legislação vigente exige, todavia, estudo técnico e parecer favorável de órgão ambiental.

Conforme demonstrado, a formação dos assentamentos é feita sem qualquer auxílio do Estado, fato que, atrelado a uma política pouco efetiva de difusão da educação ambiental, provoca o desconhecimento dos seus ocupantes sobre certas práticas que geram danos à própria saúde humana e degradação do ambiente. Dessa maneira, corriqueiramente, provocam a violação de normas de proteção ambiental pelo seu desconhecimento, ainda que se esteja a falar aqui dos mais singelos impactos decorrentes da ação antrópica. Condutas assim previstas podem ser facilmente corrigidas pelo estudo técnico da área, o que traria uma condição mais benéfica tanto para os moradores quanto para o meio em si. (MARTINO; FREITAS, 2018, p. 73-74). Desse modo, a recusa do Estado em atender as necessidades do lugar, sustentando a sua condição de ilegalidade, provoca maiores danos a toda a coletividade do que se fosse feita a regularização, tornando inexplicável a sua recusa.

Ermínia Maricato (2003) fala sobre a impossibilidade de remoção dessa população, tanto por uma impossibilidade numérica quanto pelo desinteresse dela de sair da terra em que tem vínculos criados e raízes fixadas. (MARICATO, 2003, p.4). Assim, faz-se necessário pensar em medidas para regularizar as ocupações já consolidadas e evitar a proliferação de novos assentamentos em áreas ambientais protegidas, através de instrumentos como o “IPTU progressivo no tempo, o PEUC, além de investir em programas como o “Minha Casa, Minha Vida”, o que, indubitavelmente, reduziria as ocupações nesses espaços especialmente protegidos.” (MARTINO; FREITAS, 2018, p. 74).

## 5. CONCLUSÃO

Colocar-se um homem para viver toda a sua vida numa condição de ilegalidade, morar na ilegalidade, solucionar os seus litígios por um sistema extrajudicial e esperar-se agora que ele aja como um cidadão responsável, em favor de uma coletividade da qual não participa por ter sido excluído dela toda a vida é ser um tanto sádico. A lei que não o representa/acolhe não pode ser a lei que ele deve seguir. A legislação deve servir para punir aquele que o coloca na situação de ilegalidade, não quem sofre da condição. Caso contrário, haverá uma punição dupla para quem não cometeu crime algum. A lógica de mundo que se segue é totalmente antijurídica em relação às diretrizes constitucionais que se adota. É preciso repensar o modelo econômico adotado, uma vez que é ele o responsável pela migração forçada dos assentados e pelo não reconhecimento da cidadania para os moradores das zonas mais periféricas.

A regularização fundiária de interesse social em assentamentos já consolidados deve servir como uma das ferramentas disponíveis para efetivar o direito à habitação digna. A sua utilização propicia tanto a busca pela emancipação da população ali residente quanto melhorias das condições ambientais do território. No entanto, não deve servir como ferramenta exclusiva, visto que é voltada para atender assentamentos já criados na promulgação da lei, devendo os demais instrumentos que possibilitam o direito à moradia ser aplicados de maneira integradora à regularização.

## REFERÊNCIAS

ALLEGRETTI , Giovanni; CENTEMERI , Stefania Barca e Laura. Crise ecológica e novos desafios para a democracia, **Revista Crítica de Ciências Sociais [Online]**, v. 100, 2013. Disponível em : <http://rccs.revues.org/5195>

ALLEGRETTI, Giovanni; DIAS, Nelson. Participação cívica e políticas habitacionais . **Cidades [Online]**, v. 38, jun. 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/cidades/1046>

ARRUDA, Rinaldo. “Populações tradicionais” e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação. **Ambiente & Sociedade**, p. 79-92, II, n. 5, set. 1999.

BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. Institui o novo código florestal brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm) . Acesso em 22 dez. de 2020.

BRASIL. Lei 13.465 (2017). REURB. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm). Acesso em 20 dez. de 2020.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. Em nome da cidade (e da propriedade). **XIV Colóquio Internacional de Geocrítica Las utopías y la construcción de la sociedad del futuro**, Barcelona, p. 1-15 , maio. 2016.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**, São Paulo, Hucitec, 1996.

HARDIN, Garrett. A tragédia dos comuns. **Revista Science**, vol. 162, No . 3859, p. 1243-1248, dez. 1968). Disponível em: [http://www.garretthardin-society.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garretthardin-society.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html)

HENKES, Silvana L. Colisão entre direitos fundamentais: meio ambiente ecologicamente equilibrado *versus* acesso à moradia em áreas protegidas. **Espaço Jurídico**, v. 6, n. 2, p. 141-156, jul./dez. 2005.

MARTINO, Isabela Rocha Laragnoit De; FREITAS, Gilberto Passos de. Direito à moradia: ocupações irregulares em áreas de preservação permanente (app). **Revista Querubim**, p. 61 -75 nov. 2018.

MAURO, Cláudio Di. Construção da nova democracia ambiental: democracia sem fim. **Boletim campineiro de geografia**, v.2, n. 1, 2012, p. 27-36.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Regularização Fundiária Urbana**: de acordo com a Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. São Paulo, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Construindo as Epistemologias do Sul:** Antologia Essencial. Volume II: Para um pensamento alternativo de alternativas / Boaventura De Sousa Santos; compilado por Maria Paula Menezes... [et al.] - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018. V. 2, 746 p.; 20 x 20 cm - (Antologías del Pensamiento Social Latinoamericano y Caribeño / Gentili, Pablo).

SANTOS , Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, p. 3-46, v.78, out, 2007.

SANTOS, Milton. Sociedade e espaço: a formação social como teoria e como método. **Boletim paulista de geografia**, São Paulo/SP, v. 54, p. 81-99, jun. 1977.

SOUZA, Clara Cirqueira de; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A regularização fundiária urbana na Lei nº 13.465/2017: análise da adequação de seus instrumentos à política urbana constitucional. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Goiânia, v. 5, n. 1, p.83-103 | Jan/Jun. 2019.

MARICATO, Ermínia. Conhecer para resolver a cidade ilegal.

MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. **A cidade do pensamento único**, Petrópolis/RJ, p. 121-192, Editora Vozes Ltda. 2002.

# DISCURSO SOBRE A LEGITIMIDADE DO ORDENAMENTO NÃO JURÍDICO

## Carolline Leal Ribas

Doutora em humanidades pela Universidade do Grande Rio. Mestre estudos culturais pela Fumec. Especialista em gestão pública e em Direito Público. Assessora jurídica no governo de Minas Gerais. Professora de Direito em graduação e pós-graduação.

## Karine Fernanda Martins

Advogada. Pós-graduada em Direito Administrativo.

Submetido em: 23/03/2021

Aprovado em: 05/04/2021 e 14/04/2021

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo investigar a legitimidade democrática, especificamente no que se refere à legitimidade dos ordenamentos não jurídicos. Para tanto, pretende-se inicialmente apresentar a teoria da legitimidade de Pierre Rosanvallon, marco teórico deste trabalho, como forma de demonstrar que a legitimidade democrática não decorre somente da forma de investidura em determinado cargo, mas também da forma como o poder é exercido. Nesse ponto, trabalha-se com a noção de imparcialidade, reflexividade e proximidade, elementos indispensáveis que norteiam e estruturam o trabalho. Na sequência, pretende-se dar especial atenção à figura da legitimidade por proximidade, mostrando como essa característica da forma de exercício do poder contribui significativamente para que ele seja percebido como legítimo. Trata-se do reconhecimento da alteridade incorporado ao processo legitimador do ordenado jurídico bem como sua consequência ante a não construção normativa pautada no reconhecimento da alteridade. Como desenvolvimento, far-se-á uma análise das situações nas quais o

ordenamento jurídico perde a sua legitimidade (por falta de proximidade), abrindo espaço para que ordenamentos paralelos passem a ser mais efetivos e legítimos. Nesse escopo, verifica-se o processo de configuração e estruturação da sociedade quando esta percebe que imposições estatais não são capazes de modificar sua realidade e que o distanciamento constitui um fator que contribui para uma utopia da legitimidade estatal. Por fim, tecer-se-ão alguns comentários a respeito de como o ordenamento jurídico pode recuperar a sua legitimidade, mediante incremento do sentimento de proximidade com os interessados.

**PALAVRAS-CHAVE:** DEMOCRACIA. LEGITIMIDADE. PROXIMIDADE. COMUNIDADES. ORDENAMENTO NÃO JURÍDICO.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to investigate democratic legitimacy, specifically with regard to the legitimacy of non-legal systems. In order to do so, it is initially intended to present Pierre Rosanvallon's theory of legitimacy, the theoretical framework of this work, as a way of demonstrating that democratic legitimacy arises not only from the form of investiture in a particular position, but also from the way the power is exercised. At this point, we work with the notion of impartiality, reflexiveness and proximity, indispensable elements that guide and structure this study. In the sequence, it is intended to give special attention to the figure of legitimacy by proximity, showing how this characteristic of the form of exercise of the power contributes significantly to that it is perceived as legitimate. It is the recognition of the otherness incorporated into the legitimating process of the legal order as well as its consequence before the normative non-construction based on the recognition of otherness. As development, an analysis will be made of situations in which the legal system loses its legitimacy (due to lack of proximity), opening space for parallel ordering to become more effective and legitimate. In this scope, it is verified the process of configuration and structuring of the society when it perceives that state impositions are not able to modify its reality, and that distancing is a factor that contributes to a utopia of state legitimacy. Finally, some comments will be made about how the legal

system can regain its legitimacy, by increasing the feeling of closeness with stakeholders.

KEY WORDS: DEMOCRACY. LEGITIMACY. PROXIMITY. COMMUNITIES. NON-LEGAL ORDINANCE

## **1. INTRODUÇÃO: UMA SOCIEDADE, MUITOS ORDENAMENTOS**

Na contemporaneidade, a democracia é vista no Estado de Direito como meio de comportar espaço para as diversas visões da comunidade política, bem como de dar voz e atuação a todos os membros da coletividade. Tal compreensão pressupõe a participação da sociedade no processo de elaboração de normas, bem como no controle e na tomada de decisões do Poder Público, a fim de consagrar a legitimidade aos atos estatais.

Acontece que o modelo de democracia representativa atual impõe um discurso homogêneo do Estado, de modo que apenas as deliberações oriundas do Poder Público são legítimas, uma vez que foi a própria sociedade que elegeu seus representantes para atuarem no processo de elaboração legislativa e tomada de decisões políticas.

Contudo, sabe-se que, muitas vezes, a população não tem capacidade de efetivamente influenciar as decisões do Estado, e, mesmo os parlamentares, representantes do povo eleitos por meio do voto, não elaboram leis que condizem com a vontade geral. Quando o Estado tenta intervir para implementar políticas públicas, ações inovadoras que possam garantir o direito positivado no ordenamento jurídico, não pode, simplesmente, agir de modo arbitrário, sob o argumento de que no Brasil regem as normas estatais, pois isso fere os próprios mandamentos de uma democracia pluralística. Se as ações pacificadoras, em prol da implantação de um direito positivo, não levarem em consideração os problemas locais, os processos de inclusão social e econômica, bem como a qualidade dos serviços públicos a serem implementados, estarão fadadas ao insucesso.

Tal questão coloca em pauta a convicção tradicional de legitimidade, em que apenas se atribui ao Poder Público a competência para elaboração de leis, sob o argumento de que os parlamentares foram votados pelo povo e, ao representá-lo, suas decisões tornam-se as únicas legítimas. Isso porque, se o modelo da democracia hodierna não consegue assegurar que todos os grupos tenham conhecimento e resguardo de direitos, outra alternativa não restou aos grupos segmentados senão a elaboração de suas próprias normas.

Nesse trâmite, o presente trabalho tem como premissa geral cotejar a atual crise de legitimidade do Estado de Direito com o surgimento de uma normatividade não estatal. Com efeito, passa-se a reconhecer a coexistência de várias normas vigentes em um mesmo local, dando ensejo a um ordenamento não jurídico, o qual, muitas vezes, pode complementar a ordem estatal ou até ser contrária a ela, em oposição a uma proposta exclusivista de monismo estatal.

Em decorrência disso, essas formas não estatais de poder passam a ser compreendidas como formas alternativas de direito, seja como resultado de uma forma arbitrária de poder local, seja em função da criação de sociabilidades alternativas, mas que podem ser legitimadas pelo próprio fenômeno social e cultural, na medida em que as normas são mais próximas de seus destinatários e dentro da realidade vivenciada. Esse ordenamento não jurídico não decorre de um contexto democrático-representativo, o que não o legitima juridicamente. O que se propõe à reflexão é que essas normas passam por um processo de legitimação social, seja porque essas normas são aceitas pela sociedade de forma passiva, seja porque a própria sociedade delega ao chefe local o poder de editar tais normas.

Este estudo surgiu de uma inquietação na medida em que se verificava que boa parte da população não se encontra satisfeita com as respostas que o ordenamento jurídico oferece aos problemas sociais, tanto em termos de normas quanto em termos políticos e de decisões judiciais. Verifica-se que essa incapacidade de o Direito estatal suprir as expectativas sociais deriva do fato de que, na maioria das vezes, as normas não se atrelam a fatores sociais, históricos e políticos.

Para o desenvolvimento deste artigo, optou-se por um levantamento estritamente bibliográfico, tendo como marco teórico a teoria da legitimidade de Pierre Rosanvallon (2010), no sentido de se contemplar sua doutrina ao atual problema da crise de legitimidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, buscou-se analisar, ainda que em breves linhas, as teorias da legitimidade de Rosanvallon (2009) - legitimidades de imparcialidade, de reflexividade e de proximidade – como meio de se superar o entendimento de que legitimidade deve se prender ao princípio majoritário do modelo de democracia representativa, propondo uma reformulação acerca da percepção do que seria um poder legítimo. Em seguida, descreveu-se a noção de proximidade como forma de legitimidade que permite o desenvolvimento de uma democracia de interação, o que implica maior contato com as demandas sociais e participação de cidadãos no sistema político. Finalmente, apresentou-se um entendimento de que quanto mais o Estado elabora normas e toma decisões que se distanciam das experiências dos cidadãos, mais abertura se dá para a construção de um cenário em que os próprios grupos locais criam suas próprias normas, a fim de atender às demandas sociais. Conclui-se que, na medida em que a própria realidade social que molda e delimita o Direito e suas relações, a não efetividade de um Direito posto traz como consequência a criação de um direito paralelo ao Estado e ao seu centro de poder. A partir dessa conclusão, instiga-se uma reflexão acerca do discurso homogêneo do Estado, no sentido de que a não efetividade das normas positivadas impostas decorre de um exercício de políticas que se encontra longe dos cidadãos, o que dá abertura para outras possibilidades de criações normativas que não derivam do poder estatal, mas que são legitimadas pela própria sociedade.

Defronte às transformações sociais e à construção do indivíduo não somente na sua configuração formal, o ordenamento jurídico positivado recebeu um contorno pautado pela disputa de poder, por desafios e insatisfação por parte de alguns grupos sociais, bem como recebeu influências de outras áreas, o que deu ensejo a incertezas legais e a perda do diálogo. Es-

ses fatores contribuíram para a formação de um ordenamento equidistante com a realidade social, uma vez que esta vivencia situações concretas, e o ordenamento posto não apresenta uma solução para os casos. Assim, criaram-se problemas quanto à aceitação e à reconstrução de normas-soluções. O direito, por si só, construído na fragilidade humana e sem o reconhecimento estatal, induz uma reflexão acadêmica de “por que o ordenamento jurídico não tem legitimidade em certos redutos?”, o que reflete, como consequência, uma incessante busca da alteridade coletiva.

## **2. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: DA INVESTIDURA AO EXERCÍCIO DO PODER.**

Na hodiernidade, vige uma ponderação pautada pela oscilação quanto à legitimidade democrática, cuja incerteza se inicia desde a investidura de representantes, percorre o exercício de poder e atinge a legitimidade. Tais fatores são capazes de modificar interpretações doutrinárias no sentido de se atribuir uma importância acadêmica e jurídica acerca da criação de um ordenamento paralelo ao estatal.

Os desafios de uma sociedade podem ser compreendidos pela ótica clássica e prestigiada de Rosanvallon, o qual trabalha com as bases da construção do processo por meio da atribuição da legitimidade. Segundo Jurado (2013, on-line), a legitimidade de um ordenamento jurídico se justifica pela soberania popular no exercício de escolha de representantes.

De acordo com Rosanvallon, a primeira fonte de legitimidade dos governos democráticos foi, e muito provável que se mantenha, a escolha popular. No mundo ocidental, e especialmente na França e nos Estados Unidos, a instalação de governos democráticos no final do século XIX e início do século XX foi baseada principalmente na constituição dos mesmos por meio de eleição, que poderia ser considerada plena e claramente como uma expressão da soberania popular. Assim, não só foi aceito que o processo eleitoral poderia ser interpretado como os meios de expressão da soberania popular, mas também foi plenamente válida para equiparar mais com ele, de modo que os governos que emanam destas eleições, como preferên-

cia manifesta de uma parte do povo, se manifestam em um caráter maioritário, o qual lhe conferia o direito de reivindicar uma vez que eram representantes do todo. A longo prazo, isso lhes deu uma legitimidade democrática indiscutível. (Tradução nossa).<sup>1</sup>

Com efeito, o poder exercido por representantes apresentava a perfeição de um governo, já que as eleições representaram a vontade do povo, que, teoricamente, dá credibilidade aos eleitos para que estes elaborem normas que condizem com a realidade social. Contudo, em muitas sociedades, verifica-se a existência de uma falsidade representativa, na qual o governo, que, em tese, deveria representar o povo, é de qual a representatividade fosse para os interesses daquele que os elegeram era derogada pela poder e organização das classes mais elevadas de tal modo que a representação seria meramente teatral.

Por outro lado, o próprio princípio do “governo do povo sobre o povo” ou “do povo sobre si” (como denominam os radicais ingleses Bentham e John Stuart Mill, assim como os padres fundadores da concepção constitucional americana após 1776) não é menos que uma mera ficção. Neste ponto, Rosanvallon parece se envolver em um diálogo amável com Edmund Morgan e “A Invenção do Povo”. Deste modo, é claro que o princípio do império das maiorias esconde em sua plenitude algumas das principais ficções da vida democrática, já que não é que a maioria governe a si mesma, mas que uma minoria o faça por ela, e mesmo fingindo representar a vontade geral de toda a cidadania (isto é, a parte é para o todo e os eleitores são diretamente assimilados “ao povo”). (CALEGARI, 2011, p.148)<sup>2</sup>

1 Texto original: De acuerdo con la exposición de Rosanvallon, la primera fuente de legitimidad de los gobiernos democráticos fue, y muy probablemente lo siga siendo, la elección popular. En el mundo occidental, y sobre todo en Francia y Estados Unidos, los ejemplos a los que él más recurre, la instalación de los gobiernos democráticos a finales del siglo XIX y principios del XX se basó fundamentalmente en la constitución de los mismos por la vía electoral, con lo cual podía considerárseles plena y claramente como expresión de la soberanía popular. Así, no sólo se aceptó que el procedimiento electoral podía interpretarse como el medio de expresión de la soberanía popular, sino que también era plenamente válido equiparar a la mayoría con ésta, de manera que los gobiernos emanados de estos procesos electorales, si bien eran tan sólo la preferencia manifiesta de una parte del pueblo, se convino en que su carácter mayoritario les confería el derecho a reclamarse representantes del todo. A la larga, esto les confirió una legitimidad democrática indiscutible. (JURADO, 2013, online).

2 Texto original: Por otra parte, el mismísimo principio del “gobierno del pueblo sobre el pueblo” o “del pueblo sobre sí mismo” (como pregonaron tanto los radicales ingleses de la mano de Bentham primero y a la salvaguarda de John Stuart Mill luego, como también los padres fundadores en el conato constitucional americano posterior a 1776) no es menos que una mera ficción. En este punto, Rosanvallon pareciera entablar un diálogo

Para além de um debate a sua efetivação, a obra de Rosanvallon (2009) aguçou o estudo sobre o tema ao romper barreiras jurídicas, sociais e políticas do que outrora se entendia como democracia e legitimidade dos governantes. Faz-se necessário trazer à baila o processo de luta pela representação, retirando o seu caráter meramente simbólico, para que possa se abrir um espaço para uma reflexão crítica de que a democracia representativa pode não ser mais eficaz como forma de representação do poder.

Na conceituada linha de Rosanvallon (2009), a divisão da legitimidade se faz em três linhas, quais sejam: imparcialidade, reflexividade e proximidade, em que cada eixo é delimitado por seus próprios elementos e contornos, que se amoldam na formação teórica de um conceito e sua aplicação, política e democracia, ambos institutos baseados no patamar representativo da utopia aparente.

A legitimidade pela imparcialidade é “aquela atribuída às instituições ditas ‘autônomas’, apartadas da Administração Pública ‘comum’, e cujos melhores exemplos talvez sejam as agências reguladoras” (MORAIS; BRUM, 2016 p.116). A base de contextualização insurge da necessidade de uma autoridade competente e seu elemento representatividade “é a exigência de que os representantes sejam socialmente superiores àqueles que os elegeram. O governo representativo foi instituído com a plena consciência de que os representantes eleitos seriam e deveriam ser cidadãos distintos, socialmente diferentes daqueles que os elegeram.” (SCHRAMM, 2016, p.110).

Nesse ínterim, evidencia-se o acréscimo do elemento procedimental da teoria de Rosanvallon (2009). O cerne do problema atrela-se a uma anomalia, uma vez que a base de formação do poder não se deu de forma congruente, já que, na verdade, o sistema gerou falhas propositais, a fim de encontrar o poder e oprimi-lo de forma pacífica. Notório que o direito está atrelado a questões políticas, sociais e culturais, não existindo barreira capaz

---

amable con Edmund Morgan y “La Invencción del Pueblo”. De esta forma, resulta claro que el principio del imperio de las mayorías esconde algunas de las ficciones principales de vida democrática en su plenitud, toda vez que no es que la mayoría se gobierna sobre sí misma sino que una minoría lo hace por ella, e incluso pretendiendo representar a la voluntad general de la ciudadanía toda (es decir, la parte vale por el todo y los electores son asimilados directamente “al pueblo”).

de deter o estudo jurídico. No entanto, existe uma extensa diferença com a sua aplicação procedimental e discurso representativo.

O contrapoder exercido pelas autoridades funcionais deve respeitar a tripla exigência de distanciamento de posições partidárias e interesses particulares (legitimidade de imparcialidade), de consideração das expressões plurais do bem comum (legitimidade de reflexividade) e de reconhecimento de todas as singularidades (legitimidade de proximidade). [...]

Categorizadas como ‘autoridades imparciais’ pelo autor francês, as organizações midiáticas, junto com outros agentes desprovidos de autorização eleitoral, funcionariam como ‘medidores de saúde democrática’ e ensejariam novas formas de legitimidade. A desconfiança contrademocrática, porém, pode concorrer para o enfraquecimento da democracia, ao promover o impolítico, conceito que designa a incapacidade de apreensão global dos problemas ligados à organização do mundo comum, e tem como efeitos a dissolução das expressões de pertencimento e o mascaramento da legibilidade da ordem social. (SCHRAMM, 2017, p.5)

O cerne da questão, legitimar a imparcialidade em processos pautados pela democracia, gera um vício no processo, o qual é capaz de conceber um direito de normas paralelas pautadas e definidas por seus seguidores, sem necessariamente obter a legitimidade estatal, nessa ótica a imparcialidade para Rosanvallon (2009).

Lado outro, a legitimidade pela reflexividade, segundo Núñez (2014, on-line), é um processo autêntico, embasado por questões entre o ser e a representação, derivada do reconhecimento de expressões plurais do bem comum. Quando se fala de reflexividade, deve-se relacionar à característica da generalidade pela multiplicação de diversas expressões de poder, ou seja, da própria soberania social, com o intuito de se compensar falhas decorrentes da regra da maioria vigente nas sociedades modernas. Diante desse emblemático caos, Rosanvallon citado por Morais e Brum (2016, p.117), ao reconhecer a existência de falhas, almejou à legitimidade reflexiva duas subdivisões.

E, para descrevê-la, o autor parte da constatação inicial de que os elementos que estruturam a democracia têm como pano de fundo estas três suposições: a identificação da opção eleitoral com a expressão da vontade geral, a assimilação dos eleitores com o povo e o perdurável exercício da atividade política e parlamentar em continuidade ao momento eleitoral. Segundo Rosanvallon, a fragilidade desses enunciados não necessita de demonstração, porquanto patente as “reduções da realidade” que traduzem. (MORAIS; BRUM, 2016, p.117)

Reflexividade por um sistema de legitimidade gera um embate aprensivo em meio a dois extremos. De um lado, os indivíduos necessitam de voz ativa nos movimentos influenciadores dos campos sociais e políticos; de outro, os detentores de poder permanecem guiados pelo seu ego, fato este que advém desde primórdios da história e parece que permear até as sociedades modernas. Tal questão evidencia uma “legitimidade por reflexividade de Pierre Rosanvallon com o conhecido pensamento de Ronald Dworkin sobre a atividade jurisdicional e os tribunais, aquela se desenvolvendo como um ‘romance em cadeia’ que respeita a ‘integridade do Direito’ e estes, como ‘foros de princípios’.” (MORAIS; BRUM, 2016 p.120).

Nota-se, pois, que assim como a legitimidade pela imparcialidade era dotada de falhas, ocasionando dilemas que atingiam diversas esferas do debate jurídico, bem como uma avalanche que transcorre as barreiras dos remanescentes do sistema, a questão da legitimidade pela reflexividade “procura remediar as imperfeições da democracia eleitoral-representativa, que é escorada no conceito de vontade geral cujo fundamento de validade concentra-se unicamente no procedimento eleitoral.” (TEIXEIRA, 2012, p.130). Com efeito, a reflexividade dá-se como fonte de reparo da imparcialidade, capaz de se desenvolver em sistemas de autorregulagem, assim a legitimação pela reflexibilidade

se dá pela pluralização das expressões da soberania social, de modo a corrigir as falhas resultantes da assimilação da maioria eleitoral pelo corpo social. Cuida-se de uma “generalidade pela multiplicação”, no sentido de se buscar trazer à análise da decisão de um caso concreto o máximo de percepções minoritárias possíveis, como meio de re-

compor o mosaico social desfigurado pelo “*fato majoritário*”. (TEIXEIRA, 2012, p. 130 grifos nossos).

Por fim, legitimidade pela proximidade caracteriza-se como uma busca incessante por uma generalidade em que sejam observadas as peculiaridades das sociedades, por meio de observações diretas das relações entre os sujeitos e o cenário envolvidos. Tal proximidade apenas se legitima e se efetiva quando transcorre a lei e atinge indivíduos de forma igualitária (ROSANVALLON, 2009).

A proximidade ora abordada remete à demanda dos cidadãos por redução das distâncias e por acréscimo dos pontos de contato entre estes e os governantes e as altas autoridades estatais. Compreende uma cobrança por um comportamento mais presente e atento às situações particulares constantemente afetadas pelas políticas públicas formuladas pelo Estado, assim como uma interação menos formal e mais direta com o cidadão. (TEIXEIRA, 2012, p. 131)

A legitimidade pela proximidade consiste no meio de se obter a generalidade observando-se os problemas particulares. Desse modo, torna-se legítimo aquele que exerce um poder que observa o que todos querem, que se preocupa com todas as demandas, aproximando-se, de forma direta, da sociedade.

Indubitavelmente, a integração dos elementos que originam uma teoria é capaz de amoldar o direito para além das fronteiras existentes. O conjunto em harmonia cria uma legitimação cujo poder não estanca o tempo; o tempo constrói a perfeição.

### **3. PROXIMIDADE DECISÓRIA: O DESAFIO NÃO SUPERADO DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA.**

Na atualidade, muito se vem questionando a legitimidade atribuída aos governantes e às alianças políticas no Brasil, o que causa vários impasses ao desenvolvimento na democracia, pois, embora o país ocupe um ranking positivo no cenário da democracia, traz-se em pauta até que ponto a demo-

cracia estaria se efetivando em consonância com os valores democráticos prezados no texto constitucional. Segundo Avritzer (2016, p.09), mencionado incômodo decorre de vários fatores, dentre eles, a falta de credibilidade do presidencialismo de coalização, os limites da participação popular na política, paradoxos de combate à corrupção, aproximação da classe média das classes populares e o novo papel do Poder Judiciário na política.

Tais impasses, além de outros, demonstram uma crise de crescimento e de evolução da própria cultura democrática no Brasil. Ora, em um país que se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como pluralismo político (BRASIL, 1988), espera-se que as decisões políticas sejam cada vez mais próximas da população.

No caso brasileiro, o art. 1º da Constituição estabeleceu a regra da maioria ao expor que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988). Acontece que, na medida em que se vive em uma sociedade pluralista organizada em torno de um Estado Moderno, a regra da maioria não pode ser a única admitida pelo ordenamento jurídico. Caso assim o fosse, as minorias, por ausência de força política suficiente para sua representação perante o Poder Público, seriam reféns permanentes da intolerância das massas.

Sob esse prisma, Canotilho (1993, p. 190, 456-457) explica que, embora o Brasil preze pelo princípio majoritário, não se pode desprezar a proteção às minorias. Pelo contrário. Deve-se respeitar o pensamento alternativo e garantir a sua coexistência, vigorando muito mais um relativismo pragmático que possa, inclusive, reconhecer que grupos que são minoritários hoje podem vir a se tornar majoritários em um futuro.

O Estado Democrático de Direito comporta espaço para diversas formas de pluralidade jurídica. É nesse ponto que não se pode descartar a possibilidade de coexistência de normas jurídicas e normas não jurídicas dentro de um mesmo lapso temporal. E, se há essa existência mútua, deve-se buscar a harmonia entre elas, de modo que se possa garantir justiça aos destinatários das normas.

Nesse contexto, a legitimidade democrática, outrora vista, passa a não existir, pois os sujeitos não mais acreditam no seu governo e nem conhecem suas regras. Com isso, abre-se espaço para a legitimidade pela proximidade, como forma de se garantir uma vida social harmônica e justa.

A integridade legítima do sistema jurídico deve se pautar no contexto decisório capaz de englobar o sujeito dentro da existência da concretude jurídica. Isso porque “o homem possui um conhecimento fragmentado e influenciado pelos cenários sociais que o envolvem.” (ROCHA; ANGNES, 2016).

Com efeito, a proximidade decisória deve ser conjurada com alteridade, na construção de normas. Segundo Gusmão (1999, p.43), “o caminho do imaginário ocidental que contempla o outro, mas não o vê, que vê o corpo dos sujeitos sociais, mas não sua alma, e que constrói um conhecimento compartimentado que ora vê uma coisa e não vê outra foi a trilha que segui com o propósito de buscar o homem no vazio do homem”.

Nesse contexto, democracia tem sido fonte de inspiração nos mais variados ambientes. Espera-se, no entanto, que, uma decisão democrática observe técnicas discursivas de convencimento, de modo que haja o verdadeiro diálogo entre os envolvidos no campo interpretativo.

[...] os enunciados de resultados experimentais são sempre interpretações dos fatos observados, razão pela qual se torna ilusoriamente fácil encontrar verificações para uma teoria e por que devemos adotar uma atitude crítica voltada para a tentativa de refutar nossas teorias se não quisermos raciocinar em círculo. (ALMEIDA, 2005, p. 24)

Por sua vez, o indivíduo na sociedade acaba mostrando-se frágil, já que suas ideias, muitas vezes, não são levadas em consideração pelos seus próprios governantes, seja por falta de diálogo, seja por falta de interesse político. Tal fato acarreta um distanciamento de modo que a alteridade quase que inexistente, ficando nítido que o único reconhecimento da alteridade é daquele que detém os rumos do debate e da liderança.

No entanto, a passagem da celebração do Povo ou da Nação, sempre no singular, para a regra da maioria, não cai pelo seu próprio peso,

dada a diferença de níveis em que os dois elementos estão situados. Por um lado, há a afirmação geral, filosófica, se preferir, de um sujeito político e, por outro lado, a adoção de um procedimento prático de escolha. Desta forma, na eleição democrática, um princípio de justificação e uma técnica de decisão são misturados. Sua rotina de assimilação acabou encobrando a contradição latente que os subtendia. De fato, ambos os elementos não são da mesma natureza. Como procedimento, a noção de maioria pode ser facilmente imposta ao pensamento, mas o mesmo não é verdadeiro se for entendido sociologicamente. Nesse caso, adquire uma dimensão inevitavelmente aritmética: designa o que resta uma fração, mesmo que predominante, das pessoas (tradução nossa)<sup>3</sup>. (ROSANVALLON, 2009, p. 22)

Desse modo, percebe-se a existência de inúmeras influências capazes de negatar a democracia e acorrentá-la a um retrocesso social e histórico, diante da hostilidade a qual leva o ser humano a criar mecanismos de defesa e reconstruir normas capazes de amoldar as situações que lhe convêm diante da ausência de um reconhecimento estatal. Assim, cria-se um direito dos excluídos, visto como um ordenamento paralelo, ou, “em outras palavras, uma teoria da democracia não pode ter o fim apenas de retratar ou declarar os valores que a sociedade historicamente aceita como democráticos, mas de esclarecer a maneira de construir, manter ou alterar esses valores.” (ALMEIDA, 2005, p.34).

Ante a ausência da proximidade decisória, colide com a crise democrática, acorrentada à incerteza de novas interpretações estatais e a criações paralelas de normas e leis que se formam sem a legitimação do Estado, para esquivar-se da consequência maléfica do poder, uma consequência inevitável assim apontada por Tavares (2004, p.354): “O poder, quando não estiver

3 Texto original: Sin embargo, el pasaje de la celebración del Pueblo o de la Nación, siempre en singular, a la regla mayoritaria no cae por su propio peso, dada la diferencia de niveles en la que se sitúan los dos elementos. Por un lado, se encuentra la afirmación general, filosófica si se quiere, de un sujeto político y, por el otro, la adopción de un procedimiento práctico de elección. De esta manera, en la elección democrática se mezclan un principio de justificación y una técnica de decisión. Su rutinaria asimilación terminó por encubrir la contradicción latente que los subtendía. En efecto, ambos elementos no son de la misma naturaleza. En tanto procedimiento, la noción de mayoría se puede imponer fácilmente al pensamiento, pero no ocurre lo mismo si se la entiende de manera sociológica. En este caso, adquire una dimensión inevitablemente aritmética: designa lo que sigue siendo una fracción, aunque sea predominante, del pueblo.

controlado, tende a corromper-se, podendo transformar até mesmo governos legitimamente indicados em tirânicos e despóticos.”. A veracidade de uma constatação, o espaço jurídico pautado pelo contexto democrático está em crise, crise quanto ao discurso de poder, à construção dialogal do individual, o delineamento que a crise não permite que configure novos dualismos. (OLIVEIRA,2012)

#### **4. COMUNIDADE E LEGITIMIDADE: QUANDO O ESTADO NÃO FAZ A DIFERENÇA.**

Na contemporaneidade, a democracia é vista como forma de comportar espaço para as diversas visões da comunidade política, bem como de dar voz e participação a todos os membros da coletividade. Tal compreensão pressupõe a participação da sociedade no âmbito de controle e tomada de decisões do Poder Público, a fim de consagrar a legitimidade aos atos estatais. Contudo, sabe-se que, muitas vezes, a população não tem aptidão para efetivamente influenciar as decisões do Estado, e, mesmo os parlamentares, representantes do povo eleitos por meio do voto, não elaboram leis que condizem com a vontade geral. Muito pelo contrário. Os cidadãos encontram-se acudados, privados de sua capacidade participativa e aceitam inúmeras leis criadas e impostas pelo Poder Legislativo, que, sob a égide constitucional, representam a sociedade.

Tal questão coloca em pauta a concepção tradicional de legitimidade, em que apenas se atribui ao Poder Público a competência para elaboração de leis sob o argumento de que os parlamentares foram votados pelo povo e, ao representá-los, suas decisões são as únicas legítimas. Se o modelo da democracia representativa não consegue assegurar que todos os grupos tenham conhecimento e resguardo de direitos, outra alternativa não restou aos grupos excluídos senão elaborar suas próprias normas.

Nesse contexto, desencadeia-se uma crise de representatividade que decorre da ideia de que os cidadãos comuns não têm capacidade de efetivamente influenciar as decisões que são tomadas pelo Estado, de modo que a democracia indireta não é suficiente para garantir que a sociedade

influencie no processo de construção de uma norma formal. O que acontece é que atualmente prepondera um discurso homogêneo do Estado que o coloca como o único emissor de normas legítimas, tendo em vista que as normas são elaboradas por parlamentares eleitos por meio do voto em uma sociedade.

A partir de uma nova compreensão de legitimidade e representatividade, passa-se a abarcar legitimidade não como um elemento que decorre necessariamente de uma democracia. Em uma sociedade plural e desigual, poderes locais e sociabilidades alternativas podem ter seus direitos expressos em normas informais, normalmente criadas pela figura de um líder local. E essas normas retiram do Poder Público a centralidade de elaboração de regras, reconhecendo que, embora o líder local não tenha sido eleito democraticamente, há um processo de legitimação social na medida em que as normas são mais próximas de seus destinatários e dentro da realidade vivenciada.

Justamente por isso questiona-se a concepção de legitimidade e representatividade no contexto da democracia brasileira, propondo-se uma legitimidade pela proximidade com o intuito de se dar visibilidade a discursos existentes em sociabilidades alternativas que dão origem a direitos informais. Propõe-se um modelo idealmente inclusivo que deveria ser adotado por Estados democráticos, o qual deriva da ideia de que existem normas locais que não se originaram necessariamente de uma democracia, mas que podem ser legitimadas pelo próprio fenômeno social.

Ocorre que as normas locais, criadas em sociabilidades alternativas não decorrem de um contexto democrático, o que não as legitima juridicamente. O que se propõe à reflexão é que essas normas passam por um processo de legitimação social, seja porque essas normas são aceitas pela sociedade de forma passiva, seja porque a própria sociedade delega ao chefe local o poder de editar tais normas. Como meio de se demonstrar esse processo de legitimação social de normas informais em uma sociedade não democrática, recorre-se à técnica da análise do discurso por se acreditar ser a melhor opção metodológica no presente caso.

Com efeito, a democracia abre espaço para o diferente, motivo pelo qual se considera possível a existência de um pluralismo jurídico, em oposição ao monismo, em que o Estado era visto como único detentor de poder e do monopólio da produção de normas jurídicas. O pluralismo jurídico pode ser definido como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes em um mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais, e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais.

O pluralismo surge da necessidade de se constituir direitos que não conseguem se efetivar pelos direitos positivados, tais como o direito à moradia. No caso de uma negligência do Estado, as regras que passam a predominar são aquelas que condizem com a realidade local, tal como a regra da legitimação na posse no caso de imóveis em aglomerados urbanos ao invés do registro formal de propriedade em cartórios. Tal fato, por si só, já dá espaço ao pluralismo, definido como:

[...] fruto da coexistência de várias ordens jurídicas no mesmo espaço geopolítico e surgiu da necessidade de uma abordagem crítica, inovadora, em relação a um direito que não atende mais, como deveria, a uma tão complexa demanda social, é um novo referencial teórico que busca, através de práticas plurais, atender às necessidades sociais (BARROS, 2004, p. 186).

Segundo Wolkmer (2004, p. 90), esses direitos informais provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento pelo Estado, reafirmando as necessidades individuais ou coletivas que emergem informalmente na comunidade, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal.

Desse modo, sustenta-se a vertente que se opõe ao discurso homogêneo do Estado, em que este é o único sujeito legítimo para produzir normas que regem a vida social na coletividade. Logo, direitos vigentes em socialidades paralelas apenas se justificaram e persistem porque os direitos formais não têm eficácia em certos locais. E, embora as normas informais não tenham decorrido de um processo democrático em sua elaboração, elas

são legitimadas pelo próprio fenômeno social, pois os cidadãos cumprem a regra que mais se aproxima de sua realidade e é mais eficaz à resolução de seus problemas.

## **5. CONCLUSÃO: DE COMO AS NORMAS VÃO ALÉM DO DIREITO.**

Dos contextos históricos e aclamados desde a Grécia até as periferias do mundo, verifica-se que inexistente o reconhecimento estatal do ser humano enquanto indivíduo e sujeito ativo em uma realidade. Os discursos gloriosos de uma eleição a formação paralela pautada pela necessidade de um direito legítimo por seus membros e ignorado pelo Estado. Ir além é conseguir elevar o pensamento no jogo paradoxal jurídico, diferentes visões, decisões pautadas por influências e influenciadores, um giro ao infinito, ir além e compreender o debate notável de Rosanvallon (2009); a linha da democracia busca incessantemente a perfeição inexistente de um modelo; a busca por uma democracia ideal o torna desigual na sua medida.

Da concretização do trabalho guiado pelo marco teórico, notam-se reflexos históricos e fundamentos teóricos de que o Direito vai além das discursões acadêmicas e de uma interpretação literal da norma jurídica. Na verdade, o Direito nasce e morre todos os dias como um ser, porque o Direito é uma construção cuja legitimidade se atrela à alteridade, de modo que as relações comerciais, políticas e sociais podem ser o elemento guiador de uma história.

Percebe-se, pois, uma necessidade de se reconhecer uma legitimidade traçada pela proximidade, a fim de que se proponha um modelo de democracia material legitimada.

O epílogo de Rosanvallon (2009) transcende sua própria obra e os ordenamentos jurídicos; a consideração que se evidencia é que o direito enquanto ordenamento pode e deve ser moldado diante das adversidades; o poder do Estado não é soberano ao poder e à capacidade de organização dos indivíduos em busca pelo reconhecimento individual e

coletivo diante da realidade e para além das questões socioeconômicos; a crise pauta uma ordem, gera a fragilidade e instaura o caos, notório, e que Rosanvallon (2009) em seus estudos atinou-se para todos os elementos e sua integração.

Reconhecer a existência da crise é possibilitar uma mudança pautada pelos ditames da democracia em sua essência. O Estado não é mais o soberano e único legitimador na materialização e concretização da ordem; ele o é apenas em sua formalidade. Assim, o presente trabalho reforçou a ideia de que o nível de democracia de uma sociedade deve ser medido pela capacidade que as pessoas têm de construir a sua própria realidade. Normas não jurídicas paralelas àquelas proferidas pelo Poder Público se justificam pela própria necessidade dos indivíduos, que não têm seus direitos abarcados pelo Estado.

Propõe-se, assim, um compromisso de concretizar o Estado Democrático de Direito por meio da ampliação da capacidade de participação efetiva das pessoas que compõem determinada sociedade. Tal processo pode se tornar possível na medida em que o Poder Estatal se aproxime da coletividade e passe a reconhecer como legítimas, inclusive, as regras não proferidas por ele, a fim de se promover o empoderamento das pessoas, concretizando a sua capacidade construtiva e, portanto, a democracia.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Forum, 2005.

BARROS, Daniela Madruga Rego. Pluralismo Jurídico: uma questão de fato ou de direito? In **Revista da Esmape**, vol. 9, nº. 20, julho/dezembro de 2004, p. 185 a 222.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

CALEGARI, Facundo Nahuel. “*La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*” Pierre Rosanvallon. A legitimidade da democracia. **Leviathan (São Paulo)**, n. 2, p. 147-151, **Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política**, n. 2, pp. 147-151, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/leviathan/article/view/132274/128379>>. Acesso em 02 abr. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

GUSMÃO, Neusa Maria Mendes De. Linguagem, Cultura e Alteridade: Imagens Do Outro. **Cadernos de Pesquisa**, nº 107, julho/1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n107/n107a02.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2018.

JURADO, Garcia Roberto. *La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. **Polít. gob**, México, v. 20, n. 1, p. 206-209, enero 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-20372013000100010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372013000100010&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em 02 abr. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. – Ano 16 - n. 63 janeiro/março v.16 - 2016- . – Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i63.45>>. Acesso em 03 abr. 2018.

NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli. **Legitimidade, poder judiciário e políticas públicas**. 2014.187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade Federal do estado do Rio de Janeiro – Unirio Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP programa de pós-graduação em direito – PPGD mestrado em direito. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jxpxhuob99cj:www2.unirio.br/unirio/ccjp/ppgdpp/defesas-de-dissertacao/defesas-2014/legitimidade-poder-judiciario-e-politicas-publicas/at\\_download/file+&cd=2&hl=pt-br&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jxpxhuob99cj:www2.unirio.br/unirio/ccjp/ppgdpp/defesas-de-dissertacao/defesas-2014/legitimidade-poder-judiciario-e-politicas-publicas/at_download/file+&cd=2&hl=pt-br&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em 03 abr. 2018.

OLIVEIRA, Larissa Pascutti de. Zygmunt Bauman: A sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. **Sem Aspas**, Araraquara, v. 1, n. 1 p. 25-36, 1º semestre de 2012. Disponível em: < <https://periodicos.fclar.unesp.br/semaspas/article/viewFile/6970/4996>>. Acesso em 04 abr. 2018.

ROCHA, Carla Marlana ANGNES, Juliane Sachser. A influência cognitiva do tomador de decisão no processamento de informações sob a ótica da racionalidade limitada. **Revista Espacios** Vol. 38 Nº 22, 2017. Disponível em: < <http://www.revistaespacios.com/a17v38n22/a17v38n21p25.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2018

ROSANVALLON, Pierre **La legitimidad democrática : imparcialidad, reflexividad, proximidad.** - 1a ed. - Buenos Aires : Manantial, 2009. Disponível em: < <http://www.emanantial.com.ar/archivos/fragmentos/RosantvallonLLDfragmento.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2018

SCHRAMM, Luanda Dias A contrademocracia e a produção do impolítico. **III Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas**; 30/05 a 02/06/2017, UFES, Vitória (ES). Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:of9-ERObum0J:www.pdpp2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic%3Fq%3DYToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNDoiY-ToxOntzOjEwOiJJRF9BUIFVSVZPIjtzOjM6Ijk0MiI7fSI7czoxOiJoI-jtzOjMyOiI5NmUwY2RkMjU0ODg0ZmE2MzhjZGJjMjhjOGQ0O-GRjMSI7fQ%253D%253D+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 03 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. **Revista Brasileira De Direito Constitucional**, n. 3, Jan./Jun. – 2004 (Artigos). 2004. Disponível em <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/76/76>>. Acesso em 04 abr. 2018.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. **A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil:** um olhar para

além dos manuais jurídicos. 2012. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/13803>>. Acesso em 03 abr. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. As necessidades humanas como fonte insurgente de direitos fundamentais. In **Veredas do Direito**, Vol. I, nº 3 – Jul./Dez. de 2004, p. 85 a 92.

# **VIOLAÇÕES EVIDENTES DE PRINCÍPIOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS: O PEDIDO DE VISTA NO STF COMO ÓBICE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL**

## **Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira**

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestre em Direito do Estado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Procurador do Estado de São Paulo. Professor Titular do Programa de Doutorado, Mestrado em Direito e Graduação da UNAERP.

## **Danilo Henrique Nunes**

Doutorando UNAERP SP – Professor UNIFEB – Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania. Professor dos cursos de graduação do Unifeb - Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP e dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP.

## **João Pedro Silvestrini**

Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Professor de Direito do Centro Universitário Estácio Ribeirão Preto.

Submetido em: 11/02/2021

Aprovado em: 12/05/2021 e 17/05/2021

Resumo: O presente trabalho analisa, sob a ótica dos princípios constitucionais fundamentais da duração razoável do processo e da celeridade e economicidade processuais, os pedidos de vista no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Tal mecanismo tem-se apresentado como clara afronta à tutela jurisdicional satisfativa dos interessados da relação processual e, em último caso, à própria sociedade, que é a destinatária dos serviços do Estado. Assim, a partir do método hipotético-dedutivo, objetiva-se não só trazer ao debate essas violações, mas estabelecer análise de projetos de lei que trataram do tema e que, arquivados recentemente, mantêm a sociedade refém desse mecanismo processual.

Palavras-Chave: Pedido de vista; Razoável duração do processo; Judicialização da política.

Abstract: The present work analyzes, from the perspective of the fundamental constitutional principles of the reasonable duration of the process and the speed of the proceedings, the requests of the Federal Supreme Court (STF). Such a mechanism has proved to be a clear affront to the satisfactory judicial protection of those involved in the procedural relationship and, ultimately, to the company itself, which is the recipient of State services. Thus, from the hypothetical-deductive method, the objective is not only to bring to the debate these violations, but to establish an analysis of bills that dealt with the issue and which, recently filed, keep society hostage to this procedural mechanism.

Keywords: Request for view; Fair process duration; judicialization of politics.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho utiliza-se do método de revisão de literatura e hipotético-dedutivo para refletir sobre as dicotomias existentes entre os princípios da razoável duração do processo (celeridade processual) e economia processual, em conjunto com a efetividade da justiça, de um lado e, de

outro, os efeitos do pedido de vista realizado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre tais principiologias.

Para tanto, far-se-á observação atenta ao fato de que existem princípios norteadores das atribuições e atividades desempenhadas pelo Pretório Excelso que são oportunamente violados quando da atuação político-estratégica dos ministros que o compõem.

Como cediço, os princípios jurídicos são construções filosóficas dotadas de alto poder de abstração e de força normativa, alcançando onde a norma regra por vezes não consegue chegar na aplicação prática do direito, consagrando princípios fundamentais caros aos indivíduos. Assim, os princípios são os pilares do ordenamento jurídico e fonte de decisões judiciais, além de fontes gerais do direito. Ademais, eles refletem a construção filosófica secular do pensamento jurídico a serem compreendidos nos métodos teleológicos, semânticos, axiológicos e gnoseológicos. A somar, ventilar-se-á a discussão do contexto utilizado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do pedido de vista aos autos por eles requeridos e como tal opção de visualização de atos processuais pode afetar drasticamente o correto andamento processual de um caso concreto (com estagnação por prazo indeterminado do feito, até que este seja posto novamente em pauta para julgamento), bem como afetar questões pendentes de solução jurídica que são de interesse da coletividade e, conseqüentemente, da população brasileira como um todo. Verificar-se-á cada um dos principais princípios regentes das ações do Poder Judiciário, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, e como estes devem ser seguidos pelos ministros da mais soberana Corte nacional, a fim de evitar a caracterização de flagrante desrespeito à Constituição e às demais normas infraconstitucionais quanto à ausência de celeridade e economicidade processuais como óbice ao acesso à justiça, diante das funções referentes ao pedido de vista.

Por derradeiro, porém não menos importante e longe de buscar soluções ou respostas definitivas à questão trazida à baila neste trabalho monográfico, analisar-se-ão informações estatísticas pontuais e apontamentos críticos de juristas brasileiros, para embasar as considerações finais do pre-

sente estudo, consubstanciando os elementos todos tratados ao longo do desenvolvimento da temática em comentário.

## **1 PRINCÍPIOS FILOSÓFICOS DO DIREITO: OS PRINCIPAIS AGENTES NORTEADORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E DAS AÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Consabidos os estudos e elucidações doutrinários atinentes ao tema abordado ao longo deste trabalho, faz-se importante evidenciar a que se refere a terminologia “Princípios do Direito”, para que, com clareza solar, diante de uma definição de natureza principiológica, seja possível prosseguir na seara de abordagem do presente estudo quanto ao bojo analítico das ações desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal. Miguel Reale (2003, p. 37) aduz que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Patente afirmar, portanto, à luz do lecionado por Reale (2003), que um princípio enseja a criação da norma e, nessa senda, reveste-se na função de nortear o legislador, em sua função teleológica, sobre as razões de consubstanciação da norma e efetivação dela de acordo com o definido no próprio ordenamento jurídico. Segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 180), “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”. Nas palavras de Silvio Venosa (2004, p. 162), é “por meio dos princípios, [que] o intérprete investiga o pensamento mais elevado da cultura jurídica universal, [na] busca de orientação geral do pensamento jurídico”.

Assinaladas as funções interpretativa e normativa acima mencionadas como sendo os mais importantes papéis dos princípios, Paulo Bonavides (1997) esclarece, oportunamente, que a normatividade (vigência, validade e obrigatoriedade) dos princípios não se prende ao simples fato de se figurarem nos textos legais; isso porque, conforme completa José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 168), a normatividade principiológica insta-se da condição de “normas jurídicas impositivas de uma otimização”, travestida da necessidade de efetivação, celeridade e garantia de aplicação no espaço-tempo da vigência das normas jurídicas.

### 1.1 Do Princípio da Efetividade da Justiça

O princípio da eficiência situa-se como uma imposição a um serviço de ordem pública que produza resultados aceitáveis dentro de um razoável período de tempo (o que aciona doutrinariamente a existência de outros dois princípios: o da Duração Razoável do Processo e o da Celeridade Processual). “A Constituição Federal é a norma fundamental, ou seja, é nela que buscamos o fundamento de validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico” (FERREIRA, 2016, p. 23). O Estado Democrático de Direito visa a solucionar eventuais imprecisões, ambiguidades e insuficiências transformadoras do Estado Social de Direito (LUÑO, 1986). Objetiva a renovação com justiça da realidade social, mediante a efetivação dos direitos fundamentais (NUNES; SILVEIRA, 2019). A eficiência não pode ser reconhecida como a expressão de um mero valor, mas como uma fidedigna ordem de conduta, conforme o que leciona Humberto Ávila (2015, p. 24) sobre a força normativa dos princípios, em sua obra “Teoria dos Princípios”:

Nessa perspectiva, afirma-se que os princípios possuem força normativa *prima facie*, no sentido de irradiarem uma força provisória, dissipável em razão de princípios contrários. (...) Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, promoverem meios para sua realização.

André Ramos Tavares (2017) informa que a principiologia da eficiência fora incluída expressamente na ordem constitucional com a chamada Reforma Administrativa (promovida pela Emenda Constitucional n. 19/98). O aludido princípio passou a figurar entre aqueles já estabelecidos no bojo do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Todavia, destaque-se que mesmo antes da chegada da Emenda Constitucional 19, considerável maioria da doutrina pátria já assinalava o reconhecimento da existência do princípio da eficiência como decorrente dos demais princípios administrativos. Uma norma terá validade quando, além de eficaz, for provida de reconhecimento normativo pela sociedade (SILVA; ASSIS, 2017).

Frise-se que compete aos magistrados de Primeiro e Segundo Grau e aos Ministros do Pretório Excelso a condução da marcha processual, já que, dentre todos os envolvidos na relação processual, o juiz é o responsável por conferir a direção do processo: “Esta é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente”(DIDIER JUNIOR, 2007, p. 103).

A realização do direito e o desempenho concreto de sua função social representam a materialização dos preceitos legais e demonstram afinidade entre o dever ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2006). Nesse sentido, Zaiden Geraige Neto (2003, p. 72) explica que o “dispositivo do inc. XXXV do art. 5 da CF é um princípio constitucional, uma garantia ao jurisdicionado, um verdadeiro sustentáculo do Estado Social e Democrático de Direito”.

Esse princípio constitucional é observado não apenas sob o enfoque de acesso ao Poder Judiciário, mas também a uma tutela jurisdicional adequada (FERREIRA; BORGES, 2018). O direito ao acesso à jurisdição é uma garantia fundamental, devendo ser tutelado pelo Estado a todos que necessitarem (COUTINHO; OLIVEIRA, 2017). O processo denota-se como requisito constitucionalmente indispensável para “dizer o direito” (jurisdição), de modo que possa garantir às partes nele envolvidas o integral

acesso à Justiça e o devido processo legal (SILVEIRA, 2013), nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988.

## 1.2 Do Princípio da Economia Processual

O segredo da economia processual consiste no melhor aproveitamento possível das ações processuais, de forma que não prejudique o interesse público ou qualquer outra parte.

Do ponto de vista sistêmico, o objetivo do princípio da economia processual é obter menos atividade judicial e mais resultados. E, para tanto, deve-se pensar em mecanismos para evitar a multiplicidade dos processos e, quando isso concretamente não ocorrer, diminuir a prática de atos processuais, evitando-se sua inútil repetição. Quanto à missão de evitar a multiplicidade de processos, não resta nenhuma dúvida de que as ações coletivas, ao evitarem a fragmentação do direito em inúmeras demandas individuais, contribuem significativamente para a economia processual no sentido ora analisado (NEVES, 2016, p. 138).

Por fim, Ricardo Chimenti (2002) sintetiza que o princípio da economia processual pretende obter o máximo rendimento da lei com o menor número possível de atos processuais. Nesse limiar, é possível aferir que, sob a perspectiva dos processos em trâmite na Suprema Corte Brasileira, gozará de economia processual o Supremo Tribunal Federal sempre que buscar solucionar de modo dinâmico e rápido.

## 1.3 Do Princípio da Razoável Duração do Processo

O Princípio da Razoável Duração do Processo ou da Celeridade Processual, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna de 1988, preleciona que: “os processos devem ser desenvolvidos em tempo razoável, a fim de alcançar o resultado no final de sua demanda”. André Ramos Tavares (2017) afirma que na Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, vislumbra-se uma referência constante à celeridade processual,

consagrada sob duas perspectivas que se complementam: a) a primeira delas, como direito fundamental; e a b) segunda, como diretriz estrutural do Poder Judiciário.

Dessa senda, é crível aferir que, por meio da Reforma do Judiciário ocasionada por força da Emenda Constitucional 45 de 2004, ocorreu, no ordenamento jurídico pátrio, o surgimento de novos direitos fundamentais, constantes desse último inciso (LXXVIII), quais sejam, por sua vez: a) a razoável duração do processo judicial; b) a razoável duração do processo administrativo; c) os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo judicial; e d) os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo administrativo. Esses princípios já se sustentavam no Brasil por meio dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil se fazia signatário, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1966, e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU também em 1966.

Na mesma linha de otimização da prestação jurisdicional, a Constituição prevê a possibilidade de delegação, aos servidores, da prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório (inciso XIV). Cabe assinalar que essa regra alcança apenas os atos ordinatórios, permanecendo o magistrado com a exclusividade dos atos de natureza jurisdicional. Por fim, a previsão de imediata distribuição dos processos (inciso XV), portanto logo após o ajuizamento, também está em consonância com o princípio da razoável duração do processo. Com o avanço da tecnologia, em especial com a implementação do processo eletrônico, a distribuição se tornará cada vez mais ágil, proporcionando um acesso mais efetivo à prestação jurisdicional (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1583).

Na mesma seara, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 218), ao tratar da importância da efetividade na entrega dos resultados jurisdicionais alcançados pelo Estado, leciona:

Pouco importa seja a ação um direito subjetivo, ou um poder, ou uma faculdade para o respectivo titular, como é desinfluyente tratar-se da

ação como direito concreto ou abstrato perante o direito material disputado em juízo, se essas ideias não conduzem à produção de resultados socialmente mais satisfatórios no plano finalístico da função jurisdicional.

A solução seria a implantação de mudanças na estrutura dos órgãos jurisdicionais, com número de juízes proporcional à população que atendem e ao número de processos em curso (THEODORO JÚNIOR, 2017).

É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional e da demora dos processos não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma jurisdição-relâmpago, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo. O que se deve ser combatido é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim de que as partes recebam pronunciamento decisório conclusivo em prazo razoável, evitando-se dilações indevidas no processo, resultantes dos períodos prolongados em que não são praticados atos no processo ou o são fora da previsão legal do tempo, em desobediência aos prazos previstos no próprio Código e impostos ao Estado, ao prestar o serviço público jurisdicional que monopoliza (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 218).

Enfim, é preciso consignar que a celeridade processual pode ser considerada instrumento complementar à admissão do direito à razoável duração do processo como direito fundamental.

## **2 O PEDIDO DE VISTA PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Adentrar-se-á, no momento, na relevância para o presente estudo acerca do pedido de vista, no Supremo Tribunal Federal, como óbice à con-

seção executória dos princípios acima mencionados. Nessa esteira analítica, é preciso mencionar, oportunamente, que no âmbito da Suprema Corte Brasileira existe o que se denomina “pedido de vista”. O referido pedido, além de servir como instrumento processual previsto no artigo 134, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para que os ministros possam estudar melhor os temas *sub judice* na Corte antes de providenciarem seus votos, por sua vez, possui outras duas funções, que se cumpre destacar: a) a primeira delas, de uso político; e b) a segunda, de uso estratégico, que serão abordadas tão logo se possa no corpo do presente tema.

Dispõe o artigo 134, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF): “Se algum dos ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los para prosseguimento da votação até a segunda sessão ordinária subsequente”. Assenta-se que tal norma encontra-se em consonância ao lecionado no art. 940, §1º, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução”.

Portanto, após solicitar vista dos autos sobre o qual melhor pretende se inteirar o ministro, este tem o prazo de 10 (dez) dias para devolver o processo por ele estudado, de modo que o julgamento acontecerá na sessão seguinte à da devolução dos autos, independentemente (frise-se!) de disponibilização de nova pauta para tal.

A função política do instituto em comento visa a auxiliar os ministros na relação do Supremo Tribunal Federal para com os outros Poderes (Legislativo e Executivo) e com a sociedade, ao passo que confere aos ministros tempo para avaliarem as eventuais consequências das decisões por eles ali vergastadas, bem como o tempo para ouvir atores sociais e, quando necessário, inclusive, minimizar tensões que circundem o núcleo da temática sobre a qual estiverem tratando.

Por sua vez, a função de uso estratégico do pedido de vista denota-se como uma ferramenta de controle do andamento processual por parte dos

ministros que, oportunamente, pretendam impedir ou atrasar (propositalmente) os julgamentos da Corte, para que a solução do litígio sobre o qual se pede vista se dê em momento mais conveniente à disputa porvindoura em plenário quando do julgamento do caso, quer seja para aguardar quórum mais favorável ao seu entendimento, quer seja para aguardar eventuais modificações na composição da Corte. A somar, em virtude de alguns casos constatados como de morosidade excessiva, foi editada, em 2003, a primeira Resolução, a de nº 278, no Pretório Excelso, que estabelecia, dentre outras providências, que nenhum ministro poderia ficar mais de 30 dias (não corridos) com o processo sob análise.

Todavia, a referida resolução foi alterada em 2006 pela Resolução nº 322. Com o advento desta, verificou-se a ocorrência de diversos exemplos de pedidos de vista solicitados por ministros da Suprema Corte que extrapolaram o prazo ou interromperam julgamentos importantes quando já havia maioria de votos consolidados, para posterior decisão plenária acerca de determinada temática. A exemplo, cite-se que, em 3 de novembro de 2016, o ministro Dias Toffoli pediu vista de um processo movido pelo partido Rede Sustentabilidade, que questionava se réus poderiam presidir a Câmara dos Deputados e o Senado Federal (cargos estes que estão na linha sucessória da Presidência da República), quando seis dos onze ministros da Corte já haviam votado a favor do pedido da legenda. Utilizando-se do uso estratégico do pedido de vista, tendo em vista o fato de a decisão já encontrar-se, em sua maioria, consolidada, o ministro impediu deliberadamente a resolução da demanda, e, por conseguinte, o encerramento do processo com a entrega satisfativa e eficaz da tutela jurisdicional.

Por seu turno, em 7 de dezembro de 2016, depois que Renan Calheiros (PMDB-AL) já havia se tornado réu em ação penal, o plenário do Supremo Tribunal Federal voltou a discutir o tema, em razão de uma liminar exarada pelo ministro Marco Aurélio Mello, que retirava Renan do cargo de presidente do Senado. Na oportunidade do julgamento, a plenária decidiu que o peemedebista não poderia assumir a Presidência da República, contudo lhe estaria garantido o cargo de presidente do Senado. Porém

é forçoso destacar que o processo específico da Rede Sustentabilidade não mais obteve qualquer outro andamento processual, quedando-se estagnado quanto à decisão final a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que não incluiu o processo em pauta para julgamento.

Consoante dados do “III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo” (FALCÃO et. al., 2014), divulgado em 2014 pela Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio de Janeiro, até 31 de dezembro de 2013, entre os pedidos de vista feitos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, 2.215 foram devolvidos fora do prazo, de modo que outros 648 foram devolvidos tempestivamente (o que evidencia apenas 22,6% do total das devoluções como tempestivas). Patente questionar, portanto, qual é a efetividade da tutela jurisdicional prestada pelo Supremo Tribunal Federal quando do pedido de vista realizado pelos excelsos ministros, que protelam a satisfação eficaz da demanda jurídica.

## **2.1 Demonstrações de Casos: dos pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal**

Há, no Supremo Tribunal Federal, várias ações cujos julgamentos e soluções finais encontram-se estacionados em virtude de pedidos de vista realizados pelos ministros da Corte. O presente tópico se destina a demonstrar casos concretos que se encontram em situação estacionária ou que não auferiram solução devido à morosidade da tutela jurisdicional, de acordo com os dados divulgados pelo III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo (2014).

A começar, mencione-se o Agravo de Instrumento nº 132.755, que trata da execução fiscal promovida pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo em desfavor da empresa Indústrias J. B. Duarte S/A, protocolado em agosto de 1989. Em setembro de 1989, houve o primeiro pedido de vista, requerido pelo Ministro Celso de Mello. Em abril de 1990, houve o segundo pedido, por parte, dessa vez, do ministro Sepúlveda Pertence. Apenas em 2009 o processo foi devolvido para julgamento. Em abril de

2011, vinte e dois anos após o início de seu julgamento e com mais de vinte anos com pedidos de vista, o processo foi julgado prejudicado. Ademais, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.229, protocolada em 1995, para tratar da contratação de servidores públicos no Estado de Santa Catarina, o então ministro Sepúlveda Pertence requisitou vista. Em 2007, o processo foi encaminhado ao ministro Eros Grau e, em 2010, à ministra Cármen Lúcia. Somente em outubro de 2011 o pedido de vista foi devolvido para julgamento. E tão apenas em abril de 2013, após transcorridos 18 anos da distribuição da Ação Direta de Inconstitucionalidade e 15 anos do pedidos de vista, o pedido de liminar foi julgado.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, que trata da possibilidade da prisão de condenados a partir da Segunda Instância, protocolada em 19 de maio de 2016, o ministro Edson Fachin requisitou vista em novembro de 2016, e assim o fez novamente em março e maio de 2018 e, pela última vez, em 11 de setembro daquele mesmo ano. O processo retornou para julgamento e foi posto em pauta para ser apreciado em 10 de abril de 2019. Todavia, dessa vez, por meio de pedido de vista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, concedido pelo então Presidente do Supremo, Dias Toffoli, o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade voltou a ficar novamente suspenso até que os autos retornem para apreciação do plenário. Ademais, mencione-se o processo que trata do Foro Privilegiado. Encetado em maio de 2017, o julgamento foi interrompido pela requisição de vista do ministro Alexandre de Moraes quando já se havia verificado a composição de quatro votos favoráveis à restrição ao direito de parlamentares brasileiros serem julgados originariamente pelo próprio Supremo. Retornando para julgamento no final de novembro de 2017, havia se consolidado maioria de oito votos para deixar na Corte somente casos ligados ao mandato parlamentar. Todavia, o ministro Dias Toffoli, por seu turno, pediu vista sob o argumento de que o Congresso Nacional, concomitantemente, discutia a temática apreciada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

O mesmo ocorreu com o processo que tratava da mudança de nome de transexual. A possibilidade de transexuais alterarem o nome e o gênero no registro civil sem necessidade de cirurgia de mudança de sexo, em 2017, contava com cinco votos favoráveis consolidados na Suprema Corte. O julgamento teve início em novembro daquele ano, mas foi interrompido por Marco Aurélio Mello, que possuía sob sua relatoria uma ação semelhante. Na oportunidade, o ministro pediu vista porque não havia mínimo de oito ministros presentes no plenário naquele dia para deliberar sobre o processo sob seu exame. Destaca-se, igualmente, o processo que trata da descriminalização da maconha. Em 2015, dois ministros votaram pelo fim da punição para usuários de maconha. Contudo, o ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos. O ministro, por sua vez, morreu em um fatídico acidente aéreo no início do ano de 2017, razão pela qual a elaboração do voto anteriormente a ele conferido ficou a cargo de seu sucessor Alexandre de Moraes. Entretanto, até o presente momento, Moraes não concluiu seu voto, e o processo segue estacionário.

Por último, ainda a título elucidativo quanto aos pedidos de vista, é crível mencionar o julgamento do processo acerca de remédios caros fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Em setembro de 2016, o plenário da Suprema Corte empenhou a analisar se os governos estaduais deveriam fornecer medicamentos de alto custo fora da lista do SUS (constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME). À época, três ministros votaram de maneira diferente sobre o assunto, mas Teori Zavascki pediu vista dos autos. Alexandre de Moraes, que o sucedeu, apenas concluiu o seu voto em meados de 2018, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o assunto e modulou os efeitos da decisão sobre a temática em apreço.

Portanto, o que se vê é a incapacidade do direito, e mais precisamente a do Supremo Tribunal Federal, em corresponder contemporânea e instantaneamente à complexidade da sociedade que o circunda.

## 2.2 Críticas ao não cumprimento do Regimento Interno do STF e ao Pedido de Vista

A judicialização da política é um fenômeno decorrente da maior busca dos cidadãos pelo Judiciário, como consequência do molde garantista do Estado Social e da redemocratização. O exercício da judicialização ocorre pela provocação social, não podendo o Judiciário esquivar-se da pretensão subjetiva ou objetiva abstraída de um dispositivo constitucional, tendo que obrigatoriamente pronunciar-se sobre a matéria, o que ocasionalmente dá espaço para resquícios de subjetividade que podem comprometer a democracia, isto é, o ativismo judicial.

Os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial estão intrinsecamente ligados, mas não podem ser confundidos. O ativismo judicial demonstra a tendência proativa do Judiciário em interpretar a Constituição de forma a expandir o sentido e o alcance dos preceitos constitucionais, como a declaração de inconstitucionalidade de normas advindas do Legislativo, a aplicação direta da Constituição a casos não previstos diretamente em seu texto, destacando a figura do magistrado como legislador. Em tese, ao exercer essas atividades, o Judiciário não está extrapolando os limites da separação entre os poderes, já que se pronunciou quando acionado, não exercendo de sua própria iniciativa a atividade legiferante, vez que a jurisdição é reflexo do sistema de “freios e contrapesos”.

Há que se deixar bem claro que a judicialização da política não é situação pela qual é suficiente ao Poder Judiciário virar “as costas”, pois o aparelho constitucional deu deslinde incontornável a esse fenômeno, além de não se tratar de uma opção meramente política, quiçá discricionária. Isso revela um apelo popular de mirar no Poder Judiciário uma alternativa de manifestação corpórea de seus direitos, pois a sociedade vê o semblante ético da imparcialidade, lídima justiça, dotada de um processo cível, administrativo ou de qualquer outra seara, com racionalidade e transparência suficiente para lhe creditar todos os anseios das deliberações coletivas. Elival da Silva Ramos (2010) define por ativismo judicial o exercício da função jurisdicio-

nal, pelo Poder Judiciário, para além dos limites impostos pela legislação constitucional e infraconstitucional, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

O ativismo judicial, de acordo com o *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, remete à atuação do Poder Judiciário que ultrapassa os poderes a ele outorgado, em oposição à autocontenção judicial (HALL, 1992). Luís Roberto Barroso (2016) informa que a noção de ativismo judicial está relacionada a uma atuação mais intensa e ampla do Judiciário na efetivação das finalidades constitucionais, mediante a interferência na esfera de atuação dos outros dois Poderes.

Há uma expansão do espaço tradicional do Poder Judiciário na defesa da supremacia da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais (TAVARES, 2012; SILVESTRINI et. al., 2019). Geralmente, o ativismo se instala nos casos de retração do Poder Legislativo, correspondendo a um modo específico e proativo de interpretar a Constituição (BARROSO, 2016; KMIEC, 2004). Essa função se assemelha à de elaboração do próprio direito, distanciando os juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do ordenamento jurídico (MARSHALL, 2002; GREEN, 2009). No ativismo judicial, observa-se verdadeira “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa, e até mesmo da função de governo” (RAMOS, 2010, p. 116).

Por conta do ativismo do Poder Judiciário, não há uma democrática judicialização das decisões mais relevantes, mas sim uma hipertrofia do sistema jurídico sobre o sistema político (TAVARES, 2012). O Código de Processo Civil, no corpo de seu artigo 940, abarca a possibilidade de realização do pedido de vista a autos processuais, assim delimitando-o em 10 (dez) dias.

Já o Regimento Interno da Suprema Corte, em seu artigo 134, *caput*, define, nestes termos, o pedido de vista do processo: “Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

A Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), no artigo 121, segue no mesmo caminho. A Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003, do Supremo Tribunal Federal, embora desatualizada em relação ao art. 940 do Novo Código de Processo Civil, há muito prevê os mesmos 10 (dez) dias. Ocorre, como também já bem elucidado nos tópicos anteriores deste trabalho, que os dispositivos supracitados são flagrantemente violados no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O pedido de vista é uma “carta na manga” dos ministros do Supremo Tribunal, utilizada para interromper determinado julgamento por motivos diversos, o que, verdadeiramente, pode ser utilizado como um “poder de veto unilateral” por quem pede vista do processo (FALCÃO et. al., 2014).

O pedido de vista nunca foi previsto na Constituinte ou pelo legislador. Também não conheço nada do tipo em outros países. Além disso, um tribunal com funcionamento adequado nunca tem um processo pautado para a semana ou o mês seguinte, como acontece no Brasil, e é usado como justificativa pelos ministros para interromper o julgamento para estudar o processo. [...] Mesmo que haja um acúmulo de milhares de ações esperando julgamento no STF, a pauta também poderia ser antecipada no início do ano aqui. E ainda que isso não aconteça, cada ministro tem um gabinete com 40 pessoas para acompanhar o relator, ou até mesmo faltar a uma sessão podem ser alternativas melhores do que a interrupção de um julgamento. [...] Assim, pedir vista é o pior dos mundos: envolve um exercício de poder em casos que não deveriam ser decididos unilateralmente.”, completa, caracterizando o discurso “oficial” da dedicação ao caso como “muito útil” (FALCÃO et. al., 2014).

Nota-se que a densa judicialização frequente no Brasil tem como causa o desenho institucional brasileiro. Não se trata, como já referido, de uma opção política do Poder Judiciário, mas das causalidades de um país em desenvolvimento, que ainda deve o juramento do *Welfare State*, em nada se apresentando, como possa parecer, com ativismo judicial; embora pertençam a uma mesma família, não possuem origem comum. Nesse sentido, a suspensão por tempo indeterminado dos artigos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal, incluídos pelo artigo 3º da Lei nº 13.964, de 2019, que instituíram a figura

do juiz de garantias, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (artigo 3º-B, *caput*), na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF, pode caracterizar uma atuação ativista por parte da Suprema Corte.

A tripartição dos poderes detém uma abstração quase instrumental, a título de apenas delinear as partes de um todo que se chama Estado. Afinal, o poder é uno, e tem-se dito que a divisão dos poderes nunca se dissociará. Montesquieu (2010) notou, sob uma singular análise, que, em momentos da história, o Estado conclama sempre três funções essenciais: lançar atos gerais; posteriormente, atos especiais; e solucionar conflitos advindos dos atos.

Diante de tais elucidações temáticas, e com a devida vênia, aparenta-se forçoso questionar a atual forma de proceder da Suprema Corte Brasileira quanto ao uso estratégico do pedido de vista.

### **2.3 Possíveis Alternativas Voltadas à Solução da Dicotomia Processual Verificada quanto ao Pedido de Vista**

Sopese-se, como uma das possíveis alternativas voltadas à solução da dicotomia processual verificada quanto ao pedido de vistas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, o seguimento, pelo Pretório Excelso, da Resolução nº 04/2015, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, que regulamenta o art. 162, *caput*, e §§1º e 2º, do Regimento Interno daquele Superior, para dispor sobre o prazo de pedido de vista em sessão de julgamento, qual seja, 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta), para devolução a julgamento dos processos em que os ministros solicitarem vista, de modo que não cumprido o vencimento temporal, o processo será automaticamente incluído na pauta da sessão subsequente. A alternativa, por sua vez, na melhor das hipóteses, demonstra-se controvertida, porém limitará em noventa dias totais o máximo de tempo em que um processo ficará aos cuidados de um ministro. Evidencia-se outra possibilidade: esta, no que lhe concerne, encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados.

Trata-se do Projeto de Lei nº 5.797, de 2016, que pretende estabelecer aos ministros do Supremo Tribunal Federal prazo limite de 10 (dez) dias para que estes procedam à devolução de processos administrativos ou judiciais.

O Projeto de Lei previa, ainda, que a limitação também valerá para os membros do Superior Tribunal de Justiça; dos Tribunais Regionais Federais do Trabalho, Eleitorais e Militares; e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Ademais, dispõe que, se aprovado e tornado lei, o prazo por ele estatuído deverá ser adotado por todos os órgãos jurisdicionais, independentemente do prazo outrora verificado nos Regimentos Internos. Todavia, a última Ação Legislativa do Projeto de Lei em comento informa que, em 31 de janeiro de 2019, ele fora arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno daquela Casa Legislativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consabida a temática abordada no presente trabalho foi possível por meio da pesquisa bibliográfica e documental, da observação de situações em que o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, na condição de Suprema Corte e Estado-Juiz Brasileiros, torna-se sinônimo de morosidade e afronta a princípios constitucionais e processuais quanto ao pedido de vistas solicitado pelos ministros do próprio Supremo Tribunal Federal. Assim, diante do que foi observado ao longo deste estudo, verificou-se que o pedido de vista de autos processuais, por sua vez, embora possua inatamente função instrumental na relação processual, também goza de outras duas funções (política e estratégica), que, usadas a critério dos ministros do Supremo Tribunal Federal, podem ferir direitos e garantias fundamentais dos envolvidos no processo, mormente o caracterizado desrespeito ao estatuído nas normas infraconstitucionais quanto ao prazo de dez dias para a devolução dos autos para julgamento, prazo esse não cumprido pelos excelsos daquela Corte.

Esse questionamento, em virtude da análise realizada quanto ao que dispõem o art. 940 do Código de Processo Civil, o artigo 134, *caput*, do

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e o insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, que asseguram, por seus turnos, a viabilidade da razoável duração do processo e a celeridade processuais, são razões legais que não se encontram assentadas nos pedidos de vista de ordem estratégica.

Com a devida vênia, entende-se ser necessário que os ministros respeitem o garantido na Magna Carta de 1988, no Regimento Interno do Pretório Excelso e no Novo Código de Processo Civil quanto à rápida devolução dos processos cujo julgamento esteja suspenso por pedido de vista, vislumbrando as condições de vida prática, bem como os reflexos das decisões ou ausência delas para a sociedade brasileira.

De toda sorte, é preciso consignar que, para que os ministros da Suprema Corte respeitem o prazo de dez dias para procederem à devolução dos autos sob vistas, não se vislumbra como principal argumento indispensável a esse respeito a formulação de novas leis para tal (à exceção da possibilidade do ventilado no Projeto de Lei nº 5.797/16, da Câmara dos Deputados), pois, se respeitadas as normas e premissas constitucionais já existentes e vigentes, ter-se-ia a conclusão dos processos de forma hábil, eficiente e satisfatória, tudo conforme bem analisado no bojo nuclear do presente estudo.

Pertinente considerar a necessidade de reapreciação e reapresentação do Projeto de Lei nº 5.797/16, da Câmara dos Deputados, atualmente arquivado, já que este, como garantia normativa máxima, produziria e vincularia os seus efeitos a todos os órgãos do Poder Judiciário, incluindo o próprio Supremo Tribunal Federal, objeto principal do embate temático até aqui bem enfrentado, que ora se conclui.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis*. 4. ed. Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; OLIVEIRA, Olívia D. M. Estatuto da Pessoa com Deficiência e Acesso à Justiça: uma análise sob a ótica dos direitos fundamentais. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto/SP, a. XXII, v. 26, n. 2, p. 190 – 208, jul./dez. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas. *As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional*. Processo Civil Reformado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. v. 1. Salvador: Juspodivum, 2007.

DIREITO, Gustavo. O Supremo Tribunal Federal – uma breve análise da sua criação. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas/Rio, FGV-Rio, Rio de Janeiro, v. 260, p. 255-282, maio/ago. 2012. Versão digital. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8837/7630>>. Acesso em 19 mar. de 2019.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; BORGES, Daniela Meca. A Limitação Territorial da Coisa Julgada como Óbice ao Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 16, n. 23, p. 160 – 183, jul./dez. 2018.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195 – 1263, 2009.

HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441 – 1477, 2004.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101 – 140, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. Salvador: JusPodiVm, 2016.

NUNES, Danilo Henrique; SILVEIRA, Sebastião Sérgio. A Banalização dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Controle Difuso de Constitucionalidade e Separação de Poderes. *Revista Eletrônica de*

*Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 2, p. 74 – 95, mai./ago. 2019.

PEREIRA, Saylon Alves. *Os pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal: uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade*. 2010. Dissertação de Grau para Bacharel em Direito – Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2010. Versão digital. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/177\\_Monografia-Saylon-Pereira.pdf](http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/177_Monografia-Saylon-Pereira.pdf)>. Acesso em 19 jan. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Adriana Campos; ASSIS, Christiane Costa. Direito, Interpretação Constitucional e Interpretação Conforme a Constituição. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto/SP, a. XXII, v. 26, n. 2, p. 153 – 167, jul./dez. 2017.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Justiça como Equidade e o Problema da Razoabilidade. *Revista Dois Pontos: revista dos departamentos de filosofia da UFPR e UFSCAR*. Curitiba, São Carlos, v. 10, n. 1, p. 37 – 59, abr. 2013.

SILVESTRINI, João Pedro; GERAIGE NETO, Zaiden; VILELA, Thiago Ribeiro Franco. A Contribuição do Código de Defesa do Consumidor na Tutela de Interesses Individuais e Coletivos. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Santo Ângelo, v. 19, n. 34, p. 97 – 112, maio/agos. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As Vias de Execução do Código de Processo Civil Brasileiro Reformado*. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Ogs.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004.

# PERSPECTIVES ON EMERGING ISSUES IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW: THE ROLE OF HUMAN DIGNITY IN ACHIEVING THE UN SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS<sup>1</sup>

**James R. May**

JD (University of Kansas), LLM (Pace University), BSME (University of Kansas), Distinguished Professor of Law, Delaware Law School; President of Dignity Rights International; Representative of Environmental and Nature Rights, International Council of Environmental Law (ICEL); Board Member, Normandy Chair for Peace.

**Erin Daly**

JD (University of Michigan), BA (Wesleyan University); Professor of Law, Delaware Law School; Executive Director of Dignity Rights International; Director of the Global Network for Human Rights and the Environment; the US National Correspondent for the Centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE); Board Member, Normandy Chair for Peace. The authors thank John Dernbach for helpful comments to a draft of this paper.

Submetido em: 23/03/2021

Aprovado em: 25/03/2021 e 06/04/2021

---

<sup>1</sup> Originally published as "The UN Sustainable Development Goals and Dignity Under Law," in *International Environmental Lawmaking and Diplomacy Review*, 15-33 (Univ. of Eastern Finland Press-United Nations 2019), available at: [https://sites.uef.fi/cceel/wp-content/uploads/sites/185/2020/12/2019-MEA-Course-Review\\_Official.pdf](https://sites.uef.fi/cceel/wp-content/uploads/sites/185/2020/12/2019-MEA-Course-Review_Official.pdf)

Abstract: Sustainable development – the idea that human development must be realized in conjunction with a commitment to leave for future generations an environment at least as livable as presently enjoyed – has become a common if not ubiquitous feature in legal expressions at the international, national and subnational levels, culminating in the United Nations setting 17 Sustainable Development Goals (SDGs) to achieve by 2030. What is not often appreciated is that the core purpose of the SDGs is to advance human dignity, which coheres and complements them. This article explores how the concept of dignity has evolved in law, what it means to environmental protection, and how taking it seriously would contribute to better outcomes in achieving the SDGs. Ultimately, taking due account of human dignity has the power to inform, if not transform, discourse about and implementation of the SDGs.

Keywords: Human dignity, dignity rights, sustainability, Sustainable Development Goals, environmental human rights, climate change

## 1 INTRODUCTION

‘Sustainability’ – the idea that those living have a responsibility to leave for future generations an environment at least as livable as presently enjoyed – has witnessed dispersive distribution, including applications to energy policy,<sup>2</sup> constitutionalism (MAY, 2018, p.130) e (MAY, 2017, p.308-318), and the concept of ‘sustainable development’. (MAY, 1998, p.197-212). The latter has become a common if not ubiquitous feature in legal expressions at the international, national and subnational levels, culminating in the United Nations setting 17 Sustainable Development Goals (SDGs) to achieve by 2030. (UNGA, 2015).

<sup>2</sup> See, generally, John C. Dernbach and James R. May, *Shale Gas and the Future of Energy: Law and Policy for Sustainability* (Edward Elgar, 2016); James R. May and John C. Dernbach, ‘Introduction: Shale Gas and the Future of Energy’ in *ibid.* at 1-16; John C. Dernbach and James R. May, ‘Shale Gas and Sustainable Future’ in *ibid.* at 293-308; James R. May and Erin Daly, ‘Ten Good Practices in Environmental Constitutionalism That Can Contribute to Sustainable Shale Gas Development,’ in Jordi Jaria i Manzano, Nathalie Chalfour and Louis J. Kotzé (eds), *Energy, Governance and Sustainability* (Edward Elgar, 2016) at 30-55; John C. Dernbach and James R. May, ‘Can Shale Gas Help Accelerate the Transition to Sustainability?’, 57(1) *Environment: Science and Policy for Sustainable Development* (2015) 4-15.

The SDGs face myriad conceptual, structural and other challenges, most importantly that they are often treated as if disconnected from within.<sup>3</sup> For instance, the annual United Nations High Level Political Forum on Sustainable Development<sup>4</sup> (formerly the UN Commission on Sustainable Development) focuses on a few connected SDGs at a time, such as (in 2019) achieving SDGs 13 (climate action) and 17 (peace, justice and strong communities). Moreover, the concept of ‘sustainability’ has a growing cadre of critics who hold that the concept has reached the limits of its own utility, is not a reliable basis for governance, has not much improved environmental outcomes, is no match for the Anthropocene, and should be replaced by the goal of ‘resilience.’<sup>5</sup>

Yet these criticisms and challenges overlook, if not ignore, the SDGs’ core purpose: to advance human dignity, which coheres and complements them. Appreciating this profound, if simple, attribute warrants exploration of the concept of dignity, how it has evolved in law, what it means to en-

---

3 See, for instance, John H. Knox, ‘Human Rights, Environmental Protection, and the Sustainable Development Goals’, 24 *Washington International Law Journal* (2015) 517-536 at 524 (‘the specific targets are often written in language that is neither concrete nor closely linked to existing human rights obligations.’); Ranjula Bali Swain, ‘A Critical Analysis of the Sustainable Development Goals’ in Walter Leal Filho et al. (eds), *Handbook of Sustainability Science and Research* (Springer, 2017) 341-355 at 341 (‘The ambitious UN adopted Sustainable Development Goals (SDGs) have been criticized for being inconsistent, difficult to quantify, implement and monitor.’); Jayati Ghosh, ‘3 obstacles that stand in the way of the UN’s Sustainable Development Goals’ (World Economic Forum, 2019), available at <<https://www.weforum.org/agenda/2019/09/3-obstacles-that-stand-in-the-way-of-the-un-s-sustainable-development-goals>> (visited 25 August 2020) (‘For starters, the international economic architecture and associated patterns of trade and capital flows continue to drive inequality... Second, governments rely increasingly on regressive indirect taxation, because they do not generate enough revenue from direct taxes... Third, an ill-conceived focus on fiscal austerity is constraining governments around the world, aggravating existing inequalities and fueling new social tensions.’); Laura Ortiz Montemayor, ‘The trouble with the UN SDGs 2030 global goals’ (Medium, 2018), available at <<https://medium.com/@lauraom/the-trouble-with-the-un-sdgs-2030-global-goals-99111a176585>> (visited 25 August 2020) (‘True Sustainable Development Goals would include individual empowerment, economy at the service of people and planet.’)

4 See <<https://sustainabledevelopment.un.org/hlpf>>.

5 See, for instance, Melinda Harm Benson and Robin Kundis Craig, *The End of Sustainability. Resilience and the Future Of Environmental Governance in the Anthropocene* (University of Kansas Press, 2017) (‘The time has come for us to collectively reexamine – and ultimately move past – the concept of sustainability in environmental and natural resources law and management.’). Cf., Frederico Cheever and John C. Dernbach, ‘Sustainable Development and its Discontents’, 4(2) *Transnational Environmental Law* (2015) 247-287 (supporting concept). See also John C. Dernbach, ‘Navigating the U.S. Transition to Sustainability: Matching National Governance Challenges With Appropriate Legal Tools’, 44 *Tulsa Law Review* (2008) 93-120 at 120: ‘The suggested legal structure includes a required national strategy, long-term and short-term goals, better integration of environment into decision making across and among various levels of government, public education and engagement, a broad range of legal and policy tools, feedback mechanisms to foster learning, and designated governmental entities for coordinating or managing this effort as well as providing an independent review of their efforts.’

vironmental protection, and how taking it seriously would contribute to better outcomes in achieving the SDGs. Ultimately, taking due account of human dignity has the power to inform, if not transform, discourse about and implementation of the SDGs. (MAY & DALY, 2020).

Section 2 briefly summarizes how sustainability is reflected in law, primarily through the SDGs. Section 3 describes relevant legal expressions of human dignity. Section 4 then explores how human dignity informs understanding and implementation of sustainability, and Section 5 how advancing human dignity is the core purpose of the SDGs. Section 6 concludes the paper.

## 2 SUSTAINABILITY, THE SDGS, AND LAW

Sustainability has a vast reach, embodying environmental, social and economic equity in a variety of contexts, including dignity (DALY & MAY, 2016, p. 218, 242), human rights (UN Doc. A/HRC/28/6, 2015, p.11-12), climate change, access to and availability of fresh water (MAY, 1998), shale gas development (DERNBACH & MAY), corporate practices, and higher education, among others.

Sustainability is also a central feature in international and domestic relations (MAY & KELLY, 2012, p.13-24). It has long served as a general principle of international environmental law, including as an interpretive principle in international accords (PANJABI, 1997) and by international tribunals resolving environmental disputes. (HIGGINS, 1999).

Domestically, sustainability has infiltrated constitutionalism around the globe. Presently, more than three-dozen countries incorporate sustainability in their constitutions by advancing ‘sustainable development’, the interests of ‘future generations’, or some combination of these themes. (MAY & DALY, 2015)<sup>6</sup> Switzerland’s constitution, for instance, contains a section

<sup>6</sup> See James R. May and Erin Daly, *Global Environmental Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2015), Appendix E and associated text (denoting the role of sustainability in the development of international and national law, and analyzing constitutional provisions that embed sustainability from around the world); James R. May, ‘The North American Symposium on the Judiciary and Environmental Law: Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide’, 23 *Pace Environmental Law Review* (2006) 113-182, Appendix B (listing countries that

entitled ‘Sustainable Development’, which provides that ‘[t]he Confederation and the Cantons shall endeavor to achieve a balanced and sustainable relationship between nature and its capacity to renew itself and the demands placed on it by the population.’<sup>7</sup> Albania’s constitution proclaims that the state ‘aims to supplement private initiative and responsibility with: Rational exploitation of forests, waters, pastures and other natural resources on the basis of the principle of sustainable development.’<sup>8</sup> Colombia’s constitution requires policy-makers to ‘plan the handling and use of natural resources in order to guarantee their sustainable development...’<sup>9</sup> These constitutional provisions help bridge the gap left by international and domestic laws, even given the array of sustainability provisions already in existence.

That is not to say, however, that sustainable development has been implemented as a governing legal principle. For instance, while South Africa’s constitution was among the first to embrace sustainable development in 1996, the provision has had little practical effect. (KOTZÉ, 2012-2013) Likewise, while Section 225 of the Brazilian constitution requires that governmental policies promote ecologically sustainable development, apex courts there rarely enforce this provision.<sup>10</sup> On the other hand, sustainability has earned a foothold with some international tribunals. (HIGGINS, 1999, p. 87-111). Nonetheless, even though the vast majority of these provisions do not create judicially enforceable rights, they affirm national values of environmental sustainability to which policy-makers and courts may advert.

The most significant international expression of sustainable development is the United Nations’ 2015 Sustainable Development Goals, which are the culmination of four decades of multidisciplinary and legal thinking about what sustainable development means, and grasping that, how to effectuate it. The SDGs are 17 ‘Goals’ to achieve by 2030, including protecting biodiversity; ensuring clean water, air, land and food; ending poverty,

---

have constitutionally entrenched environmental policies as governing principles, some including sustainability).

7 Constitution of Switzerland, Ch. II, § 4, Art. 73.

8 Constitution of Albania, Part II, Ch. 5, art. 59(1)(dh).

9 Constitution of Colombia, Title II, Ch. 3, Art. 80.

10 For instance, *Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística v. Governador do Estado de São Paulo, S.T.F., ADPF 234 MC/DF, DJe 06.02.12 (Rel. Min. Marco Aurélio) (Braz.)* (case brought by asbestos transporters against a state law on constitutional grounds).

hunger and discrimination; and providing access to justice and opportunity for the future. (HIGGINS, 1999, p. 87-111). The SDGs

are the blueprint to achieve a better and more sustainable future for all. They address the global challenges we face, including those related to poverty, inequality, climate, environmental degradation, prosperity, and peace and justice. The Goals interconnect and in order to leave no one behind, it is important that we achieve each Goal and target by 2030. (UN, 2020)

The adoption of the SDGs has the potential to influence law (if soft at that) under international and domestic regimes. (ARAJÁRVI, 2017) Specifically, sustainable development has served as a mostly normative concept in international, regional and domestic law. (VIÑUALES, 2019). In addition to the SDGs and other mechanisms designed to advance sustainable development directly, the concept of sustainable development informs or animates international law under various international accords, including Article 12 of the Kyoto Protocol (1998) (the ‘Clean Development Mechanism’) and in Article 6(4) of the Paris Agreement (2015-2016) (often called ‘Sustainable Development Mechanism’). Regionally, sustainable development is also an explicit component of several bilateral and regional trade agreements, including the 2018 European Union Action Plan on Trade and Sustainable Development.

Moreover, sustainable development has played an explicit or normative role in shaping the adjudication of international law. As to the former, the World Trade Organization (WTO) Appellate Body<sup>11</sup> invoked the General Agreement on Tariffs and Trade’s<sup>12</sup> expressed objective of sustainable development when interpreting the terms ‘exhaustible natural resources’ under Article XX(g) (‘relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption’) as reflecting ‘contemporary concerns of the community of nations about the protection and conserva-

11 See <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/appellate\\_body\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm)>.

12 General Agreement on Tariffs and Trade, Marrakech, 15 April 1994, available at <<http://www.wto.org>>.

tion of the environment.’ (WTO, 1998, p. 129). Similarly, in *China – Raw Materials*, the Panel noted ‘that the international law principles of sovereignty over natural resources and sustainable development... are relevant to our interpretive exercise in this dispute.’ (WTO, 2012, p. 306).

The *Gabčíkovo-Nagymaros* case provides an example of the latter, where the International Court of Justice noted that sustainable development had ‘to be taken into consideration, and... given proper weight, not only when States contemplate <sup>36</sup> new activities but also when continuing with activities begun in the past.’<sup>13</sup>

Regional adjudicative bodies have made reference to sustainable development or, at least, to integration, even in the absence of a specific treaty basis, including in the *Ogoni* case, where the African Commission on Human and Peoples’ Rights<sup>14</sup> reasoned that Article 24 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights<sup>15</sup> (the collective right to a generally satisfactory environment) required Nigeria ‘to take reasonable and other measures to prevent pollution and ecological degradation, to promote conservation, and to secure an ecologically sustainable development and use of natural resources’. (SERAC, CESR, 2001). Domestic courts have been least receptive to sustainable development, however, including in the United States. (MAY, 2009, 20-29, 81-82). These adjudicative developments noted, it is fair to observe that sustainable development seldom provides a ‘decision-making function’, and should be ‘considered a normative concept’, rather than a rule. (VIÑUALES, 2019).

What can be lost in conversations about the SDGs is the elegant idea that dignity stitches them together. Understanding the implications of this simple step warrants exploration of the concept of dignity, how it has evolved in law, what it means to environmental protection, how it is a core purpose of the SDGs, and how taking it seriously would improve implementation of the SDGs, discussed below.

13 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports (1997) 7, para. 140.

14 See <<https://www.achpr.org/>>.

15 African Charter on Human and People’s Rights, Nairobi, 27 June 1981, in force 21 October 1986, 21 International Legal Materials 58.

### 3 HUMAN DIGNITY AND LAW

Dignity refers to the inherent humanness of each person; it is an elemental value that presupposes that every human being has equal worth. It emphasizes the fundamental value and equality of all members of society – humans not only are endowed with dignity, but each is endowed with an equal quantum of dignity. (DALY, 2020, 2018, 2019, 2015, 2008)<sup>16</sup>

But it was not always thus. As a philosophical matter, in ancient Western traditions, for instance, dignity was ordinarily reserved to denote high social or political *status*. The Stoics then developed the *humanness* of dignity, that is, the idea that every person considered to be a person possesses dignity; this may have expanded the scope of application of the conception but still left out the half of the population that was female, as well as most immigrants, the conquered, the enslaved and the rest whose status as citizens could be questioned. Cicero's writings may have reflected both the status conception and the inherence conception applied slightly more broadly. (CÍCERO, 1965). In the Islamic world, by contrast, a distinctive dignity was given to all 'children of Adam'. (KAMALI, 2002). Middle-ages Christian theology then aligned dignity with human suffering (BAYERTZ, 1996). and again limited its applications to those within the defined community.

Some early Renaissance humanist scholars wrote about man's distinctiveness from other planetary inhabitants and his – always *his* – capacity for the exercise of free will, in sometimes uneasy conversation with Church teachings. (MIRANDOLA, 1956). As notions of citizenship expanded and with it notions of humanity, Enlightenment and other philosophers began to consider that dignity inhered in the human person and did not have to be granted by the will of another. With Immanuel Kant in the

---

<sup>16</sup> See, generally, Erin Daly, *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person* (University of Pennsylvania Press, 2d ed., 2020); Erin Daly and James R. May, 'A Dignity Rights Primer', 3 *Juriste Internationale* (2018) 21; James R. May and Erin Daly, 'Why Dignity Rights Matter', 19 *European Human Rights Law Review* (2019) 129-134; Aharon Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (Cambridge University Press, 2015); Catherine Dupré, *Age of Dignity: Human Right and Constitutionalism in Europe* (Hart Publishing, 2018); Christopher McCrudden, 'Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights', 19 *European Journal of International Law* (2008) 655-724 at 667 and 718.

lead, the seeds of universal dignity were sown. (HARPER & ROW, 1964), (LIBERTY CLASSICS, 1987), (P. F. COLLIER & SON COMPANY, 1938); (ROUTLEDGE & KEGAN PAUL, 1977).<sup>17</sup> Many Eastern traditions reflected congruent considerations of human dignity. (BRÜNING, 2013, p. 150-175). Twentieth century philosophers, including Hannah ARENDT (1949, p. 24-36). and Ronald Dworkin (2011 and 2018), also drew attention to the place of dignity in the human experience, now as an inherent and truly universal concept.

As understood in modern times, dignity has six interconnected elements. First, each person – every member of the human family – has value; no one can be dismissed, ignored, mistreated, or abused as if their humanity means nothing. Dignity stands for the proposition that each person's humanity *means something* and has *worth*. Each person has a right to live as if his or her life matters and to be treated 'as a person'. (DALY & MAY, 2016).

Second, each person's worth is equal to every other person's. As we have noted elsewhere,

No one's life is more important than any other person's. If each person's right to agency, to self-development, to choose one's life course is the same as every other's, then no one can determine another person's choices, treat another as an object, or treat a person as if his or her life does not matter. Despite our differences, in our humanity, we are all equal. It is in dignity that we are united. (DALY & MAY, 2016).

Third, dignity inheres in the human person. The Universal Declaration of Human Rights<sup>18</sup> defines the scope in time and space: it applies to every

---

17 Immanuel Kant, 'Groundwork of the Metaphysics of Morals' translated and analysed by Herbert James Paton (Harper & Row, 1964). See further, David Hume, 'Of the dignity or meanness of human nature' in Eugene F. Miller (ed. with a Foreword, Notes and Glossary), *Essays Moral, Political and Literary* (revised ed., Liberty Classics, 1987) 80–86; Jean Jacques Rousseau, 'Discourse on Inequality' in Charles W. Eliot (ed.), *French and English Philosophers*. Descartes, Rousseau, Voltaire, Hobbes (P. F. Collier & Son Company, 1938); John Stuart Mill, 'On Liberty' in John M. Robson (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol XVIII: *Essays on Politics and Society* (University of Toronto Press and Routledge & Kegan Paul, 1977).

18 Universal Declaration of Human Rights (UDHR), Paris, 10 December 1948, <[http://www.ohchr.org/ EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/eng.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf)> (visited 10 May 2020).

person ‘born’ into ‘the human family.’<sup>19</sup> It requires only birth – not the granting or conferral of dignity by someone with greater dignity (which of course would be impossible given the equality of dignity). This is critically important for understanding dignity’s relationship to law: human dignity transcends positive law; it exists whether law or other conditions recognize it or not. It thus can stand as a *measure* of the justness of law or of a legal regime. Dignity also exists regardless of the conditions in which people live: pollution, poverty, discrimination and so on threaten the ability to live with dignity, but human dignity remains inviolable and inherent in the human person.

Thus, fourth, dignity is universal; it applies to every ‘member of the human family’, wherever and whenever they live. This premise has special significance in the context of sustainability because it implies a principle of intergenerational equity: if those who are born after have the same quantum of dignity that we have, then they are entitled to the same (or better) living conditions, which necessitates an environmentally sustainable planet.

Fifth, dignity instantiates rights. As we will see, the post-war burgeoning of international human rights law rests on the foundation of human dignity, as if to say that once we know dignity, we must assure that people have the right to claim all other rights that will protect their dignity. (ARENDDT, 1949). In this sense, it is what animates rights-based approaches to well-being.

And sixth, it represents a quality of life that every person is entitled to, which includes opportunities for human flourishing and the provision of a level of comfort that includes many of the specific goals that comprise the SDGs.

Despite its ancient roots in philosophical traditions, the idea of dignity is a fairly recent addition to the concept of global governance but, steeped in tradition, shaped by atrocity, and, formed by legal principles at every level and in all parts of the inhabited world, dignity is now reflected throughout the human rights enterprise including in the SDGs. While

---

<sup>19</sup> Article 1 of the UDHR.

dignity's turn as a legal right was slow in coming, the second half of the twentieth century witnessed a maturity in the development of dignity as a legal right (SKINNER, 1972) and an indispensable component of democracy (DALY, 2011), a process propelled by international and legal urgency in the aftermath of the atrocities of World War II. To be sure, human dignity is a foundation of the Charter of the United Nations<sup>20</sup> in 1945 (one of whose purposes is 'to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small'), and the cornerstone of the Universal Declaration of Human Rights in 1948 (adopting the recognition of human dignity in the United Nations Charter and affirming that 'All human beings are born free and equal in dignity and rights').<sup>21</sup> It is found in *identical* form as a tenet shared by both the Covenant on Civil and Political Rights<sup>22</sup> and the Covenant on Social, Economic and Cultural Rights<sup>23</sup> ('Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world...'),<sup>24</sup> both adopted in 1966 and put into force in 1977.

Dignity has since been recognized in myriad international and regional laws – including the Convention on the Rights of the Child,<sup>25</sup> the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,<sup>26</sup> and

20 Charter of the United Nations, 26 June 1945, available at <<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>>.

21 Article 1.

22 International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 December 1966, in force 23 March 1976, 999 United Nations Treaty Series 171.

23 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16 December 1966, in force 3 January 1976, 993 United Nations Treaty Series 195.

24 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16 December 1966, in force 3 January 1976, 993 United Nations Treaty Series 195.l.d. at Preamble.

25 Convention on the Rights of the Child (New York, 20 November 1989, in force 2 September 1990, 28 International Legal Materials 1456), Art. 28(2): 'States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child's human dignity and in conformity with the present Convention.'

26 'United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples', UNGA Res. 61/295 of 2 October 2007, Art. 15: 'Indigenous peoples have the right to the dignity and diversity of their cultures, traditions, histories and aspirations which shall be appropriately reflected in education and public information.'

the African Charter on Human and Peoples' Rights<sup>27</sup> – thus stitching international human rights law together with common dignity rights as the thread. In the Americas in particular, the coalescing nature of dignity is patent. The American Declaration of the Rights and Duties of Man, (IACHR, 2020) which predated the Universal Declaration, presaged the foundational role of dignity in the first words of its preamble: 'All men are born free and equal, in dignity and in rights, and, being endowed by nature with reason and conscience, they should conduct themselves as brothers one to another.' (IACHR, 2020) As the articulation of rights became more elaborate, so did the emphasis on dignity: the additional protocol to the American Convention on Human Rights (OAS, 1988-1999) considers

the close relationship that exists between economic, social and cultural rights, and civil and political rights, in that the different categories of rights constitute an indivisible whole based on the recognition of the dignity of the human person, for which reason both require permanent protection and promotion if they are to be fully realized, and the violation of some rights in favor of the realization of others can never be justified. (OAS,1988-1999)

It is at the constitutional level that dignity rights under law have been most dramatic. Nearly every constitution adopted or significantly amended since 1945 – that is, the constitutions of more than 160 countries – acknowledges a right to human dignity. (SHULZTINER and CARMI, 2014, p. 461–490, 465–466). Simply, dignity matters under law. As constitutionalized, dignity is a fundamental value,<sup>28</sup> a stand-alone right,<sup>29</sup> or a

<sup>27</sup> See, for instance, African Charter on Human and Peoples' Rights, Nairobi, 27 June 1981, in force 21 October 1986, 21 International Legal Materials 58 (Banjul Charter), Art. 5: 'Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status'; and American Convention on Human Rights, San José, 22 November 1969, in force 18 July 1978, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201144/volume-1144-I-17955-English.pdf>> (visited 10 May 2020) (Pact of San Jose, Costa Rica), Art. 11(1): 'Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.'

<sup>28</sup> Constitution of the Dominican Republic, Art. 42: 'The State [bases itself] on [ ] respect for the dignity of the person and [ ] organizes [itself] for the real and effective protection of the fundamental rights [that are] inherent to it. The dignity of the human being is sacred, innate, and inviolable; its respect and protection constitute an essential responsibility of the public powers.'

<sup>29</sup> The constitution of Kenya, Art. 28: 'Every person has inherent dignity and the right to have that dignity respected and protected.'. (emphasis added).

right associated with particular pursuits (for instance, the right to work<sup>30</sup>) or segments of the population (women, disabled people, people in state custody, etc.<sup>31</sup>). Dignity has also been especially influential to constitutionalism in Europe (DUPRÉ) and in the constitutional jurisprudence of countries throughout Latin America, and parts of Asia and Africa. At the heart of dignity jurisprudence is the recognition that governments must respect people's capacity to fully develop their personalities and to control the course of their lives. (DALY, 2016)

Courts around the globe have interpreted such dignity rights to protect people from improvident government action or inaction that adversely affects family relations, education, health, gender equality and against mistreatment while detained, imprisoned, or seeking asylum. (DALY, 2016)

Moreover, courts worldwide are increasingly enforcing constitutionally-recognized rights to dignity, such as the High Court of Justice of the Federal Capital Territory in Nigeria deciding that the police violated a prisoner's constitutional right to human dignity when it handcuffed and paraded him before his wife and children; (FCT, 2011)<sup>32</sup> the Lahore High Court in Pakistan striking a law's use of the terms 'disabled', 'physically handicapped', and 'mentally retarded' as a violation of a constitutional right to dignity;<sup>33</sup> and the Constitutional Court of South Africa invalidating the death penalty as a violation of a constitutional right to dignity.<sup>34</sup>

Courts elsewhere are enforcing constitutionally recognized rights to dignity in an assortment of contexts. We see courts in the United States and Argentina identifying dignity as the foundation for freedom of spee-

30 The constitution of Nepal, Art. 51 (1)(2): '[G]uarantee[ing] social security, [by] ensuring the basic rights of all laborers[] in [accordance] with the concept of [dignity of labor][.]'. (emphasis added).

31 Constitution of the Republic of Haiti, Art. 44(1): 'Prisons must be operated in accordance with standards reflecting respect for human dignity according to the law on this subject.' (emphasis added).

32 *Moses Egenokwu v. Attorney General of The Federation* (FCT High Court, 2011), available at <<https://www.fcthighcourt.gov.ng/download/Microsoft%20Word%20-%20Christian%20onuigbo%20MN.pdf>> (visited 10 May 2020).

33 *Barrister Asfandyar Khan Tareen, etc. v. Govt. of the Punjab*, W-P No. 29131/2017 (Lahore High Court, 2017), available at <<https://delawarlaw.widener.edu/files/resources/brasfandyara.pdf>> (visited 10 May 2020).

34 See, for instance, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995), available at <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>> (visited 10 May 2020).

ch and right of association,<sup>35</sup> and in South Africa protecting the ‘civic dignity’ of voting rights and other rights associated with the political process.<sup>36</sup> In some countries it is also associated with socio-economic justice including pensions in Germany,<sup>37</sup> health care in Colombia,<sup>38</sup> travel in India, (*MANEKA GHANDI V. UNION OF INDIA*, 1978) and a clean and stable environment in Nigeria.<sup>39</sup> In Israel, it is a ‘mother right’ whose ‘daughters’ include the right of family unity as well as the right of prisoners to be treated humanely, among many other rights (*GOLAN*, 1996) while in Pakistan a narrow textual recognition of dignity has been interpreted as protecting the right to be treated as a person, and to be protected from discrimination.<sup>40</sup>

## 4 DIGNITY AND SUSTAINABILITY

In understanding the role of dignity and sustainability, it is helpful to begin with recognizing that the concept of human dignity is no stranger to the development of environmental law.<sup>41</sup> International law already acknowledges that the right to human dignity embeds a right to live in a quality environment. The 1972 Stockholm Declaration<sup>42</sup> – largely viewed as the origin of modern global environmental law – recognizes the ‘fundamental

35 *Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual v. Inspección General de Justicia*, Argentina Supreme Court of Justice (21 November 2006), available at <<https://www.icj.org/sogicasebook/asociacion-luchapor-la-identidad-travesti-transsexual-v-inspeccion-general-de-justicia-argentina-supreme-court-of-justice-21-november-2006/>> (visited 10 May 2020).

36 *August and Another v Electoral Commission and Others* (CCT8/99) [1999] ZACC 3; 1999 (3) SA 1; 1999 (4) BCLR 363 (1 April 1999), available at <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.html>> (visited 10 May 2020).

37 *BVerfG*, Judgment of the First Senate of 09 February 2010, 1 BvL 1/09, paras 1-220, available at <[http://www.bverfg.de/e/ls20100209\\_1bvl000109en.html](http://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html)> (visited 10 May 2020).

38 *Sentencia T-292/09* (Constitutional Court of Colombia), available at <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-292-09.htm>> (visited 6 February 2019).

39 *Gbemre v Shell Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others* (2005) AHRLR 151 (NgHC 2005).

40 *Ameen Masih v. Federation of Pakistan*, Lahore High Court, Case No: W.P.No.623/2016, available at <<https://delawarelaw.widener.edu/files/resources/ameenmasiha.pdf>> (visited 10 May 2020). See, generally, James R. May and Erin Daly, *Human Dignity and Environmental Outcomes in Pakistan*, 10 *Pakistan Law Review* (2019) 1-28.

41 See Erin Daly and James R. May, ‘Environmental Dignity Rights’ in Sandrine Maljean-Duboix (ed.), *The Effectiveness of Environmental Law* (Intersentia, 2017) 125-148; James R. May and Erin Daly, ‘Bridging Constitutional Dignity and Environmental Rights Jurisprudence’, 7(2) *Journal of Human Rights and the Environment* (2016) 218-242 at 234; Dina Townsend, ‘Taking Dignity Seriously: A Dignity Approach to Environmental Disputes before Human Rights Courts’, 6(2) *Journal of Human Rights and the Environment* (2015) 204-225.

42 Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 16 June 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1973), 11 *International Legal Materials* (1972) 1416.

right to freedom, equality, and adequate conditions of life, in an environment of quality that permits a life of dignity and well-being'. The 1990 Hague Declaration expressly acknowledges 'the right to live in dignity in a viable global environment.'<sup>43</sup> In 1992, Principle 1 of the Rio Declaration (UN, 1992) focused attention on the human-centered approach of environmental protection and sustainable development in particular: 'Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature.' Two years later, the United Nation's influential Ksentini Report is also explicit on the subject:

Environmental damage has direct effects on the enjoyment of a series of human rights, such as the right to life, to health, to a satisfactory standard of living, to sufficient food, to housing, to education, to work, to culture, to non-discrimination, to dignity and the harmonious development of one's personality, to security of person and family, to development, to peace, etc. (UN, 1994).

Recently, the principal human rights organs of the United Nations have become increasingly explicit about the relationship between life, dignity, and a sustainable environment. In its General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, (UN, 2019)<sup>44</sup> on the right to life, the UN Human Rights Committee expressly defined the right to life as the right to live with dignity and noted in particular the need for a healthy and sustainable environment in order to ensure a life of dignity. This recognition imposes on the state Parties the obligations to 'take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity [including *inter alia*] degradation of the environment [and] deprivation of land, territories and resources of indigenous peoples (UN, 2019). Moreover, the Committee explained that '[i]mplementation of the obligation to respect and ensure the right to life, and in particular life with dignity, depends, *inter alia*, on measures

43 Hague Declaration on the Environment, the Hague, 11 March 1989, 28 International Legal Materials 1308.

44 International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, General comment No. 36 Article 6: right to life, UN Doc. CCPR/C/GC/36 (2019).

taken by States parties to preserve the environment and protect it against harm, pollution and climate change caused by public and private actors.’ (UN, 2019) This, in turn, requires a specific commitment to sustainability:

States parties should therefore ensure sustainable use of natural resources, develop and implement substantive environmental standards, conduct environmental impact assessments and consult with relevant States about activities likely to have a significant impact on the environment, provide notification to other States concerned about natural disasters and emergencies and cooperate with them, provide appropriate access to information on environmental hazards and pay due regard to the precautionary approach. (UN, 2019)

More recently, UN Human Rights Office of the High Commissioner has noted:

All human beings depend on the environment in which we live. A safe, clean, healthy and sustainable environment is integral to the full enjoyment of a wide range of human rights, including the rights to life, health, food, water and sanitation. Without a healthy environment, we are unable to fulfil our aspirations or even live at a level commensurate with minimum standards of human dignity. (UN, 2019)

National constitutions are also beginning to appreciate the linkages between dignity and the environment. Belgium’s constitution expressly entwines environmental and dignity rights constitutionally: ‘Everyone has the right to lead a life worthy of human dignity... [including] the right to enjoy the protection of a healthy environment.’<sup>45</sup> South Africa’s constitution is among those that echoes dignity dimensions by providing that ‘everyone has the right to an environment that is not harmful to their health or well-being.’<sup>46</sup> Yet few other constitutions directly recognize the impact of the

<sup>45</sup> The constitution of Belgium, Title II, Art. 23(4).

<sup>46</sup> Section 24 of the Constitution of the Republic of South Africa provides that: ‘everyone has the right to an environment that is not harmful to their health or well-being; and to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that: (i) prevent pollution and ecological degradation; (ii) promote conservation; and (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development.’

natural environment on the quality of human life, and none yet link dignity and sustainability.

Courts sometimes turn to effects on human dignity as a basis for recognizing a right to live in a healthy environment. One of the earliest cases to connect dignity and environmental harm is from Nigeria. In *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others*, the lower court held that gas flaring violated the petitioners' constitutional 'right to respect for their lives and dignity of their persons and to enjoy the best attainable state of physical and mental health as well as [the] right to a general satisfactory environment favourable to their development' and that the gas flaring activities formed 'a violation of their said fundamental rights to life and dignity of human person and to a healthy life in a healthy environment.'<sup>47</sup> Although a declaratory judgment without remedy or continuing judicial oversight, the case signals a growing appreciation of the connection between dignity and environmental conditions.

Human dignity also informs conversations about the disproportionate effects of environmental policies on the most vulnerable, what is generally known as 'environmental justice.' (DALY and MAY, 2019, p. 177-194) All of these developments in turn inform the role that human dignity can play in shaping narratives about implementing the SDGs.

## 5 DIGNITY AND THE SDGS

The SDGs – the embodiment of sustainability in the international legal order – are designed to advance human dignity, something reflected in the very text of the SDGs. The SDGs 'envisage a world of universal respect for human rights and human dignity, the rule of law, justice, equality and non-discrimination; of respect for race, ethnicity and cultural diversity; and of equal opportunity permitting the full realization of human potential and contributing to shared prosperity.' (DALY and MAY, 2019) Moreover,

---

47 *Gbemre v. Shell Petroleum Dev Corp & the Nigerian National Petroleum Corporation* (2005). See, generally, James R. May and Tiwajopelo O. Dayo, 'Dignity and Environmental Justice in Nigeria: The Case of *Gbemre v. Shell*', 25 *Widener Law Review* (2019) 269-284.

the SDGs expressly '[r]ecognize that the dignity of the human person is fundamental...' (DALY and MAY, 2019)

Dignity then informs and influences the implementation of myriad SDGs, including water and sanitation (Goal 6), energy (Goal 7), economic growth (Goal 8), infrastructure and industrialization (Goal 9), consumption and production (Goal 12), oceans, seas and marine sources (Goal 14), terrestrial ecosystems (Goal 15), the role of the rule of law (Goal 16), and global cooperation (Goal 17). In particular, the SDGs underscore the correspondence between poverty, hunger and dignity: 'We are determined to end poverty and hunger, in all their forms and dimensions, and to ensure that all human beings can fulfil their potential in dignity and equality and in a healthy environment,' (UNGA) and that '[b]illions of our citizens continue to live in poverty and are denied a life of dignity.' (UNGA)

While the 17 SDGs are indivisible insofar as it is not possible either to realize human rights in a degraded environment or to protect the environment in the absence of human rights, the SDGs are often discussed as if they are stand-alone goals. (MAY and DALY) For instance, the High Level Political Forum focuses on a handful of connected SDGs at a time, such as (in 2019) achieving SDGs 13 (climate action) and 16 (peace, justice and strong communities). Yet what is clear is that advancing human dignity is what the SDGs have in common, and give it a unifying vision, a singular voice.

To be sure, poverty eradication and common but differentiated responsibilities has been a great undermining thrust of many international accords. Thus, non-discrimination is an essential tenet of the SDGs. Bodily integrity is also an essential aspect of human dignity, intimately linked to the other two. Threats to the ability to maintain the integrity of one's body have multiple manifestations, many of which are exacerbated by environmental degradation and climate change.<sup>48</sup> These can include everything from food insecurity and lack of clean water to unstable weather patterns

48 See, generally, Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, 'States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change – 2020 Update', available at <<https://www.gi-es.cr.org/publications/states-human-rights-obligations-in-the-context-of-climate-change-2020-update>> (visited 10 May 2020).

that impede agricultural output or force migration and community displacement. Thus, dignity rights reflect that human suffering is experienced not so much as violations of abstract rights such as that to due process, equal protection, liberty, or property but as a violation of the principle that all human beings have equal worth.

## 6 CONCLUSION

The global surge in juridical attention to human dignity rights has taught us important lessons about what it means to be human in the 21st century, (DALY) all of which has implications for our understanding of the SDGs. We learn that human beings – perhaps by virtue of their ‘conscience and reason’ – have the capacity, and the need, to have agency over their own lives. As the SDGs recognize, poverty, environmental degradation, and other stressors impede the ability of billions of people around the world to effectively control the course of their own lives. Another lesson is that equality of dignity must be taken seriously: no one has the right to control or limit the exercise of another person’s dignity. Relatedly, equality is not served when some fraction of the human population has their dignity realized while others do not.

Sustainable practices are necessary to protect human dignity and the full achievement of human dignity for all will ensure that development will proceed sustainably. Thus, the concerns of the SDGs – poverty, hunger and lack of education, equality and access to justice – can be affronts to dignity. The dignity implications of environmental degradation are especially trenchant, including climate change and the lack of access to potable water, clean air, and safe soils. At the same time, peaceful and inclusive societies based on human dignity will conduce to sustainable development.

This paper shows that sustainability can be better advanced if we understand the goal to be to advance and protect human dignity. The SDGs provide a useful framework for addressing global environmental challenges and do so by respecting and advancing human dignity. Dignity is the thread that runs through the SDGs, weaving them together into a coherent

and comprehensive tapestry will help to protect the planet and improve the lives of its human inhabitants. Human dignity cannot be achieved without sustainable practices, and vice versa.

Viewing the SDGs through the lens of human dignity – the single idea that the drafters of the United Nations Charter itself thought was the foundation of peace, justice, and freedom in the world and that grounds human rights law today – can help to improve understanding and implementation. Simply, sustainability’s virtue is in promoting the fundamental precept of human dignity: recognizing the equal worth of everyone, everywhere.

## REFERENCES

MAY James R. ‘*Sustainability Constitutionalism*’, 86 *University of Missouri-Kansas City Law Review* (2018) 130; James R. May, ‘Sustainability and Global Environmental Constitutionalism,’ in James R. May et al (eds), *New Frontiers in Environmental Constitutionalism* (UN, 2017) 308-318.

DALY, *Dignity Rights: Courts*, supra note 42, at 105.

MAY, James R. ‘*Of Development, daVinci and Domestic Legislation: The Prospects for Sustainable Development in Asia and its Untapped Potential in the United States*,’ 3 *Widener Law Review* (1998) 197-212.

UNGA, ‘*Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*’, UNGA Res. 70/1 of 25 September 2015.

MAY & DALY, James R. May and Erin Daly, ‘*The Indivisibility of Human Dignity and Sustainability*,’ in Sumudu Atapattu, Carmen G. Gonzalez and Sara Seck (eds), *The Cambridge Handbook on Environmental Justice and Sustainable Development* (Cambridge University Press, forthcoming 2020).

DALY & MAY, Erin Daly and James R. ‘*Bridging Environmental and Dignity Rights*’, 7(2) *Journal of Human Rights and the Environment* (2016) 218-242.

UN Doc, See ‘*Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*’, UN Doc. A/HRC/28/61 (2015) 11-12.

DERNBACH AND MAY, Shale Gas and, supra note 3 (suggesting laws and policies needed to ensure that shale gas development fosters transition to sustainability).

MAY AND KELLY. James R. and Patrick J., ‘*The Environment and International Society: Issues, Concepts, and Context*’ in Alam Shawkat et al, Routledge Handbook of International Environmental Law (Oxford University Press, 2012) 13-24.

RENEE K. L. PANJABI. *The Earth Summit at Rio: Politics, Economics, and the Environment* (Northeastern University Press, 1997) 17 (describing how the Earth Summit in Rio led to a new global consciousness of sustainability in treaty-making).

HIGGINS, Roslyn. ‘*Natural Resources in the Case Law of the International Court*’ in Alan Boyle and David Freestone (eds), *International Law and Sustainable Development* (Oxford University Press, 1999) (using the International Court of Justice to highlight environmental sustainability in international courts and other arenas).

MAY AND DALY, James R and Erin. *Global Environmental Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2015), Appendix E and associated text (denoting the role of sustainability in the development of international and national law, and analyzing constitutional provisions that embed sustainability from around the world); James R. May, ‘The North American Symposium on the Judiciary and Environmental Law: Constituting Fundamental Environmental Rights

UN, ‘About the Sustainable Development Goals’, available at <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>> (visited 20 May 2020).

ARAJÄRVI, Noora ‘*The Rule of Law in the 2030 Agenda*’, KFG Working Paper Series, No. 9 (2017), available at <[https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/42190/file/kfg\\_wps09.pdf](https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/42190/file/kfg_wps09.pdf)> (visited 25 August 2020):

BRUS, Marcel. ‘*Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement*’ in Pauline Westerman et al (eds), *Legal Validity and Soft Law* (Springer, 2018) 243-266 at 243 (‘Soft law is often regarded as non-law. However, this qualification increasingly does not match the realities of the development of international law in which many legally relevant statements are made in the form of soft law, while many so-called hard law obligations are rather soft.’). However, see James R. May, ‘Not at All: Environmental Sustainability in the Supreme Court,’ 10 *Sustainable Development Law & Policy* (2009) 20-29 at 20:

VIÑUALES, Jorge E. ‘*Sustainable Development in International Law*’ in Lavanya Rajamani and Jacqueline Peel (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2nd ed., 2019), available at <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3307841](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3307841)> (visited 25 August 2019).

KYOTO PROTOCOL, to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Kyoto, 11 December 1997, in force 16 February 2005, 37 *International Legal Materials* (1998) 22.

PARIS AGREEMENT TO THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, Paris, 12 December 2015, in force 4 November 2016, 55 *International Legal Materials* (2016) 740. Available at <<https://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/sustainable-development/>>.

WTO Appellate Body Report on U.S. – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (1998), para. 129.

WTO Appellate Body Report on China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WTO Doc. WT/DS 394/AB/R (2012) para 306.

GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports (1997) 7, para. 140. See <<https://www.achpr.org/>>.

AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS, Nairobi, 27 June 1981, in force 21 October 1986, 21 International Legal Materials 58.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS AND PEOPLES' RIGHTS, Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, Communication No. 155/96, 2001 ('Ogoni case') para. 52.

MAY, James R. 'Not at All: Environmental Sustainability in the Supreme Court', 10(1) Sustainable Development Law & Policy (2009) 20-29, 81-82.

CICERO, Marcus Tullius. *Cicero's letters to Atticus, Vol. I, II, IV, VI* (Cambridge University Press, 1965).

KAMALI, Mohammad Hashim, *The Dignity of Man: An Islamic Perspective* (Ilmiah, 2002) 1. See Quran 17:70.

BAYERTZ, Kurt. 'Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea' in Kurt Bayertz (ed), *Sanctity of Life and Human Dignity* (Springer, 1996) 73-90.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della Mirandola, 'Oration on the Dignity of Man' in Ernst Cassirer, Paul Oskar Kristeller and John Herman Randall Jr. (eds), *The Renaissance Philosophy of Man* (University of Chicago Press, 1956) 223-254

BRÜNING, Alfons, 'Different Humans and Different Rights? On Human Dignity from Western and Eastern Orthodox Perspectives', 23 *Studies in Interreligious Dialogue*, (2013) 150-175, available at <[http://www.academia.edu/8271912/\\_Different\\_Humans\\_and\\_Different\\_Rights\\_-\\_On\\_Human\\_Dignity\\_from\\_Western\\_and\\_Eastern\\_Orthodox\\_Perspectives](http://www.academia.edu/8271912/_Different_Humans_and_Different_Rights_-_On_Human_Dignity_from_Western_and_Eastern_Orthodox_Perspectives)> (visited 3 August 2019).

ARENDT, Hannah. 'The Rights of Man: What Are They?', 3(1) *Modern Review* (1949) 24-36.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs* (Harvard University Press, 2011); see, generally, Salman Khurshid, Lokendra Malik and Veronica Rodriguez-Blanco (eds), *Dignity in the Legal and Political Philosophy of Ronald Dworkin* (Oxford University Press, 2018).

MAY AND DALY, *Why Dignity Rights*, *supra* note 42, at 130.

SKINNER, B. F. *Beyond Freedom and Dignity* (Jonathan Cape, 1972).

DALY, Erin. 'Dignity in the Service of Democracy', *Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 11-07* (2011), available at <<https://ssrn.com/abstract=1743773>> (visited 10 May 2020).

INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, New York, 16 December 1966, in force 23 March 1976, 999 United Nations Treaty Series 171.

INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, New York, 16 December 1966, in force 3 January 1976, 993 United Nations Treaty Series 195.

CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD (New York, 20 November 1989, in force 2 September 1990, 28 International Legal Materials 1456), Art. 28(2): 'States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child's human dignity and in conformity with the present Convention.'

GLOBAL INITIATIVE FOR ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, 'States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change – 2020 Update', available at <<https://www.gi-escr.org/publications/states-human-rights-obligations-in-the-context-of-climate-change-2020-update>> (visited 10 May 2020).

'UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES', UNGA Res. 61/295 of 2 October 2007, Art. 15: 'Indigenous peoples have the right to the dignity and diversity of their cultures, traditions, histories and aspirations which shall be appropriately reflected in education and public information.'

CONSTITUTION OF THE DOMINICAN REPUBLIC, Art. 42: ‘The State [bases itself] on [ ] respect for the dignity of the person and [ ] organizes [itself] for the real and effective protection of the fundamental rights [that are] inherent to it. The dignity of the human being is sacred, innate, and inviolable; its respect and protection constitute an essential responsibility of the public powers.’

DUPRÉ, *The Age of Dignity*, supra note 42.

DALY, *Dignity Rights: Courts*, supra note 42 (evaluating cases).

BARRISTER ASFANDYAR Khan Tareen, etc.v. Govt. of the Punjab, W-P No. 29131/2017 (Lahore High Court, 2017), available at <<https://delawarelaw.widener.edu/files/resources/brasfandyara.pdf>> (visited 10 May 2020).

MAKWANYANE AND ANOTHER (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995), available at <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>> (visited 10 May 2020).

ASOCIACIÓN LUCHA POR LA IDENTIDAD TRAVESTI-TRANSEXUAL V. INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, Argentina Supreme Court of Justice (21 November 2006), available at <<https://www.icj.org/sogicasebook/asociacion-luchapor-la-identidad-travesti-transexual-v-inspeccion-general-de-justicia-argentina-supreme-court-ofjustice-21-november-2006/>> (visited 10 May 2020).

AUGUST AND ANOTHER V ELECTORAL COMMISSION AND OTHERS (CCT8/99) [1999] ZACC 3; 1999 (3) SA 1; 1999 (4) BCLR 363 (1 April 1999), available at <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.html>> (visited 10 May 2020).

DALY and MAY, Erin and James R. ‘Environmental Dignity Rights’ in Sandrine Maljean-Dubois (ed.), *The Effectiveness of Environmental Law* (Intersentia, 2017) 125-148; James R. May and Erin Daly, ‘Bridging Constitutional Dignity and Environmental Rights Jurisprudence’, 7(2) *Journal*

of Human Rights and the Environment (2016) 218-242 at 234; Dina Townsend, 'Taking Dignity Seriously: A Dignity Approach to Environmental Disputes before Human Rights Courts', 6(2) *Journal of Human Rights and the Environment* (2015) 204-225.

GBEMRE V. SHELL PETROLEUM DEV CORP & THE NIGERIAN NATIONAL PETROLEUM CORPORATION (2005). See, generally, James R. May and Tiwajopelo O. Dayo, 'Dignity and Environmental Justice in Nigeria: The Case of Gbemre v. Shell', 25 *Widener Law Review* (2019) 269-284.

DALY and MAY. Erin and James, '*Exploring Environmental Justice Through the Lens of Human Dignity*' 25 *Widener Law Review* (2019) 177-194.

UN Economic and Social Council Sub-Commission on Prevention and Protection of Minorities, 'Human rights and the environment: Review of further developments in fields with which the sub-commission has been concerned', Final Report of Fatma Zohra Ksentini, UN Doc. E/CN.4/4. Sub.2/1994/9 (1994) para. 248.

UN Human Rights Office of the High Commissioner, 'Special Rapporteur on human rights and the environment', available at <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx>> (visited 30 July 2019).

UN Declaration on Environment and Development, Rio de Janeiro, 14 June 1992, UN Doc. A/ CONF.151/5/Rev.1 (1992), 31 *International Legal Materials* (1992) 876.

MANEKA GHANDI V. UNION OF INDIA (1978) 2 SCR 621, available at <<https://indiankanoon.org/doc/1766147/>> (visited 6 February 2019).

GOLAN V. PRISON SERVICES (1996) IsrSC 50 (4) 136, available at <<http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Golan%20v.%20Prisons%20Service.pdf>> (visited 10 May 2020); Gal-On v. Attorney General, HCJ 466/07 (2012), available at <<http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/gal-v-attorneygeneral-summary>> (visited 6 February 2019).

MOSES EGENOKWU V. ATTORNEY GENERAL OF THE FEDERATION (FCT High Court, 2011), available at <[https:// www.fcthigh-court.gov.ng/download/Microsoft%20Word%20-%20Christian%20onui-gbo%20MN.pdf](https://www.fcthigh-court.gov.ng/download/Microsoft%20Word%20-%20Christian%20onui-gbo%20MN.pdf)> (visited 10 May 2020).

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS), Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights, San Salvador, 17 November 1988, in force 16 November 1999, 28 International Legal Materials 156 (Protocol of San Salvador), Preamble.

KOTZÉ, Louis J. 'Arguing Global Environmental Constitutionalism' 1(1) Transnational Environmental Law (2012) 199-233; Louis J. Kotzé, 'Sustainable Development and the Rule of Law for Nature: A Constitutional Reading' in Christina Voigt (ed.), Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law (Cambridge University Press, 2013).

# POSESIÓN EN EL DERECHO MEDIEVAL DE OCCIDENTE POSSESSION IN MEDIEVAL LAW OF THE WEST

**Guillermo Suárez Blázquez**

Catedrático Acreditado, Universidad de Vigo, Facultad de Derecho  
(Campus de Ourense).

Submetido em: 01/03/2021

Aprovado em: 05/04/2021 e 06/04/2021

Resumen: El estudio analiza la evolución de la posesión y otros derechos reales romanos en los reinos visigodos de Hispania y su encuentro posterior con la estructura jurídica territorial inmobiliaria feudal de Occidente (S. IV d. C. – S. XIII d. C.).

Palabras clave: *lusta possessio* – Sortes Ghoticas - *Communio* – *Gewere* – *Seisin* – *Dominium Directum* – *Dominium Utile*.

Resumo: O estudo analisa a evolução da posse e outros direitos reais romanos nos reinos visigodos da Hispânia e seu subsequente encontro com a estrutura jurídica territorial imobiliária feudal do Ocidente (século IV DC - século 13 DC).

Palavras-chave: *lusta possessio* - Sortes Ghoticas - *Communio* - *Gewere* - *Seisin* - *Dominium Directum* - *Dominium Utile*.

## I. DOMINIO – *POSSESSIO* EN EL BAJO IMPERIO ROMANO

*“Nihil commune habet proprietatis cum possessione”. Ulpiano libro 30 ad Edictum (D. 41, 2, 12, 2)”.*

La diferencia entre el dominio y la posesión, según el jurista clásico Ulpiano, es “el dominio permanece en el que no quiere ser dueño, pero la posesión la pierde uno en el momento que determina no querer poseer<sup>1</sup>”. Nos encontramos ante las esferas jurídicas de dos mundos. El dominio se rige por la ley civil. La posesión se rige por la ley natural. (JUST. INST. 4, 15, 4).

Las posiciones doctrinales sobre la posesión clásica, del Bajo Imperio romano y el derecho altomedieval de Occidente son objeto de controversia. Por ejemplo, E. Levy defendió un desarrollo histórico y jurídico de una progresiva vulgarización de la posesión clásica (esta última, había sido concebida por la jurisprudencia como una situación de hecho), fruto de una confusión y equivalencia con el dominio civil, y su transformación en un derecho, o *ius possessionis* (LEVY, 1951, p. 19 – 21 y 177). Esta tesis, ampliamente aceptada por la doctrina, asume que los juristas y las cancellerías imperiales del Bajo Imperio romano, bien por ignorancia, bien por pérdida de la técnica propia de los juristas clásicos, condujeron a aquella situación. Me maravilla pensar que el grado de desconocimiento de los juristas estatales burocráticos posclásicos<sup>2</sup>, de los juristas de las escuelas visigodas y de

1 D. 41, 2, 17, 1, Ulpiano libro 71 ad Edictum. Fernández de Buján A., Derecho Privado Romano, décima edición, Iustel, Madrid, 2017, p. 304, 331, 334 – 335 distingue ambas instituciones jurídicas: “La posesión es una situación de hecho, si bien resulta tutelada, con carácter general por el ordenamiento jurídico, sin indagar si la situación posesoria está o no amparada por un derecho, a fin de mantener la paz social e impedir que nadie que se sienta lesionado se tome la justicia por su mano...”; “Desde los primeros tiempos, la propiedad se conforma como el más amplio poder que el ordenamiento jurídico confiere a una persona sobre una cosa, plena potestas in re, si bien la plasmación de esta idea se materializó de diferente forma en las distintas épocas históricas. Ahora bien, en cualquier época, cuando el propietario afirma que la cosa es suya, “res mea est”, en ejercicio de la acción reivindicatoria, más que una manifestación de titularidad parece que está expresando la idea de una pertenencia total y apodíctica de la cosa... En las fuentes se designa la propiedad con tres denominaciones técnicas, que son por orden de antigüedad: mancipium, dominium y proprietas. Posterior a mancipium es el término dominium, de donde derivan dominio y dueño, que expresa la idea de poder, si bien este término no solo se utiliza para designar la posición de quien tiene un poder pleno sobre una cosa, sino que también se utiliza para referirse al titular del usufructo, dominus usufructus... La propiedad quirritaria, dominium ex iure quirritium, se caracteriza por la ausencia de limitaciones legales en una primera etapa, lo que confiere a su propietario un poder absoluto...”.

2 La cancellería imperial de Diocleciano y Maximiano distingue, a propósito de la usucapión civil itálica y de la prescripción de largo tiempo provincial, posesión de dominio: C. 7, 26, 7 (294 – 305 d. C.); C. 7, 30, 2 (294 – 305 d. C.); C. 7, 30, 4 (294 d. C. – 305 d. C.); C. 7, 33, 5 (293 – 304 d. C.); C. 7, 35, 3. C. 8, 4, 7, Valentinianus, Theodosius et Arcadius (389 d. C.) ordenan al poseedor violento que restituya la posesión de los bienes al dueño de la cosa: “Si quis in tantam furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur”.

los hombres cultos de la Iglesia, como San Isidoro de Sevilla<sup>3</sup>, ya en el Alto Medievo, llegasen a asumir aquel nivel de desconocimiento.

La jurisprudencia, republicana y clásica, edificó el concepto (D. 41, 2, 1, PAULUS LIBRO LIV AD EDICTUM) y los elementos jurídicos de la posesión (*corpus* y *animus*), (D. 41, 2, 3, 1 – 23, PAULUS LIBRO LIV AD EDICTUM. D. 41, 2, 8, PAULUS LIBRO LIV AD EDICTUM). Aquella siempre exigió que la adquisición de esta última fuese pacífica, sana y no viciosa, *nec vi nec clam nec precario* (GAYO, INST. 4, 151). Como regla general, los pretores y los juristas demandaban que el poseedor no lesionase derechos de terceros (posesión de buena fe) (Gayo, Inst. 2, 43). La posesión de inequidad no servía de nada (Gayo, Inst. 4, 151). Surgió, así, una posesión justa, que era concebida por la lente del *ius civile* como un hecho, es decir, como una situación de hecho. El poseedor tenía un poder de facto, con la intención de tener la cosa para sí. Para la lente del derecho del pretor, del derecho natural y del derecho de gentes, sin embargo, aquella era entendida como una relación jurídica de equidad universal, es decir, como una relación jurídica de la ley natural o *ius possessionis*: “*Iuste possidet, qui auctore praetore possidet*” (Paulus libro 65 ad Edictum) (D. 41, 2, 11). Este tipo de posesión iba acompañada frecuentemente por una justa causa civil de adquisición (compra, donación, etc.) y constituyó el pilar jurídico nuclear maestro, que fue adoptado por las cancellerías imperiales clásicas y del Bajo Imperio, para su aplicación y regulación en las provincias. Con la caída del Imperio en el año 476 d. C., aquella fue heredada por los pueblos y territorios de las antiguas provincias (ahora, reinos romanos – germánicos de Occidente).

La posesión fue la “mejor embajadora universal de equidad” de Roma en otros pueblos de Italia, y sus provincias imperiales. Esta institución posibilitó el establecimiento de un doble régimen jurídico sobre estos territorios conquistados. Uno para el suelo *mancipi*, sito en la Península Itálica y otro para el suelo *nec Mancipi*, sito en las provincias (GAYO, Inst. 2, 27). Los fundos de Italia

3 En el siglo VII d. C., en Hispania visigoda altomedieval, San Isidoro (Etymologiae, V, 25, 30) definió la usucapción y siguió el modelo jurídico clásico: “*Vsucapio est adeptio dominii per continuationem iustae possessionis, vel biennii aut alicuius temporis*”. Aunque San Isidoro no era jurista, con esta definición se puede afirmar que aquel, como hombre culto de la Iglesia, distinguía, diferenciaba, o al menos no confundía, ni hacía equivalente el concepto de posesión con el concepto de dominio.

fueron objeto de dominio civil privado. Estos estaban exentos de cargas fiscales y eran objeto de usucapión para los ciudadanos romanos (GAYO, INST. 2, 42). El suelo de las inmensas provincias extra-itálicas era, sin embargo, objeto de *possessio vel usus fructus*, o posesión de equidad universal, y estaba gravado con cargas tributarias (GAYO, INST. 2, 21). En *Hispania*, las poblaciones reciben este tipo de posesión. Además, esta es pacífica y sin controversia. En casos aislados, inmune (generalmente, por servicios militares)<sup>4</sup>. Este territorio, además, estaba excluido de la usucapión civil (GAYO, INST. 2, 46).

Esta duplicidad va a determinar la evolución histórica de la posesión y del dominio en el Bajo Imperio y el Alto Medievo. Millones de habitantes, peregrinos de múltiples nacionalidades y territorios provinciales, del imponente Imperio romano clásico y posclásico occidental (bajo el control de los césares, siglo I d. C. – siglo V d. C.) no tuvieron acceso al dominio civil privado del suelo provincial (*dominium ex iure quiritium*). El Estado romano tampoco lo quería conceder. El control fiscal y la potestad tributaria de aquellos territorios extra itálicos eran también de su competencia exclusiva (GARCÍA GALLO, 1967, p.519). Los peregrinos (sometidos a Roma) solo tenían abierta la posibilidad de adquirir una posesión tributaria estable del suelo (GAYO, INST. 2, 7). Esta situación jurídica se mantuvo durante siglos. Esta perspectiva explica muy bien por qué los justos poseedores provinciales fueron considerados por el derecho postclásico “dueños o propietarios poseedores”. Esta parece ser también la posición jurídica adoptada por Diocleciano:

– *Diocletianus Aurelio Carrenoni*: “*Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita...*”. (FV. 283).

– *Diocletianus Ulpiae Rufinae*: “*Cum ex causa donationis uterque dominium rei tributariae vindicetis...*” (FV. 315).

– *Diocletianus Aureliae*: “*Si non est in vacuum possessionem ex causa donationis inductus is contra quem supplicas, nulla ratione tributari praedii dominus constitutus extraneus vindicationem habere potest*”. (FV. 316).

4 TESSERA PAEMEIOBRIGENSIS: “Castellanos Paemeiobrigenses ex gente Susarrorum descendentibus ceteris permansisse in officio cognovi ex omnibus legatis meis, qui Transdurianae provinciae praefuerunt. Taque eos universos immunitate perpetua dono; quos(que) agros et quibus finibu possederunt Lucio Sestio Quirinale leg(ato) meo eam provinciam optinentem, eos agros sine controversia possidere iubeo”, (15 a. C.).

Desde la óptica de la defensa jurídica, la posesión de equidad universal, accesible a ciudadanos romanos y peregrinos, fue concebida por el pretor republicano como *possessio iusta* (FV. 315) (*nec vi, nec clam, nec precario*) (FV. 315). En las pugnas posesorias, esta última prevalecía y su titular la retenía, y si había sido usurpado la recuperaba frente a su adversario (GAYO, INST. 4, 150 – 151). Además, era amparada por el tribunal del pretor con órdenes o decretos y prohibiciones o interdictos (GAYO, INST. 4, 139 – 140). Los tribunales romanos clásicos y posclásicos continuaron con esta actividad. Sin embargo, en este último periodo, los decretos e interdictos fueron moldeados en acciones posesorias. (C. VIII, 2, 1, DE INTERDICTIS).

La *possessio* del suelo y de los bienes inmuebles provinciales fue objeto de una adquisición estable y permanente (= “dominio natural, *dominium possessionis*, o propiedad del derecho natural<sup>5</sup> de equidad<sup>6</sup>”), con una usucapción procesal posesoria, o *longi temporis praescriptio* (C. 7, 32, 1, SEVERUS ET ANTONINUS (SIGLO III D. C.)), en favor de los poseedores de largo tiempo. Esta vía, paralela a la usucapción civil, fue desarrollada por los emperadores y los juristas de finales de la época clásica y el Bajo Imperio, a través de un rico y complejo proceso jurídico progresivo de dilatación, en interés de Estado.

## II. IUSTA POSSESSIO DE EQUIDAD EN EL DERECHO ALTOMEDIEVAL DE OCCIDENTE

El dominio y la *possessio iusta* de equidad, o propiedad natural, romanos pervivieron en la *Hispania* del Bajo Imperio y en el Alto Medievo hispano – germánico (DIURNI, 1985, p. 469) visigodo. La población romana privilegiada tenía acceso a la *possessio vel usufructus* del suelo provincial hispano. Este estaba en manos de *senatores* y *potentiores*, quienes sometían a

5 La propiedad natural es conocida por los juristas clásicos: Gayo, libro 25 ad edictum provinciale: “... quarum proprietates et civiles et naturali iure eius est, cuius et solum”. D. 43, 18, 2.

6 CTh. 4, 22 – 5. Levy E., cit. pp. 21 – 24, sostiene que esta posesión permanente es dominio civil y es la causa de la confusión *possessio – dominium* y *possessio – ius in re aliena*, en el Bajo Imperio. Sin embargo, la usucapción civil está excluida de las provincias imperiales. Este dominio posesorio natural del Bajo Imperio es recibido por San Isidoro de Sevilla (*Etymologiae*, V, 25, 3): “Dicta autem res a recte habendo, ius a iuste possidendo. Hoc enim iure possidetur quod iuste, hoc iuste quod bene”.

la mayor parte de la población con un régimen de patronato o patrocinio (GARCÍA GALLO, 1967, p.519 – 520). La protección de la posesión de equidad de largo tiempo del *ager* provincial, con la vieja *longi temporis praescriptio* postclásica romana, extendió su influencia en los reinados godos. Así, Recesvinto (siglo VII d.C.) confirmó su adopción y vigencia:

*“Sepe competentis indebita resolutio iuris evanescere facit statum iuste possessioni, et quod nulla generis nobilitas decorabit, indebita licentia libertati contradidit”. (LI. X, 2, 4).*

El Rey sostuvo que “con frecuencia, un relajamiento indebido (*indebita resolutio*) del derecho hace que se desvanezca la estabilidad de la justa posesión”. Una incompetencia del derecho que “no fue decorado por ningún género de nobleza, puede alcanzar, por una tolerancia indebida, la libertad”. La afirmación pone de relieve la posibilidad de pérdida de un derecho de dominio por negligencia y abandono, y su adquisición por la justa posesión continuada de un tercero. Prescripción de largo tiempo que, en el decir del monarca, tiene su razón jurídica en el orden jurídico natural, “... *sed veluti ex ipsarum rerum videatur processisse natura* (LI. X, 2, 4)”.

Esta ley de Recesvinto pone de relieve, además, la influencia visigoda en el derecho de dominio. Este último fue tildado de derecho adornado de linaje y nobleza (“... *et quod nulla generis nobilitas decorabit*”), preludio de una nueva concepción romano germánica feudal.

La posesión de equidad fue también objeto de estudio por los hombres cultos de la Iglesia de este tiempo. San Isidoro de Sevilla afirmó que la posesión es una institución originaria del derecho natural: “*Quod sit Ius Naturale: ... communis omnium possessio...*” (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 4, 1)). Su concepción no es fáctica, sino jurídica, y su naturaleza es internacional y universal (“*ius gentium est sedium occupatio*”) (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 6, 1)). La posesión es, según el Arzobispo Hispalense, *iusta* o *iniusta*. Ambas son especies de aquella:

*“Dicta autem res a recte habendo, ius a iuste possidendo. Hoc enim iure possidetur quod iuste, hoc iuste quod bene. Quod autem male possidetur, alienum est. Male autem possidet qui vel sua male utitur vel aliena praesumit. Possidet autem iuste qui non inretitur cupiditate. Qui autem cupiditate tenetur, possessus est, non possessor” (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 25, 3)).*

Según este fragmento de *Etymologiae*, el derecho de posesión se identifica con justicia de equidad, “... *iure possidetur quod iuste, hoc iuste quod bene*”. El poseedor posee con ecuanimidad, si su ánimo no está envuelto por el egoísmo, “... *qui non inretitur cupiditate*”. La posesión codiciosa es inicua, “*qui vel sua male utitur, vel aliena praesumit, (...) qui autem cupiditate tenetur, possessus est, non possessor*”.

## 2.1. Comercio - *Iusta possessio* – tradición de mercancías

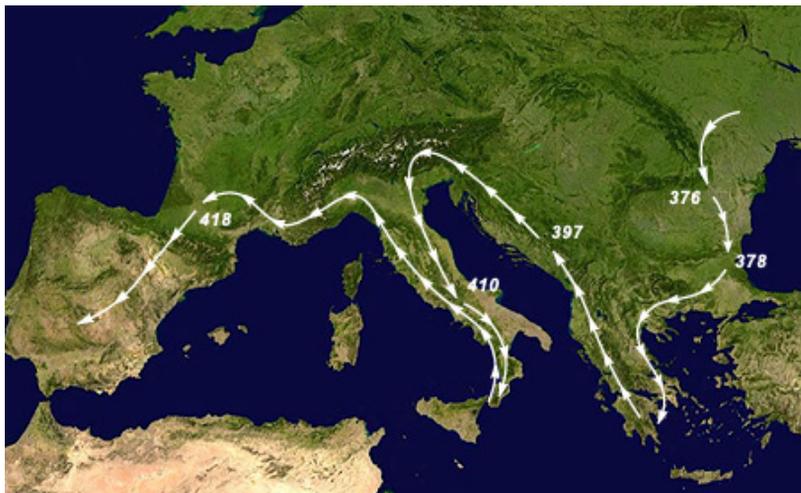
Otros indicios histórico – jurídicos de la adopción de la posesión de equidad romana por los reinos romanos germánicos se constatan, por una parte, en la práctica hispanorromana tardía de la transmisión de la entrega de bienes muebles (PEREZ PRENDES, 2004, p. 406), y, por otra, en la negociación y la entrega de mercancías en el comercio transmarino internacional (este último todavía regulado por los esquemas romanos del *ius gentium*). (GAYO, INST. 2, 135) En esta dirección, Beda el Venerable (coetáneo de San Isidoro) da noticia fiel de la continuidad de este último, no solo en el reino anglo de *Britannia*, sino también en otros reinos romano – germánicos de Europa Occidental. La posesión universal de equidad era posiblemente el eje conductor de las compraventas marítimas internacionales. Práctica de riesgo, según Beda, que podía generar el enriquecimiento de las naciones:

*“Maris vero fretibus crebis terrarum spatia distinguitur, ut et gentium terminos intercludant et alternis opibus omnes provincias per commercia ditent”.* (BEDA EL VENERABLE, *DE NATURA RERUM*, LI. XXXVIII)

La continuidad de la *traditio*, como correa jurídica de transmisión, y adquisición posesoria justa, de las mercancías en el comercio marítimo internacional (de romanos y visigodos, y de ambos con mercedares y negociadores de otras nacionalidades) (LI. XI, 3, 4, ANTIQUA) fue puesta de relieve también por Código de Eurico, I, 13, “*De transmarinis negotiatoribus*” (D’Ors A., ed. BOE, 2014) y por LI. ANTIQUA (*Codex Revisus*, Leovigildo) XI, 3, 1:

*“Qui transmarinus negotiator aurum, argentium, vestimenta, vel qualibet ornamenta provincialibus nostris vendiderit...”*

## 2.2. La continuidad de dos esferas romanas: dominio – *iusta possessio* en el nuevo microcosmos del territorio hispano visigodo



(Imagen: Mediterranean\_Sea\_16.61811E\_38.99124N.jpg. Migration of Visigoth tribes, public domain).

Los reinos visigodos constituyeron un rico exponente histórico de convivencia y de amalgama progresiva de distintos valores sociales, elementos jurídicos y consuetudinarios de dos nacionalidades, romana y germánica. La primera, sometida a un nuevo poder monárquico, sirvió de apoyo y referencia para la segunda. Bajo el mandato de los césares, el ciudadano

romano era consciente de su pertenencia a un imperio global – mundial. (STEIN, 2001, pp. 53 – 54). En este, las ciudades y los municipios de las provincias eran las sedes de la vida política, administrativa y judicial. Las tierras de los latifundistas *possessores* y *potentiores* (*nobilitas* de las élites y de las clases senatoriales municipales dirigentes) y el comercio, terrestre y marítimo, nacional e internacional, eran los principales motores de su riqueza. Con la llegada y el asentamiento migratorio de los nuevos pueblos del este de Europa, en Galia, Italia e *Hispania* (siglo V d. C.), bajo el patrocinio de los ejércitos germanos (Honoríacos) (PAULI OROSII, VII, 40, 9.), traidores a Roma (PAULI OROSII, VII, 40, 9.), la parte occidental del Imperio romano se resquebraja (PAULI OROSII, VII, 40, 9.), (Hydacio, Chron. 220 – 245 (XVI – XVII)). La percepción de imperio desaparece. El aislamiento se apodera de los nuevos reinos. Estos, inicialmente, tienen límites territoriales no definidos y menores a las viejas provincias romanas.

En este periodo post - romano, la agricultura adquirió hegemonía sobre el comercio y las mercancías. De forma progresiva, la tierra se convirtió en la fuente principal de generación de patrimonios y capitales. En este contexto, los caudillos militares germanos rápidamente establecieron las nuevas reglas del derecho público, para la distribución de la riqueza de la tierra. (D'ORS, BOE, 2014).

Desde la óptica del derecho privado, si creemos a E. Levy “la propiedad privada constituyó la base del derecho de bienes en los primitivos reinos en suelo romano, tanto para la población germánica como para la romana (LEVY, 1951, p. 84). Sin embargo, primero hubo una fase histórica de encuentro y de contactos mutuos. Según San Isidoro, de forma primitiva, los germanos se regían por los usos y costumbres de sus naciones (SAN ISIDORO, VII, 34, 7 – 8). No conocían el Derecho romano. En los últimos decenios del siglo IV d. C., fruto de sus asentamientos en tierras del orbe, en calidad de federados y huéspedes del emperador Teodosio, aquellos entraron en relación, de forma progresiva, con la cultura y la civilización del Bajo Imperio:

*“Universae Gotorum gentes rege defuncto aspicientes virtutem benignitatemque Theodosii Romano sese imperium dederunt; ictumque tunc foedus est, quo universus oriens usque ad nunc tranquillissime fruitur (PAULI OROSII, VII, 34, 7 – 8.)”*

Los conceptos jurídicos romanos dominio y *possessio* (LEVY, 1951, p. 21) de equidad (es decir, *proprietas* o propiedad natural: *CTh.* 4, 11,1; 5, 10, 1; 2, 25, 1; 11, 7, 4; 8, 15, 6, 1; 13, 10, 8; 11, 62, 6; 11, 3, 5; 11, 70, 4; 5, 1, 8) fueron acogidos por los ordenamientos jurídicos de los reyes godos hispanos (“... *fundi iure consistat... proprietas fundi...*”) (AHDE, 1959, p. 365). Además de su recepción por el Código Teodosiano en *LRW* (Alarico II, 506 d. C.), Eurico previamente, en LI. X, 3, 5, *Antiqua*, había establecido, “*Si quodcumque ante adventum Gotorum de alicuius fundi iure remotum est et aliquam possessionem aut vinditionem aut donationem aut divisionem aut aliquam transactione translatum est, id in eius fundi, ad quem a Romanis antiquitus probatur adiunctum, iure consistat. Cum autem proprietas fundi certissimis signis...*”; también en LI. 5, 4, 20, *Antiqua*, sostuvo “... *ut absque audientia iudicantis privetur dominium possessoris*”.

En el siglo VII d. C., desde las perspectiva de las liberalidades, Chindasvinto estableció que las donaciones del rey transfiriesen el dominio al donatario, “*donationes regie potestatis, que in quibuscumque personis conferuntur sive conlate sunt, in eorum in iure persistent*” (LI. V, 2, 2). El beneficiario tenía derecho de hacer con la cosa lo que juzgare o quisiere, “... *quicquid de hoc facere vel iudicare voluerit, potestatem in omnibus habeat*” (LI. V, 2, 2.). El Monarca definía el dominio como poder absoluto. Con otra ley, también adoptada del viejo sistema legal imperial posclásico, este Rey daba continuidad a la prescripción y diferenciaba el dominio de la posesión:

*“Sepe proprium ius alterius longinqua possesso in ius transmittit alterius; ... qui dominium alienum inquietabit, rei domino velut iniustus satisfaciat petitor” (Flavius Chindasvintus Rex). (LI. X, 2, 6).*

7 LI. X, 3, 5, *Antiqua*. En este sentido García Gallo A., Bienes propios y Derecho de Propiedad en la Alta Edad Media Española, en AHDE, 1959, p. 365, sostuvo: “... la palabra *proprietas*, cuyo empleo en esta época para destacar la atribución de bienes a una persona... no parece haber sido utilizada en estos tiempos como sinónima de *dominium*, pues no aparece empleada claramente en este sentido en las leyes visigodas”.

A tenor de esta norma de *Liber Iudiciorum* (= *LI.*), el dominio, como derecho, y la posesión, como situación de hecho y como propiedad natural de equidad, o *proprietas* (*sed proprium ius = possessio, ... alterius in ius transmittit = dominium*), estaban vigentes en los últimos siglos de nuestro reino hispano germano: una larga posesión destruía el derecho de propiedad y lo transmitía a terceros. Más tarde, Recesvinto continuó con esta adopción del dominio y la posesión jurídica de equidad romanos: "...*sibi quisque privari possit dominio rerum* (*LI. II, 1, 6*)"; "...*quique sortius vix est usus elementorum, quibus concretus est, quomodo sortietur bona rerum, ad quarum dominium natus non est?* (*LI. IV, 2, 17*) "...*nec contra signa evidentia debitum dominium ullum longe possessionis tempus excludat* (*LI. X, 3, 4.*)". Posteriormente, Ervigio sostuvo "...*sed et filios exinde progenitos omneque eorum peculium suo debeat vindicare dominio*". (*LI. IX, 1, 16*).

De forma paralela, y acorde con estas instituciones, los reyes visigodos incluyeron en sus sistemas jurídicos los mecanismos romanos de defensa del derecho de dominio y el amparo de la posesión frente a usurpaciones de terceros, es decir, la acción petitoria de dominio y los juicios interdictales. La primera para la defensa de un derecho. Los segundos para la defensa de una situación fáctica, gobernada por la ley natural. La acción vindicatoria se puede leer en *LI. X, 1, 8, Antiqua* "...*presumat aut vindicet... usurpare et vindicare*"; *LI. X, 1, 11, Antiqua* "...*dominus post suo iure defendat...*"; *LI. X, 1, 15, Antiqua* "...*nisi terrarum dominus forte prestiterit audeant usurpare...*"; *LI. X, 2, 6, Chindasvintus* "...*tam petenti quam possessori ...; ... dominum alienum inquietabit rei domino velut iniustus satisfaciat petitor...*"; *LI. X, 3, 4, Reccessvindex* "...*locum ex integro vindicare videtur ...*". Un proceso interdictal (*de vi*) se lee también en *LI. X, 3, 4, Reccessvindex* "...*hunc domino vere ut violentum accusare et ut invasorem per iudicum legibus abdicare*".

Por otra parte, la autoridad de la Iglesia también intervino en la adopción y la conservación de la justa posesión de equidad y del dominio romano. Así, *LI. V, 1, 4, Antiqua*, probablemente de Eurico, o bien de Leovigildo, había establecido: "*Heredes episcopi seu aliorum clericorum, qui filios suos in obsequium ecclesie commendaverint, et terras vel aliquid ex munificentia ecclesie*

*possederint, si ipsi in laicis reversi fuerint aut de servitio ecclesie, cuius terram vel aliquam substantiam possidebant, discesserint, statim quod possidebant amittant*". Además, la norma real dispuso que una larga posesión de bienes debidos a la Iglesia no conducía a la adquisición de su dominio: "... *ne quamvis longa possessio dominium ecclesie a rebus sibi debitis quandoque escludat, quia et canonum auctoritas ita commendat*".

### **2.3. El problema del reparto y del régimen jurídico de la tierra: *Sortes Goticas et tertiam Romanorum***

En el contexto histórico jurídico del dominio civil y la posesión de equidad provincial del Occidente romano (siglo V d. C.) surgió la cuestión del reparto de tierras entre godos y romanos en *Hispania* y el problema de su nuevo régimen jurídico. Acontecimiento importante, objeto de estudio y minuciosa atención para historiadores y juristas. Los antecedentes de aquella división parecen encontrarse en las concesiones de tierras que venía haciendo Roma, mediante tratados (*foedus*), a los pueblos germanos aliados (PAULI OROSII, VII, 34, 7 – 8). En contraprestación a los servicios defensivos, estos podían asentarse en los territorios imperiales, mediante un nuevo sistema de hospitalidad. Una constitución imperial de Arcadio y Honorio, de finales del siglo IV d. C., (fiel a las prácticas de acogida de Teodosio el Grande con los godos, quienes fueron establecidos por este en las zonas limítrofes y fronterizas de la parte oriental del Imperio) dispuso:

*"In qualibet vel nos ipsi urbe fuerimus vel ii qui nobis militant commorentur, omni tam mensorum quam etiam hospitem iniquitate summota duas domus propriae domus, tertia hospiti deputata, eatenus intrepidus ac securus possideat portiones, ut in tres domus divisa partes primam eligendi dominus habeat facultatem, secundam hospitem quam voluerit exequatur, tertia domino relinquenda. Plenum enim aequitate atque iustitia est, ut qui aut successione fruitur aut empto vel extruptione gaudet electam praecipue iudicio suam rem teneat et relictam. Ergasteria vero, quae mercimoniis deputantur, ad praedictae divisionis iniuriam non vocentur, sed quieti sint et libera et ab omni hospitantium iniuria defensata solis dominis conductoribusque deserviant. Sane si stabulum, ut adsolet, mi-*

*litari viro in tertia domus parte defuerit, ex ergasteriis, nisi id dominus qualibet occasione providerit, pro animalium numero vel domus qualitate deputabitur. Inlustribus sane viris non tertiam partem domus, sed mediam hospitalitatis gratia deputari decernimus ea dumtaxat conditione servata, ut alter ex his quilibet quivē maluerit divisionem arbitrii aequitate faciat, alter eligendi habeat optionem. Et firmissimum perpetuo quod iussimus perseveret, ita ut triginta libras auri qui inlustris sunt praediti dignitate fisco nostro se inlaturos esse cognoscant, ceteri vero militia sciant se esse privandos, si generale praeceptum amplius usurpando quam iussimus reprehensibili temeritate violaverint". DAT. VIII ID. FEB. CONST(ANTINO)P(OLI) HON(ORIO) IIII ET EUTYCHIANO CONSS. 398 d. (CTh. 7, 8, 5).*

Poco tiempo después de la promulgación de esta disposición imperial, Honorio convino un tratado de paz con el rey godo Walia (416 d. C. – 418 d. C). Por medio del acuerdo, el emperador concedía parte del territorio de Aquitania (Sur de las Galias) a los germanos y en contraprestación estos prestaban apoyo militar y fidelidad al Imperio. Para algunos autores, M. (BLOCH, 1963, pp. 100 – 141), L. A. García (MORENO, 1983, pp. 137 – 175) y L. Rodríguez (ENNES, 1999, p. 37), de acuerdo con la normativa de aquella hospitalidad imperial romana, los pueblos federados recibían 1/3 del territorio en calidad de huéspedes por cada 2/3 que era retenido por los romanos. En esta dirección, A. García Gallo fue más allá, pues sostuvo que la división del territorio afectó solo a los latifundios y fue equitativa entre godos y romanos (GARCÍA GALLO, 1941, p. 40). El suelo agrario gozaba de dos regímenes jurídicos. Una parte era *terra dominicata* (tierra que el propietario trabaja y explotaba el dueño) y otra era *terra indominicata* (tierra arrendada o concedida a colonos, explotada, generalmente, mediante un capataz o *villicus*). Según este prestigioso historiador, “la parte expropiada a los romanos y entregada a los godos parece haber sido la mitad de las posesiones, pero de la siguiente forma. La parte que el propietario romano explotaba directamente, y que era de reducida extensión, posiblemente queda en su poder íntegro y sin repartir, (...) pero la parte más extensa de la posesión se divide quedando para él dos tercios y entregando uno al godo. La parte más extensa de la posesión (la que el propietario entregaba

en *sortes* o “parcelas” a los colonos, para que las cultivasen a cambio de una renta) se divide en todo caso: un tercio para el romano (*tertia romanorum*) y dos tercios para el godo; es por ello por ello que los godos y los romanos se consideraban *consortes* copartícipes de las tierras. Así, la parte explotada directamente y la *tercia* (o las dos partes de aquella y esta) equivalen en extensión a los dos tercios del godo (o a un tercio de aquella y los dos de esta) (GARCÍA GALLO, 1967, pp. 523 – 524).

Si aceptamos que este sistema de reparto de tierras fue adoptado de modo fiel por Eurico y sus sucesores, surgirían algunos interrogantes. Arcadio y Honorio establecieron por ley un sistema de hospitalidad. Por otra parte, el contenido del Tratado de Wallia y Honorio nos es desconocido. Las fuentes jurídicas góticas hispanas, Código de Eurico, *Liber Iudiciorum*, se inspiran en la medida de los tres tercios, (“... *primam eligendi dominus habeat facultatem, secundam hospes quam voluerit exequatur, tertia domino relinquenda*”) (CTH. 7, 8, 5), pero no dan trazas fidedignas de haber adoptado el sistema de reparto romano. Estas mismas codificaciones godas, además, califican de *sortes* exclusivamente a las tierras de los godos (*consors*). Estos pueden ser *consortes* entre sí. De este título, al menos en los repartos iniciales, los romanos parecen estar excluidos. Estos son titulares de *tercias*. Por último, no parece convincente que aquel sistema de división y reparto romano se copiase por los reyes hispanos, quienes establecieron 2/3 góticos por sorteo (*sortes*) sobre la totalidad de su territorio (LI. X, 2, 1, ANTIQUA).

Sobre este problema de repartos de tierras entre romanos y visigodos, J. Sánchez Arcilla sostuvo que los territorios se dividieron por mitades (SÁNCHEZ ARCILLA, 1995, p. 114). Pérez Prendes, por su parte, reportó acertadamente que “lo más razonable es entender que esa mecánica se ajustó en cada caso a las circunstancias del lugar y a las necesidades del pacto, de forma que incluso hubo asentamientos de bárbaros que no requirieron partición alguna de tierras con una población romana anterior” (PÉREZ PRENDES, 2004, p.377). En esta dirección, es razonable sospechar que los reyes godos establecieron las nuevas reglas de distribución de la riqueza de la tierra. El poder real germánico intervino en el reparto de los dominios

(LI. V, 2, 2; V, 2, 3, Antiqua) y señoríos territoriales (competencia real y nobiliaria pre-feudal) y en la distribución de su justa posesión (derecho de los vasallos libres). De forma progresiva, el señorío privado del suelo latifundista fue haciéndose propio de los señores del alto linaje (*nobilis ingenuus*) (LI. X, 2, 7). La estabilidad de una *iusta possessio* fue haciéndose propia de los hombres libres (godos y romanos) plebeyos (*inferior ingenuus*) (LI. X, 2, 7). El binomio dominio – *possessiones* “latifundistas visigodas” fue heredado del Bajo Imperio romano. En este último, el suelo provincial era protegido también con una *longi temporis praescriptio*, institución que garantizaba a los largos *possessores* de buena fe y justa causa (también a los larguísimos poseedores de treinta años), la estabilidad permanente de su *possessio*, pero no el dominio, ya que la usucapión civil estaba excluida del suelo provincial. Aunque este conjunto jurídico de instituciones romanas permanece, con la implantación de las nuevas estructuras de poder pre-feudales (SÁNCHEZ ALBORNOZ, 1993) visigodas, durante los siglos V d. C., VI d. C. y VII d. C., el gran dominio quedó reservado a los grandes de la nobleza, quienes se apropiaron de vastos territorios, que previamente habían usurpado a los grandes *possessores* terratenientes romanos de *Hispania*.

El suelo de *Hispania* fue ocupado (“... *Alani et Vandali et Suevi Hispanias ingressi sunt... aera CCCCXLVII* (HYDACIO, CHRON. 205 (XIV)); “... *inruptiae sint Hispaniae*”), (PAULI OROSII, VII, 41, 2) por las migraciones bélicas de los pueblos godos (PAULI OROSII, VII, 40, 9) “... *cunctas gentes, quae per Gallias vagabantur, Hispaniarum provinciis inmittunt isdemque ipse adiunguntur: ubi actis aliquamdiu magnis cruentisque discursibus, post graves rerum atque hominum vastationes,...*”<sup>8</sup>). Sus intervenciones militares estaban legitimadas por el derecho internacional de guerra (PAULI OROSII, VII, 41, 2 – 3). Los caudillos germanos tenían gobierno y ejér-

8 HYDACIO, CHRON. 220 – 245 (XVI – XVII). Pauli Orosii, *Historiarum adversum paganos*, VII, 42, 1 – 3. Salviano de Marsella, *De Gub. Dei*, 6, 8, 39 – 40: “...non agitur denique in plurimus Galliarum urbibus et Hispaniarum; 40: *quae spes Christianis plebibus ante deum est, quandoquidem ex illo in urbibus Romanis haec male sunt ex quo in barbararum iure esse coeperunt*”. San Isidoro (*Etymologiae*, V, 6, 1): “*lus gentium est bella captivitates*”. San Isidoro, *Historia Gothorum*, 7, 3, 1. Morán Martín R., *Materiales para un Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 2010, p. 251: “... la guerra de los años 425 – 430, que debió terminar con la alteración de algunos puntos del foedus del 418, pero que no será un único caso, sino que constatan conflictos que se mantienen y agudizan con la llegada al poder de Eurico y su intento de consolidar el dominio de los territorios que había ido conquistando en la Galia y en las Hispanias...”.

cito propios, y ejercían mediante ambos su poder y hegemonía (CHRON. ALBEN., XIV, 2, pp. 343 – 346). *Hispania* romana sufría ahora las mismas consecuencias que había soportado la Iberia prerromana:

*“Inruptae sunt Hispaniae, caedes vastationesque passae sunt: nihil quidem novum, hoc enim nunc per biennium illud, quo hostis gladius saeviit, sustinuere a barbaris, quod per ducentos quondam annos passae fuerant a Romanis...”* (Pauli Orosii, VII, 41, 2).

La tierra anexionada fue donada por potestad del rey (LI. V, 2, 2), bien sorteada (*sortes*), dividida y asignada por este a los godos (*Sortes Ghoticas*). Los romanos vencidos no participaron en el azar de los vencedores. Aquellos recibieron tierras de forma unilateral, sus tercias (*tertia romanorum*). Estos son ahora “nuevos huéspedes”, “... *in loco hospitem*” (D’ORS A BOE, 2014), y súbditos. Según Código de Eurico, CCLXXVI, CCLXXVII, 476 d. C. aprox. (*Fragmenta Parisina. Cod. Rescrip.* París. Lat. 1261, BOE, 2014) y *Liber Iudiciorum*, X, 1, 8, *Antiqua*, por cada lote de tierras (2/3, *sortes Gothicæ*) (LI. X, 2, 1) que eran sorteadas y concedidas en nombre del rey a los godos (...*duabus partis Goti*) (LI. X, 1, 8) 1/3 era entregado después a los viejos hispanorromanos (*tertia Romani*) (LI. X, 1, 8). El principio rector visigodo del reparto (aunque inspirado en las medidas del sistema romano) fue original: por cada tres tercios de tierras, dos tercios son para el godo y un tercio para el romano (*Sortes Ghoticas et tertiam Romanorum*) (D’ORS A BOE, 2014). El rey tiene y ejerce su derecho de ordenar y distribuir su territorio. Inicialmente, esta prerrogativa pública se hizo efectiva mediante sorteos (GARCÍA GALLO, 1967, p. 524) (*sortes* deriva de *sor – sortis*) de los distintos lotes que habían dividido el territorio ocupado. El obispo Hydacio (*Chron.* 240 (XIV)) nos ofrece indicios de este sistema originario:

*“... subversis memorata plagarum grassatione Hispaniae provinciis barbari ad pacem ineundam, Domino miserante conversi sorte ad inhabitandum sibi provinciarum dividunt regiones”.*

Los bárbaros se reparten en suerte las diócesis y las regiones de las provincias. Paulo Orosio ofrece, en este sentido, noticias más concretas:

*“Igitur Honoriaci inbuti praeda et inlecti abundantia quo magis scelus impunitum foret atque ipsi sceleri plus liceret, prodita Pyrenai custodia claustrisque patefactis cunctas gentes, quae per Gallias vagabantur, Hispaniarum provinciis inmittunt isdemque ipse adiunguntur: ubi actis aliquamdiu magnis cruentisque discursibus, post graves rerum atque hominum vastationes, de quibus ipsos quoque modo paenitet, habita, sorte et distributa usque ad nunc possessione consistunt”.* (PAULI OROSII, VII, 40, 9).

Este plan tuvo resultados positivos. En este sentido, según R. Morán Martín “este sistema de reparto hizo que los godos se distribuyeran por todo el territorio” (MORÁN MARTÍN, 2018, p. 255). Esta división sustituía y se alejaba del sistema de hospitalidad romano (Arcadio y Honorio *CTh.* 7, 8, 5), y del viejo procedimiento de división y asignación de dominios y *possessiones* que había sido seguido en los siglos precedentes, de forma más o menos regular, por las viejas centuriaciones (estas también se aplicaban en las provincias). Fruto de las nuevas divisiones, las marcas y los mojones de los suelos godos sustituyen a las viejas señales romanas del *ager divisus et assignatus* (“*aggeres terre sive arcas y arboribus notas, ... quas decurias vocant*”). Para este proceso, Eurico estableció la posibilidad de seguir los indicios de los límites por las viejas marcas romanas<sup>9</sup>. En las nuevas particiones, los divisores podían respetar las antiguas posesiones romanas (“... *ante adventum Gotorum (LI. X, 3, 5, ANTIQUA*””, expresión que subraya la originalidad visigoda de los repartos), siempre que estas hubiesen sido adquiridas mediante justo título (compra, donación, partición y transacción<sup>10</sup>). Con todo, los sorteos, los pactos privados de división (estos últimos autorizados por el poder público real, LI. X, VIII, *De divisione terrarum facta inter Gotum adque Romanus* (PÉREZ PRENDES, 2004, p. 377); LI. X, 1, 5: “*Si placitum quis divisionis inrumpat, divisam partem usurpans*”, siempre que respetasen los 2/3 de *sortes* y las tercias) (LI. X, 1, 8, ANTIQUA), las donaciones reales

9 LI. X, 3, 3, Antiqua: “*Quotiescunque de terminis fuerit orta contentio, signa, que antiquitus confundorum sunt, oportet inquiri, id est aggeres terre sive arcas, quas propter fines fundorum antiquitus apparuerit fuisse coniectos adque constructas, lapides etiam, quos propter indicia terminorum notis evidentibus sculptos constititerit esse defixos. Si hec signa defuerint, tunc in arboribus notas, quas decurias vocant, convenit observari; sed ille, que antiquitus probantur incise*”.

10 LI. X, 3, 5, Antiqua “*Ut, si aliqua pars de alio loco tempore Romanorum remota est, ita persistat*”.

(LI. V, 2, 2; V, 2, 3, ANTIQUA) y las concesiones de lotes favorecieron al pueblo conquistador visigodo, y tuvieron consideración, aunque en menor proporción, con el pueblo romano vencido.

Alguna de estas modalidades de reparto del suelo, fueron adoptadas por otros reyes germanos<sup>11</sup>. Así, Gundobado (473 d. C. – 516 d. C.) parece haber utilizado el sistema general de suertes y tercias en *Gallia Oriental* (LRB. 30, 2 “... seu in unum consortes”; LRB. 30, 3 “... quos consortes habent”; LRB. 30, 4 “... agrorum vero consortes, si divisas in uno agro portiones habent”) (LOT F, 1928, pp. 975 – 1011). Parece claro que la división del territorio, mediante la asignación del dominio y de la posesión del suelo, respondía a un nuevo proyecto público regio de convivencia pacífica común de las dos nacionalidades. En este sentido, P. Orosio sostuvo, “los bárbaros, execrando sus espadas, empuñan los arados y tratan a los demás romanos como compañeros y amigos, de tal modo, que algunos hay que prefieren la pobre libertad de que disfrutaban entre los bárbaros a la opresión tributaria en que vivían entre romanos” (HIST. ROM. ADV., p. 7, 41).

A esta finalidad de entendimiento entre ambos pueblos, y en el interés del reino, respondió también el mandato de seguridad jurídica, e imperativo, de Eurico:

*“Sortes Gotice et tertia Romanorum, que intra L annos non fuerit revocate, nullo modo repetantur”. (LI. X, 2, 1, ANTIQUA, EN AHDE, 1956, pp. 701 – 705)*

Según esta ley, las concesiones de *sortes* y tercias podían ser otorgadas y revocadas<sup>12</sup> por el poder real<sup>13</sup>, salvo por el transcurso de cincuenta años (plazo de prescripción).

11 DIURNI G., POSSESSO..., cit. p. 471, sostiene que la población bárbara aprehende el suelo y disfruta de forma duradera de la tierra mediante la práctica de dividir en sortes el territorio entre los distintos grupos.

12 LI. X, 1, 8, Antiqua: “... aut de tertia Romani Gotus sibi aliquid audeat usurpare aut vindicare, nisi quod a nostra forsitam ei fuerit largitate donatum”.

13 La potestad real (principis potestas) puede revocar también las ventas del patrimonio de los curiales, LI. V, 4, 19. Flavius Chindasvindus Rex.

### 2.3.1. *Sortes et tertias*: Títulos públicos regios de concessão real.

Por derecho de guerra (*ius gentium*) (SAN ISIDORO (Etymologiae, V, 6, 1)), la nueva tierra ocupada por los caudillos godos era dominio público. Su titular, el rey. Las *sortes* constituían no solo los lotes, sino también un nuevo título público germánico de concessão real del dominio privado o bien una *iusta possessio* de equidad (*sors*; "... *in sua sorte susceperant...*") (LI. X, 1, 14, ANTIQUA); "... *sorte et distributa usque ad nun possessione consistunt* (PAULI OROSII, VII, 40, 9)..."; "... *sortis iure possidens = sortis titulo adquisita...*") (LRB. 1.1; 13; 14, 5). De forma originaria, o bien por actos de transmisión, *sors* solo puede ser el godo con parte en una suerte territorial. *Chronica Albendensia* (¿*Dulcidius*, 881 d. C.?) constata la existencia de campos exclusivos de los godos: "*Campos quem dicunt Goticos udque ad flumen Dorium eremuit...*". (CHRON. ALBEN., XV, 3). El romano no es *sors*, no tiene legitimidad para entrar en las rifas y concesiones reales territoriales originarias. Los romanos tampoco pueden adquirir por pactos, ni por transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*, aquel título jurídico. Una vez realizados los sorteos y las concesiones, era muy probable que las *tercias* fuesen adjudicadas de forma unilateral, y sin derecho de elección, a los romanos. Estos ya no eran *cives Imperio Populi Romani*, sino nuevos huéspedes y súbditos del rey germano.

Las *sortes* (también las *tercias*) eran objeto de división, "... *si plures fuerint in divisione consortes...*" (LI. X, 1, 3, ANTIQUA), compra y venta<sup>14</sup>, permuta (LI. V, 4, 19), donación (LI. V, 4, 8), arrendamiento (LI. X, 1, 11), cesión y entrega en precario (este último, sujeto a tributación) (LI. X, 1, 12,). Incluso, las *sortes* de los *consors* (LI. X, 1, 4,) podían permanecer indivisas en comunidad (*consortium*) (LI. X, 1, 4). El titular de una *sors* podía, además, concederla en justa posesión, tanto de forma individual como en comunidad, a terceros (LI. X, 1, 6, *Ant. Emend.* "*si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortis terram plantaverit aut domum fecerit...*"; X, 1, 7, *Ant.* "*qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine*

<sup>14</sup> LI. V, 4, 7, Antiqua: "*Vinditionis hec forma servetur, ut seu res aliquas vel terras...*"; V, 4, 13, Flavius Chindasvindus Rex; X, 1, 6.

*permissioni domini...*). En consecuencia, el dominio y la justa posesión (= propiedad natural) de las *sortes* privadas se podían dividir y transmitir inter vivos y *mortis causa*.

Por otra parte, podemos sospechar también que las *sortes* estaban exentas del pago de tributos (GOFFART W, 2006, p. 141) (las tercias eran gravadas con el diezmo, *pro decimis*) (LI. X, 1. 19). Por *Liber Iudiciorum*, conocemos que, a veces, algunas tercias romanas eran usurpadas por los godos, para unir las a sus *sortes* y viceversa (LI. X, 1, 5 *Antiqua*; X, 1, 16, *Antiqua*). En otras ocasiones, surgían pugnas por la extensión y los límites de las *sortes* y las tercias romanas vecinas. Para solucionar estas luchas intervenían no solo los jueces, sino también los inspectores tributarios (CTh. 11, 1, 31), así como los *consortes*. La presencia de estos últimos era forzosa (“... *nullus novum terminum sine consortis presentia aut sine inspectore constituit*”, LI. X, 3, 5, *Antiqua*). En estos dos tipos de litigios, según la solución de cada caso, los jueces exigían la devolución de la posesión a los legítimos titulares romanos, o bien fijaban la cabida exacta y los límites de las fincas vecinas. Las conclusiones establecidas por LI., para ambos casos, eran jurídicas y tributarias. Las primeras respondían a la necesidad de amparar el verdadero dominio y la *possessio* de equidad o “propiedad de la posesión” (LI. X, 3, 5, *Antiqua*). Las segundas pretendían evitar fraudes fiscales, pues la hacienda del rey perdía el pago de los impuestos de la tierra, si esta última había sido desposeída inicua por los godos a los romanos: “... *ut nihil fisco debeat deperire...*” (LI. X, 1, 16, *ANTIQUA*).

Estas leyes parecen demostrar que las *sortes* godas estuvieron, al menos inicialmente, libres del pago de impuestos. Solo las tercias, en manos del pueblo extranjero romano sometido, tributarían a la hacienda real. ¿Acaso el reparto inicial de los caudillos pretendió que los godos (pueblo vencedor) tuviesen el dominio inmune de las *sortes* y los romanos (pueblo vencido) adquiriesen la *possessio ad ususfructus* o *proprietas* natural tributaria de sus tercias?

### 2.3.2. Hacia un nuevo sistema jurídico territorial feudal.

El sistema de división y adjudicación de *sortes* y tercias, que fue seguido durante varios siglos por los reyes visigodos (LI. X, 1, 8, ANTIQUA. LI. X, 1, 9, ANTIQUA), no adoptó un verdadero sistema de hospitalidad. Estos articularon, según sus propios intereses de gobierno, la división, el reparto, la administración y la fiscalidad de todo su territorio (LI. X, 1, 16, ANTIQUA). Estas concesiones y divisiones parecen sostener, además, que el “gran dominio” territorial fue privilegio de las estirpes de la nobleza goda (duques, condes, gobernadores, etc.). Sobre tres tercios, esta última siempre era 2/3 más rica que la vieja aristocracia romana, *possessores et potentiores* tributarios. Esta vieja nobleza provincial, todavía latifundista, explotaba sus posesiones agrícolas mediante capataces y administradores, ... *vilici adque praepositi* (LI. X, 1, 16, ANTIQUA), pero quedó sometida a la hegemonía política y tributaria goda.

Por otro lado, “ajena a las *sortes* y las tercias”, la Iglesia fue amparada progresivamente por la nueva realeza y se unió, de forma paulatina, al acceso y la titularidad del dominio privado de los grandes latifundios y de los distintos tipos de territorios (LI. V, I – IV).

En el nuevo arco del tiempo de los reinos germánicos hispanos, los hombres libres, nobles y plebeyos, godos y romanos, tuvieron acceso al dominio y a la propiedad o posesión natural (= *possessio iusta*) de la tierra (LI. X, 2, 7). Sin embargo, para muchos hombres libres, de condición humilde, una posesión *iusta* de equidad, o propiedad natural, y la explotación del suelo fueron posiblemente tanto su único derecho como su actividad económica. En este contexto, podemos entender que Chindasvinto ordenase que los hombres plebeyos no pudiesen vender su gleba: “... *nam plebeis glebam suam alienandi nullam unquam potestas manebit*” (LI. V, 4, 19). Con frecuencia, además, los estamentos de vasallos, sin linaje noble (*inferior ingenuus*) (LI. X, 2, 7) estaban sujetos, de forma libre y voluntaria, por juramentos de fidelidad y bajo el patrocinio de los señores godos (LI. V, 3, 1 – 4, GARCÍA GALLO, p. 519), (*nobilis ingenuus*) (LI. X, 2,

7). En contraprestación y compensación, aquellos recibían de sus amos armas y la posesión libre de fundos agrarios – *possessores* del *ager vectigalis* -. Los patrocinados y encomendados explotaban directamente la tierra y pagaban los cánones y tributos a su señor. Un nuevo tiempo se grava en el dintel de la Historia feudal.

## **2.4 *Communio romano visigoda (= consortium) (LI. X, 1, 4, Chindasvintus Rex)***

La *possessio iusta* de equidad o propiedad natural romana fue adoptada también por los juristas y los reyes visigodos para la construcción de su comunidad de bienes. Así, los hombres libres godos, unidos por razones de personalidad y nacionalidad, bien por matrimonio y filiación, bien por parentesco con otros grupos familiares, podían constituir derechos y pertenecer a consorcios de tierras comunales (LI. X, 1, 6, *Ant. Emendata* “... *quod portio sit consortis...*”, romanceada por Fuero Juzgo “*si alguno de los compañeros face vinna o casa en herdat de so compañero*”; LI. X, 1, 7 “... *Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini...*”). Por regla general, las comunidades se establecían sobre montes, bosques, silvas y tierras de pastoreo. Con probabilidad, las primeras nacieron y permanecieron indivisas por liberalidades y orden del poder regio: “*De silvis inter Gotum et Romanum indivisis relicta*” (LI. X, 1, 9, *Antiqua*). Con el paso del tiempo, fruto del asentamiento de la nueva población en los territorios anexionados, los consorcios se originaron por iniciativa de colectivos vecinales y estirpes de las familias godas.

Desde la óptica jurídica, estos suelos agrarios y de pastoreo podían ser objeto de posesión y aprovechamiento colectivo por cuotas, *communio* posesoria “*pro parte*”, o bien objeto de posesión colectiva sin cuotas, *communio* posesoria “*pro indiviso*” (PLANITZ H, 1957, p. 103 – 104).

### 2.4.1. *Communio posesoria “pro parte”, divisible*

Los sorteos de tierras por los reyes germanos y sus nobles visigodos pudieron establecer comunidades posesorias de *consortes pro parte*<sup>15</sup>. En *Liber Iudiciorum, Lex Antiqua Emendata* (X, 1, 6, título “*Si vineam aut domum quis in consortis terram (= tierra comunal) construxerit*) podemos leer:

“*Si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortis terram plantaverit aut domum fecerit, vel certe si ipse, qui vineam plantat vel domum facit, ignoraverit, quod portio sit consortis*”.

En estos consorcios existía un régimen comunal posesorio proporcional. Los consortes o copartícipes de las suertes tenían distintas porciones posesorias del patrimonio comunal “... *quod portio sit consortis*”. Según el fragmento legal anterior, se puede sospechar en la posibilidad de una pertenencia del patrimonio posesorio comunal al dominio privado de un tercero, rey o señor nobiliario. Probabilidad que también se lee en LI. (*Lex Antiqua* X, 1, 7): “*Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini, sive per vim aut forsitam domino nescientem vel absente, plantaverit*”. Según ambos fragmentos, el dueño del patrimonio comunal podía dirigir órdenes a sus comuneros, poseedores consortes.

Estos consorcios colectivos *pro parte* tuvieron también una amplia difusión en otros reinos germánicos. Así, es confirmado por *Lex Romana Burgundionum*, del Rey Gundobado:

“*Silvarum, montium et pascui ius, ut unicuique pro rata possessionis subpetit, esse commune*”. (*LRB. XVII, V*).

Según esta norma franca, las comunidades de montes, pastos y silvas otorgaban una cuota proporcional posesoria y un derecho de posesión proporcional a cada comunero (*pro rata possessionis*). Los consortes, *possesores pro rata*, según *LRB.*, eran cotitulares de un derecho común (“*ius esse*

<sup>15</sup> Sostiene que la población bárbara aprehende el suelo y disfruta de forma duradera de la tierra mediante la práctica de dividir en sortes el territorio entre los distintos grupos. Sin embargo, “... una parte de questo territorio resterà... in comune...”. (DIURNI G., POSSESSO, p. 471)

*commune...*”). Cada consorte era un justo poseedor proporcional de su cuota. Cada parte era constituida sobre un único derecho comunal. La suma de las cuotas posesorias formaba un único derecho comunal. Las participaciones posesorias eran, además, divisibles y transmisibles a los herederos consortes:

- LRB. 30, 4 “... agrorum vero consortes, si divisas in uno agro portiones habent”. (LOTF, (1928), pp. 975 – 1011)

- LI. X, 1, 3, *Antiqua*: “Si plures fuerint in divisione consortes quod a multis vel melioribus iuste constitutum est, a paucis vel deterioribus non convenit aliquatenus inmutari”. Esta norma subraya, de forma directa, una nueva concepción romana germánica pre-feudal de la comunidad de bienes. La ley nos hace sospechar de la existencia de hombres visigodos libres de distinta condición y estirpe (estatus desconocidos por los romanos), que formaban comunidades asamblearias. En estas reuniones godas, las decisiones relativas a la vida de la comunidad de bienes, por ejemplo, su división y reparto (“... si plures fuerint in divisione consortes...”), se adoptarían por el linaje (“... melioribus... deterioribus...”) y por mayorías: “... quod a multis... aliquatenus inmutatur”.

Este molde jurídico de la *communio* posesoria fue forjada en los siglos V d. C. al VII d. C., y surgió fruto de un conglomerado de viejos elementos jurídicos romanos con los recientes factores germánicos. La institución “de nuevo cuño” (podemos afirmar romano – visigoda) fue, probablemente, el resultado de una larga evolución del condominio del Derecho romano y su amalgama con la explotación colectiva consuetudinaria germana de la tierra. Esta unión hizo surgir rasgos distintivos propios. La comunidad inédita se distanciaba de los viejos principios del condominio romano clásico, que había adoptado, por obra de los juristas, el concepto de cuota ideal *pro parte* sobre el dominio, no sobre la posesión. Aquella desconocía, además, la regla formulada por la jurisprudencia clásica, “... eadem possessio apud duos esse non potest<sup>16</sup>”. Por último, la categoría jurídica de “*possessor pro parte*” estaba alejada de las tesis clásicas romanas. La nueva comunidad hispana era

16 D. 41, 2, 12, Ulpiano libro 70 ad Edictum. D. 41, 2, 3, 5, Paulus libro LIV ad Edictum: “Ex contrario plures eadem rem in solidum possidere non possunt”.

compatible, además, con la titularidad de un derecho de *iusta possessio* de equidad<sup>17</sup>; esta última heredada del Bajo Imperio.

#### **2.4.2. Communio posesoria sin cuotas, “pro indiviso” (LI. X, 1, 9, ANTIQUA)**

A diferencia de la comunidad posesoria por parte, la *communio pro indiviso* constituía una especie de colectividad patrimonial sin cuotas (“en mano común”). Podemos sospechar que esta especie de comunidad de bienes fue fruto de los sorteos y los repartos de tierras (*sortes ghoticas et tertia romanorum*). En otras ocasiones, por las liberalidades del poder real. En el primer caso, los *consortes* godos decidieron, tal vez, por usos consuetudinarios, que los bienes comunales permaneciesen y se transmitiesen *ab intestato* en *pro indiviso*. En el segundo, los bienes comunales permanecieron comunes por concesión y orden regias: “*de silvis inter Gotum et Romanum indivisis*” (de los bosques dejados sin repartir entre los godos y los romanos). (LI. X, 1, 9, ANTIQUA).

Ningún comunero sabía cuál era el porcentaje de su derecho. Este estaba formado por la unión de todos los miembros y era concebido por los consortes como titularidad de la comunidad. Eran excluidos los derechos autónomos e individuales. El derecho comunal no se fraccionaba en cuotas posesorias, ni se adjudicaban *pro rata* a los consortes. El derecho colectivo era y permanecía indivisible.

Según A. Biscardi, esta institución fue heredada de la vieja civilización romana. Concretamente, podría pensarse en el antiquísimo *consortium ercto non cito*<sup>18</sup> = condominio hereditario, sin cuotas, no dividido.

<sup>17</sup> Sobre la equivalencia de *possessio* y propiedad, (LEVY E., p. 84).

<sup>18</sup> En relación a este *consortium ercto non cito*, Biscardi A., “La Genesi della nozione di comproprietà”, en Labeo, 1955, p. 159, sostiene: “Se poi dal mondo classico mediterraneo ci trasferiamo in quello germanico dell’ alto Medioevo, per risalire alle radici della “Gemeinschaft zur gesammten Hand””. Fernández de Buján A., *Derecho Privado...*, cit. pp. 579 – 580 sostiene: “la configuración de la sociedad como contrato consensual tiene su antecedente en el consorcio familiar, *consortium ercto non cito*, que se produce cuando a la muerte del cabeza de familia son llamados a heredar varias personas de forma conjunta. Los coherederos eran condóminos, en la medida que ostentaban la condición de cotitulares a título de dueño del patrimonio familiar... La idea del consorcio familiar hereditario podría, a su vez, haber constituido la institución de referencia de la sociedad universal de todos los bienes, *societas omnium bonorum*, cuya denominación obedece al acuerdo de todos los socios de

La idea de mano común hace alusión directa a poder no fraccionado. La afirmación es muy sugerente, pues existen evidentes paralelismos entre ambas comunidades. El remoto *consortium ercto non cito* romano era una sociedad familiar hereditaria legítima y natural de dominio no dividido “... *ercto non cito, id est dominio non diviso...*”, o comunidad sin cuotas propia de los *heredes sui*, ciudadanos romanos (Gayo, *Inst.* 154 a.). En la comunidad pro indiviso visigoda, con frecuencia familiar y sin cuotas, el derecho era colectivo (*ius esse commune*), es decir, propio de los bienes comunales, no de los consortes miembros. Con todo, el *consortium ercto non cito* romano era un condominio *pro indiviso*. En este, los titulares eran dueños sin cuotas. Las comunidades visigodas eran, por el contrario, colectividades posesorias sin dominio. El territorio se percibía como bien propio de la colectividad. Si existía, el dominio del territorio colectivo era, en última instancia, de un noble o bien del rey.

Esta colectividad era concebida así por otras poblaciones de origen germánico. Antes de la conquista normanda de *Britannia* (1066 d. C.), en el derecho consuetudinario de los anglos, estuvo vigente un consorcio hereditario conocido como “*Gavelkind – coparceny*” (= *gave all kinds* = dados a todos por igual<sup>19</sup>). Esta institución constituía una forma de propiedad colectiva sin cuotas de la tierra, que era disfrutada por los hijos. Estas tenencias comunales, transmisibles ab intestato, estaban sujetas al pago de impuestos al señor feudal, “*the land holder was called gavelam as his duty was to pay a rent (gavel) to the landlord*” (DUHAIME’S LAW DICTIONARY). *Gavelkind – coparceny* o comunidad pro indivisa “se caracterizó por la posesión de un patrimonio colectivo en la que sus miembros poseían sin conocer cuánto poseía cada uno”. Todavía en nuestro tiempo, esta naturaleza jurídica ha sido reconocida y afirmada por el Tribunal de Apelaciones de Arkansas, en *Cecil Kennedy v. ER Henry*, 604 SW2d 585 (año 1980 d. C.).

---

aportar todos sus bienes presentes y futuros a la sociedad, que se hacían automáticamente comunes a todos los socios”. (GAYO INST., II, 157; III, 154º – 154b. D. 28, 2, 11, Paulus libro secundo ad Sabinum. Vid. Arangio Ruiz V., *La Società in Diritto Romano*, 1965 (ed. Napoli, 2006), pp. 3 – 18)

19 DUHAIME’S LAW DICTIONARY, VOZ, GAVELKIND: “A form limited land ownership in England pre- Conquest (1066) which vested to all sons equally”. Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Book 2, Chapter 6 (1765 – 1769), p. 4 – 6.

En las comunidades romano – visigodas hispanas (estas últimas han llegado al mundo actual, por ejemplo, los montes vecinales en mano común), el trabajo, las ganancias, los aprovechamientos, las pérdidas y los daños eran colectivos, no proporcionales. Cada consorte respondía solidariamente por su persona y por los otros comuneros, en nombre de todo el consorcio, frente a terceros:

“... *consortium tam pro eorum quam pro sua persona qui iudicialiter pro comunibus rebus fuerit adpellatus respondeat*”. (LI. X., 1, 4, *CHINDASVINTUS REX*).

### III. EL ENCUENTRO Y LA DIFÍCIL AMALGAMA FEUDAL DE DOS MUNDOS: INVESTIDURA – *GEWERE*, O *SEISIN*, GERMANAS, *DOMINIUM* – *IUSTA POSSESSIO* ROMANOS

Los historiadores del derecho y los civilistas han relacionado, por un lado, la posesión romana con la investidura feudal medieval germánica, o *gewere*, y, por otro lado, con la investidura feudal anglosajona – británica, o *seisin*, en sus escritos. *Prima facie*, la ocupación de las antiguas provincias romanas de occidente por los reyes de los pueblos germanos parecería haber forzado un primer encuentro y relación. Sin embargo, investidura y posesión son instituciones extrañas entre sí. Su origen y naturaleza son diferentes. La primera de progeñie germánica. La segunda de progeñie romana.

#### 3.1. Perspectiva de un *duplex dominium* prefeudal en el reino hispano visigodo: el Patrocinio y la Encomienda

Una vez cortado el cordón umbilical del Imperio por los visigodos, dominio y posesión romanos fueron adoptados por *Lex Romana Wisigothorum* de Alarico II (publicada en el 506 d. C., para parte de la Galia y parte de *Hispania*). Como es conocido, esta compilación romana – germana continúa el derecho del Bajo Imperio. Contiene *iura* (*Pauli Sententiae*, *Epitome Gai* y un breve fragmento del Libro I de los *Responsa* de

Papiniano) et *leges* (constituciones imperiales de los códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano y leyes pos-teodosianas) (LRW, 1849-2006). Sin embargo, fruto del nuevo contacto de las nacionalidades goda y romana en la *Hispania* del siglo V d. C., podemos encontrar datos históricos y jurídicos de la mezcla y la convivencia de las viejas instituciones posclásicas romanas con las nuevas estructuras jurídicas pre-feudales godas. Así, el establecimiento progresivo del Patrocinio y la Encomienda (adoptados por LI. V, 3, 1 – 4) constituyeron una prueba evidente del tránsito del mundo de la clientela y el patronato romanos al nuevo sistema visigodo de la protección, el beneficio, la fidelidad y el vasallaje. Con ambas instituciones, los germanos creaban vínculos personales ligados al patrimonio de la tierra. Un hombre libre (cliente) se encomendaba al servicio y a la potestad de un patrono (*bucellarius*), y, en contraprestación, recibía (generalmente mediante donación) una *iusta possessio* de armas, tierras y otros bienes. Si el cliente patrocinado abandonaba a su patrono, la protección y las liberalidades eran *ex lege* revocadas. En consecuencia, el *dominus* o señor recuperaba la posesión de sus bienes.

### 3.2. Feudo – Investidura (= *Gewere*)

El dominio y la posesión romano – germánicos cumplieron dos objetivos. Por una parte, el dominio del suelo por el rey y la nobleza tenía una función pública, ya que posibilitaba su vertebración, fiscalidad y protección militar. Por otra, la posesión del suelo por los siervos de la gleba y vasallos tenía un objetivo de interés privado: la explotación agraria y económica de la tierra. Esta dualidad constituirá una de las raíces profundas de la estructura territorial feudal de los reinos medievales de Europa Occidental. Una buena prueba de ello fue el gran esfuerzo de los juristas romanistas del Bajo Medioevo, dirigido a armonizar el Derecho germánico con el Derecho romano. En este nuevo contexto dialéctico (romanismo – germanismo), aquellos definieron al señor feudal como dueño directo de la tierra y a sus vasallos como dueños útiles, es decir, poseedores tributarios de equidad. (ASTUTI, 1968, p. 303).

La investidura germánica encuentra sus orígenes en un sistema territorial fragmentado que surgió por el declive del Imperio romano, las invasiones y los asentamientos germánicos del siglo VI d. C. en Europa Occidental. En esta dirección, Sir W. Blackstone, en relación a *Britannia*, sostuvo: “For the Saxons were firmly settled in this island, at least as early as the year 600: and it was not till two centuries after, that feuds arrived to their full vigor and maturity, even on the continent of Europe” (Blackstone (1765 – 1769), p. 4). La división del territorio en reinos y feudos fue desarrollada progresivamente por los reinos germánicos occidentales y culminó en los siglos IX d. C., X d. C. y XI d. C. del Alto Medioevo (ASTUTI G., p. 296). Por lo que respecta a *Hispania*, según A. García – Gallo, “desde el siglo VIII en el reino franco y en Cataluña y desde principios del siglo XI en León y Castilla, empieza a designarse al cliente (*fidelis*, *miles*, según la terminología antigua) con el nombre de *vassus* o *vasallus* (= servidor)...” (GARCIA GALLO, 1981, p. 27). La adopción del sistema feudal condujo a una nueva ordenación territorial. De aquel, dieron noticias ciertas Guillermo I el Conquistador, en Inglaterra, y Alfonso X el Sabio, en España:

- Guillermo I, después de la Batalla de Hastings en 1066, estableció el sistema feudal (fidelidad, servicios, tierras y honores) “... *per consilium totius regni...*”, para la isla: (CRON. SAX, (1765 – 1769), p. 6).

- “*Statuimus, ut omnes liberi hominis foedere et sacramento affirment, quod intra et extra universum regnum Angliae Wilhelmo regi domino suo fideles esse volunt; terras et honores illius omni fidelitate ubique servare cum eo, et contra inimicos et alienigenas defendere*”; (CRON. SAX, (1765 – 1769), p. 6).

“*Omnes comites, et barones, et milites, et servientes, et universo liberi homines totius regni nostri praedicti, habeant et teneant se semper bene in armis et in equis, ut decet et oportet: et sint semper prompti et bene parati ad servitium suum integrum nobis explendum et peragendum cum opus fuerit; secundum quod nobis debent de foedis et tenementis suis de iure facere*”. (CRON. SAX, (1765 – 1769), p. 6).

- Alfonso X el Sabio también acredita la existencia de la institución:

*“Feudo es bienfecho, que da el señor a algunt ome, porque se toma su vasallo, et le face homenaje de serle leal. Et tomo este nombre de fe, que debe siempre guardar el vasallo al señor”* (LAS SIETE PARTIDAS, Part. IV, 16, 1). (1254 d. C. – 1265 d. C. aprox.).

La estructura jerárquica, territorial, tributaria, jurisdiccional, militar de los reinos y sus feudos se articulaba a través de una red de juramentos individuales de fidelidad. Estos conducían a la investidura (*vestitura – investitura*) y el vasallaje: *“investitura praecedere debet fidelitatem* (LIBRI FEUDORUM, II, 4). En puridad, *investitura* es un vínculo de honor, un lazo político y jurídico personal que une al rey con su señor feudal, y a este con su vasallo. En Inglaterra, lord and tenant. Fe, lealtad y beneficio son los tres ejes vertebradores del feudo. El rey es el señor supremo, titular de la primigenia *gewere, seisin*, sobre todo su reino. Este es el primer feudo. El monarca tiene el poder de gobierno y la jurisdicción sobre todos los territorios, los bienes y los vasallos de su reino – feudo. El rey desarrolla, transmite y delega su poder mediante las investiduras. Así, enfeuda e invierte a sus señores – lores, caballeros vasallos, sobre una parte de su territorio y de sus ciudades, pueblos y habitantes. Estos, a su vez, pueden sub-enfeudar a otros señores nobles, investidos, o bien otorgar la tenencia sobre parte de su feudo, generalmente una tierra, a hombres vasallos libres (beneficio). Estos últimos aceptan libremente su concesión territorial en el nombre de su señor y en el nombre de su rey. Los vasallos libres son tenedores de la tierra y pagan tributos a su señor. Además, prestan servicios (*socage* (BLACKSTONE, (1765 – 1769), pp. 2-4), *trinoda necessitas* (STEVENSON, 1914, pp. 689 – 703)) civiles (construcción de castillos, reparación de puentes, prestación de obras y mercancías) y militares (frente al enemigo exterior). Los vasallos libres defienden el feudo de su señor y del rey. Vasallos y señores son, a su vez, vasallos del rey.

El feudalismo permitía organizar un diseño político, administrativo y defensivo de personas y territorios. En esta dirección, y en relación a Inglaterra, Sir W. Blackstone sostuvo:

“Almost all the real property of this kingdom is by the policy of our laws supposed to be granted by, dependent upon, and held of some superior or lord, by and in consideration of certain services to be rendered to the lord by the tenant or possessor of this property. The thing held is therefore styled a tenement, the possessors thereof of this property. The thing held is therefore styled a tenement, the possessors thereof tenants, and the manner or their possession a tenure” (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

Feudo es un título germánico. Extraño al derecho Romano. *Investitura* es un modo jurídico de transferencia y adquisición de un poder feudal, (personal, real y patrimonial, militar, jurisdiccional y tributario) de naturaleza pública. Con la investidura, *gewere*, el rey concede protección e inmunidad (ASTUTI, pp. 293 – 294) así como un beneficio territorial (la ocupación de una parte de su reino o feudo por sus señores, nobles y vasallos libres). El rey recibe a cambio fidelidad, homenaje y prestación de servicios militares. Investidura y beneficio constituían los nervios de cohesión de todo el territorio feudal.

### 3.3. Gewere – Superficie

La *investitura* o *gewere* se otorga, transfiere y acepta. Según H. Planitz, “la *gewere* no solo es la forma jurídica del derecho real, sino que, además, es ella misma un derecho en cuanto que el señorío sobre la cosa produce efectos jurídicos propios. Como tal, la *gewere* es transmisible y heredable (PLANITZ H. 1957, p. 155). El señor podía constituir, de forma simultánea o sucesiva, distintas investiduras o *geweres* en favor de los vasallos y los bienes de su feudo. Así era posible que un investido tuviese *gewere* de parte de la tierra, otro vasallo tuviese *gewere* en una porción del subsuelo, e incluso otro en los edificios, en las plantaciones y en los árboles<sup>20</sup>. Surgía así el problema de la confluencia de la vieja institución del derecho de superficie romano con la concepción feudal del dominio del suelo.

20 Barni G., Proprietà (Diritto Intermedio), en NDI, vol. 14, 1957, pp. 120 – 121, quien sigue a Giardina C., La così detta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, Palermo, 1941.

### 3.3.1. Antecedentes en Hispania: Superficie visigoda: ¿Gewere?

Un antecedente de esta aproximación parece encontrarse en *Hispania visigoda*. Concretamente en *Epitome Gaii*, II, 1, 9, 4 (adoptado por la *Lex Romana Visigothorum*, 506 d. C.). El intérprete (o los intérpretes visigodos anónimos de las Instituciones de Gayo) sostiene que el dueño de un terreno puede otorgar permiso para que un tercero edifique, plante, siembre y adquiera el dominio de lo edificado, sembrado y plantado. *Prima facie*, el derecho consuetudinario visigodo altomedieval parece modificar el Derecho clásico romano, pues permite la concurrencia de propiedades simultáneas en un suelo ajeno (la propiedad del suelo de A y, con el consentimiento de este, la propiedad superficiaria de lo edificado, sembrado y plantado por B, C, D; esta última, independiente del suelo):

*“Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permissu, domum aedificaverit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat. Vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat; vel si messem in campo seminaverit, omnia haec, quam in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur”.*

Con todo, creemos que el consentimiento del dueño del solar no constituyó el origen de una nueva propiedad superficiaria. Esta última fue una institución desconocida por los visigodos y por los juristas del Alto Medioevo. La autorización para construir otorgada por el dueño del suelo conllevaba implícita una donación de parte de este, bien su venta, o incluso la permuta por otro terreno del constructor. Esta tesis es corroborada por la segunda parte del fragmento de *Ep. Gaii*, II, 1, 9,4, el cual sostiene la vigencia del principio *superficie solo cedit* (“... *si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat...*”). Esta regla jurídica fue adoptada posteriormente por *Liber Iudiciorum* (*Lex Antiqua Emendata*, X, 1, 6). Esta norma establece que “si alguien plantó o edificó en terreno ajeno, sin el consentimiento del amo, pierda lo construi-

do. Si edificó con el consentimiento o permiso del amo compense al dueño con otra tierra del mismo valor”:

*“Si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortis terram plantaverit aut domum fecerit, vel certe si ipse, qui vineam plantat vel domum facit, ignoraverit, quod portio sit consortis, ... hoc aut testibus aut iuramento firmaverit, aliut tantum terre paris meriti domino illi, ... cuius terra vineam plantavit, restituat, et qui posuit vineam securus obtineat. Si vero domino plantaverit contradicere plantaverit, iuste perdat, qui rem alienam domino contradicente plantavit. Similis etiam et de edificiis forma servetur”.*

También LI. (*Lex Antiqua X, 1, 7*) ordenó, quien no tenga parte como consorte y plantare una viña en terreno ajeno, con violencia, clandestinidad y precariedad, pierda la viña. La ley estableció, además, la obligación del constructor en suelo ajeno de indemnizar con el doble del valor del precio del terreno invadido al propietario:

*“Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini, sive per vim aut forsitam domino nescientem vel absente, plantaverit, etiam si ei contradictum non fuerit, vineam, quam plantavit, amittat; quia sufficere ei debe, quos ad duplacionem rei non addicitur, qui aliena pervasisse dinoscitur”.*

El derecho visigodo adoptó también el principio romano clásico “*superficie solo cedit*” a través de la LRW:

*“... vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedit; vel si messem in campo seminaverit, omnia haec, quam in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur”.* (EPITOME. GAI, I, 9, 4).

Según estas fuentes, los juristas godos no parecieron conocer un dominio superficiario. Estos probablemente desconocieron la regulación jurídica del negocio inmobiliario superficiario y del derecho urbanístico de superficie, tal como fueron concebidos por los juristas romanos. Sin em-

bargo, adoptaron el principio de atracción jurídica natural de accesión de bienes inmuebles.

### 3.3.2. Feudalismo: concurso de *Geweres* en un territorio

Con el advenimiento del feudalismo, en los siglos X d. C. – XIII d. C., fue posible la constitución de distintas investiduras o *geweres* personales simultáneas en las cosas que están sobre un mismo feudo. Según E. Jenks, en Inglaterra, esto permitió que una persona pudiese tener la tenencia feudal = *seisin* (JENKS, 1930, p. 352), del suelo y otra del subsuelo, y “que cada participación constituyese una propiedad o posesión independientes” (JENKS, 1930, p. 347). La investidura posibilitaría crear distintas *geweres* concurrentes individuales sobre plantaciones y cultivos (árboles frutales, viñas y cereales), incluso en suelo ajeno<sup>21</sup>. Los juristas medievales entendían que este derecho no encajaba en los sistemas jurídicos romanos. Para encajar el Derecho feudal en el Derecho romano, aquellos definían la potestad del vasallo como un dominio útil. No parece que aquellos desmembramientos territoriales feudales fuesen adoptados como el inicio de una nueva institución, es decir, dominios superficiarios (*iura in re aliena*).

### 3.4. *Gewere* – *Possessio*

Si creemos a Sir William Blackstone, en la Inglaterra feudal Bajomedieval, “all the real property of this kingdom is by the policy of our laws supposed to be granted by, dependent upon, and held of some superior or lord, by and in consideration of certain services to be rendered to the lord by the tenant or possessor of this property” (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1). Las investiduras fueron vínculos jurídicos del derecho público, creados para la construcción de las estructuras jerárquicas del poder público feudal. El rey es el señor supremo de la *gewere* en su reino – feudo. Los nobles, señores feudales, son titulares de *geweres* derivadas, de menor rango

21 BARNI G., Proprietà (Diritto Intermedio), cit. pp. 120 – 121, quien sigue a Giardina C., La così detta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, Palermo, 1941.

que la ostentada por el rey. El señor noble es vasallo del rey y es investido por este en un feudo que forma parte del reino. Además, el noble tiene la *gewere* sobre él. Por último, los distintos vasallos libres y sus herederos son tenedores de parte del feudo (beneficio) y están protegidos por la *investitura* – *gewere* de su señor. El poder feudal de este y las tenencias de sus vasallos derivan, respectivamente, de sus investiduras y beneficios. La Inglaterra feudal, según W. Blackstone, adoptó este sistema:

“... Thus all the land in the kingdom is supposed to be held, mediately or immediately, of the king; who is styled the lord paramount, or above all. Such tenants as held under the king immediately, when they granted out portions of their lands to inferior persons, became also lords with respect to those inferior persons, as they were still tenants with respect to the king; and, thus partaking of a middle nature, were called *mesne*, or middle lords. If the king granted a manor to A, and he granted a portion of the land to B, now B was said to hold of A, and A of the king; or, in other words, B held his lands immediately of A, but mediately of the king”. (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

El rey es coronado e investido de la suprema *gewere* sobre todo el reino. Los nobles son investidos por el rey y son titulares mediatos de su *gewere*, en nombre de este. Los vasallos son investidos por sus señores feudales y tienen una *gewere* inmediata en nombre de estos y una *gewere* mediata en nombre del rey.

Investidura y *seisin* equivalían a señorío y tenencias feudales, “... the thing held is therefore styled a tenement, the possessors thereof *tenants*, and the manner or their possession a *tenure*”. Las tenencias (= *seisin*) eran jerárquicas y desiguales, pues iban ligadas a las personas y a su condición: “... the king therefore was styled *lord paramount*, A was (rey y noble vasallo) both *tenant and lord*, or was a *mesne lord*; and B (vasallo) was called *tenant paravail*, or the lowest tenant”. (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

La *seisin* no era única. Esta, además, era jerárquica. Su valor jurídico dependía del rango de su titular:

- El rey tiene “*in capite*”, la “*prima seizina*” (“the king’s tenures in capite, this prima seizina – primer seisin – was expressly declared, under Henry III and Edward II, to belong to the king by prerogative, in contradistinction to other lords”, *State. Marlbr. C. 16. 17 Edw. 11. C. 3*). (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 8).

- Los lores nobles son “*tenants in capite o in chief*”, (“... were called his *tenants in capite, or in chief*”). (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 2).

- El vasallo es “*tenant paravail*” (“... or the lowest tennant”) (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1). . Es el tenedor que trabaja la tierra y obtiene los frutos de las cosechas (“... being he who is supposed to make avail, or profit, of the land”). El siervo ocupa el rango más bajo en el escalafón de la posesión. (BLACKSTONE, (1765 – 1769), p. 1).

Esta concepción medieval sobre las personas, las cosas corporales y el patrimonio era extraña a los conceptos jurídicos de dominio y posesión, que habían sido acuñados por los juristas romanos (BARNI, pp.120 – 121), (ASTUTI, pp. 471 – 475). La posesión nació en los brazos de una república y tuvo una vida de esplendor en un imperio universal. Desde la óptica del *ius civile*, la jurisprudencia clásica la consideró una situación de hecho<sup>22</sup>. Desde la óptica del *ius naturale*, la *possessio* fue concebida como una relación jurídica y un poder de equidad en una cosa corporal (JUST. INST. 4, 15, 4). El poseedor tenía su primer contacto y adquiría con su cuerpo (*corpus*) la posesión de la cosa material (D. 41, 2, 3, 1). Bastaba echar el pie sobre el suelo de un inmueble (D. 41, 2, 3), o coger con la mano una mercancía. Incluso fue suficiente utilizar la vista y la intención (D. 41, 2, 1, 21). Además, el poseedor retenía, gobernaba y perdía la posesión con su inteligencia (*animus*) (GAYO, INST. 4, 153) Según la jurisprudencia, todo hombre podía iniciar, adquirir y perder su posesión de una forma libre: “*adipiscimur autem possessionem per nosmet ipsos*” (D. 41, 2, 1, 2). Los esclavos también podían adquirir la posesión natural (D. 41, 2, 3, 12). Para su nacimiento no era un requisito jurídico necesario que otro hombre la transfiriese, ni tampoco que

22 D. 4, 6, 19, Papinianus libro III Quaestionum: “... possessio autem plurimum facti habet...”. D. 41, 2, 1, 3 – 4, Paulus libro LIV ad Edictum.

vistiese con ella a un tercero. El Derecho romano creó distintos tipos de especies posesorias (D. 41, 2, 3, 21 – 22 – 23). También la posibilidad de poseer en nombre propio y en nombre ajeno (por medios de hijos y esclavos) (D. 41, 1, 54, 4). A diferencia del derecho germánico feudal, los romanos desconocían cualquier tipo de jerarquía personal relacionada directamente con la tenencia y la posesión.

En el derecho feudal, *gewere* y *seisin* eran vínculos personales que surgían de la ceremonia de la investidura y se ejercían por la concesión de un rey o de un señor. La *gewere* se otorgaba y se aceptaba (vestidor e investido). Este derecho feudal territorial era de naturaleza mixta, pública y privada, y generaba vínculos personales y reales. *Gewere* y *seisin* eran ajenas a la condición de la posesión romana y, por ello, claramente hostiles a la prescripción. F. Pollock y F. W. Maitland afirmaron: “the annihilation of an state of a feudal tenant was inconceivable (POLLOCK, 1971, p.109)”. Según estos autores existían tres razones importantes que habrían surtido efecto si se hubiese permitido:

- a) “Forfeiture to the Crown”.
- b) “Escheat to the lord”.
- c) “Ownership would become allodial” (POLLOCK, 1971, p.81).

La *praescriptio* posesoria romana era desconocida por el temprano Common Law. Aunque fue aceptada por la doctrina inglesa bajomedieval (SHERMAN, 1911, p. 149),<sup>23</sup> sin embargo, fue sometida por los monarcas a severas limitaciones (BLACKSTONE, 2016, pp. 4 – 6). La posesión romana y sus especies de posesión eran completamente extrañas a la vertebración territorial y las tenencias piramidales (= tenencias posesorias de mayor o menor derecho y rango personal) del sistema jurídico feudal. Tanto para un jurista romano, como para un jurista medieval habría sido impensable que una justa posesión surgiese de un juramento de fidelidad y sumisión, o por la entrega de un bien, en contraprestación de unos servicios militares.

<sup>23</sup> Sherman P. C., “Acquisitive prescription – Its existing world-wide uniformity”, en *The Yale Law Journal*, vol. 21, n. 2 (Dec., 1911), p. 149, sostiene que la recepción de la *praescriptio* romana fue obra de Bracton: “Although prescription was unknown to ancient Anglo – Saxon law, yet such rudimentary notions of it as the English common law developed were introduced from the Roman law by Bracton”. (SHERMAN, 1911, p. 149).

### 3.5. Duplex Dominium

El punto de encuentro y acuerdo entre estos dos mundos, que parecían inconciliables, (es decir, el derecho germánico feudal de la *seisin* y el viejo derecho romano de la posesión), se encontró en una solución jurídica universal (JUST. INST. 2, 1, 40). Esta última había sido creada por los pretores (D. 41, 2, 11) y la jurisprudencia de la civilización romana: el *duplex dominium*. Este es compuesto por un *dominium ex iure quiritium* civil y por un dominio pretorio o *in bonis habere* (GAYO, INST. 2, 40 – 41). In *bonis habere* o *iusta possessio* (= propiedad natural) fue una institución de equidad, que podía ser aceptada por todos los pueblos del Medioevo para solucionar los problemas del dominio y la estructura jurídica feudal de la tierra, es decir, las relaciones patrimoniales de rey con sus nobles y vasallos. El dominio es ley civil. La *iusta possessio*, ley natural y equidad (JUST. INST., 4, 15, 4). Los reyes y nobles eran titulares del dominio, de la ley civil. Los vasallos, titulares de la posesión, solo podían ampararse en la ley natural y la equidad. Esta dualidad influyó en la Inglaterra medieval feudal. En esta, el dominio alodial o inmune (= *dominium absolutum et directum*) (BLACKSTONE, (1765 – 1769). p. 3) era protegido con “the writ of right for land” (common law). La tenencia posesoria tributaria o *seisin* (*dominium utile*) (BLACKSTONE, (1765 – 1769). p. 3) era amparada, sin embargo, con “the assize of novel disseisin” (equity). En este contexto, para suavizar el rígido feudalismo del common law, (guardián del dominio y de la *seisin* de los lores, *tenants in capite*), los monarcas ingleses de la Baja Edad Media crearon *Court of Chancery*. Este tribunal de equidad (TATE, 2006, pp. 280 – 313), por ejemplo, fue defensor tanto del propietario de equidad (*beneficial owner*) de un trust, como de la tenencia o *seisin* de equidad (= *iusta possessio*) de los hombres libres vasallos (*tenants paravails*).

De forma coetánea, los glosadores boloñeses y los comentaristas intentaron adaptar las estructuras jurídicas feudales al Derecho Romano, es decir, al *ius commune* civil en la Europa continental:

- "... *duos in solidum possidere, unus civiliter, alter naturaliter, sicut fructuarius et proprietarius, item dominus et vasallus, item dominus et emphyteuta*". (ODOFREDO, C. 7, 32, 4).

- "*Quidam doctor Aurelianus dicit quod unum solum est dominium. Sed duo sunt, directum et utile*" (Bartolo, *commen*, D. VI, 3), (BARNI p. 121)

Dos pueden poseer *in solidum* la misma cosa. El rey y el noble poseen civilmente (dominio directo). De forma simultánea, el vasallo, el enfiteuta y el superficiario (BIROCHI, 1990, pp. 1466 – 1468)ZZZZZ poseen *naturaliter*, es decir, *iusta possessio* (esta, equivalente a dominio útil). Bartolo adopta el *duplex dominium* y ofrece una solución jurídica romana al sistema territorial feudal. Según el comentarista, uno es el dominio. Sin embargo, este se desdobra, pues uno es directo (civil) y el otro útil (= *iusta possessio* o "propiedad natural").

## REFERÊNCIAS

ANTIQUA. Vid. García González J., "Consideraciones sobre la fecha del Código de Eurico", en AHDE, 1956, pp. 701 – 705.

ASTUTI G., voz: Feudo, en EdD., vol. XVII, 1968, p. 303

BARNI G., Proprietà (Diritto Intermedio), cit. pp. 120 – 121, quien sigue a Giardina C., La così detta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, Palermo, 1941.

BLACKSTONE W., Commentaries..., cit. Book 2, Chapter 17, (1765 – 1769), pp. 1 - 5. Duxbury N., "Acquisitive prescription and fundamental rights", en University of Toronto Law Journal, ISSN 0042-0220 (2016), pp. 4 – 6.

BLOCH M., "Les invasions: deux structures économiques", en Mélanges historiques 1, París, 1963, pp. 100 – 141.

CRON. SAX. 1086. Blackstone W., Commentaries..., cit. Book 2, Chapter 4, (1765 – 1769), p. 6.

CHRON. ALBEN., XIV, 2: "... Regadaiso, quos Romani interfecerant, exercitum mobit..." Morán Martín R., *Materiales...*, cit. pp. 343 – 346.

DIURNI G., voz. *Possesso* (dir. interm.), en EdD., vol. 34, 1985, p. 469

D'ORS A., Código Eurico, CCLXXVII (Fragmenta Parisina. Cod. Rescrip. París. Lat. 1261), BOE, 2014. Pauli Orosii, *Historiarum adversum paganos*, VII, 40, 9. Hydacio (Chr. 49).

DUHAIME'S LAW DICTIONARY, voz. *Gavelkind*: "A form limited land ownership in England pre- Conquest (1066) which vested to all sons equally". Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Book 2, Chapter 6 (1765 – 1769), p. 4 – 6.

LEVY E., *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, Philadelphia, 1951, trad. Cremades, p. 19 – 21 y 177 ss.

LOT F., "Du régime de l'hospitalité", en *Revue Belge de Philologie et d'Histoire* 7 (1928), pp. 975 – 1011.

GARCÍA GALLO A., "Notas sobre el reparto de tierras entre visigodos y romanos", en *Hispania*, Madrid, tomo 1, n. 4, julio, 1941, 40.

\_\_\_\_\_ A., *El Origen y la Evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1967, pp. 523 – 524.

GARCÍA GONZÁLEZ J., "Consideraciones sobre la fecha del Código de Eurico", en *AHDE*, 1956, pp. 701 – 705.

GARCÍA MORENO L. A., "El término *sors* y relacionados en el *Liber Iudicium*", en *AHDE* 53, 1983, pp. 137 – 175.

GAYO, INST. 2, 7: "GARCIA GALLO A., *Las Instituciones Sociales en España en la Alta Edad Media* (siglos VIII – XII), Barcelona, 1981, p. 27.... in provinciali solo nos autem possessionem vel usumfructum habemus". Gayo, Inst. 2, 21.

GAYO, INST. 4, 151. D. 41, 2, 6, Ulpianus libro LXX ad Edictum. D. 41, 2, 6, 1, Ulpianus libro LXX ad Edictum.

- \_\_\_\_\_. 2, 42. Just. Inst. 2, 6. C. 7, 31, 1, Iustinianus A. Ioanni PP. (531 d. C.).
- \_\_\_\_\_. 4, 153. D. 41, 2, 3, 1 – 23, Paulus libro LIV ad Edictum. D. 41, 2, 3, 1, Paulus libro LIV ad Edictum. D. 41, 2, 8, Paulus libro LIV ad Edictum.
- GOFFART W., *Barbarian Tides. The Migration and the Later Roman Empire*, Philadelphia, 2006, p. 141.
- HYDACIO, Chron. 220 – 245 (XVI – XVII).
- JENKS E., *El Derecho Inglés*, 1930, Madrid, p. 352.
- LAS SIETE PARTIDAS, Part. IV, 16, 1.
- LIBRI FEUDORUM, II, 4.
- LOT F., “Du régime de l’hospitalité”, en *Revue Belge de Philologie et d’Histoire* 7, 1928, pp. 975 – 1011
- LRW, ed. G. F. Hänel, Leipzig, 1849, (reimp. Analecta Editorial, 2006, Pamplona).
- MORÁN MARTÍN R. y García Martín J., *Historia de la Administración en España: Mutaciones, Sentido y Rupturas*, Madrid, 2018, pp. 140 – 146.
- ODOFREDO, Lectura a C. 7, 32, 3. Accursio, glos. non possit a C. 7, 32, 4.
- PAULI OROSII, *Historiarum adversum paganos*, VII, 40, 9. Chr. Cesa-  
raugust. 71.a: “Gotthi in Hispanias ingressi sunt” (494 d. C.). “Gothi intra  
Hispanias sedes acceperunt” (497 d. C.). Chron. Gall. A. DXI, 651: XVI  
“Gauterit comes Gothorum Hispanias per Pampilonem Caesaraugustum  
et vicinas urbis obtuniut”. Chron. Alben., XIV, 2.
- PAULI OROSII, *Historiarum adversum paganos*, VII, 34, 7 – 8. Hydacio,  
Chr. 80 (IV): “Ghoti in foedera Romanis pace se tradunt”.
- PÉREZ PRENDES J. M., *Historia del Derecho Español*, I, Madrid, 2004, p. 406.
- PLANITZ H., *Principios de Derecho Privado Germánico* (“De Grundzüge  
Des Deutschen Privatrechts”, Berlín 1949), trad. C. Melón, Barcelona,  
1957, p. 103 – 104.

POLLOCK F. Y MAITLAND F. W., *History of English Common Law*, (1911), 81. Opala P. M., *Praescriptio Temporis and its relation to prescriptive easements in the Anglo-American Law*, en *Tulsa Law Journal*, vol. 7, n. 2, 1971, p.109.

RODRÍGUEZ ENNES L., *Aproximación a la historia jurídica de Galicia*, Santiago de Compostela, 1999, p. 37.

STEIN P., *El Derecho Romano en la Historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Trad. C. Hornero y A. Romanos, Madrid, 2001

STEVENSON W. H., “Notes and Documents, Trinoda Necessitas”, en *The English Historical Review*, vol. 29, n. 116 (Oct., 1914), pp. 689 – 703.

SAN ISIDORO (*Etymologiae*, V, 4, 1).

SÁNCHEZ ARCILLA J., *Historia del Derecho. I. Instituciones Político – Administrativas*, Madrid, 1995, p. 114.

STEVENSON W. H., “Notes and Documents, Trinoda Necessitas”, en *The English Historical Review*, vol

SHERMAN P. C., “Acquisitive prescription – Its existing world-wide uniformity”, en *The Yale Law Journal*, vol. 21, n. 2 (Dec., 1911), p. 149

TATE C. J., *Ownership and possession in the Early Common Law*, en *American Journal of Legal History*, vol. 48, Issue 3 (July, 2006), pp. 280 – 313.

ULPIANO libro 71 ad Edictum. Fernández de Buján A., *Derecho Privado Romano*, décima edición, Iustel, Madrid, 2017

# **INFORMAÇÕES FALSAS, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIME DE RESPONSABILIDADE: NOTAS CRÍTICAS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 632/2020**

**José Eduardo de Santana Macêdo**

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

**Thyerrí José Cruz Silva**

Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes.

**Luís Felipe de Jesus Barreto Araújo**

Doutorando em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes.

Submetido em: 11/02/2021

Aprovado em: 27/05/2021 e 07/06/2021

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo geral analisar, de forma crítica, as disposições do Projeto de Lei nº 632/2020, de autoria do senador Jorge Kajuru (CIDADANIA/GO), que pretende tornar a divulgação de informação falsa, difamatória ou “sem fundamento” como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade. Por meio de

um estudo de caso, contando com revisão de literatura sobre assuntos constitucionais e administrativos envolvidos, busca-se aferir se há uma vinculação temática entre a divulgação de informações falsas e ato de improbidade administrativa. A partir do método dedutivo, o artigo constata que há uma inobservância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na tentativa de classificar a divulgação de informações falsas como crime de responsabilidade, sujeitando o agente político que procede dessa forma à perda e inabilitação para o cargo. Assim, sendo indiscutíveis os danos causados pela divulgação de conteúdos inverídicos, resta averiguar se essa é a melhor forma jurídica de enfrentar o problema crescente da desinformação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desinformação, Improbidade, Proporcionalidade, Responsabilidade.

#### ABSTRACT

The general objective of this article is to critically analyze the provisions of Bill no. 632/2020, authored by Brazilian Senator Jorge Kajuru (CIDADANIA/GO), which intends to make the disclosure of false, defamatory or “unfounded” information as an act of administrative improbity and a responsibility crime. Through a case study, with a review of the literature on constitutional and administrative matters involved, it seeks to assess whether there is a thematic link between the disclosure of false information and an act of administrative impropriety. Based on the deductive method, the article finds that there is a failure to observe the principles of proportionality and reasonableness in the attempt to classify the disclosure of false information as a responsibility crime, subjecting the political agent who proceeds in this way to loss and disqualification for the position. Thus, since the damage caused by the disclosure of untrue content is indisputable, it remains to be seen whether this is the best legal way to face the growing problem of disinformation.

**KEY-WORDS:** Improbity, Misinformation, Proportionality, Responsibility.

## 1. INTRODUÇÃO

As informações falsas têm sido assunto recorrente no cotidiano da sociedade contemporânea, pois suas divulgações têm sido praticadas desde o homem médio até os maiores representantes políticos da nação. Não se ignora o caráter deletério desse tipo de disseminação de conteúdo, que gera desinformação e dificulta uma percepção dos receptores de tais conteúdos acerca dos fatos que realmente acontecem.

Nesse sentido, assim como todo problema que acomete a sociedade, existem em curso algumas tentativas de apropriação das informações falsas, por parte do Direito, em sua vertente normativa, para frear os impulsos dos agentes propagadores desses conteúdos inverídicos e minorar seus efeitos. Uma dessas medidas é a pretensão de tipificar a divulgação de informação que se sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, objetivo do Projeto de Lei nº 632/2020, de autoria do senador Jorge Kajuru (CIDADANIA/GO).

Tal proposta é justificada pela mácula presente na conduta do agente administrativo ou político que dissemina conteúdos em desconformidade com a realidade, o que pode ampliar o número de receptores da desinformação em razão do prestígio conferido ao cargo público ocupado, que exige probidade e moralidade por parte de quem o ocupa. Contudo, há questões em relação à proposta que devem ser observadas com certas ressalvas, como a expressão “informação sem fundamento” e a questão da proporcionalidade entre as condutas de divulgar informação falsa e a sanção de perda de mandato e inabilitação para o cargo – penas previstas para atos de improbidade administrativa e crime de responsabilidade –, fatores que podem dificultar sua aplicabilidade em caso de conversão em lei.

Assim, tem-se como problema de pesquisa a possibilidade, trazida pela propositura, de que a disseminação de “informação sem fundamento” represente, em última instância, a perda de um mandato conquistado pelo voto popular, o que se mostra desproporcional e irrazoável, especialmente

se for levado em conta o fato de que as condutas que sujeitam o mandatário à perda do cargo, presentes na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e na “Lei do Impeachment” (Lei nº 1.079/1950), são mais gravosas que a divulgação de uma “informação sem fundamento” – expressão esta para a qual não há um conceito elucidativo na justificativa do Projeto de Lei nº 632/2020.

Por isso, a hipótese apresentada ao presente estudo reside no fato de o Projeto de Lei nº 632/2020 ferir a técnica legislativa, em virtude da linguagem empregada nas disposições normativas com pretensão de inserção no ordenamento jurídico, bem como por estar dissociado da proporcionalidade e razoabilidade, balizas constitucionais de observância obrigatória em se tratando de elaboração de normas, sobretudo restritivas de direitos e com caráter sancionatório político-administrativo, como é o caso da perda de mandato, pena possível em caso de comprovação da divulgação de “informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento”.

Dessa forma, este artigo tem como objetivo geral analisar, de forma crítica, as pretensões do Projeto de Lei nº 632/2020, sobretudo por meio da aferição de uma possível vinculação temática entre a divulgação de informações falsas, difamatórias e sem fundamento e atos que configuram improbidade administrativa e crimes de responsabilidade, tendo em vista essa variada gama de realidades jurídicas e princípios constitucionais-administrativos envolvidos na propositura e a possibilidade de restar inaplicável a norma, em caso de aprovação e publicação, em razão da dubiedade e imprecisão da locução “informação sem fundamento” ou mesmo pela inobservância dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade referentes à técnica e redação legislativa.

Para tanto, são os objetivos específicos: traçar considerações sobre aspectos jurídicos da proteção à informação e às liberdades de expressão e comunicação, no que se insere a problemática atual da desinformação; investigar se a divulgação de informações falsas, difamatórias e “sem fundamento” pode configurar ato de improbidade administrativa contra os princípios estabelecidos; e averiguar a (des)proporcionalidade e (ir)razoabilidade

de da classificação da divulgação de informações falsas, difamatórias e sem fundamento como crime de responsabilidade.

Com vistas a cumprir com esse empenho, a metodologia empreendida, que contou com o emprego do método dedutivo, consistiu, primeiramente, em uma pesquisa bibliográfica, realizada a partir da revisão de literatura de doutrinas constitucionais e administrativas – especialmente nas obras de Canotilho et al. (2018), Di Pietro (2019) e Mendes; Branco (2020) – sobre aspectos como as liberdades de expressão e informação, e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, (im)probidade e crimes de responsabilidade. Para além disso, foi realizada uma pesquisa documental nas disposições normativas e na justificativa do Projeto de Lei nº 632/2020, na Lei de Improbidade Administrativa e na “Lei do Impeachment”, no intuito de averiguar se a forma escolhida pela propositura é a mais apropriada, juridicamente, para enfrentar o problema crescente da desinformação, sobretudo quando engendrada por representantes políticos.

Com relação à análise que se pretende realizar, seu caráter crítico parte da teoria da norma jurídica e técnica legislativa (BOBBIO, 2016; SILVA, 2016), segundo a qual o legislador deve observar não apenas os elementos que compõem as leis e os ritos formais de sua elaboração, mas também a técnica legislativa, sobretudo no que se refere à redação dos atos normativos, visto que expressões dúbias, confusas ou conceitos abertos e indeterminados podem dificultar a interpretação ou mesmo a aplicação da norma, prejudicando sua eficácia, validade e justiça.

Para uma melhor compreensão da proposta, o artigo está dividido em três etapas principais. A princípio, traçam-se considerações sobre as informações e seus aspectos jurídicos, discussão que engloba a questão das liberdades de expressão e informação, e a apropriação dessas temáticas pelo Direito. Em seguida, analisa-se o Projeto de Lei nº 632/2020 na ótica da improbidade administrativa, buscando verificar a existência de uma relação entre a divulgação de conteúdos inverídicos e atos puníveis pela Lei nº 8.429/1992. Por fim, discute-se a referida proposta no âmbito dos crimes

de responsabilidade, na tentativa de verificar se há (des)proporcionalidade e (ir)razoabilidade na tipificação pretendida.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INFORMAÇÕES E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

A informação constitui uma das realidades jurídicas mais imprescindíveis para os seres humanos, ao lado das liberdades de expressão e comunicação, “relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”<sup>1</sup>. É por meio da expressão que o ser humano entra em contato com seu semelhante, sendo a informação uma condição imprescindível para a sua própria essência comunicativa e social (MENDES; BRANCO, 2020, p. 267-268).

Conforme Agra (2018), as liberdades de expressão, comunicação e informação não se confundem, embora estejam intercaladas em muitas situações. Assenta o autor que a primeira garante um aperfeiçoamento da personalidade e permite a divulgação ampla das ideias em razão da autodeterminação humana, enquanto a segunda refere-se à divulgação de notícias e fatos, fazendo com que a primeira tenha um caráter marcantemente subjetivo, e a segunda, objetivo. Já a liberdade de informação, por essa ótica, situar-se-ia dentro da liberdade de comunicação, que pressupõe como características os direitos de informar, de buscar a informação, de opinar e de criticar, constituindo um requisito inerente ao pensamento e expressão, pertencendo, pois, à quarta dimensão dos direitos fundamentais, ao lado da democracia e do pluralismo político.

Nesse particular, Canotilho et al. (2018) recordam que a Constituição não define o que é informação, o que permite uma interpretação ampla

---

1 Conforme Canotilho et al. (2018), na Antiguidade, a participação dos cidadãos em discussões públicas era característica emblemática da cultura política grega, embora a noção de liberdade de expressão enquanto direito só surja com robustez após o advento do Iluminismo, somado a fatores como a valorização ao humanismo, racionalidade, ciência e também o desenvolvimento da imprensa. No Brasil, não se fazia presente tal direito durante o período colonial, de modo que a evolução da liberdade de expressão no país tem sido objeto de disposição constitucional em um período de tempo relativamente recente.

para o termo. Em sua visão, “entende-se por informação qualquer juízo de fato ou de valor sobre pessoas, coisas, fatos, relações, ideias, conceitos, representações, opiniões, crenças etc.”<sup>2</sup> Noutro ponto, a Constituição também não especifica quais âmbitos da vida ensejam a proteção à informação, de modo que a doutrina constitucional brasileira costuma vincular o direito à informação àquelas cuja criação e divulgação ficam a cargo do Poder Público, muito embora a abrangência do termo também faça menção às informações jornalísticas, veiculadas por meios de comunicação social, também tutelados pela Constituição, em seu art. 220.

Nesse prisma, quanto às liberdades mencionadas, evidentemente, não é correto invocá-las para disseminar conteúdos inverídicos, difamatórios ou caluniosos, embora isso ocorra com frequência. Contudo, há que se fazer uma distinção entre um fato informativo objetivo e uma mensagem com conteúdo opinativo, visto que, se a liberdade de expressão se divide nos campos da manifestação do pensamento e da divulgação de fatos, neste último incide com relevo a questão da verdade quando estão em jogo fatos, o que não ocorre no caso do primeiro, visto que as ideias não podem ser selecionadas e consideradas como verdadeiras ou falsas por parte do Estado e suas leis (CANOTILHO et al., 2018).

Nesse sentido, Canotilho et al. (2018) assentam que “a consagração constitucional da liberdade de expressão parte da premissa antipaternalista de que as pessoas são capazes de julgar por si mesmas o que é bom ou ruim, correto ou incorreto”, não sendo legítimo, pois, às autoridades públicas, proibir a manifestação de uma ideia por considerá-la errada, mesmo porque, se o Estado pudesse decidir o que pode e o que não pode ser expressado, haveria intensos danos aos interesses do emissor das manifestações e da sociedade em geral.

Contudo, assim como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é uma prerrogativa absoluta, de modo que alguns dos seus limites estão balizados no próprio texto constitucional, em referências como

---

<sup>2</sup> Por sua vez, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), em seu art. 4º, I, define, para fins de aplicação normativa, a informação como sendo “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”.

o dever de conceder o direito de resposta ou indenizar em caso de dano à imagem e personalidade (art. 5º, V e X), bem como na legislação infraconstitucional, como os crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do Código Penal), seus congêneres na legislação especial (arts. 324 a 326 do Código Eleitoral) e as disposições civis sobre a responsabilidade por dano moral (arts. 927, 944 e 953 do Código Civil).

Assim, depreende-se que a liberdade de expressão não abarca mensagens que contenham discurso de ódio, apologia ao crime, crimes contra a honra e informações falsas. Dessa feita, deve-se proceder com uma análise minuciosa para averiguar se o conteúdo considerado como informação falsa tem caráter opinativo, visto que não cabe à lei atestar o que é verdadeiro ou falso no plano das opiniões e das ideias, diferentemente do que ocorre com as informações objetivas.

Por essa razão, a interpretação mais adequada deve contemplar as diversas esferas nas quais incide a informação, seja no tocante ao Poder Público, seja no âmbito da informação jornalística, visto que ambas contribuem “para a livre formação de ideias, opiniões, avaliações, convicções e crenças da pessoa sobre assuntos ou questões de interesse público”, auxiliando no desenvolvimento da personalidade humana que, por sua vez, contribui para a preservação do pluralismo político e, de consequente, do próprio regime democrático (CANOTILHO et al., 2018).

No que tange à informação do ponto de vista jornalístico, em razão de sua atual dimensão, Novelino (2016) assevera que a forma institucionalizada do direito à informação é conhecida como liberdade de imprensa, que recebe proteção constitucional específica em razão da transmissão de informações exercida de forma profissional<sup>3</sup>. De fato, o jornalismo goza de prestígio no meio social em virtude de seu precioso trabalho de transmissão de informações, o que representa um verdadeiro controle social exercido pelos meios de comunicação, para que os cidadãos possam

---

3 Nesse sentido, é pertinente ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a não exigência de diploma para o exercício do jornalismo, sob a tese de que o Decreto-Lei n. 972/1969, instituído durante o regime militar e com suas características peculiares, não foi recepcionado pela Constituição de 1988 por suas exigências ferirem pontos da liberdade de imprensa e da manifestação do pensamento (BRASIL, 2009).

conhecer e até mesmo pressionar o Poder Público na consecução dos interesses coletivos.

Contudo, situa-se nesse ponto uma controvérsia referente às notícias e informações falsas, mais especificamente no que tange às liberdades de expressão e informação. Indagando-se sobre uma possível proteção normativa de mensagens falsas, Fernandes (2017) cita o pensamento de Konrad Hesse, que não considera a mensagem falsa como fenômeno a ser protegido juridicamente, por conduzir a uma formação errônea de opinião, violando a função social da liberdade de informação, de modo que o interesse da coletividade em ser informada pauta-se em notícias verdadeiras<sup>4</sup>.

O mesmo questionamento é feito por Mendes e Branco (2020, p. 280), para os quais “não resta dúvida de que a comunicação social [...] está obrigada a não distorcer a verdade”, requisito que deve ser compreendido como uma exigência, para que a notícia cumpra seu papel de narrar a realidade e informar adequadamente os seus receptores. Em tom mais crítico, Bulos (2018, p. 590) traz à tona a questão de jornalistas que levantam suposições, probabilidades e possibilidades como se fossem provas, “no afã de ‘dar a notícia’.” Por essas razões, também ele considera que publicações ou transmissões falsas não recebem proteção da ordem jurídica, devendo ser, ao contrário, execradas e repelidas<sup>5</sup>.

Na atualidade, tem se tornado cada vez mais viral a disseminação – por parte tanto do homem médio, quanto de representantes políticos – de conteúdos falsos, inverídicos, duvidosos, descontextualizados, difamatórios, caluniosos, dentre outras realidades que constituem um claro desprezo à informação e comunicação fidedignas. Desinformações são recebidas cotidianamente por um alto número de leitores, em razão da potencialidade con-

4 A bem da verdade, o próprio conceito de notícia guarda uma relação de inerência com a verdade, posto que a notícia é um conteúdo objetivo e não opinativo que se presta a relatar fatos que ocorreram na realidade. Assim, uma “notícia falsa” não é, a rigor, uma notícia, visto que esta pressupõe a veracidade dos fatos e fenômenos narrados.

5 Quanto ao sigilo da fonte, assegurado pela Constituição aos jornalistas, Bulos assenta que o que a Lei Maior resguarda é o silêncio do divulgador, não se permitindo, pois, espaço para o abuso de disseminação de notícias capciosas e duvidosas. Assim, se, por um lado, é certo que o sigilo de fonte isenta o jornalista ou o profissional de comunicação de sofrer quaisquer sanções, “muito mais exato ainda é que a informação maledicente [...] enseja a aplicação rigorosa de sanções civis, administrativas e criminais.” (BULOS, 2018, p. 637).

ferida pelas formas de comunicação digitais nesse sentido de amplitude da divulgação dos conteúdos.

Nesse ponto, cabe fazer uma distinção entre a notícia e a informação, uma vez que a primeira é fruto do trabalho jornalístico e só cabe a este sua criação e divulgação – e, também por essa razão, não é cabível falar de “notícia falsa”, uma vez que presume-se a veracidade da notícia por ser emanada por órgãos jornalísticos e seus profissionais, que gozam de credibilidade e proteção constitucional em razão de seu mister –, enquanto que a segunda refere-se aos “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”<sup>6</sup>, podendo ou não ser falsa, visto que inexistente o requisito obrigatório de veracidade que reveste a notícia jornalística.

Nesse sentido, seria mais técnico e adequado falar que, na atualidade, há uma intensa emissão de informações falsas ou desinformação, e não de notícias falsas – como sói ocorrer nos meios de comunicação sociais, jornalísticos e nas conversas cotidianas próprias do senso comum –, visto que os conteúdos de desinformação recebidos nas redes sociais não são criados por órgãos jornalísticos e seus profissionais, e sim por indivíduos, o que impede, de plano, a consideração desse tipo de mensagem como notícia.

De toda forma, o Projeto de Lei nº 632/2020, de autoria do senador Jorge Kajuru (CIDADANIA/GO), utilizou acertadamente o termo “informação”, na tentativa de considerar como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade a divulgação dolosa de “informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento” (BRASIL, 2020b, p. 1), muito embora possa ter se equivocado em outras questões de caráter técnico-legislativo, aspectos que passam a ser considerados nos tópicos seguintes deste estudo.

<sup>6</sup> Conceito obtido no art. 4º, I da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

### 3. INFORMAÇÕES FALSAS ENQUANTO ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE AFRONTAM PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS

Como dito anteriormente, a disseminação de informações falsas e que superam os limites do tolerável dentro da liberdade de expressão chegou a um patamar em que pode ser considerada como um problema público no Brasil. A versatilidade de formas de divulgação, a ampliação do número de receptores dos conteúdos e os diversos bens jurídicos ofendidos com sua propagação trazem para o Direito a discussão sobre possíveis controles e regulações jurídicas dos conteúdos inverídicos, com fins de reduzir sua difusão, que atenta, em primeiro plano, contra as liberdades de informação e comunicação, podendo, ainda, atingir a honra e a imagem de terceiros ofendidos.

Nesse diapasão, tem-se observado que até mesmo autoridades políticas investidas, mandatários que ocupam diversos cargos na Administração Pública Direta têm divulgado informes com conteúdo inverídico<sup>7</sup>, de maneira que, nesses casos, o desvalor da ação se mostra maior, visto que é um engodo maior a disseminação de notícias falsas por uma autoridade política eleita, o que lesiona o prestígio conferido ao cargo público eletivo ocupado, especialmente nos casos em que se trata do representante máximo da nação.

É nesse sentido a justificativa do Projeto de Lei nº 632/2020, de autoria do senador Jorge Kajuru (CIDADANIA/GO), que objetiva tipificar como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade “a divulgação de informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento”, em virtude do excesso de desinformação que tem testado a democracia contemporânea. Assim, segundo a proposta, “faltar deliberada

---

<sup>7</sup> Tal conduta tem sido cunhada pelas mídias sociais como divulgação de “notícias falsas” ou “fake news”, o que não passa de um equívoco, pois, como dito anteriormente, se uma notícia se presta a narrar a verdade dos fatos ocorridos e só pode ser produzida por órgãos de jornalismo ou seus profissionais, presumindo-se a veracidade dos fatos narrados em razão da credibilidade que ostenta a profissão, então não há que se falar em notícias falsas, pois tais informes com conteúdo inverídico são produzidos quase que em sua totalidade por indivíduos fora do âmbito jornalístico e sem fins de narração de fatos, apenas expressão de opiniões, críticas, manifestações de cunho humorístico, ou mesmo difamatório, caso em que passa a ter relevância para o Direito.

e dolosamente com a verdade viola diretamente o dever de integridade e de probidade administrativa, que é obrigação de todos que exercem função pública” (BRASIL, 2020b, p. 2), daí a pretensão de considerar as condutas descritas como atos de improbidade administrativa e, conseqüentemente, crimes de responsabilidade, o que sujeitará os agentes políticos e administrativos à perda e inabilitação para o cargo, caso procedam dessa maneira.

Ocorre que esse tipo de determinação legal deve passar por uma profunda análise do ponto de vista constitucional-administrativo, tendo em vista que circundam essa propositura questões referentes aos direitos de liberdade de expressão e informação, (im)probidade administrativa e crimes de responsabilidade, bem como aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem olvidar da necessária observância à técnica legislativa.

Quanto a esses princípios, Mendes e Branco (2020) destacam que ambos têm origem no Direito Constitucional alemão, dizendo respeito à adequação e à necessidade do ato legislativo, mantendo relação, ao mesmo tempo, com os direitos fundamentais e com as bases do Estado Democrático de Direito; e, embora tenham sutis diferenças – como o fato de que o princípio da razoabilidade mantém uma maior proximidade com ideia de justiça, moderação e prudência –, os dois princípios são utilizados de forma cumulada e quase que sinônima, o que não prejudica sua compreensão, mesmo porque ambos se prestam a uma mesma finalidade, qual seja, a de estabelecer limites objetivos de ordem ética e moral à ação legiferante.

Noutro sentido, no que tange ao Projeto de Lei nº 632/2020, no que se refere à consideração da divulgação “informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento” como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, deve-se perscrutar (i) o que seria uma “informação sem fundamento” e como classificá-la como tal e (ii) se é adequada a afirmação do autor do projeto de lei ora analisado de que faltar com a verdade, no âmbito da divulgação desses conteúdos, viola o dever de probidade e integridade administrativa, a ser observado por quem exerce função pública.

### 3.1 O Que Seria uma “Informação Sem Fundamento”?

Com relação à informação em geral, como mencionado anteriormente por Canotilho et al. (2018) e Mendes e Branco (2020, p. 268-269), não se mostra compatível com a proteção constitucional à liberdade de expressão a interferência do Estado, inclusive por meio de leis, na capacidade dos indivíduos – incluindo-se, aqui, os agentes administrativos e políticos, logicamente – julgarem o que é verdadeiro ou falso, correto ou incorreto, importante ou não, no que se refere às informações, uma vez que, se fosse permitido ao Estado decidir o que pode e o que não pode ser exprimido, restaria à liberdade de expressão o papel de direito fundamental esvaziado, e só poderia ser manifestado aquilo que interessasse ao Estado, o que fosse compatível com as restrições de ordem qualitativa e de significância impostas por lei.

Nesse sentido, a terminologia “informação sem fundamento”, empregada no Projeto de Lei nº 632/2020, é própria do senso comum e diz respeito à ausência de motivo, de razão, de sentido, de cabimento e de importância em um conteúdo informativo ou mensagem. Assim, torna-se difícil perscrutar, do ponto de vista objetivo e jurídico, o que é uma informação com ou sem fundamento, a fim de punir o agente administrativo ou político que a divulga, e quem ou qual órgão seria encarregado de atestar e determinar tal caráter de significância às informações questionadas.

Acontece que a apropriação de termos não objetivos pelo Direito – como parece ter ocorrido no referido projeto de lei – resulta, geralmente, em inaplicabilidade de normas desse tipo, visto que a aferição objetiva e jurídica de condutas que podem incidir em expressões do tipo torna-se uma tarefa difícil – para não dizer impossível –, uma vez que não há critérios definidores sobre o que seria uma “informação sem fundamento”, e, mesmo que houvesse, ainda seria difícil atestar com precisão o que seria uma informação com ou sem fundamento, visto que esse tipo de análise envolve o conteúdo, o contexto, o assunto, a forma como está exprimida, a presença ou ausência de resquícios opinativos, a omissão ou supressão parcial do fato,

entre outras situações, até mesmo subjetivas, de crença, de falta de conhecimento sobre um determinado assunto, que, certamente, obstaculizam uma resposta jurídica e legislativa para esse tipo de problema social.

É prudente recordar a lição de Carlos Maximiliano, segundo o qual o brocardo de que “não se presumem, na lei, palavras inúteis” não é absoluto, visto que não são raras as ocasiões em que as leis são redigidas sem atenção e esmero, daí que as expressões de Direito devem ser interpretadas “de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis” (MAXIMILIANO, 2020, p. 228-229).

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a adoção de termos dúbios, de difícil interpretação e de pouca objetividade e juridicidade poderia ser evitada se houvesse um maior primor com a técnica legislativa, norteadora dos legisladores em sua função de produzir as normas. Dessa forma, observa-se que deve ser tomada como basilar a forma adequada de produção das normas que compreende métodos, em busca de um “estilo” legislativo que não se restrinja tão somente à estética das normas, mas principalmente à sua juridicidade, constitucionalidade, determinabilidade, clareza, eficiência e plena aplicabilidade (MENDES, 2007, p. 13). Mesmo porque um dos requisitos para a elaboração de normas jurídicas diz respeito justamente à clareza e aos cuidados linguísticos, o que “contribui para a sua inteligibilidade, bem como colabora para a sua correspondente observância”, devendo-se, portanto, “prezar, sempre que possível, pela simplicidade e objetividade linguística” (SILVA, 2016, p. 25-26).

Nessa perspectiva, é sabido que os anseios democráticos em um Estado de Direito confrontam o legislador com uma ampla e variada demanda por novas normas, o que lhe exige aptidão e responsabilidade para empreender tais providências reclamadas. E, por vezes, a busca por uma resposta rápida gera formulações irrefletidas, deficientes, incompletas e, por essas razões, incompatíveis com o ordenamento jurídico, o que demonstra a necessidade de uma certa delicadeza na tarefa de legislar (MENDES, 2007, p. 1-2), a fim de evitar “a proliferação de uma legislação improvisada, contraditória, confusa e fragmentária” (BARACHO, 1984, p. 270).

É fato que a função legiferante não é simples, tampouco linear, unidimensional e facilmente previsível e planejável, pois a atividade legislativa “é formada por um conjunto de interesses diferenciados e relações de força no complexo campo político.” Por esse motivo, sua metodologia deve observar os objetivos que se pretendem alcançar, os meios para realizá-los e também as possíveis repercussões de caráter político, econômico e social. Outrossim, a decisão legislativa deve ser precedida por uma rigorosa avaliação das alternativas existentes, o que amplia a liberdade do legislador e permite uma melhoria na qualidade de sua decisão. Nesse sentido, a crítica das proposições legislativas formuladas, a ser feita pelo próprio legislador, deve indagar se as medidas a serem instituídas são compatíveis com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que recomendam que a escolha a ser feita, dentre as alternativas existentes, deve ser a que possui menores prejuízos às situações jurídicas (MENDES, 2007, p. 18-22).

Ademais, o ofício legiferante não deve ser despartado da devida técnica legislativa, como preza a Lei Complementar nº 95/1998, especialmente em seu art. 11, que trata da redação das disposições normativas e de elementos que podem favorecer esse processo, segundo o qual as normas “serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas”, como, por exemplo, a construção de orações sem adjetivações dispensáveis (inciso I, alínea “c”), para obter clareza; e a articulação da linguagem, para permitir que a lei seja compreendida e possua eficácia e alcance, para obter precisão, além de evitar expressões que conduzam a duplo sentido (inciso II, alíneas “a” e “c”) (BRASIL, 1998).

É com a obediência e a observância aos preceitos da ordem da técnica legislativa que se pode inserir no ordenamento jurídico as normas que regerão boa parte das ações e relações cotidianas, daí a importância de se atentar para a devida precisão no trato com a elaboração normativa, para que o resultado desse processo tenha eficácia, validade e justiça, o que perpassa, evidentemente, por uma atenciosa redação legislativa (BOBBIO, 2016).

Feitas essas considerações sobre aspectos da técnica legislativa, observa-se que a expressão “informação sem fundamento”, contida no Projeto de Lei nº 632/2020, não está em conformidade com os ensinamentos sobre a melhor redação das leis, em razão da ambiguidade e imprecisão que permeiam tal locução, o que pode dificultar sua eficácia – em caso de aprovação –, em virtude das dificuldades de interpretação e aplicação em um caso concreto sobre o que seria uma informação com ou sem fundamento, em razão dos aspectos já mencionados neste estudo – como o contexto, a subjetividade, a natureza e o conteúdo da informação –, bem como pelo fato de que, tendo o legislador à sua disposição diferentes alternativas, deveria escolher a mais cabível e menos danosa para sanar tais situações, visto que a proposta traduz-se em uma pretensão limitadora e sancionadora. Isso não ocorreu no caso em tela, posto que, além da locução dúbia empregada, não se observa relação entre as condutas citadas e as sanções para atos de improbidade administrativa e crimes de responsabilidade.

Nessa perspectiva, a Emenda nº 10 ao Projeto de Lei nº 2.630/2020, proposta pelo senador Paulo Paim (PT/RS), sugeria “vedar a divulgação de conteúdo reconhecidamente falso em sites jornalísticos.” O acréscimo normativo foi rejeitado no argumento do relator senador Angelo Coronel (PSD/BA) de que “a definição do que vem a ser algo reconhecidamente falso não encontra a necessária precisão para ser incluída em lei” (BRASIL, 2020a, p. 14), o que se pode aplicar aos termos “informação sem fundamento” ou mesmo “informação que sabe ser manifestamente falsa”, do Projeto de Lei nº 632/2020, em razão da falta de precisão, objetividade e juridicidade relativa a tais expressões, especialmente se for levada em conta a pretensão do autor dessa proposta em considerar a divulgação desses conteúdos como atos de improbidade administrativa e crimes de responsabilidade, situações que, por sua natureza e dimensão, exigem um exame minucioso para além da técnica legislativa, devendo, pois, contemplar também a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

### 3.2 Divulgação de Informação Falsa e Transgressão aos Princípios Administrativos

Quanto ao segundo questionamento, no tocante à improbidade administrativa, argumenta Di Pietro (2019, p. 1021) que “não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa”, podendo-se dizer que “são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública.” Entretanto, há uma diferença que se manifesta quando se fala em improbidade como ato ilícito, o que retira sua sinonímia com a expressão imoralidade, por ser a improbidade um termo com sentido mais amplo, que engloba atos imorais e ilegais. Inclusive, na Lei de Improbidade Administrativa, a lesão à moralidade administrativa é uma das hipóteses de atos de improbidade (DI PIETRO, 2019, p. 1023), o que se extrai do art. 11 da dita norma.

Seguindo esse raciocínio, quando se fala em probidade ou moralidade administrativa, está-se dizendo que somente a atuação legal e formal da Administração Pública e seus agentes não é suficiente, devendo-se observar os princípios éticos, de lealdade, de boa-fé e de honestidade para que a consecução das atividades cumpra com os requisitos da lei e com as expectativas da moralidade (DI PIETRO, 2019, p. 1021).

Nessa perspectiva, observa-se que o comportamento improbo enquanto ato ilícito vem sendo tipificado como crime de responsabilidade de longa data, mais precisamente desde que a moralidade foi erigida como princípio constitucional-administrativo na Constituição de 1988, o que representa um acerto do legislador constituinte em se preocupar com a ética na Administração Pública e o combate aos atos que a transgridem. Em seu art. 85, V, inclusive, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, figura a lesão à probidade administrativa (DI PIETRO, 2019, p. 1021-1022), o que se justifica pelo fato de que, “como Chefe da Administração Pública, também o Presidente está sujeito aos princípios que norteiam a mesma” (CANOTILHO et al., 2018).

Contudo, cabe ressaltar que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) tem aplicabilidade limitada em relação aos crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, visto que as disposições da dita lei não resultam em aplicação direta da pena de perda do cargo, o que, no caso do referido agente político, exige o julgamento, de competência do Senado Federal (DI PIETRO, 2019, p. 1034), nos termos do art. 52 da Constituição.

Ainda no que concerne à Lei de Improbidade Administrativa, não obstante a caracterização de improbidade administrativa exija apenas uma violação aos princípios constitucionais-administrativos, observa-se que existem três dispositivos que formam uma enumeração exemplificativa de atos considerados improbidade administrativa (DI PIETRO, 2019, p. 1036-1038), a saber: art. 9º, referente aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; art. 10, constituindo atos que causam prejuízo ao erário; e, finalmente, art. 11, que tipifica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública e contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Nesse sentido, observa-se no Projeto de Lei nº 632/2020, analisado neste artigo, a tentativa de incluir a divulgação dolosa de “informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento” no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que trata dos atos de improbidade que atentam aos princípios constitucionais-administrativos. Para além disso, a propositura quer incluir a mesma conduta dentro do art. 9º da Lei nº 1.079/1950 – norma definidora dos crimes de responsabilidade –, que trata dos crimes contra a probidade na Administração.

No que se refere ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, Ferraresi (2011, p. 117) aduz que “ao contrário dos particulares, que podem gerir sua vida como bem lhes aprouver, os agentes públicos, em sua vida funcional, estão balizados por poderes e deveres”. Os primeiros, para bem desempenhar a função de servir ao público; já os segundos, para garantir o regular desempenho dos serviços prestados ao público. Ambos são ferramentas pelas quais os administradores públicos ordenam a vida em sociedade.

Dessa forma, a transgressão à honestidade, imparcialidade e legalidade, deveres contidos no art. 11, evidencia que o agente público agiu com infidelidade à sua função pública, faltando com o dever de lealdade. Assim, a legalidade “implica fidelidade do agente público às atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento jurídico” (FERRARESI, 2011, p. 117)<sup>8</sup>.

Nesse diapasão, retornando ao primeiro questionamento feito, cabe indagar se ocorre violação de princípios administrativos estabelecidos quando uma autoridade divulga uma “informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento”, pois, segundo o senador Jorge Kajuru, autor do projeto de lei ora discutido, há uma transgressão à probidade e integridade administrativa quando um agente político ou administrativo procede dessa maneira.

Em preliminar, é propício salientar que os princípios, como verdadeiros nortes balizadores dirigidos aos destinatários da lei para estimular um comportamento compatível com os valores mais importantes protegidos pela ordem jurídica, apresentam-se, geralmente, sob a forma de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, Garcia e Alves (2014, p. 379) assentam que a técnica legislativa utilizada pela Lei de Improbidade Administrativa divide-se em duas vertentes principais: a primeira foi trazer conceitos jurídicos indeterminados, que se apresentam como “instrumento adequado ao enquadramento do infundável número de ilícitos passíveis de ser praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos”; e a segunda diz respeito à enumeração realizada nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11 da lei, contendo previsões específicas que facilitam a compreensão dos conceitos indeterminados trazidos no *caput*.

Nesse viés, “a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados exigirá do intérprete a realização de uma operação de valoração das circunstâncias periféricas do caso, o que permitirá a densificação do seu conteúdo e a correlata concretização da norma”, interpretação esta que exige uma atitude

---

8 Para Garcia e Alves (2014, p. 426), “o cumprimento dos deveres nada mais é que o instrumento utilizado para a consecução do ideal de justiça, que consiste na satisfação do interesse público e que se encontra ínsito na atuação dos agentes públicos, sendo ambos densificados a partir dos standards aceitos pela sociedade e pela disciplina interior da administração.”

responsável do intérprete, para permitir a consecução dos resultados dotados de plena aceitabilidade (GARCIA; ALVES, 2014, p. 380).

Por outro lado, ao exemplificar condutas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o legislador tornou desnecessária, por assim dizer, a valoração dos conceitos indeterminados previstos no *caput*, visto que os elementos caracterizadores do ato de improbidade foram previamente sopesados pelo legislador, culminando na instituição de condutas determinadas e específicas que violam os princípios administrativos (GARCIA; ALVES, 2014, p. 381-382).

Ocorre que, mesmo com a delimitação do âmbito de incidência da improbidade administrativa em condutas especificadas nos incisos, é de difícil verificação uma eventual violação aos princípios estabelecidos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa em caso de divulgação de “informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento”, pela ausência de pertinência temática direta entre a conduta que se pretende tipificar e os bens tutelados pelo referido dispositivo, visto que, pela amplitude conceitual que é inerente aos princípios, pode acontecer de incidir uma série de condutas que podem não ofender significativa e diretamente os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e aos próprios princípios.

Nesse sentido, pode-se fazer uma comparação entre a tentativa de tipificar a divulgação de informações falsas, difamatórias e sem fundamento como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade – pretensão do projeto de lei discutido neste estudo – e a intenção de “incluir como ato de improbidade administrativa a propagação de notícia falsa contra instituições democráticas ou outras pessoas, com propósitos difamatórios” (BRASIL, 2020a, p. 26), conteúdo da Emenda nº 66, de autoria do senador Mecias de Jesus, ao Projeto de Lei nº 2.630/2020, do Senado Federal, que cria a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Não obstante tal denominação contida no próprio projeto de lei e a clareza de seus objetivos – a exemplo da busca pelo “fortalecimento do processo democrático por meio do combate ao comportamento inautêntico e às redes de distribuição artificial de conteúdo e do fomento ao acesso à diversidade de informações na internet no

Faz-se essa comparação pelo fato de que a referida emenda foi rejeitada pelo relator do Projeto de Lei nº 2.630/2020, senador Angelo Coronel (PSD/BA), sob o argumento de que “pela natureza da Lei de Improbidade Administrativa, julgamos mais razoável enfrentar essa discussão em PL autônomo” (BRASIL, 2020a, p. 26), reconhecendo a ausência de vinculação temática entre a propagação de “notícias falsas” e a Lei de Improbidade Administrativa, argumento que pode ser utilizado também para o Projeto de Lei nº 632/2020, do senador Jorge Kajuru, que trata da inserção da “divulgação de informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento” na dita lei.

Evidentemente, não se ignora que a propalação desse tipo de conteúdo inverídico e difamatório é um despropósito, especialmente se levada em conta a posição ocupada por quem o faz, pois “o elemento volitivo que impulsiona o agente público em suas ações será direcionado pelas aspirações e pelos fins que se pretende alcançar, somente sendo legítimos os atos diretamente relacionados ao cumprimento dos deveres que recaem sobre si” (GARCIA; ALVES, 2014, p. 425)<sup>10</sup>.

Todavia, se for realizado um exame de proporcionalidade e razoabilidade entre as condutas e as sanções dela decorrentes – perda e inabilitação para o cargo, pela pretensão do referido projeto de lei de considerá-la como um crime de responsabilidade –, observar-se-á que, apesar do engodo e do fato de a ação ser merecedora de reprovação social e moral, a disposição como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade se mostra desproporcional e irrazoável.

---

Brasil” (art. 4º, I) –, a referida proposta tem sido alcunhada pelas mídias sociais como “lei das *fake news*”, embora não pretenda nem disponha sobre a regulação, controle e combate às informações e “notícias falsas”. De fato, não é incomum a apelação de leis e figuras penais pelos meios de comunicação social. Contudo, nem sempre tais terminações refletem o conteúdo e os objetivos da norma mencionada, o que leva, muitas vezes, os indivíduos à incompreensão do que está sendo tutelado e regulado, podendo levar à repulsa ou à expectativa demasiada da população em relação a esse tipo de pretensão normativa.

10 Assim, do ponto de vista das redes sociais, observa-se que “a atuação do Poder Público nas redes sociais merece diretrizes claras que impeçam o desvirtuamento do interesse público”. Assim, de acordo com o Projeto de Lei nº 2.630/2020, as condutas de agentes políticos passam a ter uma dimensão que extrapola o interesse individual do eleito ou da autoridade, e, por essa razão, devem respeitar os princípios da Administração, em razão da função exercida (BRASIL, 2020a, p. 10). Contudo, no caso do Projeto de Lei nº 632/2020, não há diretrizes nem delimitação claras, visto que a conduta tendente a ser reprimida é a “divulgação de informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento”, o que gera uma intensa margem e dificuldade de interpretação.

Dentro dessa perspectiva, observa-se que a expressão “divulgação de informação que sabe ser manifestamente falsa” deve ser interpretada com certas ressalvas, visto que nem sempre será possível ter certeza de que a informação é manifestamente falsa<sup>11</sup>, em razão dos artifícios de descontextualização proposital, ou mesmo supressão e omissão de partes do fato que eventualmente possa ter ocorrido, resultando na divulgação parcial ou incompleta de uma informação, o que não a torna manifestamente falsa, e sim distorcida<sup>12</sup>.

Outrossim, sendo a informação um conteúdo objetivo, logo, uma opinião transvestida de informação ou uma informação transvestida de opinião não seriam consideradas como atos de improbidade administrativa e crimes de responsabilidade, para fins legais, pelo fato de o controle de fatos e informações poder ser realizado, diferentemente do caso das ideias, cujo escrutínio de aferir veracidade ou falsidade, validade ou não, e importância ou não pertencem unicamente ao indivíduo, não cabendo ao Estado “estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis” (MENDES; BRANCO, 2020, p. 268-269).

11 Nesse aspecto, Garcia e Alves (2014, p. 433-436) aduzem que a prática dos atos de improbidade previstos no art. 11 exigem dolo do agente por três fatores. O primeiro diz respeito ao fato de que a reprovabilidade da conduta só pode ser imputada a quem a praticou voluntariamente, o que se vincula ao segundo fator, referente à disposição de culpa somente no art. 10, o que exclui esta hipótese dos demais dispositivos. E, por fim, a ausência de normatização expressa sobre a responsabilidade objetiva no art. 11. Assim, a locução “que sabe”, contida na expressão “informação que sabe ser manifestamente falsa”, diz respeito ao dolo do agente em divulgar a informação mesmo conhecendo a sua falsidade. Portanto, uma eventual divulgação culposa de informação falsa não incidiria no âmbito da norma contida no Projeto de Lei nº 632/2020.

12 Aliás, era nesse sentido o art. 4º, II, da versão original do Projeto de Lei nº 2.630/2020, que cria a Lei de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, ao conceituar o que seria desinformação, para fins legais: “conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial para causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia”. A referida definição foi retirada da versão do projeto aprovado no Senado Federal, visto que, segundo o relator senador Angelo Coronel (PSD/BA), apesar de não serem passíveis de verificação e, conseqüentemente, de classificação como informação ou desinformação as “manifestações de opiniões, trabalhos intelectuais, doutrinas religiosas, convicções políticas ou filosóficas”, ainda assim poderiam ser consideradas como desinformação manifestações protegidas constitucionalmente, o que depende muito “do olhar de quem avalia.” Outrossim, a atividade de rotular uma informação como falsa é uma manifestação de opinião: a opinião do verificador. Assim, ainda segundo o relator do projeto, não parece seguro estabelecer normativamente que alguém possa classificar um conteúdo como desinformação ou não, por não parecer ser possível “estabelecer um conceito desse fenômeno sem oferecer risco à liberdade de expressão”. Outrossim, encerrou o relator que a definição do que seria desinformação talvez ainda “necessite de mais debates”, questão que passa por diversos níveis, como a educação midiática, para o uso das redes. Assim, não havendo um debate de caráter público e social, não se deve pular etapas e transformar a referida definição em um conceito jurídico (BRASIL, 2020a, pp. 2, 6-7 e 22).

Assim, se é verdade que a divulgação de uma informação manifestamente falsa viola a valorização conferida à verdade, relativa à transparência e o decoro que o trato com a coisa pública exige, também é verdade que não é qualquer informação falsa, difamatória ou sem fundamento que deve motivar a perda do cargo por ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, devendo-se analisar a natureza, as características, o contexto e o conteúdo da dita informação, que pode ser insignificante, ou muito gravosa.

Contudo, como dito anteriormente, é árdua a tarefa de se observar a existência de uma relação de pertinência temática direta entre divulgação de informação falsa e improbidade administrativa, também pelo fato de a Lei de Improbidade Administrativa trazer em seu bojo uma série de condutas transgressoras dos princípios administrativos e deveres estabelecidos aos agentes públicos, o que não é o caso da divulgação de informação – independentemente de ser manifestamente falsa, difamatória ou “sem fundamento” –, ação merecedora de reprovação moral e social, mas não administrativa ao ponto de levar à perda e inabilitação para o cargo, pena que seria desproporcional e irrazoável.

#### **4. INFORMAÇÕES FALSAS ENQUANTO CRIME DE RESPONSABILIDADE**

Além da tentativa de tipificação da divulgação de informações falsas como atos de improbidade administrativa, o Projeto de Lei nº 632/2020 também pretende tornar tal conduta um crime de responsabilidade. Crimes de responsabilidade – cuja terminologia é equivocada, por não versar sobre crime no sentido originado e empregado pelo Direito Penal<sup>13</sup> – “são infrações político-administrativas, atentatórias à Constituição, tipificadas na legislação federal” (BULOS, 2018, p. 1269-1270), Lei nº 1.079/1950, que define as causas, ritos e procedimentos referentes aos crimes de responsabilidade, perda e inabilitação para a ocupação de cargos públicos eletivos.

13 Nesse sentido, conforme Bulos (2018, p. 1272), a expressão viciosa surgiu, no Brasil, com o Código Criminal do Império, de 1830, passando a ser utilizada para aludir aos delitos em que os sujeitos ativos eram ministros e secretários de Estado, contando, pois, com poucas diferenças desde sua primeira menção legislativa.

Nesse aspecto, conforme Mendes e Branco (2020, p. 1064), as Constituições brasileiras a partir de 1891 têm dedicado atenção especial aos crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, em oposição ao princípio de irresponsabilidade do governante, próprio de regimes absolutistas ou tirânicos, de que “o rei não comete erros” (“*the king can do no wrong*”). Assim, tem-se que, na atual conjuntura, a responsabilidade, perante a lei, por parte dos agentes públicos eleitos para representar e alcançar os interesses almejados pela coletividade, mostra-se como uma verdadeira pedra angular essencial à configuração da ideia de República (NOVELINO, 2016).

As penas para tais infrações político-administrativas têm caráter eminentemente político, e não criminal ou civil. Nesse sentido, o *impeachment*, somado à perda dos direitos políticos por 8 anos, foi a solução escolhida pelo legislador constituinte de 1988 para punir os agentes políticos processados e julgados pelo Senado Federal, após abertura do processo pela Câmara dos Deputados, segundo o rito trazido pela Lei Maior. Essa deposição de mandato é “uma forma jurídica de perda do cargo do chefe do Executivo, sem ser necessário recorrer à quebra da legalidade democrática. Suprime-se a representação popular, transformada em instrumento para a prática de atos atentatórios contra as disposições constitucionais vigentes” (AGRA, 2018, p. 564).

Nesse sentido, cumpre indagar se a tipificação da “divulgação de informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento” como crime de responsabilidade – bem como ato de improbidade administrativa – observa os postulados constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a lesividade e ofensividade das demais causas de perda do mandato eletivo contidas na Lei nº 1.079/1950, bem como a sanção de perda do mandato e inabilitação para o cargo político.

Do ponto de vista constitucional, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, comumente empregados de modo fungível e sinônimo, são, para Canotilho et al. (2018), de “grande importância na dogmática jurídica contemporânea, tanto por sua dimensão instrumental, quanto material”.

Tais postulados protegem direitos fundamentais e os interesses públicos, permitindo a discricionariedade dos atos do Poder Público – feição esta de caráter administrativo e servindo de medida, nos casos concretos, para assegurar a melhor realização do fim constitucional embutido na norma (CANOTILHO et al., 2018).

Essa acepção dos referidos princípios é voltada sobretudo para o Estado em suas funções jurisdicionais e legislativas. Porém, há também a disciplina dos ditos princípios dirigida para agentes administrativos e políticos, em razão da função pública exercida, visão segundo a qual “a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”, sendo ilegítimas e invalidáveis as condutas desarrazoadas, incoerentes, imprudentes e insensatas, no que tange ao princípio da razoabilidade; e, no tocante ao princípio da proporcionalidade, a Administração só pode exercer suas competências de forma válida “na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”, sendo ilegítimos os atos que exorbitarem esses limites correspondentes (MELLO, 2010, p. 108-110).

Assim, no que tange a condutas do administrador, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 99) assenta que não está em conformidade com a ordem jurídica “a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus standards pessoais que [...] acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou”. Noutras palavras, não pode o agente administrativo ou político valer-se de sua condição pública ou da liberdade de expressão para disseminar informações manifestamente falsas com propósitos desonestos, que têm a aptidão de levar os demais indivíduos a acreditarem nos conteúdos divulgados, por conta do cargo ostentado por quem os dissemina. Assim, o fato de a lei conferir ao administrador uma certa liberdade, que é a margem de discricionariedade, não significa que

lhe tenha sido outorgado o poder de agir motivado por paixões pessoais ou critérios personalíssimos (MELLO, 2010, p. 108-109), de modo que as ações em descompasso com as regras, deveres e princípios constitucionais e administrativos destinados à conduta desses agentes devem ser sancionadas de acordo com a ação perpetrada.

Contudo, retornando-se à discussão sobre a proporcionalidade e razoabilidade no âmbito do Projeto de Lei nº 632/2020, observa-se que, em uma comparação da “divulgação de informação manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento” com outras condutas punidas pela Lei nº 1.079/1950 como causas de perda de mandato em razão de improbidade administrativa, é ínfima a lesividade e ofensividade da primeira ação em relação às segundas, que incluem, dentre outras, o retardo na publicação de normas e a não prestação de contas, ao Congresso Nacional, relativas ao exercício anterior (art. 9º, itens 1 e 2), por exemplo. O mesmo pode-se afirmar em relação às causas de improbidade administrativa contidas no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, aspectos analisados anteriormente na seção oportuna deste estudo.

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto democrático da representatividade, consolidado com a Constituição de 1988, e retornando à afirmação de Agra (2018, p. 564), de que o *impeachment* retira do cargo o Chefe do Executivo que procedeu de forma atentatória às disposições constitucionais vigentes sem que haja uma quebra na legalidade democrática, observa-se que, mesmo assim, e em que pese a possível tipificação da divulgação de informação falsa como causa da perda do cargo, restaria fulminada a representatividade, valorizada pelos cidadãos e eleitores, e que ainda passa por um processo de amadurecimento na democracia brasileira.

Dessa feita, é nítida a desproporcionalidade e irrazoabilidade contidas na proposta de tornar ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade a divulgação de informação falsa – independentemente da ciência da falsidade por parte de quem a dissemina – ou mesmo de uma informação difamatória, o que já possui remédios legais, como os mencionados crimes contra a honra e as indenizações no plano civil. Me-

nos ainda, uma informação “sem fundamento”, expressão dúbia, imprecisa e desconectada das premissas da técnica legislativa, visto que se corre o risco de retirar do poder até mesmo um mandatário máximo da nação em razão de uma conduta ordinária e insignificante – em relação às demais causas ensejadoras de perda do cargo político eletivo – como a divulgação de uma informação, independentemente de seu conteúdo e características.

## 5. CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo geral analisar, de forma crítica, as pretensões do Projeto de Lei nº 632/2020, em virtude da tentativa de tipificar a divulgação de informação que sabe ser manifestamente falsa, difamatória ou sem fundamento como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade, o que envolve questões constitucionais e administrativas como as liberdades de expressão e informação, moralidade e improbidade, além de proporcionalidade e razoabilidade.

Dessa forma, de início, foi possível constatar que a informação constitui um elemento apreciável juridicamente, salvo em casos de expressão de ideias e opinião, hipóteses em que não será cabível uma determinação do que é ou não verdadeiro, do que é ou não útil, em virtude do livre arbítrio de quem manifesta sua opinião, obstáculo às restrições do Estado.

Com relação à incidência da divulgação de conteúdos inverídicos na ótica da improbidade administrativa, concluiu-se pela inexistência de uma relação direta de pertinência temática entre as duas situações, tendo em vista a abrangência e a amplitude das condutas contidas na Lei nº 8.429/1992 e a dubiedade e imprecisão de expressões contidas no referido projeto de lei, o que representa uma inobservância de aspectos importantes da técnica legislativa.

Por sua vez, quanto à relação entre divulgação de informações falsas e crimes de responsabilidade, o exame entre as condutas contidas no projeto de lei e as penas próprias da Lei nº 1.079/1950 apontou para a desproporcionalidade e irrazoabilidade na tipificação pretendida, tendo em vista o

reduzido potencial lesivo em relação a outras causas de perda e inabilitação para o cargo.

Com isso, foi possível concluir que é indiscutível o problema social a ser enfrentado em virtude da disseminação de conteúdos inverídicos, contudo, ainda há um longo caminho para que essa discussão seja apropriada pelo Direito, tendo em vista a complexidade dessa conjuntura, bem como a ausência de uma sanção proporcional às condutas.

Nesse sentido, é isenta de dúvidas a compreensão de que a divulgação de informações falsas e difamatórias é uma ação perniciosa, especialmente quando perpetrada por autoridades públicas, em virtude do prestígio que gozam em razão da representatividade de seu cargo, e pela possibilidade de expansão dos conteúdos inverídicos. Todavia, a classificação dessa conduta como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade está longe de concretizar os objetivos almejados pelo legislador, de reduzir a desinformação que tanto tem atormentado o fluir normal da vida cotidiana, podendo, na verdade, converter-se em um instrumento de ruptura da democracia e da representatividade em razão da inobservância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e a devida técnica legislativa na redação de normas restritivas e sancionatórias.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Atos Parlamentares. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Brasília, a. 21, n. 81, p. 259-322, jan./mar., 1984. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181511/000406308.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Suddati; Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp95compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95compilado.htm). Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.630, de 2020**. 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8127630&ts=1594325279648&disposition=inline>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 632, de 2020**. 2020b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8074293&ts=1594022402678&disposition=inline>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961/SP**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 18-6-2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. (coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. Saraiva Jur, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada**. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/questoes\\_fundam\\_de\\_tecn\\_legis\\_-\\_gilmar\\_mendes.pdf](https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/questoes_fundam_de_tecn_legis_-_gilmar_mendes.pdf). Acesso em: 26 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Jorge Henrique Oliveira da. **Teoria da norma jurídica e técnica legislativa**: a imperatividade da Lei Complementar nº 95, de 1998, e o controle de juridicidade das normas. Monografia (Especialização em Direito Legislativo), Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília-DF, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535901/TCC\\_Jorge%20Henrique.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535901/TCC_Jorge%20Henrique.pdf). Acesso em: 14 maio 2021.

# PREJUÍZOS AMBIENTAIS À FAUNA AQUÁTICA DO ESTADO DO AMAZONAS POR DISSEMINAÇÃO DE ESPÉCIES ALÓCTONES

**Mateus Roberto Papa Gasparini**

Aluno Especial do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA; Bacharel em Direito.

**Valmir Cesar Pozzetti**

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salerno/Itália; Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Direito Ambiental e Biodireito pela Universidade de Limoges/França; Mestre em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade de Limoges/França; Professor dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental e Mestrado em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas – UEA; e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais e Sustentabilidade na Amazônia, da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

Submetido em: 11/02/2021

Aprovado em: 15/04/2021 e 17/05/2021

**RESUMO:** O objetivo desta pesquisa foi analisar como ocorre a inserção de peixe exótico da espécie tilápia nos rios do Estado do Amazonas e suas consequências para a fauna aquática e confrontar essa atividade com a legislação ambiental existente. O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo; quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, com uso da doutrina e legislação; e, quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que a inserção de peixe exótico, da espécie tilápia, acarreta danos ao

meio ambiente amazônico, afetando não só a sua fauna lacustre, mas também os seres humanos que usufruem dos recursos hídricos na região amazônica, como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio ambiente hídrico; Tilápia; Panamazônia;

**ABSTRACT:** The objective of this research was to analyze how the insertion of exotic fish of the tilapia species occurs in the rivers of the State of Amazonas and its consequences for aquatic fauna and to compare this activity with existing environmental legislation. The method used in the research was deductive; as to the means the research was the bibliographical one, with use of the doctrine and legislation; and, for the purposes, the research was qualitative. The conclusion reached was that the insertion of exotic fish of the tilapia species causes damage to the Amazonian environment, affecting not only the lacustrine fauna but also the human beings who enjoy the water resources in the Amazon region, as one all.

**KEY WORDS:** Water environment, Tilapia; Panamazônia;

## **INTRODUÇÃO**

O Estado do Amazonas é banhado por rios que possuem uma diversidade de peixes adaptados ao seu habitat natural. A inserção de peixe exótico, da espécie tilápia, nos rios do Estado do Amazonas, altera esse meio ambiente, trazendo consequências danosas à fauna, à qualidade da água e aos seres humanos que se utilizam desses recursos hídricos para sua sobrevivência.

O objetivo desta pesquisa é analisar, de forma crítica, como ocorre a inserção desse peixe exótico nos rios do Estado do Amazonas, os danos ambientais, socioeconômicos e culturais gerados por essa prática e a legislação pertinente sobre a matéria.

A problemática que envolve esta pesquisa é: de que forma a inserção do peixe exótico da espécie tilápia nos rios do Estado do Amazonas interfere no equilíbrio ambiental aquático e nos recursos hídricos dos rios da Amazônia?

A pesquisa se justifica porque a Amazônia possui um bioma frágil e diverso, com espécies próprias da região que convivem em harmonia, tendo predadores específicos e mantendo o equilíbrio natural. A inserção de espécies exóticas, sem predador natural, causa desequilíbrios, gerando prejuízos à fauna e à tradicional cultura de alimentação dos povos ribeirinhos e urbanos da região amazônica, uma vez que, por ser o peixe um elemento básico da alimentação dos povos amazônicos, a espécie tilápia tenderá a movimentar e aumentar a produção, gerando desequilíbrios para o frágil sistema do bioma amazônico, causando poluição do meio ambiente e desequilibrando os recursos hídricos dos rios do Estado do Amazonas, e consequentemente nos demais países da Panamazônia, que possuem recursos hídricos interligados à Amazônia brasileira.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é a indutiva. Quanto aos meios, a pesquisa é bibliográfica, com uso da doutrina e legislação. E, quanto aos fins, a pesquisa é qualitativa.

Assim, nesta pesquisa, tratar-se-á de alguns conceitos e se indicará as principais hipóteses de inserção desse peixe exótico nos rios do Estado do Amazonas e seus reflexos na biodiversidade.

## **1. PECULIARIDADES DO ESTADO DO AMAZONAS**

O Estado do Amazonas é o maior estado da federação brasileira e um dos menos habitados, em virtude da exuberante floresta e demais recursos ambientais. É motivo de cobiça desde o descobrimento da nação. Sua grande extensão territorial, bem como a complexidade dos biomas, torna difícil a fiscalização ambiental por parte do Poder Público, bem como algumas peculiaridades regionais que o torna suscetível de sofrer atentados ambientais, tais como a biopirataria, a derrubada da floresta e a ilegal inserção de peixe exótico em seus rios, em especial da espécie tilápia.

Segundo o IBGE (2016, p.p), “o Estado está na oitava colocação em quantidade produzida de peixes do Brasil, sendo o Município de Rio Preto da Eva (AM) o principal produtor nacional de peixes, registrando a despesca de 13,38 mil toneladas”.

Cabe destacar que, dentre os peixes criados no país, a tilápia é a espécie com maior produção, com dois milhões, trezentos e noventa mil, novecentos e nove toneladas, segundo o IBGE (2016, p.p).

É importante destacar que a Região Norte, onde está localizado o Estado do Amazonas, é a região do país que mais consome peixe no Brasil, conforme destaca Lopes (2016, p.63):

A única região em que a população possui preferência por peixes em suas refeições é a região norte [...] Devido à oferta constante e preços atrativos dos peixes nessa região, especialmente em comunidades ribeirinhas, é possível que parte da população tende a consumir mais destes produtos, quando comparado com outros tipos de carnes.

Dessa forma, a produção de peixe no Estado do Amazonas é uma importante fonte de riqueza econômica, contribuindo para o desenvolvimento da região, pois o peixe é a base de alimentação dos povos amazônicos, que encontram farta produção natural nos rios amazônicos, uma vez que as espécies convivem em harmonia entre si, mantendo o equilíbrio natural da região.

Entretanto, o crescente aumento da demanda do pescado exige, dos produtores, o incremento de sua produção, por meio de técnicas que acabam interferindo no meio ambiente dos rios do Estado.

Além disso, como o Estado possui uma floresta densa, sem ferrovias ou rodovias, os rios do Amazonas são importantes rotas para transporte de mercadorias e pessoas.

Segundo Sant'Anna (1998, p. 12), "a Amazônia Brasileira possui uma rede hidroviária territorial de mais de 3,6 milhões de Km<sup>2</sup>". Acrescenta que "atualmente, a comercialização dos produtos da região para o exterior tem sido feita prioritariamente pelos portos...".

E Sant'Anna (1998, p. 13) finaliza afirmando que "o transporte rodó-fluvial para a Amazônia acontece por meio de duas rotas básicas: de Manaus a Belém, pelo Rio Amazonas, e daí para o sul do país, pela BR

010/153 (Belém-Brasília); e de Manaus a Porto Velho, pelo Rio Madeira, e daí a Cuiabá e ao sul do país, pela BR 364”.

A utilização dos rios do Estado para transporte de mercadorias e pessoas será afetado com a inserção de peixes exóticos, pois eles desequilibram o *status* natural da região, alterando seu ecossistema, que possui vida própria, pois alterar-se-á a fauna lacustre, e conseqüentemente o meio ambiente se desequilibrará.

Assim, proteger esse ecossistema, sem alterações, mantendo a integridade da fauna e flora dos rios do Estado do Amazonas, é fundamental para o equilíbrio ambiental da região, não se podendo, a despeito de incrementar a economia da região, alterar o bioma que até então tem trazido vida saudável à população. É necessário manter a preservação dos recursos hídricos disponíveis nesse ambiente aquático, sob pena de se trazer prejuízos insustentáveis ao meio ambiente amazônico.

É nesse contexto que a inserção da tilápia, peixe exótico<sup>1</sup>, nos rios do Estado do Amazonas será analisada, aferindo os malefícios não só ambientais como econômicos e culturais advindos dessa introdução, que altera a biota desses rios, refletindo negativamente o ser humano, razão de existir de toda ciência.

Assim, é importante analisar as hipóteses em que ocorre a inserção da tilápia nos rios do Estado e os danos por ela causados, a fim de responder qual é a interferência desse peixe no equilíbrio ambiental e na limitação dos recursos hídricos dos rios do Estado. E, a partir daí, analisar como o Estado tem legislado para proteger o habitat e os peixes naturais de seus rios, com o objetivo de obter o desenvolvimento sustentável da região.

## **2. PRINCIPAIS HIPÓTESES DE INSERÇÃO DO PEIXE TILÁPIA NOS RIOS DA AMAZÔNIA**

A Convenção Sobre Diversidade Biológica define espécie exótica como sendo “toda espécie que se encontra fora de sua área de distribuição natural”.

<sup>1</sup> Peixe exótico é aquele que não é nativo do local, mas introduzido por ação humana.

A tilápia é um peixe originário da África que foi introduzido no Brasil em razão de sua fácil adaptação a novos ambientes; é o principal peixe criado em cativeiro no país a fim de atender a demanda consumidora de pescado. Isso porque essa espécie é de fácil adaptação em qualquer ambiente hídrico de água doce.

O Estado do Amazonas possui um grande potencial de recursos hídricos e, por isso, também possui grande produção e consumo de peixes, e tem buscado utilizar-se dessa espécie para incrementar a sua produção, dada a sua fácil adaptação ao meio ambiente hídrico local.

Segundo Teixeira (2006, p. 133):

Tilápias, hoje em dia são importantes para a aqüicultura brasileira, são originárias da África. De fácil adaptação, a tilápia já foi disseminada pelo Brasil inteiro não somente dentro das fazendas de aqüicultura, mas também fora delas – apesar da precaução, é muito comum peixes fugirem das fazendas e atingirem as bacias hidrográficas causando diversos impactos ecológicos.

O problema é que o modo como os peixes dessa espécie são criados por produtores, sem os devidos cuidados, não inibe a possibilidade de sua inserção nos rios.

Segundo Ono (2005, p. 42), “no Estado do Amazonas, as principais formas de produção de peixes são por meio de construção de barragens construídas no leito de pequenos cursos d’água; viveiros escavados; cercados em canais de igarapés e tanques-rede”.

Em todas as formas de produção de peixes, utiliza-se a água dos rios, podendo haver fuga desses peixes de seus criadores, se espalhando para os igarapés e rios do Estado. Entretanto, como os rios do Amazonas se ligam aos rios internacionais e outras nascentes, e como os peixes possuem a capacidade de subir às cabeceiras para a procriação, a possibilidade de que ocorra a contaminação e inserção das espécies exóticas é muito grande, inclusive em todos os países da Panamazônia, que compartilham os recur-

solos hídricos. Dessa forma, a fauna lacustre fica extremamente prejudicada, contabilizando prejuízos ambientais incalculáveis à região.

Nesse sentido, Ono (2005, p. 44) destaca que “até mesmo os viveiros escavados devem apresentar relevo plano ou suave, solo com teor de argila que permita minimizar a infiltração de água”.

Logo, a criação de peixe para comercialização é uma das hipóteses de inserção da tilápia nos rios do Estado do Amazonas. E isso é muito fácil de ocorrer, devendo o Poder Público controlar e fiscalizar a atividade de criadouro em cativeiro, para evitar a contaminação.

É por isso que Ramos et al (2004, p. 467) afirmam que “entre as atividades relacionadas à introdução de espécies exóticas, a piscicultura é considerada o principal mecanismo de dispersão de espécies exóticas para novos ambientes”.

Pois bem, uma outra hipótese de inserção de peixe exótico nos rios do Estado do Amazonas é por meio da água de lastro.

Para Ferraz et al (2017, p. 164), o lastro é “a condição basilar para que um navio que não esteja carregado mantenha-se em condições estáveis de navegação”.

Nesse sentido, segundo a Resolução da Diretoria Colegiada nº 72/2009 da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em seu artigo 4º, inciso I, a água de lastro é “água colocada em tanques de uma embarcação com o objetivo de alterar o seu calado, mudar suas condições de flutuação, manter a sua estabilidade e melhorar sua manobrabilidade”.

No Estado do Amazonas, o principal meio de transporte de mercadorias e pessoas são as embarcações, utilizando-se da navegabilidade dos seus rios.

Essas embarcações utilizam-se das águas de lastro para estabilizar a navegação. Quando descarregadas, as embarcações utilizam-se da água dos rios para garantir condições de flutuação; quando carregadas, dispensa-se o lastro utilizado, despejando a água em outras regiões do país ou do planeta.

Nesse sentido, explica Ferraço et al (2017, p. 33):

No momento em que ocorre o esvaziamento do lastro do navio é que se verifica, também, a ocorrência de bioinvasão. Por esta razão, essas operações são tidas como grandes vetores para disseminação de espécies exóticas invasoras nocivas e agentes patogênicos ao redor do mundo.

Dessa maneira, as embarcações que trafegam nos rios do Estado utilizam-se do lastreamento e deslastreamento como forma de garantir a sua estabilidade e navegabilidade.

Segundo Lifstch (2016, p.p), “sendo a tilápia o principal peixe criado em cativeiro no país e a segunda espécie de peixe de água doce mais intensamente cultivada no mundo<sup>2</sup>, a sua invasão em todo o território nacional ocorre, também, pela água de lastro destas embarcações, que circulam pelos rios do país”.

Assim, essas seriam as duas formas, frágeis, pelas quais poderia ocorrer a inserção da tilápia nos rios do Estado do Amazonas e, conseqüentemente, nos rios da Panamazônia. Verifica-se que são formas simples e silenciosas, difíceis de se controlar, devido ao isolamento da região, à inexistência de fiscalização e à falta de controle governamental.

A perda da biodiversidade aquática trará prejuízos incalculáveis à região, que possui um ecossistema frágil.

### **3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E AS ESPÉCIES ALÓCTONES**

Os princípios são regras mestras que orientam a produção e manutenção das normas jurídicas; são eles que subsidiam a criação de normas. Todas as vezes que uma norma jurídica desrespeita um princípio, ela está fadada à revogação, conforme esclarecem Pozzetti e Monteverde (2018, p. 84): “a palavra princípio designa início, começo, origem, ponto de partida.

<sup>2</sup> Informação retirada do Programa Global de Espécies Invasoras elaborado por GISP;

Assim, princípios, como fundamento de Direito, têm como utilidade permitir a aferição de validade das leis, auxiliar na interpretação das normas e integrar lacunas”.

Já Pozzetti e Campos (2017, p. 255) destacam que:

Os princípios são a base do ordenamento jurídico, de onde promanam as regras de uma determinada sociedade. Tudo aquilo que determinada sociedade entende como justo, como honesto, como norte para a paz e a vida em grupo, é denominado de princípios. Dessa forma, a norma jurídica, ao ser posta a disposição de todos os jurisdicionados, deverá atender as regras ou aos anseios dos Princípios; caso contrário, está fadada a ser revogada.

Vê-se portanto que, no âmbito jurídico, os princípios possuem grande relevância e devem ser respeitados sob pena de revogação da norma jurídica e perda de validade da mesma.

Assim sendo, no âmbito do Direito Ambiental, são vários os princípios que fundamentam a existência desse ramo do Direito. Nesse sentido, Pozzetti e Rodrigues (2018, p.16) esclarecem que “o Princípio da Precaução, contido no art. 225 da Constituição Federal, tornou-se imprescindível e fundamental para a edição de normas posteriores que regulamentaram a questão, vez que seu conceito está vinculado à busca de proteção da existência humana”.

Nesse sentido, é importante o destaque feito por Pozzetti (2018, p. 105):

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, votou, por unanimidade, a chamada “Declaração do Rio de Janeiro”, também chamada de ECO-92, com 27 princípios de suma importância. O Princípio da Precaução – PP foi consignado na Declaração do Rio de 1.992 e recebeu o nº 15:

PRINCÍPIO 15 – “Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades.

**Em caso de risco de danos graves e irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando prevenir a degradação do meio ambiente” (gn)**

Percebe-se então que o Princípio da Precaução estabelece de forma clara que toda novel atividade que pode causar danos ao meio ambiente só poderá ser liberada pelo Estado quando houver uma certeza científica de que o prejuízo não ocorrerá.

Nesse sentido, a “pressa é esperar”. No caso em questão, permitir a soltura de peixes exóticos ou alóctones nos rios do Estado do Amazonas, sem ter a certeza de que isso acarretará prejuízos à fauna lacustre do Estado, é desatender ao Princípio da Precaução.

Logo, como esse princípio ambiental está inserido no artigo 225 da CF/88, ele tem força mandamental, devendo ser cumprido por todos. Dessa forma, vejamos os potenciais riscos que essa atividade pode causar ao meio ambiente e por que motivo não pode ser permitida a sua cultura nos rios do Estado do Amazonas.

#### **4. DANOS CAUSADOS PELA INSERÇÃO DE PEIXES EXÓTICOS NOS RIOS**

A inserção de peixes exóticos, em especial a tilápia, nos rios do Estado do Amazonas gera danos nas esferas ambiental, socioeconômica e cultural, que podem se estender a todos os países da Panamazônia.

Segundo Becker (2003, p. 4):

Os riscos associados à introdução de espécies são altos e incluem: redução dos estoques de espécies nativos; extinções locais e globais (não só de peixes, mas de anfíbios, invertebrados e plantas aquáticas); nanismo; disseminação de patógenos e parasitas; alterações ecossistêmicas (incluindo eutrofização e perda de qualidade da água); efeitos indiretos na estrutura trófica das comunidades, podendo levar a proliferação de outros organismos como praga (por exemplo, mosquitos); combinações destes efeitos e conseqüências sócio-econômicas.

Na esfera ambiental, o que se verifica é que a introdução desse peixe nos rios altera todo o meio ambiente hídrico local, gerando extinção das espécies naturais, disseminando pragas e alterando a qualidade da água.

No Relatório do Ibama - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis de 2004, foi mencionado que a introdução de peixe exótico nos rios acarreta, também: a predação, resultando no deslocamento das espécies nativas para outros habitats e na extinção de espécies endêmicas; a hibridização, com a mistura de espécies; e a eutrofização, já que a água adquire níveis altos de nutrientes, provocando acúmulo de matéria orgânica em decomposição.

Na esfera socioeconômica, o Relatório do Ibama (2004, s.p) destaca que “a inserção do peixe exótico gera prejuízos na pesca artesanal, de subsistência, com a extinção dos peixes naturais e a alteração de toda a cadeia alimentar das pessoas que vivem diretamente da pesca”.

Com a proliferação de parasitas e a acumulação de material orgânico, ganha importância a Resolução nº 5 da Comissão Nacional de Biodiversidade - CONABIO, que menciona, entre várias consequências, a dificuldade de navegação nos rios e prejuízos na geração de energia, na distribuição de água às populações humanas, na irrigação, na recreação e na pesca.

A CONABIO ressalta que os danos não param por aí, pois o turismo regional é afetado, uma vez que os turistas que se deslocavam para essa localidade com a finalidade de pescar espécies de peixes encontradas apenas nos rios do Estado do Amazonas deixam de vir, já que a atração principal não existe mais.

Por isso, Raseira (2016, s.p) afirma que “você pode ter impactos sobre a pesca artesanal, comercial, impactos sobre a pesca esportiva, porque o turista não vem aqui para pescar tilápia, por exemplo”.

Enfim, a inserção da tilápia altera a fauna e a flora aquática desses rios, que estão interligados com todo o ecossistema que os rodeia, alterando toda a paisagem amazônica.

Conseqüentemente, o turismo, importante atividade econômica, inserido no contexto de desenvolvimento sustentável, perde a sua força e valor com a inserção de peixe exótico nos rios do Estado.

Na realidade, a inserção da tilápia desequilibra o meio ambiente dos rios, alterando a fauna e a flora, com a extinção de espécies naturais e a proliferação de organismos estranhos àquele habitat, prejudicando, em última análise, o ser humano que vive dos recursos hídricos do Estado.

A população local é atingida, tanto na qualidade da água utilizada em seus afazeres domésticos, como no fornecimento de peixes para subsistência e comercialização.

O transporte fluvial, importante rota de escoamento de mercadorias e deslocamento de pessoas, sofre com embarcações encalhadas ou danificadas com a acumulação de matéria orgânica estranha à localidade, gerando prejuízos de ordem financeira e social.

Dessa forma, ocorre a contaminação biológica, que possui uma tendência de se multiplicar e espalhar, causando problemas de longo prazo, que se agravarão e não permitirão a recomposição natural dos ecossistemas afetados.

Ou seja, a inserção do peixe exótico traz danos irreparáveis ao meio ambiente, não só ao meio ambiente do Estado do Amazonas, mas também ao meio ambiente de todos os países pertencentes à Panamazônia, que possuem recursos hídricos interligados.

Além dos danos ambientais e socioeconômicos, é possível identificar danos ao patrimônio cultural, especialmente dentro das comunidades ribeirinhas, que veem na pesca uma tradição geracional.

Como bem destacam Peres et al (2003, p.2):

A pesca, como atividade humana, proporciona e mantém dentro das comunidades tradicionais, um patrimônio cultural importante na forma de tecnologias patrimoniais, lendas, festas, culinária, conhecimento ecológico tradicional, além de valores e acordos socioculturais.

Dessa forma, a inserção da tilápia nos rios do Estado do Amazonas, seja pela piscicultura ou pela água de lastro, gera danos ambientais, socioeconômicos e culturais irreparáveis que devem ser evitados por meio de um ordenamento jurídico protetivo e eficaz, que a seguir veremos.

Na esfera ambiental, os danos causados e apresentados foram: a redução das espécies nativas ou até mesmo a sua extinção; nanismo e hibridização entre as espécies; eutrofização, com acúmulo de matéria orgânica; predação; disseminação de patógenos e parasitas.

A alteração do meio ambiente natural hídrico irradia efeitos na área socioeconômica.

Existe prejuízo na pesca artesanal e de subsistência, já que há redução das espécies nativas. A pesca esportiva/turística é atingida, pois o turista não vem para o Estado pescar tilápia, mas sim peixes existentes apenas nessa localidade, diminuindo o atrativo da região e impactando negativamente essa importante atividade econômica.

O aumento do acúmulo de matéria orgânica nos rios do Estado dificulta a navegabilidade das embarcações, prejudicando o escoamento de produtos e o transporte de pessoas pelas “estradas fluviais”.

A disseminação de parasitas e novos organismos vivos trazidos pela tilápia muda a qualidade da água para o uso da população local, para irrigação de plantações e para criação de animais.

Por fim, a inserção da tilápia resulta em dano ao patrimônio cultural, pois a pesca para comunidades ribeirinhas é uma tradição geracional, lesionada com a extinção das espécies nativas.

## **5. LEGISLAÇÃO PERTINENTE SOBRE A PROTEÇÃO DOS RIOS E A INSERÇÃO DE PEIXES EXÓTICOS**

A legislação brasileira é farta na proteção ambiental quanto à inserção de organismos exóticos no meio ambiente, vedando essa prática no território brasileiro.

Convém destacar que a Constituição Federal de 1988 veda qualquer ato que possa trazer prejuízo ao equilíbrio ambiental:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A norma constitucional estabelece que a proteção ambiental é dever do Estado e de toda a coletividade, a fim de garantir às futuras gerações a possibilidade de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado.

Isso significa que as atividades que vão de encontro a essa determinação constitucional devem ser vedadas e combatidas por toda a sociedade.

Na esfera internacional, a República Federativa do Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 2 de 1994, internalizou a Convenção sobre Diversidade Biológica, assumindo o compromisso de explorar os recursos hídricos respeitando o meio ambiente.

Nesse sentido, prescreve o artigo 3º da Convenção:

Art. 3º - Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

A norma internacional estabelece o desenvolvimento sustentável, tendo o Estado soberano o direito de usufruir dos recursos naturais, mas garantindo a preservação de suas fontes renováveis.

A Lei nº 6.938/81, em seu artigo 3º, inciso III, qualifica como poluição a degradação da qualidade ambiental por meio de atividades que criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetem desfavoravelmente a biota, afetem as condições estéticas ou sanitárias ou lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Assim sendo, a inserção da tilápia nos rios do Estado do Amazonas cria condições adversas às atividades sociais e econômicas, pois já causam o aumento e acúmulo de matéria orgânica, dificultando a navegação dos rios; prejudicam a pesca artesanal, comercial e turística com a extinção ou escassez dos peixes naturais; e enfraquecem o turismo local, com mudança da paisagem amazônica.

Ademais, a qualidade da água é alterada por novos parasitas trazidos pela espécie exótica, interferindo nas condições sanitárias, além de afetar desfavoravelmente a biota dos rios.

Nesse sentido, o Decreto nº 4.339/2002 institui princípios e diretrizes para implementação da Política Nacional da Biodiversidade, inibindo essa prática. Dessa forma, estabelece o anexo do decreto:

Item 11.1.13 – Promover a prevenção, a erradicação e o controle de espécies exóticas invasoras que possam afetar a biodiversidade.

Esse decreto apresenta três maneiras de se combater a inserção de peixe exótico nos rios: 1) por meio da prevenção, ou seja, os produtores devem buscar alternativas para se evitar a inserção da tilápia nos rios; 2) utilizar mecanismos de controle dessa invasão; e 3) erradicar a introdução de peixes exóticos nos rios do país.

Sendo mais específico, os produtores de peixe devem tomar as medidas necessárias para impedir que peixes exóticos, em especial a tilápia, fujam de seus criadores e, na impossibilidade de se controlar essa contenção, devem optar por criar peixes habituais daquela localidade.

Quanto às embarcações, devem observar os procedimentos estabelecidos na Convenção Internacional para Controle e Gestão de Água de Lastro e Sedimento de Navios, que determina, dentre outras medidas, a instalação de receptores de sedimentos nos portos e terminais.

Por fim, a Portaria nº 145-N de 1998 estabelece normas para a introdução, reintrodução e transferência de peixes, crustáceos, moluscos e macrófitas aquáticas para fins de criação, excluindo-se as espécies animais ornamentais.

Cabe destacar que a portaria conceitua o termo introdução como sendo “a importação de exemplares vivos de espécie exótica (e/ou seus híbridos) não encontrada nas águas da Unidade Geográfica Referencial onde será introduzida”, bem como reintrodução como sendo “a importação de exemplares vivos de espécie exótica (e/ou seus híbridos) já encontrada em corpos d’água inseridos na área de abrangência da Unidade Geográfica Referencial onde será reintroduzida”:

Art. 3º - Fica proibida a introdução de espécies de peixes de água doce, bem como de macrófitas de água doce.

Por outro lado, a reintrodução é permitida, desde que observadas as seguintes diretrizes previstas na portaria:

Art. 6º - Para reintrodução o interessado encaminhará ao IBAMA o Pedido de Reintrodução, com as seguintes informações: a) identificação do proponente, número de Registro de Aquicultor e cópia do documento comprovante de pagamento da respectiva taxa, salvo nos casos de reintroduções realizadas por universidades e centros de pesquisa; b) espécie a ser reintroduzida (nome científico e vulgar); c) número de indivíduos e estágio evolutivo; d) local de origem do lote a ser reintroduzido; e) indicação da entidade responsável pelo recebimento dos exemplares e quarentena; f) finalidade da reintrodução. Parágrafo Único - Somente será permitida a reintrodução de exemplares que se destinarem às seguintes finalidades: a) melhoramento genético ou formação de plantéis para reprodução; b) bio-ensaios; c) bio-indicação.

Os dispositivos da portaria demonstram que apenas excepcionalmente é admitida a inserção de peixes exóticos e, mesmo assim, respeitando várias condicionantes.

A portaria, ao final, em seu artigo 11, estabelece que os infratores de seus dispositivos estarão sujeitos ao Decreto nº 221/1967, que estabelece sanções administrativas, bem como a Lei nº 9.605/98, que trata sobre crimes ambientais.

Além das sanções administrativas e penais, eventuais danos civis serão reparados nos moldes dos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil.

Pelo exposto, é possível verificar que o ordenamento jurídico pátrio possui mecanismos suficientes para prevenir, controlar e erradicar a inserção da tilápia nos rios do Estado do Amazonas.

## 6. A LEI Nº 4.330/2016 – LEI DA TILÁPIA

Sem qualquer pesquisa científica e desprezando os conhecimentos técnico-científicos dos ambientalistas, o Poder Legislativo do Estado do Amazonas editou a Lei nº 4.330/2016, que autorizava a criação de peixes exóticos nos rios que cortam o Estado, bem como a inserção de espécies geneticamente modificadas:

*Art. 24. O órgão ambiental competente autorizará a introdução de espécies exóticas, alóctones, híbridas e organismos geneticamente modificados para aquicultura, em qualquer estágio de desenvolvimento no Estado do Amazonas, com base no grau de risco de escape do sistema produtivo, dos sistemas de prevenção de fugas e do grau de risco da espécie ao meio ambiente natural.*

Essa lei apresenta a seguinte definição para espécie exótica ou alóctone: “ESPÉCIE EXÓTICA OU ALÓCTONE: que é aquela espécie que não ocorre ou não ocorreu naturalmente em determinada bacia hidrográfica de referência, incluindo indivíduos em qualquer fase de desenvolvimento”.

O dispositivo legal autoriza a introdução de peixes exóticos, incluindo a tilápia, nos rios que cortam o Estado mediante simples autorização do órgão ambiental competente.

Segundo Bensusan (2016, p.p), à época, o presidente do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Rômulo Mello, em entrevista ao Estado de São Paulo, apresentou a sua opinião sobre a lei, dizendo:

Vamos ter que tomar as providências jurídicas cabíveis. A Amazônia tem centenas de espécies da ictiofauna. Essa lei significa prejudicar uma das maiores riquezas que a gente tem. O governo federal como um todo também deve questionar, porque isso mexe com atribuições da Secretaria de Pesca e do Ministério do Meio Ambiente, além do ICMBio. É um impacto enorme. A introdução de espécies exóticas pode ser a destruição dos peixes nessa região.

Quando o Presidente do ICMBio afirma que a Amazônia possui centenas de espécies da ictiofauna, quer dizer que os rios do Estado possuem espécies de peixes que existem apenas nessa região.

Assim, a inserção de peixes exóticos nos rios do Estado, como já mencionado, pode causar a extinção de espécies nativas, existentes apenas nessa localidade.

Na mesma reportagem, vinculada pelo Estado de São Paulo, Bensusan, especialista em biodiversidade do Instituto Socioambiental (ISA), afirma que:

Isso é uma coisa sem volta. O resultado da introdução de espécies, como a tilápia, por exemplo, é deslocar outras espécies, que simplesmente desaparecem. São problemas incalculáveis, que podem comprometer profundamente a biodiversidade. As coisas estão interligadas. É simplesmente chocante.

A declaração da especialista em biodiversidade reforça afirmações anteriores de que a introdução da tilápia nos rios acarreta danos irreparáveis a toda a biota, que se encontra interligada.

A mesma reportagem, ao final, informa que representantes de diversos órgãos públicos e instituições ligadas ao meio ambiente elaboraram documento de moção de repúdio ao Ministério Público Federal do Amazonas para que o órgão pressione o Governo Estadual para revogar a lei e abrir discussões sobre o assunto.

O documento foi assinado por especialistas e técnicos do ICMBio, do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), da WCS, da Uni-

versidade Federal do Amazonas (UFAM), do Ibama, da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e da GSA Consultoria e Meio Ambiente.

Em resposta à moção de repúdio, o Ministério Público Federal, por meio de seu Procurador da República, Rafael da Silva Rocha, editou a seguinte recomendação:

RESOLVE RECOMENDAR ao INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DO AMAZONAS – IPA-AM, por sua atual Diretora-Presidente ou quem vier a lhe fazer as vezes no futuro, que, considerando os vícios de inconstitucionalidade formal e material acima apontados, bem como a violação aos Princípios da Precaução e da Vedação do Retrocesso, não licencie nenhum novo empreendimento de aquicultura no Estado do Amazonas, durante a vigência da Lei n. 4330/2016.

A moção de repúdio e a participação do Ministério Público Federal vêm cumprir a determinação constitucional já mencionada, de que toda a sociedade tem o dever de zelar pela proteção do meio ambiente, aí incluído o meio ambiente hídrico dos rios que cortam o Estado do Amazonas.

Em agosto de 2016, o portal G1 Amazonas noticiou que o Governo do Estado encaminhou o Projeto de Lei nº 58/2016, com intuito de revogar a Lei nº 4.330/2016.

Entretanto, em consulta ao site da Assembleia Legislativa, a informação que se obtém é que a norma em comento possui o seguinte status: “norma sem alterações posteriores”, ou seja, encontra-se vigente nos termos acima expostos.

## CONCLUSÃO

O Estado do Amazonas tem nos seus rios uma fonte de alimento, já que a sua população é grande consumidora de peixe.

O peixe, além de servir de sustento de sua população, é fonte de renda para os pescadores e produtores, e tem sua importância na pesca esportiva/

turística para a economia do Estado. Além do peixe, os rios são importantes rotas de escoamento de mercadorias e transporte de pessoas, sendo verdadeiras estradas fluviais que percorrem todo o Estado.

Os rios também fornecem água para o consumo humano, irrigação de plantações e criação de animais. Por outro lado, a introdução da tilápia, principal peixe utilizado na piscicultura do Brasil e o segundo na piscicultura mundial, acarreta impactos no ambiente dos rios do Estado, que possuem fauna própria. Nesse sentido, o governador do Estado do Amazonas passou a incentivar a produção de tilápia, peixe exótico, no Amazonas, através da edição de uma lei que permitia a inserção de peixes exóticos e transgênicos nos rios do Estado.

Tendo em vista os danos que essa ação acarretaria, a problemática que animou essa pesquisa foi a de se verificar se legalmente era possível tal ação governamental. Nessa perspectiva, a pesquisa busca responder de que forma a inserção do peixe exótico da espécie tilápia nos rios do Estado do Amazonas interferiria no equilíbrio ambiental aquático e nos recursos hídricos dos rios do Estado do Amazonas.

Para a resposta dessa problemática, a pesquisa estabeleceu como objetivo demonstrar como ocorreria a inserção de peixe exótico da espécie tilápia nos rios do Estado do Amazonas, analisando as suas consequências, com o cotejamento da legislação pertinente acerca da matéria.

Inicialmente, a pesquisa demonstrou que essa inserção ocorre pela criação desses peixes em larga escala a fim de atender a demanda, cada vez maior, da população por esse alimento, especialmente o Estado do Amazonas, um dos maiores consumidores do país. A inserção verifica-se pela comunicabilidade entre os locais de criação e os igarapés e rios que permeiam o estabelecimento do produtor.

Outra forma de inserção desse peixe nos rios do Estado é por meio de água de lastro – utilizada nas embarcações para manter a estabilidade e navegabilidade –, quando há despejamento dessa água nos rios. Essa hipótese ganha relevo porque o Estado do Amazonas tem, em seus

rios, verdadeiras estradas para transporte de mercadorias e pessoas, e o despejamento dessa água em seus rios gera invasão de várias espécies de peixes exóticos, em especial a tilápia, o principal peixe criado do Brasil e o segundo do mundo.

Por conta dessa inserção da tilápia nos rios, danos na esfera ambiental, socioeconômica e cultural são gerados.

Para prevenir, combater e controlar a inserção da tilápia nos rios do Estado, a legislação pátria vigente procura disponibilizar meios para a proteção desse ambiente hídrico.

Inicialmente, a Constituição Federal, em seu artigo 225, garante a todos o direito a um meio ambiente equilibrado, mas exige de toda a sociedade o dever de tutela para que as futuras gerações também possam usufruir de seus recursos.

A Convenção sobre Diversidade Biológica adverte os Estados soberanos que a exploração dos recursos naturais deve ocorrer de forma responsável.

Já a Lei nº 6.938/81 caracteriza como poluição a inserção de peixes exóticos, considerando alteração adversa ao meio ambiente hídrico.

O Decreto nº 4.339/2002 estabelece como objetivo específico da Política Nacional de Biodiversidade a promoção de mecanismos de prevenção, erradicação e controle de espécies exóticas, o que é reforçado pela portaria nº 145-N do Ibama.

O descumprimento das normas ambientais mencionadas implica, ao infrator, responsabilidade administrativa, civil e penal nos termos da Lei nº 9.605/98, do Decreto nº 221/67 e do Código Civil.

Por derradeiro, a pesquisa trouxe norma estadual que estabelece a possibilidade de inserção da tilápia nos rios do Amazonas, combatida pela sociedade local.

Dessa forma, conclui-se que a inserção da tilápia nos rios do Amazonas resulta em danos ambientais, socioeconômicos e culturais, não só

ao Estado do Amazonas, mas a todos os países da Panamazônia, prejuízos esses que devem ser combatidos por toda a sociedade, com o cumprimento fiel da legislação federal vigente.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Lei nº 4.330. Libera espécies exóticas nos Rios do Estado do Amazonas.** Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, 2016.

BECKER, Fernando G.; GROSSER, Karin M. **Piscicultura e a Introdução de Espécies de Peixes não Nativas no RS.** Riscos Ambientais. Fundação Zoo Botânica. Porto Alegre, 2003.

BENSUSAN, Nurit. José Melo sanciona lei estadual que ameaça a biodiversidade em rios da Amazônia. disponível em <http://expressoam.com/jose-melo-sanciona-lei-estadual-que-ameaca-biodiversidade-em-rios-da-amazonia/> consultada em 29 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Congresso Nacional. Brasília, 1988.

BRASIL. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 72.** Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília, 2009.

BRASIL. **Decreto nº 4.339/2002.** Presidência da República. Brasília, 2002.

BRASIL. **Lei nº 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente.** Congresso Nacional, Brasília, 1981.

CONABIO, **Comissão Nacional de Biodiversidade. Resolução nº 5, Dispõe sobre a Estratégia Nacional sobre Espécies Exóticas Invasoras.** Disponível in [http://www.institutohorus.org.br/download/marcos\\_legais/Resolucao\\_CONABIO\\_n5\\_EEI\\_dez\\_2009.pdf](http://www.institutohorus.org.br/download/marcos_legais/Resolucao_CONABIO_n5_EEI_dez_2009.pdf), consulta realizada em 20 dez. 2020.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; BRANDÃO, Matheus Benício Ceotto. **Poluição por água de Lastro.** Saberes da Amazônia. Porto Velho, v. 3, nº 06, 2017.

IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. **Relatório da Reunião Regional (SE/S) para Revisão da Portaria IBAMA 145-N/98 – Organismos Aquáticos para fins de Aquicultura no Brasil.** Itajaí, 2004.

IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. **Portaria nº 145-N.** Brasília, 1998.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Produção da Pecuária Municipal.** Rio de Janeiro, 2016.

LIFISITCH, Andreza. **Após Crítica do Ministro, governo do AM vai rever lei sobre peixes exóticos.** Disponível in <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/06/apos-critica-de-ministro-governo-do-am-vai-rever-lei-sobre-peixes-exoticos.html> consulta realizada em 20 dez. 2020.

LOPES, Ivã Guidini; OLIVEIRA, Renan Garcia de; RAMOS, Fabrício Menezes. **Perfil do Consumo de peixes pela população brasileira. Periódico Biota Amazônia.** Macapá, v6, n2, p.62-65, 2016.

MELLO, Rômulo; BENSUSAN, Nurtit. **Nova Lei permite criação de peixes não nativos nos rios da Amazônia.** O Estado de São Paulo. São Paulo. 31 maio. 2016. Entrevista concedida a André Borges.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Estado do Amazonas. **Recomendação nº 6.** Manaus, 2016.

ONO, Eduardo Akifumi. **Cultivar peixes na Amazônia: Realidade ou Utopia.** Revista Panorama de Aquicultura. Rio de Janeiro, v.15, p. 41-48, 2005.

ONU. Organização das nações Unidas – ECO/92. **Convenção sobre Diversidade Biológica.** Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção Internacional sobre Controle e Gestão da água de lastro e sedimentos de Navios.** Nova York. 2004.

PERES, Mônica; Klippel, Sandro. **Impactos Socioeconômicos da Aquicultura de Espécies Exóticas na pesca de Pequena Escala.** Manuscrito. 2003.

POZZETTI, Valmir César. **ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO.** Revista jurídica – Unicuritiba. v. 3, n. 36 (2014) Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/993/684>. Consultada em 30 dez. 2020.

POZZETTI, Valmir César e CAMPOS, Jalil Fraxe. **ICMS ECOLÓGICO: UM DESAFIO À SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO AMBIENTAL NO AMAZONAS.** Revista Jurídica; vol. 02, n°. 47, Curitiba, 2017. pp.251-276. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/2035-6329-1-PB.pdf>, consultada em 31 dez. 2020.

POZZETTI, Valmir César e RODRIGUES, Cristiane Barbosa. **ALIMENTOS TRANSGÊNICOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** Revista Jurídica (FURB)ISSN 1982-4858v. 22, n°. 48, maio/ago. 2018. Disponível em <file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/7874-26498-1-PB.pdf>; consultada em 30 dez. 2020.

POZZETTI, Valmir César e GOMES, Wagner Robério Barros. **O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PACOTE DO VENENO: O PROJETO DE LEI Nº 6.299/2002 E AS ESTRATÉGIAS PARA ENFRAQUECER A FISCALIZAÇÃO DOS AGROTÓXICOS NO BRASIL.** Rev. de Direito Agrário e Agroambiental | e-ISSN: 2526-0081| Porto Alegre v. 4; n. 2; p. 71–90 |Jul/Dez. 2018 Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210565443.pdf>., consultada em 31 dez. 2020.

RAMOS, Letícia Ayres; ROSÁRIO, Denise Almeida Pires do; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A proteção à fauna e à biodiversidade: O princípio da prevenção e os possíveis efeitos nocivos decorrentes da introdução e criação de tilápias e bagre do canal (catfish).** Congresso Internacional de Direito Ambiental, 8º, 2004, São Paulo.

RASEIRA, Marcelo. **Assembleia do Amazonas revisa “Lei da tilápia” e pesquisadores pedem modificações em proposta.** Instituto Socioambiental. 13 junho. 2016. Entrevista concedida a Victor Pires.

SANT`ANNA, José Alex. **Rede Básica de Transportes da Amazônia.** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1998.

TEIXEIRA, Raimundo Nonato Guimarães. **Aquicultura: Desafios para produzir peixes de forma sustentável.** Brasília: Embrapa, 2006.

# DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA CONSTRUÇÃO ÉTICA E MORAL

**Paulo Gomes de Lima Júnior**

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar; Pós Graduado *Lato Sensu* em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná e em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Paranaense de Ensino

**Raphael Farias Martins**

Doutorando em Direito pela Unicesumar, na condição de bolsista da CAPES (Modalidade taxa/ PROSUP); Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar, na condição de bolsista da instituição; Pós Graduado *Lato Sensu* em Direito do Estado (Área de concentração Direito Tributário) pela UEL e em Processual Civil pela Unibrasil

Submetido em: 11/02/2021

Aprovado em: 12/05/2021 e 17/05/2021

**RESUMO:** O presente trabalho analisará os valores da ética e da moral frente a Kant e o debate do construtivismo moral, debate este que é feito em Hans Joas, na obra *A Sacralidade da Pessoa*, e em Ronald Dworkin, na obra *Justiça para Ouriços*. Para tanto, analisar-se-á os valores éticos, desde os estudos da filosofia da natureza, e os questionamentos quanto aos mitos religiosos; a busca pelas virtudes dos filósofos gregos; a valoração do sagrado da ética cristã; a ética utilitarista e a busca de maximizar o prazer e minimizar a dor; a ética antropocêntrica moderna e a valoração do homem; a ética do dever e os imperativos categóricos da ética contemporânea e a crise dos valores tradicionais. Todas as concepções de ética serviram para a valoração da sociedade atual. Os valores da moral, provenientes das concepções históricas da genealogia da moral, com o constru-

tivismo, e a análise da natureza e das conquistas de uma vida em sociedade resultaram na valoração não apenas com a causa e efeito dos procedimentos, mas também com os valores éticos e a sua prática na sociedade atual e futuras gerações. Na elaboração do presente estudo, foi adotado o método hipotético-dedutivo, pautado em pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos, os quais foram acessados em diversos portais na internet de revistas científicas e de bibliotecas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ética; Moral; Dignidade da pessoa

**ABSTRACT:** This article will analyze the values of ethics and moral vis-à-vis Kant and the debate on moral constructivism, a debate that was done in Hans Joas' *The Sacredness of the Person* and in Ronald Dworkin's *Justice for Hedgehogs*. To this end, the ethical values will be analyzed, from the studies of the philosophy of nature, and questions about religious myths; the search for the virtues of Greek philosophers; the valuation of the sacred in Christian ethics; utilitarian ethics and the search for maximizing pleasure and minimizing pain; modern anthropocentric ethics and the valuation of man. The ethics of duty and the categorical imperatives of contemporary ethics and the crisis of traditional values. All conceptions of ethics served to value today's society. Moral values, derived from the historical conceptions of the genealogy of morals, with constructivism, the analysis of nature and the achievements of a life in society resulted in the valuation not only with the cause and effect of the procedures, but also with the ethical values and its practice in today's society and future generations. In the preparation of this study, the hypothetical-deductive method was adopted, based on bibliographic research in books and scientific articles, which were accessed on various portals on the internet of scientific journals and libraries.

**KEYWORDS:** Ethics; Morality; Dignity of the person

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará os valores da moral frente a Kant e o debate do construtivismo moral, debate este que é feito em Hans Joas, na obra *A Sacralidade da Pessoa*, e em Ronald Dworkin, na obra *Justiça para Ouriços*.

Para tanto, o presente estudo deve ser compreendido como um convite para uma viagem pela filosofia, por meio dos estudos sobre a ética e a moral. A viagem será realizada da mesma forma como foi proposta por Jostein Gaarder na obra *O mundo de Sofia*. A introdução pretende ofertar ao leitor um guia da viagem a ser realizada, nos mesmos moldes que o guia proposto por Ronald Dworkin em sua obra *Justiça para Ouriços*.

O guia de viagem convida o leitor a começar o seu percurso a partir das civilizações antigas, com a valoração da ética desde a Grécia antiga até a liquidez dos valores da ética pós-moderna, passando pela valoração da ética eudemonista de Aristóteles, pela busca do bem viver em Dworkin, pela ética deontológica em Kant e pela sacralização da pessoa humana com base nos pensamentos de Hans Joas.

Os valores éticos, desde os estudos da filosofia da natureza, e os questionamentos quanto aos mitos religiosos; a busca pelas virtudes dos filósofos gregos; a valoração do sagrado da ética cristã; a ética utilitarista e a busca de maximizar o prazer e minimizar a dor; a ética antropocêntrica moderna e a valoração do homem; a ética do dever e os imperativos categóricos da ética contemporânea e a crise dos valores tradicionais, todas as concepções de ética serviram para a valoração da sociedade atual. Os valores da moral, provenientes das concepções históricas da genealogia da moral, com o construtivismo, e a análise da natureza e das conquistas de uma vida em sociedade resultaram na valoração não apenas com a causa e efeito dos procedimentos, mas também com os valores éticos e a sua prática na sociedade atual e futuras gerações.

Por intermédio das concepções da ética, é possível analisar a conduta do indivíduo na sociedade. A história de Gíges, contada por Glauco na obra *A República* de Platão, serve como reflexão sobre a ética. Gíges muda

sua atitude quando percebe que não pode ser visto na sociedade e passa a agir com liberdade. A análise que pode ser feita da história é se as condutas do indivíduo são realizadas de forma correta por ser imposta na sociedade, ou por ser algo inerente ao próprio indivíduo. Só é possível analisar se a conduta é ética se for exercida com liberdade. A valoração da liberdade como principal valor da ética é proposta pela ética moderna, por meio do período renascentista, em oposição à ética medieval que via no divino a valoração da humanidade. A liberdade se torna o principal valor conquistado pela humanidade, ao colocar o ser humano como fim da conduta humana. A ética deontológica coloca a humanidade como responsável pelo próximo, a partir da empatia, como legislador universal, garantidor dos direitos humanos e protetor do meio em que o homem está inserido.

A liberdade passou a ser valorada na ética moderna, por meio da valoração do homem e libertação dos valores da Igreja e do Estado (monárquico), criando um renascimento dos valores gregos. Pode-se utilizar como exemplo o desenvolvimento da pessoa humana, compreendida no período renascentista como etapas da vida: a filosofia grega é como a criança em período de descobertas de conhecimento, e a filosofia medieval é como a época do colégio, de aprendizado, para que, a partir do renascentismo, surja o jovem, aventureiro em busca pelo mundo, período que representa a saída da filosofia da Europa para conquistar novos continentes.

A ética pós-moderna é marcada principalmente pela conquista da liberdade e da ética moderna, bem como o surgimento dos valores dos direitos humanos conquistados pela ética deontológica. Os valores da dignidade foram herdados pelas civilizações anteriores e passam a ser reconhecidos na ética pós-moderna. A ética pós-moderna é marcada pela liquidez dos valores, pelo fato de os valores serem herdados, e não conquistados. A análise das civilizações anteriores objetiva valorar e compreender as conquistas em prol dos direitos humanos, evitando a liquidez de valores associados a bens. Diante da liquidez dos valores da sociedade pós-moderna, surge a necessidade da busca pelo reconhecimento dos valores conquistados por meio da integração entre os valores éticos e morais. Para conseguir fazer a integração

dos valores éticos e morais, com base no viver moral de conceber o melhor para cada um, é necessário distinguir os conteúdos dos princípios morais de forma categórica. O interesse do agente passa a ser comprometido com o valor dos princípios morais. Dworkin usa como exemplo a mentira, pois o valor moral deve proibi-la a longo prazo, mesmo que possa ser o melhor para o interesse do agente. A virtude e a ética devem ser recompensas por si só, independente do benefício que terão por cumprir seu dever. A responsabilidade em viver bem, levar uma vida boa, nos leva a questionar a responsabilidade perante quem? Perante nós mesmos. O encargo de viver bem nos é dado pelo simples fato de existirmos como criaturas autoconscientes.

Os conteúdos dos princípios morais são analisados com a compreensão de dois institutos trabalhados na moral: a Genealogia, tanto nas obras de Nietzsche quanto nas de Hans Joas, e o Construtivismo, desde as obras de Kant até a obra de Nino Santiago. Tais concepções de moral serão trabalhadas na construção dos valores de direitos humanos. As concepções dos princípios morais serão necessárias para a compreensão do “por que viver moralmente?”. Para responder essa pergunta, Dworkin compreende serem necessárias a moral, a ética e a dignidade. A integralidade entre os valores éticos e morais é necessária para o reconhecimento e a valoração da dignidade.

O estudo, para tanto, utilizará o método hipotético-dedutivo, pautado em pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos, os quais foram acessados em diversos portais na internet de revistas científicas e de bibliotecas. Almeja-se, com o presente estudo, contribuir para o debate e reflexão acerca da ética e da moral.

## 1. ÉTICA

A ética pode ser compreendida com base nos valores existentes e aceitos nas civilizações históricas. Por esse fato, será analisada a ética de forma fracionada na história para sua melhor compreensão, começando pela ética grega, passando pela ética cristã, moderna, kantiana, a fim de chegar à ética contemporânea.

## 1.1 Ética Grega

A ética tradicional era calcada nos pilares da separação entre o bem e o mal, em uma ontologia da interpretação do real e da realidade, tradicionalmente divididos entre o corpo e a alma. Dessa forma, os valores verdadeiros eram tidos como valores universais. Platão compreendia que o homem conhecia o mundo em duas realidades distintas: o mundo do sentido e o mundo das ideias. Os sentidos, por serem imperfeitos, ligados ao homem, ao pessoal, não nos proporcionam uma visão clara da realidade. O mundo dos sentidos, na visão de Platão, seria algo mutável e finito. O mundo das ideias era compreendido por meio da razão, motivo diante do qual poderia ser conhecido pela sua totalidade. Os valores compreendidos no mundo das ideias eram tidos como valores universais, imutáveis, tais como o bem, o belo e a justiça (PLATÃO, 2012). A moral tradicional buscava a universalização dos valores. A preocupação com os problemas éticos começava a ser sistematizada a partir de Sócrates.

A preocupação com o bem e o mal será de grande importância para a análise dos valores de cada civilização. A distinção entre o bem e o mal aborda os valores por intermédio das virtudes dos homens, e não somente das qualidades técnicas. A oposição ao mal pelo bem, e não pela técnica ou posses, será questionada na genealogia da moral.

Os sofistas compreendiam que não existiam normas, nem verdades universalmente válidas. A concepção ética seria relativista ou subjetiva. Dessa forma, caso não existisse uma verdade universal, uma moral universal, o importante seria a persuasão, a retórica. Sócrates vivia em embate com os sofistas por não aceitar uma verdade universal e porque eles costumavam vender seus conhecimentos. Protágoras colocava o homem como a medida de todas as coisas, a visão de que o mundo gira em torno do homem. A visão do homem como medida de todas as coisas é relativa, pois a visão de cada homem se torna particular, atribuindo valores diferentes em toda sociedade (REALE, 2009).

Sócrates defende, contrário aos sofistas, um saber universal que não pode ser proveniente da natureza, e sim do conhecimento da essência hu-

mana, uma alma racional. A essência racional do homem fundamenta uma moral universal. A diferença do homem em relação aos demais seres da natureza está fundamentada na sua alma racional. A ética socrática seria uma ética racionalista, só é possível alcançar valores universais se o homem agir de forma racional. Platão destaca o racionalismo ético criado por Sócrates, desenvolvendo a diferença entre o corpo e a alma. Com isso, a alma estaria ligada ao mundo inteligível, ao mundo das ideias (valores universais), e o corpo, ao mundo sensível (alcançado por paixões, desejos).

O estoicismo mantém as características da busca pelo racional e compreende que o bem é supremo e universal. Na concepção do estoicismo, o bem supremo estaria em conhecer o destino e a função da humanidade no universo, sem se levar por paixões. Epicuro evidenciou que o bem estaria ligado ao prazer, que, por sua vez, pode ser dividido em prazeres corporais e espirituais, contribuindo com a paz da alma (EPICURO, 2002). A felicidade, para Epicuro, era obtida a partir do prazer, conquistado com uma vida em sociedade e meditações filosóficas. A felicidade ocorreria na individualidade e na paz de espírito sem temer os deuses e vivendo uma vida moderada. A felicidade não dependia de bens ou títulos. Diferente dos sofistas, Epicuro pregava a igualdade entre os homens e que todos poderiam atingir a felicidade com o conhecimento de sua realidade. A realidade poderia ser conhecida pelo homem a partir de sua inteligência e compreensão do próprio homem. A lógica, em Epicuro, estava presente na crítica do conhecimento do homem e da natureza, buscando uma vida feliz e serena (REALE, 1994).

Aristóteles desenvolveu uma ética racionalista, mas não ligada ao corpo e à alma, mas sim às virtudes a partir do justo meio entre o excesso e a deficiência. Aristóteles propõe uma ética que busca a felicidade que só é possível ser alcançada com o justo meio. Aristóteles, na obra *Ética a Nicômaco*, que pode ser classificada como um tratado da conduta humana, a partir da ética, busca a virtude voltada a um justo meio e para alcançar a felicidade. Na parte I do livro, Aristóteles defende que a finalidade do ser humano, como pessoa, como sociedade, é ser feliz (ARISTÓTELES, 1973, p. 112). A justiça é

uma busca social, é um fim social. A sociedade, o instrumento que acarreta a realização da justiça como indivíduo. A felicidade seria o meio-termo, mas também o extremo. Aristóteles compreende a virtude no sentido de qualidade, a conduta humana deve ser realizada através do justo meio. É uma ação que, para ser virtuosa, depende de cada caso. Ela não é fixa, está no mediano, na avaliação do justo meio, não da matemática; não fica nos extremos, e sim no meio-termo (ARISTÓTELES, 1973, p. 46).

A ética aristotélica concebe bens como fins. Mas ele não justifica porque equipara bens e fins. Ele fala que o bem pode ser tanto a própria atividade quanto algo distinto dela. Com isso, assim como os bens variam de acordo com os fins particulares pretendidos, o melhor seria procurar neles o bem em si, distinto das ações. Quando existem fins distintos das ações, são eles por natureza mais excelentes do que estas. Aristóteles diferencia os bens exteriores, corpóreos e da alma, sendo os últimos considerados os melhores. Os bens exteriores são apenas úteis e dependem de condições casuais, e os bens corpóreos (ex.: saúde) também dependem do homem apenas parcialmente.

Aristóteles começa a diferenciar as virtudes éticas como a aquisição da medida justa entre dois extremos e a forma que estas devem agir no meio-termo. O desejo está nos fins, e a escolha está nos meios de se alcançar os desejos. A escolha sempre parte da razão do discernimento do pensamento. As virtudes são voluntárias e devem agir para encontrar o objeto final, que seria felicidade (ARISTÓTELES, 1973, p. 169). A justiça universal é a justiça máxima, que atinge a todos, não importa quem. O justo, então, é aquilo que, conforme a lei, é correto. O injusto é o ilegal, é iníquo. A lei (*nómos*) é uma prescrição de caráter genérico e que a todos vincula, então, seu fim é a realização do bem da comunidade e, como tal, do bem comum. O direito natural, pela justiça de Aristóteles, é universal, assim como o fogo, que queima igual em qualquer local do universo.

A felicidade, para Aristóteles, deve ser desenvolvida como um hábito. Ela deve ter acesso aos bens, praticar e executar essas potencialidades. Não basta saber o que é preciso para ser virtuoso, e sim agir bem, desenvolver tais

práticas virtuosas. Ato virtuosos são diferentes de pessoas virtuosas. É possível que atos virtuosos sejam praticados por pessoas que não são virtuosas, mas não é possível o contrário, pessoas virtuosas praticarem atos que não são virtuosos. É possível dividir os atos morais em três condições: primeiro, deve ser consciente; segundo, deve ser intencional e de forma imperturbada; terceiro, de forma firme e imutável. É preciso que se torne um hábito agir de forma virtuosa (ARISTÓTELES, 1973, p. 112).

A ética grega, desde Platão, a partir da busca pelo bem e pelo mundo das ideias, e a ética racional de Aristóteles, a partir da busca pelo justo meio, serão concepções utilizadas para a criação da ética cristã. O mundo das ideias na concepção da ética cristã seria o que ficou conhecido como reino dos céus. O viver de forma virtuosa passa a ser viver conforme os mandamentos de Deus. Os ensinamentos da ética grega e da ética cristã são de fundamental importância para a concepção dos valores dos direitos humanos, sendo possível falar na sacralidade dos direitos humanos por meio do valor supremo da dignidade.

## 1.2 Ética Cristã

A diferença entre ética medieval, cristã, e a ética grega consiste em abandonar a visão mundana, retirar a visão do etnocentrismo e do humanocentrismo e passar a ter uma visão teocêntrica (deus ao centro de tudo), de que o fim do homem está na busca pela perfeição moral no amor de Deus. A ética cristã tratou a moral sob o ponto de vista pessoal, com a relação do indivíduo com Deus, isolando sua condição social e criando a sua relação com o divino. O conceito de mundo está ligado à construção divina.

Os primeiros humanos a serem criados foram Adão e Eva. O relacionamento entre Adão e Eva era tido como “perfeito”. A relação entre Adão e Eva e o ser criador se torna um relacionamento ético, baseado no acordo entre criador e criação. O acordo celebrado por Adão e Eva é de que eles podem se alimentar de todas as árvores do jardim, exceto uma única árvore, que seria a árvore do conhecimento entre o bem e o mal. Ao comer do fru-

to dessa árvore, a criação estaria optando pela autonomia, deixando de ser protegida pelo criador. O acordo celebrado entre criador e criação seria um acordo tácito, que não precisava ser escrito para ter a sua validade. Adão e Eva, quando comem a fruta da árvore proibida, quebram o acordo ético e, como consequência, são colocados para fora do paraíso, momento em que começa a saga da humanidade no Antigo Testamento.

Sendo assim, o criador realiza acordos com a humanidade. Pode-se destacar o pacto entre Deus e Abraão (mudança para a terra prometida). Todos de forma oral, não existindo um documento escrito. Após os acordos celebrados e o descumprimento por parte da humanidade, surge Moisés sendo o responsável por escrever e celebrar o acordo do criador com a humanidade a partir de tábuas de pedra, momento em que surge a moral judaica. Os 10 mandamentos trazem os princípios iniciais e a maneira como a humanidade deve se relacionar com o criador, após os princípios de como os seres humanos devem se relacionar com outros seres humanos (surgimento da moral).

A ética cristã modificou a forma de compreender a sociedade. Os valores da religião continuam presentes na sociedade e serão de grande importância na formulação dos direitos humanos. Os ideais de crença, de fé, de sacralidade serão a base para as concepções de fraternidade entre os povos, de crença em valores universais e de propagação dos direitos humanos por meio da sacralidade da dignidade como valor supremo dos direitos humanos.

### 1.3 Ética Moderna

A ética moderna também pode ser conhecida como ética antropocêntrica. Por meio do iluminismo renascentista, o ser humano passa a ser novamente o centro das preocupações filosóficas. A moral passa a se preocupar com a autonomia humana. Com base nos valores iluministas, a moral deve ser fundamentada na compreensão da natureza humana, não mais em valores religiosos. O iluminismo buscava a autonomia humana

(“auto” no sentido de próprio, “nomia” no sentido de lei), e a ética passava a buscar os valores da natureza humana. Por intermédio da concepção de ética antropocêntrica, surgem os valores do humanismo, a busca pelo desenvolvimento da potencialidade da condição humana.

Jean Jacques Rousseau compreendia a ética a partir do mito do bom selvagem, de que a natureza faz o homem bom, mas que esse é corrompido pela sociedade (ROUSSEAU, 1978). O autor entendia, da mesma forma, que o iluminismo era a razão como a base da civilização, mas essa civilização só seria alcançada às custas da moralidade (ROUSSEAU, 2008). Para o autor, a degradação da moral surge a partir da razão. Antes da razão, os homens viviam de forma simples, se autopreservando e respeitando o ambiente. Segundo as concepções do autor, só é possível ser feliz se o homem for bom. O homem já nasce com a consciência moral e o sentimento de dever; a vontade geral do homem é de fazer o certo. A ética, para o autor, é natural ao homem.

A alteração dos valores éticos ocorre em conjunto com as mudanças na economia, política e ciências que se consolidam, bem como a substituição dos sistemas feudais pelo modelo capitalista de produção. Além disso, ocorre o surgimento da burguesia e sua imposição econômica e política na sociedade. O surgimento do Estado Moderno, a centralização do poder, o rompimento da razão e a religião, o Estado e a Igreja, a ciência e a religião.

A ética moderna pode ser analisada em facetas: a ética consequencialista, a ética pragmática, a ética utilitarista e a ética deontológica. A ética consequencialista analisa a conduta diante da consequência do ato praticado. Se a conduta trouxe consequência boa para a humanidade, essa conduta seria ética. A conduta só pode ser ética se ela trouxer um resultado ético. Por meio da concepção de ética consequencialista, surgem as concepções de pragmatismo, merecendo destaque o filósofo Nicolau Maquiavel. Com suas concepções, é possível compreender que as melhores condutas são as que geram os melhores resultados.

Na obra “O príncipe”, Maquiavel (1996) defende que o sucesso da nação deve ser o fim último da moral do príncipe, não importando os meios

empregados para alcançar o resultado, pois a sociedade só se importa com a aparência: “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos”. A ética pragmática seria um ramo da ética consequencialista, em que a ação por si só não pode ser avaliada como boa ou ruim, e sim a partir das consequências da ação. A ação deve ser avaliada com o fim que ela busca atingir. A grande crítica feita aos pensamentos da ética pragmática está relacionada com a coisificação dos seres humanos, visto que, para alcançar um fim de interesse da humanidade, poderia ser possível o sacrifício de outros seres humanos.

Os defensores da ética pragmática podem compreender os avanços da biotecnologia (nanotecnologia, engenharia genética, CRISP) como necessários para o aperfeiçoamento da espécie humana. Nessa linha de raciocínio, então, surge o termo transumanismo (BOSTROM, 2006), com a defesa da utilização de técnicas controversas, como manipulação genética e longevidade de vida, para um maior desenvolvimento da autonomia humana.

A ética utilitarista buscava maximizar o prazer para a maioria e minimizar a dor. Jeremy Bentham (1989, p. 4) compreendia que a busca da humanidade deveria proporcionar ao semelhante o máximo de prazer, e dor ao menor número de pessoas. A grande diferença com o pragmatismo seria a preocupação social do utilitarismo. John Stuart Mill compreendia que as ações para serem éticas deveriam levar à felicidade da maioria: “A doutrina que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como fundamento da moral, sustenta que as ações estão certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade” (MILL, 2000, p. 187). Deve-se calcular as consequências das ações para saber se uma ação é ética. Deve-se calcular a conduta e o quanto ela vai fazer bem, vai proporcionar prazer a determinado número de pessoas e dor a quantas pessoas. O cálculo não deve levar em consideração somente a pessoa que pratica a conduta.

As concepções das éticas utilitarista, consequencialista e pragmática buscaram dar uma maior autonomia à espécie humana. Essa autonomia

deve atuar em conjunto com a preocupação do dever do homem para com a sociedade e com o meio no qual ele é inserido.

#### 1.4. Ética Kantiana

Aristóteles busca a *ectá racio*, a inteligência humana baseada no empírico, no concreto, em buscar a natureza humana, através da felicidade. É a ética eudaimônica, a ética na busca da felicidade. O ponto de referência modifica a consciência, passando a analisar o sujeito. O que interessa é a forma como este mundo físico aparece para o sujeito, concepções que ficam conhecidas como crítica do conhecimento. O paradigma da filosofia passa a ser aceito pela ciência, o método da ciência substitui a metafísica, tendo em vista que a ciência pode ser comprovada, e questões metafísicas não possuíam respostas satisfatórias (por exemplo, a pergunta “o que é Deus?”).

Kant diz que o único caminho de acesso ao que é a ética seria o chamado *a priori* (que pode ser compreendido como universal, transcendental), que surge independentemente da razão prática (*posteriori*). Assim como as leis da natureza são classificadas como juízos sintéticos *a priori*, universais, independentes de quem realiza o ato (exemplo: a lei da gravidade independentemente de quem soltar um objeto, este sempre será atraído pelo campo gravitacional), são necessárias para fazerem o conhecimento evoluir. A razão deve analisar as ações humanas a partir da moral, posto que não é possível ter somente um conhecimento teórico e não prático da moral. Não é possível fazer conhecimentos morais de conteúdo, e sim construir uma ordem justa. Para Kant (2001), a razão deve criar leis morais objetivas, que possam ser aplicadas a qualquer ser racional. Os juízos procedimentais são os chamados imperativos categóricos. Formulação a partir do imperativo: agir de tal maneira que o ser alcance uma justiça universal, nunca o tratando como um meio, e sim como um fim.

A ética deontológica, ou a ética do dever, defende que o critério supremo da moral não pode derivar da experiência, e sim existir a partir de si mesma, não de uma atitude exterior. O imperativo categórico, para Kant,

consiste em obedecer a lei pela própria lei, e não por nenhum outro motivo. A lei moral seria uma razão pura prática, e não a busca pela felicidade no sentido subjetivo da conduta de cada ser humano: “Age de modo que tua vontade possa considerar-se como instituindo uma legislação universal. Ou seja, age segundo máximas tais que a vontade de todo homem, enquanto vontade legisladora universal as possa aprovar” (KANT, 2009. p. 103). A ética por meio dos imperativos categóricos deve exprimir leis universais, deixando de ter uma característica meramente finalista.

O fundamento da filosofia de Kant é a superação do paradigma do ser para entrar no paradigma da consciência humana. Na história da humanidade, se colocam basicamente três paradigmas filosóficos: metafísico, epistemológico e linguístico, ou então, o paradigma do ser, da consciência e da linguagem. O paradigma do ser, ou metafísico, preocupava-se com a explicação racional, o saber racional. O paradigma da consciência, ou epistemológico, preocupava-se com a teoria do conhecimento, da consciência, a atuação do sujeito sobre o objeto. O paradigma da linguagem aborda a linguagem como elemento estruturador da relação do ser humano com a realidade; o pensamento seria uma criação da linguagem, e não o inverso<sup>1</sup>.

Conforme as concepções de Kant, a teoria do direito meramente empírica seria ideológica, mas sem uma razão prática. A moralidade fundada na razão é universal e necessária, independente de quem é o ser. A moralidade em Kant deve ser tratada com igualdade entre os seres humanos. Todos os seres humanos, por serem racionais, devem possuir uma moralidade universal. A moralidade, por ser racional, deve igualar todos os seres humanos. A crítica da razão pura orienta o conhecimento do homem, independente de cada ser.

A crítica da razão prática, por meio da consciência moral, elege quais valores devem reger suas ações (KANT, 2003). Os valores a serem escolhidos, Kant chama de imperativos, que podem ser hipotéticos (paixões, emoções, desejos) ou categóricos (racionais). Os imperativos hipotéticos sempre

---

<sup>1</sup> Para maior aprofundamento sobre o paradigma do ser, recomendo a leitura das obras de Aristóteles; para compreensão do paradigma da consciência, as obras de Kant; e para entender o paradigma da linguagem, recomendo a leitura das obras de Habermas (obras indicadas no decorrer da tese e no referencial bibliográfico).

buscam algo, são destinados a alcançar um fim desejado. Já os imperativos categóricos são o fim em si mesmo. Os imperativos categóricos formam a moral universal racional: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2009, p. 69).

A fundamentação da metafísica dos costumes analisa a virtude e o direito, complementando-se e aperfeiçoando um com o outro. A lei é fruto da manifestação de vontades individuais, de seres que se denominam agentes morais. O direito deve estar fundado em uma relação de escolha recíproca de todos a partir da liberdade universal. As ações são justas sempre que puderem coexistir com a liberdade de todos. A injustiça seria sobrepor a liberdade individual em detrimento da liberdade coletiva: “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais” (KANT, 2009, p. 69). O imperativo categórico defendido por Kant determina que a racionalidade humana possui capacidade de julgar o modo de agir. O agir deve ser em conformidade com o dever. O injusto deve ser combatido coercitivamente, para proteger a liberdade coletiva.

Com o paradigma da lei universal, é possível atribuir às concepções de Kant a universalidade dos direitos humanos. Os direitos humanos devem ser defendidos de forma universal, por todos, pois uma ofensa contra os direitos humanos em qualquer lugar do mundo caracteriza uma ofensa diante da humanidade como um todo. A proteção aos direitos humanos de forma universal é um direito e dever de todos. Os direitos humanos devem garantir a todos uma vida digna, por serem universais.

O Estado tem o direito de punir, por meio da lei, do juiz e do Poder Executivo, quem pratica o crime. O crime é a violação da lei e da liberdade universal, que torna o criminoso inapto para a cidadania. O homem é um fim, e a punição deve ser aplicada por uma questão de justiça, como imperativo categórico em qualquer hipótese em que ocorre o crime público. Kant diferencia o crime cometido contra uma pessoa (violação contra um bem individual) dos crimes públicos que colocam em perigo a coisa pública. Nos crimes públicos, a humanidade toda sofre. Com isso, não devem

ser meramente indenizados, e sim punidos. A punição deve ser vista como uma justiça social, não uma vingança. Por ser estatal, a punição deveria ser a mesma para todo criminoso, e mais rigorosa nos crimes contra o Estado. O Estado, em toda sua eficiência e onipotência, não pode deixar de punir o culpado. A punição deve tornar digno de ser um agente moral. O sujeito, quando comete um crime público, passa a ser indigno de honrar o contrato que ele assumiu. Com base no contrato social, ele deve ser digno de voltar a ser um agente na sociedade.

A proteção do Estado frente ao paradigma da lei universal garante a cada Estado a autonomia de atuar para fiscalizar e punir as afrontas contra a lei universal. Nesse momento, entra o caráter coercitivo que pertence ao Direito, com o intuito de resguardar a sociedade quanto ao cumprimento do dever moral e garantir a reintegração do infrator à sociedade. O paradigma da lei universal só tem efetividade na atuação com o Estado para favorecer o cumprimento dos imperativos categóricos.

As concepções da ética deontológica evidenciam que o dever não figura um castigo. Kant propõe uma lei moral universal (imperativos categóricos) que, por si só, torna-se válida a todos. A lei moral universal deve buscar defender a vida, liberdade e dignidade de todos os sujeitos. Os imperativos categóricos defendem a concepção de lei universal, fim em si mesmo e de legislador universal. A vontade do ser humano precisa ser, agir como criador da lei universal e garantidor da dignidade humana. A crença na dignidade a partir da sacralidade dos direitos humanos a coloca como uma lei universal, agir de forma digna, não por ser uma obrigação ou recompensa, e sim pela própria dignidade. A dignidade deve ser valorada em sua própria atitude. O ser humano como legislador universal nos direitos humanos, tanto como criador quanto como seguidor e beneficiário de tais direitos, deve eleger a dignidade como o modo de agir universal.

A compreensão de legislador universal e lei universal será fundamental para entender os direitos genéticos como uma nova concepção de direitos humanos. O ser humano como criador de lei universal através dos direitos genéticos criará princípios universais que serão efetivados em cada

estado signatário através dos seus ordenamentos jurídicos. Os princípios assegurados pela declaração dos direitos humanos, através dos direitos genéticos, devem garantir a qualidade de vida humana, protegendo a humanidade atual e o direito humano futuro, através do aperfeiçoamento da vida humana. A dignidade deve ser o limite, mas, ao mesmo tempo, o início da garantia do direito humano genético. O genoma como unidade fundamental da dignidade visa a disponibilizar o acesso às pesquisas e avanços da engenharia genética a todos os entes da sociedade. A sua positivação deve ser realizada através da lei universal.

### **1.5. Ética Contemporânea**

O século XX é marcado pela crise dos valores universais, tanto por questões sociais quanto pela falência da proposta dos valores universais, a partir da razão, valores até então considerados verdadeiros. A razão universal, que antes era tida como um dos valores do bem verdadeiro, entra em colapso quando tais valores, utilizados para os avanços das ciências, passam a ser utilizados para justificar guerras e atrocidades na sociedade.

A concepção de valores universais foi conquistada de forma violenta, sobrepondo a soberania das nações. Nesse sentido, é importante a análise dos direitos humanos a partir da hermenêutica diatópica (“dia” no sentido de dois, “tópica” no sentido de lugares, posições), da aceitação da cultura de determinada nação frente aos direitos humanos universais (SOUSA SANTOS, 2003). Hans Joas compreende que o motivo para a não aceitação de tais direitos universais ocorre pelo fato de a sociologia não se preocupar com a intensificação afetiva, derivada da experiência histórica, analisada de forma analítica por meio da genealogia positiva proposta. O autor destaca que somente é possível reconhecer a universalidade dos direitos humanos por intermédio da experiência da sociedade na qual surge o vínculo afetivo com os valores de universalismo moral (JOAS, 2012. p. 221).

Os valores tidos como universais são determinados pelos seres humanos, pessoas singulares que utilizam de suas próprias singularidades para

alçar critérios universais válidos para todos. Para ter a abstração, é necessária a aplicabilidade dos valores universais. A falha na aplicação dos valores universais surge pela falta de abstração da singularidade, não pelo valor, mas sim ao indivíduo na sua aplicação. Na filosofia religiosa, a falha na aplicação ocorria por meio do pecado da carne. Ela não estava nos valores universais (religiosos), e sim nos homens que já nascem pecadores e não conseguem aplicar os valores universais.

A crise dos valores tradicionais faz os filósofos contemporâneos questionarem quais valores passaram a compor a sociedade. Bauman (2001) passa, a partir da metáfora da liquidez, a explicar os efeitos das mudanças da modernidade na condição humana. A liquidez e sua volatilidade modificariam todos os valores tidos como universais na sociedade. Com base na modernidade líquida, o indivíduo molda a sociedade conforme seu interesse. As convenções sociais mudam de forma rápida, transformando de maneira radical a construção da identidade do ser humano.

A modernidade líquida sempre está em movimento. Os valores e as pessoas se modificam conforme seu interesse e poder econômico, pois estão em constante movimento. A modernidade é imprevisível, não sendo possível garantir valores perpétuos e duráveis, tudo pode ser adaptável. A modernidade líquida faz oposição aos valores até então existentes na sociedade, de universalidade, sociedade ordenada, coesa, estável e previsível. Tais mudanças na sociedade surgem pelo crescimento de grandes empresas, que detêm maior poder na sociedade que os governos, interferindo em cultura, codificações, economia e meio ambiente. Sabe-se que os avanços da tecnologia modificam os valores sociais e pessoais. A migração das pessoas modifica os valores culturais e socioeconômicos, gerando impactos onde se instalam.

A crise dos valores surge diante da tentativa de imposição de valores universais ao indivíduo, sendo contrária à singularidade do ser humano. Os valores tidos como universais entram em crise na contemporaneidade, caindo em um vazio, em uma liquidez, uma busca por um objeto de desejo que, quando encontrado, deixa de existir. Diante dos valores em crise, os homens na contemporaneidade deixam de buscar valores fixos e passam a

buscar valores móveis, podendo os valores da ética contemporânea serem tidos como valores inalcançáveis. Os valores na contemporaneidade estão no fato de não se satisfazer com as conquistas, e sim na busca inacabável dos valores. A liberdade de escolha passa a ser a valoração da sociedade, a busca por mudanças, por escolhas que não são mais tidas como universais, solidificadas. A ética na contemporaneidade ainda está baseada nas causas externas do agir, mas agora a partir de novos valores não solidificados. A ética baseada meramente na causa externa do agir deixa de refletir os valores inerentes ao ser humano.

Através da liquidez dos valores, os direitos humanos passam a ser banalizados, com a crise dos valores da sociedade contemporânea. A flexibilização dos direitos humanos, principalmente da dignidade da pessoa humana, faz com que a sociedade deixe de compreender a importância dos valores enraizados na sociedade. Qualquer afronta à sociedade utiliza a dignidade para se proteger. Nesse sentido, é possível afirmar que se tudo for uma ofensa aos direitos humanos, ou à dignidade, a dignidade perderia seu valor na sociedade. Seria o mesmo que usar da maior força de um Estado para reprimir uma ofensa pessoal.

A ética moderna se caracterizou por colocar o ser humano como o centro da filosofia e passou a se preocupar com o estudo do ser. Já a ética contemporânea se preocupa com o estudo do que vem a ser em relação ao homem. Essa nova preocupação do homem contemporâneo passa a integrar os direitos genéticos através da análise do futuro de aperfeiçoamento da vida humana. A análise deixa de ser o que é o ser humano e passa a ser o que ele pode se tornar. Desde o término da ética cristã (Deus como o legislador ético universal), a razão passou a ser o princípio legislador da ética. O indivíduo livre da era moderna tinha a razão como o único princípio legislador. Com o paradigma da consciência, foi possível compreender que a ação deve ser ética não por obrigação, e sim por querer ser ética.

A ética possui uma instância normativa que procede o discernimento, embora não se possa teorizá-la. Ela age a partir da natureza humana como algo que precede as decisões morais, agindo como pressuposto e fundamen-

to da liberdade. A liberdade, por ser originária do ser, é difícil de ser exercida, posto que existem tábuas de valores por meio das quais ela é constituída, sendo necessário partir do nada.

O mal-estar da liberdade ocorre pelo fato de o sujeito ser lançado no mundo de forma livre, tendo que realizar escolhas que não são predeterminadas, podendo causar angústia, solidão, por não saber quais escolhas fazer. O problema da liberdade é que se não tomar uma decisão quanto às escolhas, a humanidade poderá abrir mão da liberdade, escolhendo não ser livre. Tal escolha não pode ser feita, pois o ser é definido pela sua liberdade que está inserida na natureza da pessoa, bem como se confunde com o próprio ser. O ser, quando definido como liberdade, está em um processo de modificação, não é estático, acabado ou enraizado. A liberdade é originária, absoluta e ilimitada na ética contemporânea.

A liberdade na contemporaneidade faz o sujeito realizar escolhas a respeito do que é oferecido e imposto na sociedade. A dificuldade de ser livre ocorre quando tudo que é oferecido não passa pelo critério da liberdade, e sim vem pronto, imposto, fazendo com que o sujeito não se responsabilize pelas escolhas por ele feitas.

Por isso, é possível compreender a ética como uma atitude proveniente do próprio ato, independente do fim desejado. O indivíduo deve ser ético por opção, e não por conveniência ou esperando um resultado. O agir ético só é possível quando o Estado dá condições para o exercício da liberdade. A conduta ética deve ser proveniente do próprio indivíduo por meio da criação da sua identidade.

A criação da identidade do ser está em constante modificação na contemporaneidade. O ser, ao ser definido como liberdade, está em um processo de modificação, não é estático, acabado ou enraizado. A construção da identidade é realizada a partir da liberdade, de ser livre, e não somente ter a liberdade. A construção da identidade, do que vem a ser o homem, só é possível com base na liberdade. A liberdade é indispensável para a moralidade. Caso o agente não seja livre, ele não pode assumir as responsabilidades pelas suas decisões. A liberdade é tida como o grande valor da ética contemporânea. A liberdade de escolha é a questão fundamental da moralidade.

## 2. MORAL

Para a compreensão da moral, é importante a compreensão de dois institutos trabalhados na moral, ou seja, a Genealogia, tanto nas obras de Nietzsche quanto nas de Hans Joas, e o Construtivismo, desde as obras de Kant até as obras de Nino Santiago.

### 2.1 A Genealogia da Moral

Nietzsche desenvolve, na obra *Genealogia da Moral*, uma crítica aos valores morais desde os filósofos gregos, os valores judaicos cristãos, até os valores da modernidade. O autor começa seu livro questionando a origem da ideia de bem e de mal, assim como por que atribuímos um valor supremo ao valor bem em detrimento do valor mal. A crítica de Nietzsche não parte de valores transcendentais, revelados ao homem pelo divino, pelo sagrado, e sim é uma crítica à ética grega, à ética teológica dos medievais e à ética racionalista dos modernos. O autor analisa o conceito de bem e de mal entre os povos e os valores da moralidade. No primeiro capítulo, faz a análise dos conceitos de bem e mal, e bom e ruim. No segundo capítulo, examina a má consciência e a culpa. E, no último capítulo, examina o ideal acético (NIETZSCHE, 1999).

Nietzsche analisa que é necessário compreender a moral a partir do espírito histórico, criticando o caráter utilitarista do conceito de bom, apontando que as ações não egoístas foram “consideradas boas por aqueles aos quais eram feitas, [...]; mais tarde foi esquecida essa origem do louvor, e as ações não egoístas, pelo simples fato de terem sido costumeiramente tidas como boas, foram também sentidas como boas como se em si fossem algo bom” (NIETZSCHE, 1999, p. 11).

A moral, por intermédio dos valores de bom e mal, atribuída a cada civilização, teria em todas as civilizações a concepção de “espiritualmente nobre”, “aristocrático”, de “espiritualmente bem-nascido”, “espiritualmente privilegiado”, ou seja, sempre ligada à concepção de poder.

“O juízo ‘bom’ não provém daqueles aos quais se fez o ‘bem’! Foram os ‘bons’ mesmos, isto é, os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, de pensamento baixo, e vulgar e plebeu (NIETZSCHE, 1999, p. 11).

O autor analisa que o valor do bom para os “senhores” não possui o sentido de bem, e sim de superioridade, de nobreza, de poder, em oposição ao valor de ruim, vulgar, plebeu. A concepção dos valores de bom, dos “senhores”, pode ser compreendida a partir do antônimo da palavra bom, que seria a palavra ruim. Na concepção da moral dos “senhores”, o bom está ligado ao caráter da técnica, da habilidade, da superioridade. Ao agir como superiores, tomaram para si o direito de criar valores ao “bom”, valores que o importavam, que possuíam utilidade.

Os escravos usam o termo bom como o antônimo do termo mal, e não o termo ruim, conforme a moral dos senhores. A análise do termo mal estaria ligada à crueldade, e não à técnica valorada pelos senhores. A avaliação do mal a partir da crueldade faz surgir uma avaliação moral, e não técnica.

Esse “ruim” de origem nobre e aquele “mau” que vem do caldeirão do ódio insatisfeito — o primeiro, uma criação posterior, secundária, cor complementar; o segundo, o original, o começo, o autêntico, feito na concepção de uma moral escrava —, como são diferentes as palavras “mau” e “ruim”, ambas aparentemente opostas ao mesmo sentido de “bom”: perguntemos quem é propriamente “mau”, no sentido da moral do ressentimento. A resposta, com todo o rigor: precisamente o “bom” da outra moral, o nobre, o poderoso, o dominador, apenas pintado de outra cor, interpretado e visto de outro modo pelo olho de veneno do ressentimento.

Por intermédio da concepção da moral dos escravos, a moral passa a ter um valor de ressentimento, de reação ao que vem de fora. Seu conceito original é “mal”, e o valor do bom seria o antagonismo com o valor do homem mal, do dominador, do cruel, do nobre. Com a análise dos valores de duas classes, senhores e escravos, é possível compreender que existem duas origens na forma de valorar a moral de maneira distinta: a moral avaliada

como a moral dos senhores, ligada à valoração técnica do bem conquistado, da riqueza, da nobreza, e a valoração da moral dos escravos, do judaísmo e, posteriormente, com o cristianismo. A revolta dos escravos, por meio do ressentimento, da luta contra os opressores, inverte os valores da moral. Os pobres, os desprovidos de nobreza, passam a ser os “bons” e deixam de ser os oprimidos, pisoteados e ultrajados.

A obra de Nietzsche, *Genealogia da Moral*, apresenta um estudo histórico da moral e aborda a necessidade de uma reflexão, “do valor das valorações até agora existentes”, pelas diversas áreas de conhecimento, como a medicina. O autor analisa que “toda tábua de valor”, conhecida na história da pesquisa, deve passar por uma clarificação e interpretação, devendo questionar o que vale desta ou daquela tábua de valores, esta ou aquela moral. Deve ser valorada em diversas perspectivas: vale para quê, para quem? Cabendo à filosofia analisar o problema do valor (NIETZSCHE, 1999, p. 28).

No segundo capítulo da obra “*Genealogia da Moral*”, Nietzsche analisa a má consciência e a culpa. O autor analisa a psicologia da consciência moral, a moralidade que é seguida na sociedade. Para o autor, o doentio moralismo levou o homem a envergonhar-se de todos os seus instintos. A interioridade, resultante da conquista da moral dos “escravos”, seria uma forma de perversão dos instintos, Todos os instintos que não se exteriorizam passam a fazer parte de um mundo interior, criando conceitos de culpa e de má consciência.

A má consciência pode ser compreendida como a interiorização dos instintos primitivos do homem, motivada pela moralidade e punida por meio do castigo, o que fez surgir no homem o sofrimento do homem com ele mesmo: “como resultado de uma violenta separação do seu passado animal, como que um salto e uma queda em novas situações e condições de existência, resultado de uma declaração de guerra aos velhos instintos nos quais até então se baseava sua força, seu prazer e o temor que inspirava” (NIETZSCHE, 1999, p. 46).

Na valoração da culpa, quanto ao eu natural, é trabalhada a análise do homem com o ambiente e as consequências da utilização e preservação am-

biental. O homem depende do meio em que ele vive, da mesma forma que modifica o meio no qual está inserido, em uma espécie de círculo hermenêutico. O ser modifica o meio da mesma forma que o meio modifica o ser. A preocupação com o meio ambiente será muito trabalhada nos avanços da engenharia genética, especialmente com os alimentos transgênicos.

No segundo capítulo da obra *Genealogia da Moral*, o autor questiona o motivo do agir moral, da moralidade, e a repulsa da sociedade para com as condutas contrárias à moral: “Aumentando o poder de uma comunidade, ela não mais atribui tanta importância aos desvios do indivíduo, porque eles já não podem ser considerados tão subversivos e perigosos para a existência do todo” (NIETZSCHE, 1999, p. 38). O autor analisa a força da sociedade quanto à ofensa, no momento em que o ofensor da moralidade deixa de ser privado de sua liberdade e passa a ser defendido, protegido por esta para buscar a ressocialização e a reconciliação com a vítima, deixando de aplicar o castigo e buscando a reconciliação.

A obra de Nietzsche analisa a moral como valor entre o bem e o mal e compreende que as valorações são artificiais, criadas pelo homem conforme sua necessidade. A moral seria produto da história humana, e os homens, os criadores dos valores morais. Para o autor, não existem valores absolutos, uma moral ou uma ética absoluta.

Hans Joas defende, em sua obra *A Sacralidade da Pessoa*, uma nova concepção de genealogia, a genealogia positiva. A partir da análise da genealogia positiva, o autor aborda a necessidade de uma genealogia que não busque somente uma fundamentação racional de pretensão de validade ou de uma história de ascensão ou disseminação. Ele reconhece as conquistas de Kant e Nietzsche e busca não retroceder a quem delas. Kant busca desenvolver uma argumentação filosófica moral que tem pretensão de validade universal e incondicional, independente de toda história. Nietzsche busca desenvolver uma concretização histórica cultural, atribui ao autor a noção de subjetividade irreduzível dos atos valorativos e a noção da contingência da história, que deixou de fundamentar de forma histórica e filosófica os valores (JOAS, 2012, p. 149).

A compreensão de uma genealogia afirmativa aborda a necessidade de reflexões de um “historicismo existencial”. Joas utiliza os conhecimentos de Troeltsch (1992) para explicar os elementos de uma teoria da ciência histórica: a problemática do tempo histórico, a relação entre o conceito de desenvolvimento e os valores e sua conexão com a configuração do futuro (JOAS, 2012. p. 187). A genealogia afirmativa reconhece os valores de tempos passados, dos quais divergem de uma realidade social vigente. Valores atuais são analisados e valorados conforme suas “gêneses histórica”. Joas aborda a moral universal formal kantiana a partir das tradições culturais, instituições que pretendem dar continuidade e quais pretendem transformar, devendo tais instituições e tradições serem valoradas de forma histórica.

A valoração da genealogia da moral deve ser compreendida da mesma forma que a construção dos direitos humanos. Joas, ao propor uma genealogia positiva, não deixa de valorar as conquistas dos direitos humanos, e sim compreende tais conquistas nos dias atuais. O autor, ao defender a sacralidade dos direitos humanos, faz a valoração dos ideais católicos, das influências de tais ideais no iluminismo e na “criação dos direitos humanos”. A sacralidade coloca o ideal de dignidade como sagrado, que deve ser tanto seguido pelo homem quanto criado pelo próprio homem.

## 2.2 O Construtivismo Moral

Carlos Santiago Nino examina a moral dentro de um contexto teórico que consiste em uma filiação filosófica metaética: o construtivismo. Os elementos dessa concepção construtivista do autor estão na mesma linha de outros autores que pretendem superar as teorias da justiça não cognitivistas, seja através do construtivismo de Kant (2001), do construtivismo moral de Rawls (2008), ou da recuperação da razão prática por meio da razão comunicativa em Habermas (1984).

As concepções empiristas compreendiam que o ser humano depende do ambiente para se desenvolver, dos estímulos do ambiente em que vive e das experiências que ele passa. A concepção racionalista compreende que os

pressupostos básicos e capacidades, condições de conhecimentos, são inatas. Todas as atividades do conhecimento são do próprio indivíduo. O construtivismo integra as duas concepções, leva em conta tanto o desenvolvimento humano quanto fatores orgânicos, ambientais. O construtivismo busca a interação do desenvolvimento humano com o meio em que ele está inserido.

O construtivismo moral consiste em compreender os princípios morais como razão prática, busca explicar pressupostos, organizar e tornar coerente os valores e preceitos morais, avaliar a validade desses valores e preceitos. O construtivismo de Kant busca o uso da razão para resolver problemas práticos. Os princípios morais são construídos, e não descobertos. A moralidade é compreendida como uma resposta da racionalidade humana diante de problemas práticos.

Dentro do construtivismo moral, Carlos Santiago Nino utiliza a expressão “construtivismo epistemológico”, que se encontra, segundo o plano ontológico, entre o individualismo e o coletivismo, bem como no plano epistemológico, entre o elitismo e o coletivismo. A verdade moral parece constituída não pelo resultado, mas pelos pressupostos da prática intersubjetiva do discurso moral: “Dado que estes pressupostos exigem a imparcialidade, é extremamente difícil que se sejam levados em conta os interesses de outros, a não ser mediante sua participação na discussão coletiva” (NINO, 1989, p. 92).

Carlos Santiago Nino faz distinção entre a moral positiva (moral social) e a moral ideal (moral crítica). A moral positiva seria um produto da formulação e aceitação de juízos que buscam alcançar uma moral crítica. A moral positiva descreve fatos, e a moral crítica justifica a escolha de atos e tomadas de decisões. A moral crítica busca a sua validade, ao passo que a moral social busca a sua aceitabilidade. Desse modo, a distinção entre moral positiva (social) e moral ideal (crítica) acaba promovendo o esvaziamento do próprio conceito moral. A moral positiva é o produto da formulação e da aceitação de juízos com os quais se pretende alcançar princípios de uma moral ideal. Sem a pretensão de atuar e julgar conforme uma moral ideal, portanto, não haverá moral positiva. É necessário compreender a moral

social vigente em uma sociedade, assim como esclarecer as condições que as teorias morais devem satisfazer para serem consideradas válidas.

No cumprimento da sua função na sociedade, o direito utiliza convicções morais individuais. A moral para evitar conflitos e facilitar a cooperação social deve utilizar as sanções morais e do discurso moral. Este último visa à proteção da liberdade, da vontade e do consenso dos membros da sociedade em cumprir com a moral. O discurso moral se estrutura com base nos seguintes elementos: consenso, autonomia, imparcialidade, verdade e democracia. Com relação à busca de um consenso, é preciso ter condições mínimas que possam ser satisfeitas, para que se origine a livre aceitação dos princípios norteadores de condutas. Portanto, tais princípios de conduta devem ser públicos, gerais, supervenientes e universais. A conduta deve ser valorada por meio da moral social, visto que a valoração desta depende da sociedade de forma pública. A valoração da conduta deve ser aceita pelos membros da sociedade como sendo a correta, sendo valorada pela moral crítica, devendo atender a cada ente da sociedade e se responsabilizar pelas consequências dessa conduta para toda a humanidade. A valoração dos princípios de conduta faz o agir passar pelo crivo da moral social, para ser valorada pela moral crítica com os valores da dignidade da pessoa humana.

O discurso moral para ser autônomo deve ser valorado por intermédio da vontade humana autônoma, desenvolvida com os imperativos categóricos de Kant. A vontade humana autônoma deve ser de caráter intemporal e universal a partir da razão. A vontade humana é um elemento da razão que é, ao mesmo tempo, um chamado *a priori* e universal (JOLIVET, 1966, p. 127). O ato moral é livre, pode ser universalizado e pode valer para a humanidade inteira (CRAMPE-CASNABET, 1994. p. 67). Com a concepção de ato livre universal, o discurso moral faz do indivíduo autônomo um cidadão, que se responsabiliza por toda a humanidade. A autonomia do discurso moral só é possível se a conduta autônoma for realizada de forma imparcial, tendo em vista que esse indivíduo é responsável por toda a humanidade. Nesse sentido, o agir do indivíduo na sociedade deve ser sempre pensando na coletividade.

O discurso moral deve buscar sempre o melhor para a humanidade, devendo tratar a humanidade tanto na sua pessoa quanto no próximo. O discurso moral deve compreender o agir de forma livre e universal, atuando de uma forma que a conduta torne uma lei universal, que seja cumprida por si mesmo, não somente por uma responsabilidade, e sim pela aceitabilidade. Esse agir deve sempre buscar a dignidade da pessoa humana. O ato a ser realizado deve ser sempre em busca da verdade e dos valores da coletividade. O discurso moral, ao buscar a verdade e a democracia, deve fazer com que os governantes busquem sempre o melhor para a sociedade e para a pessoa humana. O Estado, a partir do discurso moral, deve assegurar a dignidade e o estado democrático, agindo de forma transparente diante da sociedade.

### 3 DISTINÇÃO E INTEGRAÇÃO DA ÉTICA E DA MORAL

Moral e ética têm definições diferentes, mas finalidades muito semelhantes: ambas têm a responsabilidade de construir bases que irão guiar a conduta do indivíduo, determinando seu caráter e suas virtudes e mostrando ao indivíduo a melhor forma de agir perante a sociedade. “Ética” vem do Grego *Ethos*, que significa “modo de ser ou caráter”, “agir de modo certo ou errado”, “ser bom ou mau”. “Moral” vem do latim *moris*, que significa “maneira de se comportar regulada pelo uso”, daí “costume”, e de *moralis*, *morale*, adjetivo usado para indicar o que é “relativo aos costumes”.

A ética implica um saber fazer. Essa união entre o saber e o fazer desvincula a ética de um saber meramente teórico, demonstrativo ou exato. O saber deve ser compreendido como discernimento prático. Esse discernimento é o critério que é adotado para a escolha do agir entre o bem e o mal e a vida moralmente adequada. O discernimento não é possível de ser demonstrado com procedimentos matemáticos exatos; o saber relativo às escolhas humanas não pode ser medido de forma aritmética. A ciência teórica, aritmética se desenvolve por meio da necessidade, e a ética, através da liberdade.

Antonio Paim compreende, no livro *Tratado de Ética*, que a *ética* corresponde a uma disciplina teórica cujo objeto é a moral (PAIM, 2003, p.

2). Gustavo Korte (1999, p. 54) descreve, no livro *Iniciação à Ética*, a ética da ciência a partir do “estudo das relações indivíduo-indivíduo, indivíduo-sociedade e indivíduo-universo, bem como as leis que as regem”. A reflexão ética como ciência responde à pergunta: como ocorrem os fenômenos éticos? Já a ética como filosofia busca a verdade e as causas determinantes das relações éticas, e procura responder por que ocorrem os fenômenos éticos. Korte entende que a moral é um dos objetos de estudo da ética, mas não o único. A ética estuda as relações reais do homem com seu contexto, assim como os resultados dos questionamentos da ciência da ética por meio da análise dos fenômenos (Qual é o fenômeno ético? Como se dá o fenômeno ético? Qual é o contexto em que ocorre?) e a comprovação de resultados nos campos experimentais (buscando utilidade, servir aos propósitos do ser humano). A ética como campo de conhecimento científico realiza descrições, constatações, hipóteses, indagações e comprovações dos fenômenos éticos. É possível encontrar leis, enunciados e respostas verossímeis nos campos experimentais da ética.

Antonio Paim compreende a ética como disciplina filosófica e a analisa quanto ao destino histórico que teve a moral no Ocidente. O primeiro processo de constituição da moral ocidental ocorre, para o autor, por meio do texto bíblico denominado Deuteronômio (nos cinco livros de Moisés, em especial o Decálogo ou os Dez Mandamentos da Lei de Deus). O segundo momento de constituição da moral ocidental seria representado pela meditação grega (especial destaque para Sócrates, Platão e Aristóteles). A distinção da moral judaica e da grega pode ser compreendida a partir da virtude. Os gregos compreendem que a virtude deve ser conquistada, não lhe é dada, como compreendia a tradição judaica. A moral cristã compreende a ética como sendo a salvação. A doutrina moral durante a Idade Média atribui a conquista da virtude na terra como requisito para viver no paraíso. Até a época moderna, a Igreja Católica possuía “virtual monopólio do estabelecimento da moralidade” (PAIM, 2003, p. 10), não sendo necessário considerar isoladamente a moral social.

A época moderna é marcada pela distinção da moralidade social da religião. A moralidade e a religião seriam autônomas, sendo possível um ateu

viver virtuosamente sem ser religioso. Os dogmas religiosos passam a ser criticados pela razão, e a moral deixa de ser inata, passa a ser legítima e necessária para manter a existência coletiva. A moral na época moderna seria essencialmente social. Como maior precursor da ética do dever, é possível destacar Kant e a obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (2009), que coloca o homem como um fim em si mesmo, proporcionando mudanças na moral ocidental. A fundamentação da ética a partir da racionalização em Kant foi indispensável para a compreensão da ética dos fins absolutos e da ética da responsabilidade, proveniente no período Contemporâneo.

A moral ocidental possui como núcleo básico, desde as escrituras de Moisés (entre elas, o livro dos dez mandamentos), o ideal da pessoa humana. A evolução do ideal da pessoa humana começa com os dez mandamentos e possui continuidade no racionalismo estruturado da Grécia na Idade Média a partir da discussão do livre arbítrio. Posteriormente, o ideal de pessoa humana como núcleo da moral passou pela evolução da ética social, o amadurecimento da ética do dever de Kant (2009, p. 25) na Idade Moderna e a análise da ética contemporânea, da liberdade e responsabilidade.

Os preceitos morais possuem raízes religiosas, a moral ocidental não distinguia em seu início do direito. Com isso, os livros de Moisés e os ensinamentos de Jesus eram tidos como monopólio dos preceitos morais. A moral social surgiu com a quebra do monopólio dos preceitos morais da religião católica por meio de um pluralismo religioso e, posteriormente, com a relação à política e o direito. A validade das normas morais não resulta de uma valoração abstrata, conforme a ética, e sim com a significação para a ação prática, independentemente de que seja por motivos religiosos ou convenções de ordem legítimas. A distinção das normas morais com Direito está no caráter da coação do direito e adesão à convenção de forma voluntária no interior de grupos sociais (KANT, 2009, p. 15).

Dentre os pré-requisitos essenciais da moral, é possível destacar a autoridade, o poder que faz obedecer a ordem compactuada. O poder deve ser compreendido como algo exterior, proveniente de uma dominação e um mínimo de vontade de obediência. Os motivos e formas de impor a

dominação variam desde a coação, a habilidade, a tradição, a legitimidade, a relação econômica. A autoridade, para conseguir a obediência, deve possuir uma dominação legítima com base na racionalidade, carisma ou tradição (KANT, 2009, p. 23).

O critério da autoridade é indispensável para a compreensão da moral. A referida autoridade deve ser legitimada pelos membros da sociedade, podendo ser realizada de forma racional, por regras de condutas debatidas e aceitas na sociedade, ou pela tradição, por regras passadas de gerações a gerações, ou por meio do carisma do líder, em um processo que pode ser de mera persuasão, mas que o torne legítimo para ocupar o cargo. A ética, diferente da moral, não faz uso da autoridade para ser aceita pela sociedade, pois estaria ligada ao critério da “crença”, que é definida como aceitação dos valores, por exemplo, quando Joas defende a sacralidade dos direitos humanos. Os direitos humanos devem ser compreendidos e aceitos pela sociedade, não podendo ser meramente impostos pela autoridade. Devem ser compreendidos e aceitos por todos, sabendo que a violação dos direitos humanos de uma pessoa acarreta a violação aos direitos de cada ente da sociedade.

Dworkin (2011. p. 291) distingue a ética da moral arguindo que os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros, e os padrões éticos, como devemos viver. Mesmo abordando a distinção, o autor fala que é possível eliminá-la, de um modo que a moral inclua a ética, e a ética inclua a moral. Somente é possível integrar os valores se os princípios morais forem interpretados por meio da moralidade, do viver alcançado pela felicidade (felicidade que Aristóteles definia como o justo meio a partir das virtudes).

A análise de justo meio, de busca pela felicidade, de ética eudaimônica seria um perfeito equilíbrio entre o viver individual e coletivo, entre como devemos tratar os outros e como devemos agir em sociedade. A felicidade não poder ser vista somente como o fim, e sim como um caminho. A felicidade está no caminho, em viver de forma virtuosa.

Por que viver moralmente? Para responder essa pergunta, Dworkin compreende ser necessária a moral, a ética e a dignidade. O ser é atraído pela moral da mesma forma que é atraído até outras dimensões de si

mesmo. Não se pode respeitar a humanidade de cada indivíduo sem respeitar a humanidade dos demais membros da sociedade. Quando uma pessoa que valoriza corretamente a dignidade deve ajudar os outros? Por que ao ajudar não deve causar dano? Como decidir quem ajudar? Qual é a nossa responsabilidade pelos danos involuntários? Em que ocasiões podemos causar danos a outra pessoa para ajudar alguém? As nossas obrigações existem somente por fazermos parte de uma comunidade política, étnica, linguística?

Para conseguir fazer a integração dos valores éticos e morais, a partir do viver moral de conceber o melhor para cada um, é necessário distinguir os conteúdos dos princípios morais de forma categórica. O interesse do agente deve ser comprometido com o valor dos princípios morais. Dworkin usa como exemplo a mentira, pois o valor moral deve proibi-la, mesmo que possa ser o melhor para o interesse do agente. A virtude e a ética devem ser a recompensa por si só, independente do benefício que terá por cumprir seu dever (DWORKIN, 2011. p. 292).

Para Dworkin, a moral deve ser caracterizada pela integridade e também pela autenticidade. Por isso, devemos viver moralmente não somente porque a moral exige, e sim porque queremos viver de forma moral. As concepções dos valores morais não devem ser feitas somente por restrições, e sim por valores, desejos e virtudes (conforme defendido pela ética). O princípio da moral não deve ser cumprido somente por atender o desejo de um ou de todos, a curto ou longo prazo. O desejo esclarecido ou universal não deve ser compreendido como próprio interesse, e sim como um ideal (DWORKIN, 2011. p. 294). Os objetivos pessoais, os desejos devem compreender a noção de obrigação, dever e responsabilidade para com os outros. O interesse pessoal de ajudar ao próximo deve ser feito tanto por cumprir sua obrigação moral para com o próximo quanto pelo valor pessoal do comportamento perante sua vida. Por exemplo, a análise valorativa da própria pessoa de não ajudar quando possível, a vergonha que sentiria dela mesma se não ajudasse. A sobrevivência, a sensibilidade às necessidades alheias devem compreender os valores morais.

Dworkin propõe a integração entre os valores éticos e morais a partir do que ele denomina como bem viver. Para atingir o bem viver, é necessário que os valores morais estejam integrados com a responsabilidade ética, independente do dever com os outros, e sim por meio do respeito por si próprio e a autenticidade. Cada um deve respeitar a si mesmo, aceitar os valores éticos para ter uma vida com sentido, devendo identificar os critérios que façam com que a vida tenha sentido. A autenticidade como valor ético deve ser compreendida no sentido de coerência, os valores escolhidos devem ser aceitos. Os valores morais devem estar integrados com o respeito próprio e com a autenticidade. A integridade entre os valores éticos e morais constitui a concepção de dignidade.

## CONCLUSÃO

A complexidade da temática exigiu aprofundar o estudo acerca da ética e da moral. Foi salientada a problematização dos valores da ética, por meio da genealogia da ética e da moral.

A ética como ciência questiona quais seriam os fenômenos éticos e analisa os resultados visando ao caráter utilitarista do propósito para o ser humano. Sendo assim, Friedrich Nietzsche questiona a quem seria direcionada essa utilidade.

A valoração da ética e a problematização da liquidez dos valores da ética pós-moderna motivou uma busca pela valoração dos direitos humanos, que devem ser compreendidos pela concepção dos valores da pessoa humana.

Tais reflexões, com base na pesquisa teórica e empírica, manifestam a necessidade de uma reflexão dos valores éticos, por intermédio da utilização da genealogia ética para compreender os valores dos direitos diante de quem somos e o que podemos nos tornar.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- BOSTROM, Nick. A history of transhumanist thought. **Journal of Evolution and Technology**. Retrieved February, v. 21, 2006
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo, Ática, 2000.
- CRAMPE-CASNABET, Michèle. **KANT – Uma Revolução Filosófica**. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994. p. 67.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.
- EPICURO. **Carta sobre a felicidade**. São Paulo: Editora Unesp, 2002.
- HABERMAS, J. **The theory of communicative action. Vol 1. Reason and the rationalization of society**. Boston: Beacon Press, 1984.
- JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 221.
- JOLIVET, Régis. **MORAL. Tratado de Filosofia IV**. Trad. Gerardo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: AGIR, 1966.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Trad.: Manuela Pinto e Alexandre Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009. p. 103.

- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe** [tradução Maria Júlia Goldwasser]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Capítulo XVIII.
- MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- KORTE, Gustavo **Iniciação à Ética**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. Capítulo III. Construtivismo Moral.
- PAIM, Antonio. **Tratado de Ética**. Salvador: Humanidades, 2003.
- PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad. Manuel de Oliveira Pulquério. Lisboa, Edições 70, 2009.
- PLATÃO. **A República**. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 13. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**. Volume IV: As escolas da Era Imperial. São Paulo: Loyola, 1994
- REALE, Giovanni. **Sofistas, Sócrates e socráticos menores**. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2009.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado; Introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: L&PM, 2008.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461.

# DIREITO E JULGAMENTO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

**Renata de Lima Machado Rocha**

Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Professora instrutora da Escola de Administração Judiciária do TJRJ e Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Recebido em: 02/03/2020

Aprovado em: 06/09/2020 e 03/05/2021

Resumo: Busca-se no presente trabalho analisar a influência do patriarcado e dos preconceitos de gênero no ordenamento jurídico brasileiro, seja nas leis, na doutrina ou na jurisprudência. São tecidas noções históricas sobre a condição da mulher na sociedade, bem como levantados apontamentos formulados por teóricos em torno das categorias de gênero, sexualidade, controle social e violência e como elas se relacionam com o patriarcado. A influência do sistema patriarcal sobre o Direito, e o quanto este pode atuar, por vezes, para a perpetuação daquele, é observada a partir de exemplos colhidos na legislação, nos estudos doutrinários e na elaboração de decisões judiciais. Em seguida, aborda-se a teoria feminista do Direito, que procura questionar os alicerces patriarcais que influenciam o Direito ainda nos dias atuais, e sua busca em contribuir para modificar o ponto de vista androcêntrico a partir do qual é produzido o Direito. A conscientização acerca da problemática trazida pelos operadores do Direito pode contribuir para uma sociedade mais igualitária entre mulheres e homens.

Palavras-chave: Gênero. Patriarcado. Ordenamento jurídico. Teoria feminista do Direito.

Abstract: The present work seeks to analyze the influence of patriarchy and gender prejudices in the Brazilian legal system, whether in laws, doctrine or jurisprudence. Historical notions about the condition of

women in society are woven, as well as notes made by theorists around the categories of gender, sexuality, social control and violence and how they relate to patriarchy. The influence of the patriarchal system on the Law, and how much it can contribute, at times, for the perpetuation of patriarchy, are observed from examples gathered from the legislation, the doctrinal studies and the elaboration of judicial decisions. Then, the feminist theory of Law is approached, which seeks to question the patriarchal foundations that influence Law even today, and its search to contribute to modify the androcentric point of view from which Law is produced. Awareness about the issue brought up by Law enforcement officers can contribute to a more egalitarian society between women and men.

Keywords: Gender. Patriarchy. Legal system. Feminist theory of Law.

## 1- INTRODUÇÃO

Este artigo almeja contribuir para a análise acerca da influência do patriarcado e das questões de gênero na esfera de aplicação do Direito por seus intérpretes, seja na elaboração de leis, seja no âmbito da doutrina e da jurisprudência, promovendo uma legitimação e perpetuação dos preconceitos de gênero e da lógica patriarcal.

Em consequência, pretende colaborar para a maior conscientização dos juristas acerca da problemática aqui equacionada, a fim de que possam, na sua prática jurídica, se afastar de concepções do modelo patriarcal e, como tal, colaborar para a maior isonomia formal e material entre mulheres e homens.

O trabalho nasceu das reflexões realizadas na elaboração da Dissertação de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Saúde apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, intitulada “Discutindo gênero: pornografia de revanche”.

O tema será desenvolvido a partir da análise dos conceitos e categorias a ele relacionados gênero, sexualidade, controle social e violência, em

especial a simbólica, e patriarcado –, a fim de estabelecer as relações entre si e que permitem identificar o quanto o Direito funciona e seus intérpretes atuam, por vezes, como perpetuadores do modelo patriarcal, mediante reprodução das discriminações de gênero.

São abordadas considerações acerca da condição histórica e social da mulher, bem como das categorias elencadas, a partir de breve revisão bibliográfica teórica, com buscas em bases de dados da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS), da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD) e da Scielo, além de pesquisa documental de decisões judiciais, encontradas em sites de tribunais brasileiros ou citadas nas obras de referência.

Em seguida, são apresentadas as contribuições que a teoria feminista do Direito oferece para o debate e suas propostas para modificação do ponto de vista androcêntrico sob o qual se elabora o Direito.

## 2 - CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Enquanto os povos pré-históricos e agrários desconheciam os princípios da concepção humana e da participação do homem na fecundação, sendo a criança a grande esperança da força de trabalho futura, o feminino e a maternidade ocupavam lugar central e eram cultuados naquelas sociedades (BEAUVOIR, 2016; PEDRINHA, 2009).

Ainda assim, segundo Beauvoir (2016), jamais houve uma idade de ouro para a mulher, na medida em que sempre foi considerada pelo homem como o Outro, e nunca uma igual, posto que cultuada como Deusa, Mãe ou Terra: “a sociedade sempre foi masculina; o poder político sempre esteve nas mãos dos homens [...] O lugar da mulher na sociedade sempre é estabelecido por eles” (BEAUVOIR, 2016, p. 112).

Diria ainda a filósofa:

O triunfo do patriarcado não foi nem um acaso nem o resultado de uma revolução violenta. Desde a origem da humanidade, o privilégio biológico permitiu aos homens afirmarem-se sozinhos como sujeitos soberanos. Eles nunca abdicaram o privilégio. [...] Condenada

a desempenhar o papel do Outro, a mulher também estava condenada a possuir apenas uma força precária: escrava ou ídolo, nunca é ela que escolhe seu destino. (BEAUVOIR, 2016, p. 112).

A maternidade atrelava a mulher ao próprio corpo, o que inaugurou a divisão sexual do trabalho.

Quando o homem percebeu que a agricultura decorria de sua atuação e ao constatar sua participação na fecundação humana, reivindicou a um só tempo a propriedade e os filhos e, a partir de então, a trajetória da mulher permaneceu atrelada à da propriedade privada, confundindo-se em grande parte com a história da herança (BEAUVOIR, 2016).

Entre as populações gregas e itálicas, a religião, com características domésticas e de culto ao ancestral falecido, era transmitida pela linhagem masculina, com controle sobre a sexualidade, na medida em que o local de suas práticas deveria manter-se casto, afastado de atos tido como impuros, qual o ato sexual (PEDRINHA, 2009).

Com o passar dos tempos, a religião englobou a comunidade e se associou à mitologia e, em seguida, às crenças judaico-cristãs, momento em que a figura masculina adquire importância ainda maior, diante dos mitos da criação do mundo, com destaque para as ideias de tentação, aceitação, vergonha, condenação e expulsão do paraíso, relacionadas às noções de pecado, culpa, sexualidade, crime e castigo.

Na Idade Média e início da Idade Moderna, o poder político e religioso sob autoridades eclesiásticas autorizou que questões morais fossem tratadas no plano jurídico, para julgamento dos denominados crimes contra a fé, a moral e os bons costumes, cujo ponto culminante esteve na Inquisição e no Tribunal do Santo Ofício, com ampla utilização de instrumentos de suplício físico, tanto com vistas a fazer o indiciado confessar seus delitos, quanto para expurgá-los.

De um lado, certas virtudes moldavam o modelo comportamental ideal da mulher, próprias da Virgem Maria: castidade, virgindade e pureza (PEDRINHA, 2009).

De outro lado, a mulher era considerada eminentemente um ser lascivo, insaciável, pervertido, de beleza demoníaca e capaz de provocar o enfraquecimento do homem, o que criou o ambiente próprio para a caça às bruxas, em fenômeno com caráter eminentemente sexista (PEDRINHA, 2009).

O movimento liberal em fins do século XVIII e no início do século XIX trouxe noções de indivíduo, autonomia, propriedade privada, igualdade, liberdade, segurança e contrato, que erigiram o conceito de cidadão. As mesmas, contudo, segundo Pateman (1993), foram negadas às mulheres quando da elaboração do contrato social entre os indivíduos, porquanto realizou-se, concomitantemente, um pacto sexual que estabeleceu o poder político dos homens sobre as mulheres, a constituir, a um só tempo, tanto a liberdade civil daqueles, quanto a sujeição destas aos primeiros. Ou seja, um ajuste entre irmãos, maridos, cidadãos e trabalhadores, no qual as mulheres eram o objeto contratual, transmudando o patriarcado clássico num patriarcado fraternal moderno. Sob as diretrizes teóricas do positivismo de Augusto Comte e da evolução das espécies de Charles Darwin, o controle social da sexualidade por meio da religiosidade transmudou-se para o discurso médico e jurídico, autorizando a percepção de que os melhores e mais evoluídos tinham o direito natural de domínio sobre indivíduos menos evoluídos, o que deu ensejo a uma separação entre os papéis sexuais, justificando a hegemonia do sexo masculino (PEDRINHA, 2009).

O positivismo criminológico de Lombroso, com concepções do criminoso no Direito Penal e na Medicina, rotulou indivíduos supostamente mais inclinados a condutas desviantes e estabeleceu um modelo comportamental, inclusive no âmbito da sexualidade (PEDRINHA, 2009).

Em meados do século XIX, a Medicina, cuja maior preocupação era assegurar a força de trabalho, viu na pobreza o maior perigo da sociedade, não somente por sua força revolucionária, mas igualmente por razões sanitárias, por ser portadora e transmissora de doenças. Fez-se rígido o controle sobre as habitações das camadas mais humildes da sociedade, com o combate às doenças venéreas e outras oriundas da promiscuidade e insalubri-

dade e, conseqüentemente, com o combate de comportamentos ligados à moralidade sexual (FOUCAULT, 2017b).

No lar, o médico tomou o lugar do padre confessor de outrora, com aptidão para qualificar seu paciente como “normal” ou “patológico”, substituindo-se os conceitos de culpa e pecado pelo de “bom” e “mau” sexo: o primeiro seria heterossexual, marital, monogâmico, reprodutivo e não comercial, que acontece em casa, entre indivíduos da mesma geração e sem envolver pornografia, objetos ou fetiches sexuais; o segundo seria qualquer sexo que violasse tais regras (RUBIN, 1984).

A mulher era medicada e submetida à higiene, o que indiretamente reforçava a política de dominação masculina.

O poder médico instituiu a figura da “mulher nervosa” (PEDRINHA, 2009), relacionou distúrbios psíquicos com distúrbios da sexualidade feminina ao catalogar a histeria (PEDRINHA, 2009) e apontou que a mulher seria mais predisposta que o homem à loucura:

Nesse diapasão, as “descobertas científicas” da Medicina e da Biologia corroboraram com essa dualidade, ao afirmar que o homem, por ser dono de um cérebro grande, pautava sua conduta na inteligência, racionalidade e lucidez; ao passo que a mulher, por ter um grande coração, guiava-se pela sensibilidade e pela intuição, conduzia-se de forma doce, frágil e submissa. Estabelecido esse padrão de “normalidade”, a mulher louca era aquela que rompia com sua natureza. Logo, aquela que se comportava sexualmente de maneira destoante do seu papel social. Era considerada louca [...] Por conseguinte, as mulheres que não se adequavam aos padrões impostos eram diagnosticadas como doentes: nervosas, loucas e histéricas. (sic) (PEDRINHA, 2009, p. 122).

Essas breves considerações acerca da condição da mulher na sociedade ocidental ao longo do processo histórico nos situam quanto à dominação androcêntrica que tem pautado o ambiente social no Ocidente ao longo do tempo.

### 3 - GÊNERO, SEXUALIDADE, CONTROLE SOCIAL, VIOLÊNCIA E PATRIARCADO

O senso comum procura justificar as desigualdades sociais entre homens e mulheres a partir das suas características biológicas. Contudo, os estudos feministas demonstraram que a forma como essas características são apreciadas é que estabelece o que é o feminino ou o masculino, havendo distinção entre os conceitos de sexo e de gênero: o primeiro aborda que, biologicamente, há machos e fêmeas na espécie humana; e o segundo caminha na direção de que a qualidade de ser homem e de ser mulher é fincada socialmente, por meio da cultura (HEILBORN, 1997).

Segundo Scott (1989), o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos; é o primeiro modo de dar significado às relações de poder. Para a autora, ordinariamente faz-se uma leitura dicotômica e polarizada acerca dos gêneros, compreendendo-se homem e mulher como polos opostos de uma lógica de dominação-submissão, caracterizada pela superioridade do primeiro elemento, ou de tudo que é dele derivado, em relação ao segundo elemento. Assim é que, segundo a concepção comum, existem polos antagônicos entre homens e mulheres: razão-sentimento, público-privado, ativo-passivo, superior-inferior, alto-baixo, duro-mole, reto-curvo, seco-úmido.

As complexidades do gênero, por sua vez, ligam-se intimamente às da sexualidade humana.

Foucault (2017a) destaca a sexualidade como um instrumento elaborado social e historicamente, a partir de múltiplos discursos sobre sexo, que regulam, normatizam e inauguram conhecimentos e que se refletem nos corpos, nos comportamentos, nas relações sociais, com profundas consequências nas relações de poder.

Os estudos sobre sexualidade retomaram fôlego a partir das reflexões acerca do gênero, diante da estreita relação entre um e outro desses conceitos, inclusive porque ligados ambos aos movimentos sociais feministas (HEILBORN; BRANDÃO, 1999).

Rubin (1984) esclarece que a sexualidade tem natureza política e é constituída na sociedade e na história, isto é, fincada culturalmente e, portanto, não pode ser compreendida puramente em termos biológicos.

Segundo a estudiosa, a teia social estabelece uma hierarquização sobre as práticas sexuais, impondo uma estrutura social repressiva, sendo o sexo qualificado como “bom” ou “mau”, conforme atenda ou não às condições de ser heterossexual, marital, monogâmico, reprodutivo e não comercial, em ambiente doméstico, entre indivíduos da mesma geração e sem envolver pornografia, objetos ou fetiches. Em consequência, os praticantes do primeiro recebem recompensas sociais, enquanto recebem discriminação os que se conduzem de forma diversa:

Indivíduos cujo comportamento está no topo desta hierarquia são recompensados com saúde mental certificada, respeitabilidade, legalidade, mobilidade social e física, suporte institucional e benefícios materiais. Na medida em que os comportamentos sexuais ou ocupações se movem para baixo da escala, os indivíduos que as praticam são sujeitos a presunções de doença mental, má reputação, criminalidade, mobilidade social e física restrita, perda de suporte institucional e sanções econômicas.

Um estigma extremo e punitivo mantém alguns comportamentos sexuais como baixo status e é uma sanção efetiva contra aqueles que as praticam. A intensidade deste estigma está enraizada nas tradições religiosas do ocidente. Mas muito do seu conteúdo contemporâneo deriva do opróbrio médico e psiquiátrico (RUBIN, 1984, p. 15-16).

Dentro da lógica da construção social, política e como instrumento elaborado nessas condições, a sexualidade, em especial a sexualidade da mulher, vem sendo utilizada como forma de controle social ao longo de todo o curso da história da humanidade.

A expressão controle social tem sua origem na Sociologia e está intrinsecamente associada aos conceitos de poder e de dominação política, sendo designada para conceituar os mecanismos que disciplinam uma sociedade e que submete seus indivíduos a determinados padrões sociais e princípios morais.

Pode ser compreendido como um conjunto heterogêneo de recursos materiais e simbólicos de um organismo social, a fim de garantir que os indivíduos se comportem de maneira previsível e de acordo com as regras e preceitos vigentes em determinada época ou contexto. Sabadell (2017, p. 31) o define como “tudo aquilo que influencia o comportamento dos membros da sociedade”.

O controle social pode ser formal e institucionalizado, exercido pelo próprio Estado, ou informal e difuso, de caráter subliminar, quando exercido pelos grupos sociais (SABADELL, 2017).

São formas de controle formal ou institucionalizado as que decorrem do aparelhamento estatal, como os realizados pelo sistema jurídico, sendo seus principais fiscalizadores os agentes estatais. O controle informal ou difuso é praticado espontaneamente pelos membros de uma comunidade, por meio da dinâmica dos próprios grupos sociais, como a família, a escola, os amigos, os fiéis de uma religião, a educação e outros.

Da mesma forma, a mídia, o controle da informação, os meios de comunicação de massa, a exploração do sentimento de medo, as ideologias políticas e sociais, a Medicina e a própria sexualidade consistem em importantes instrumentos de controle difuso sobre os indivíduos (PEDRINHA, 2009).

Bocayuva (2007, p. 32) sintetiza que “numa sociedade organizada em torno da meta de garantir a vida, o judiciário funciona ao lado de uma série de aparelhos (medicina, escola, oficina, fábricas, quartéis) que tem funções reguladoras, disciplinadoras”. Desse modo, o próprio sistema judicial pode funcionar como método de controle social formal.

Nesse ponto, é necessário abordar apontamentos em torno do patriarcado.

O tema atinente ao patriarcado e sua manutenção na sociedade hodierna é matéria que acende acirradas controvérsias entre os teóricos, porquanto “a interpretação tradicional da história do pensamento político moderno é a de que a teoria e o direito patriarcais estão mortos e enterrados há 300 séculos” (PATEMAN, 1993, p. 38) .

Contudo, estudiosas como Pateman (1993) e Saffioti (2015) entendem pela existência de um patriarcado moderno, atual e pungente.

Saffioti (2015) o compreende como uma expressão de poder político e um sistema contínuo de dominação masculina em permanente transformação, que incorpora as dimensões da sexualidade, da reprodução e da relação entre homens e mulheres, e perpassa todas as estruturas sociais, mantendo por vezes intactas as formas de divisão sexual do trabalho. Tem como um de seus elementos basilares o controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a fidelidade da esposa ao marido.

Em sua investigação, Pateman (1993) considera que persiste hodiernamente a negligência que negou às mulheres as liberdades civis conferidas aos homens quando da celebração do contrato social proposto pelas teorias contratualistas, o que inaugurou o patriarcado moderno:

A liberdade não é universal – é um atributo masculino e depende do direito patriarcal. [...] O contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno. (PATEMAN, 1993, p. 17).

A constituição e manutenção do patriarcado têm profundas relações com as várias formas de violência.

Para os fins do presente trabalho, sobressai a violência simbólica, de caráter institucional, que é exercida sem coação física. Funda-se na fabricação contínua de crenças no processo de socialização, que induzem o indivíduo a se posicionar no espaço social seguindo critérios e padrões do discurso dominante, legitimando-o.

Para Bourdieu (2014), a violência simbólica é fundamento da divisão socialmente construída entre os gêneros, fulcrada na “dominação masculina”, que constrói e legitima a suposta superioridade masculina em detrimento da inferioridade feminina. Segundo o autor, a força da ordem masculina dispensa justificação, impondo-se a visão androcêntrica como se fosse neutra, sem que nada precise legitimá-la. O princípio masculino é tomado como medida de todas as coisas, a tal ponto que

a divisão entre os sexos parece estar ‘na ordem das coisas’, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de parecer inevitável; [...] funcionando como sistemas de percepção, de pensamento e de ação. (BOURDIEU, 2014, p. 17).

A violência, por outro lado, é um viés da cultura patriarcal da sociedade, que dela depende. Vale dizer: o patriarcado precisa se utilizar da violência, sem a qual não sobrevive, sendo esta inerente àquele:

no exercício da função patriarcal os homens detêm o poder de determinar a conduta das categoriais sociais nomeadas, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que se lhes apresenta como desvio. [...] A execução do projeto de dominação- exploração da categoria social homens exige que sua capacidade de mando seja auxiliada pela violência. Com efeito, a ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas. (SAFFIOTI, 2001, p. 1).

Dessa forma, quando a mulher se insurge contra o sistema patriarcal, por conduta que desatenda a comportamentos que dela se espera, inclusive o de romper um relacionamento afetivo ou exercer sua sexualidade livremente, o ambiente social admite uma forma de puni-la pelo suposto desvio, mediante o uso da violência.

De igual modo o entendimento de Sabadell (2017), para quem a violência contra a mulher é um aspecto central da cultura patriarcal e manifesta um poder de posse do homem sobre a mulher, sendo imprescindível para sua manutenção.

Esse cenário cria o ambiente propício para o desenvolvimento e manutenção da denominada “cultura do estupro”, estabelecida sob a premissa de que as mulheres devem resguardar-se moralmente e, quando não o fazem, dão ensejo à violência. Impõe que as mulheres devam se comportar de forma supostamente adequada, que não andem sozinhas, que não vistam roupas provocantes, a fim de evitarem o ato de violência sexual masculino, como se o comportamento feminino lhe desse causa. Assim, num episódio de violência sexual, a sociedade não apenas tolera a violência sexual contra a mulher,

como também a incentiva e legítima e, a um só tempo, diminui a culpabilidade do expositor, enquanto aumenta a da vítima (CAMPOS *et al.*, 2017).

Pondo os temas abordados em perspectiva, tem-se que gênero é construção sociocultural, e não decorrente pura e simplesmente de fenômenos biológicos. Todavia, a partir da visão dicotômica acerca das características dos gêneros, a sociedade espera que os sujeitos atuem segundo as características femininas ou masculinas, tal como se decorressem unicamente do sexo biológico.

A sexualidade, por sua vez, é tida como um instrumento elaborado social e historicamente, com profundas consequências nas relações de poder.

O controle social, por outro lado, imbrica-se intimamente ao exercício do poder e da dominação política, e procura fazer com que os indivíduos atuem de um modo esperado socialmente, segundo padrões e princípios morais.

Esse controle social é exercido formal ou difusamente.

Um dos instrumentos de controle social difuso é a manipulação da sexualidade e, em especial, da sexualidade da mulher. O sistema jurídico, por outro lado, atua como controle social formal.

No entanto, o patriarcado é sistema social no qual a diferença sexual serve como base de opressão e da subordinação da mulher pelo homem, cuja manutenção depende das várias formas de violência, dentre as quais a violência simbólica, exercida pelo meio social, sem exercício de coação ou constrangimento físico.

Adiante, ver-se-ão exemplos de situações em que o Direito, a prática jurídica e seus intérpretes atuaram como fatores legitimadores e perpetuadores das opressões próprias do patriarcado, ao naturalizar e reproduzir em seus discursos a lógica da dominação da mulher pelo homem ou os preconceitos de gênero. Nessas oportunidades, o Direito e o sistema jurídico estão atuando como dispositivos de controle social formal da sexualidade da mulher, influenciados pela violência simbólica inerente ao patriarcado.

## 4 – A INFLUÊNCIA DO PATRIARCADO NO DIREITO, NA JURISPRUDÊNCIA E A TEORIA FEMINISTA DO DIREITO

Os estudos das disciplinas relacionadas às humanidades vêm concluindo que as ciências em geral, tais como a História, a Sociologia e a Antropologia, e em particular o Direito, sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, seus discursos, sua eficácia social e sua aplicação, sofreram a influência do patriarcado (SCOTT, 1989).

Sabadell (2017), ao destacar escritos de Gustav Radbrunch do ano de 1929, aponta que o Direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesses do homem, sobretudo em sua interpretação e aplicação, já que seria, em tese, puramente racional e com disposições genéricas duras, por meio das quais o indivíduo e seus sentimentos não são levados em consideração. Essas características atribuídas ao Direito seriam qualidades masculinas, enquanto se atribui ao feminino as características de observar sentimentos e o sujeito individualmente considerado.

Beauvoir (2016) declara acerca das mais diversas regras norteadoras dos agrupamentos sociais, desde os tempos longínquos e nas mais variadas culturas:

Na época em que o gênero humano se eleva até a redação escrita de suas mitologias e de suas leis, o patriarcado se acha definitivamente estabelecido: são os homens que compõem os códigos. É natural que dêem à mulher uma situação subordinada. Mas poder-se-ia imaginar que a considerassem com a mesma benevolência com que encaravam as reses e as crianças. Não é o que ocorre. [...] As leis de Manu definem-na como um ser vil que convém manter escravizado. O Levítico assimila-a aos animais de carga que o patriarca possui. As leis de Sólon não lhe conferem nenhum direito. O código romano coloca-a sob tutela e proclama-lhe a ‘imbecilidade’. O direito canônico considera-a a ‘porta do Diabo’. O Corão trata-a com o mais absoluto desprezo. (BEAUVOIR, 2016, p. 116).

É possível constatar a influência do gênero nas leis quando se apura, por exemplo, que o voto feminino veio garantido em inúmeras legislações, em várias partes do mundo ocidental, somente em pleno século XX.

Ou quando se analisam os bens jurídicos tutelados pelas normas penais brasileiras ao longo do tempo: o Código Criminal do Império situava o estupro e o rapto como crimes contra a honra, nos artigos 219 a 228; ou seja, não era a liberdade sexual da mulher o bem protegido pelo Direito, mas a honra e a imagem que a mulher deveria manter perante a comunidade, relacionada a um juízo de valor quanto à sua moralidade e sexualidade.

No Código Penal de 1890, as transgressões passaram a integrar os delitos contra a segurança da honra (como juízo de moralidade sexual) e a honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, nos termos dos artigos 266 a 272; a lei penal, nesses casos, procurava tutelar a honra e a honestidade das famílias ou decoro público, deixando de proteger, uma vez mais, a liberdade sexual da mulher.

Já no Código Penal de 1940, as infrações passaram a ser capituladas como crimes contra os costumes, mais uma vez sendo a moralidade o bem jurídico então escolhido para proteção pelo Direito, sem que a mulher em si fosse resguardada.

Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, em relação ao delito de sedução, então capitulado no artigo 217, ora revogado, o legislador revelou toda a influência patriarcal por trás da elaboração do referido tipo penal:

71. Sedução é o *nomen juris* que o projeto dá ao crime atualmente denominado defloramento. Foi repudiado este título, porque faz supor como imprescindível condição material do crime a ruptura do hímen (*flos virgineum*), quando, na realidade, basta que a cópula seja realizada com mulher virgem, ainda que não resulte essa ruptura, como nos casos de complacência himenal.

O sujeito passivo da sedução é a mulher virgem, maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos. No sistema do projeto, a menoridade, do ponto de vista da proteção penal, termina aos 18

(dezoito) anos. Fica, assim, dirimido o ilogismo em que incide a legislação vigente, que, não obstante reconhecer a maioria política e a capacidade penal aos 18 (dezoito) anos completos (Constituição, artigo 117, e Código Penal, modificado pelo Código de Menores), continua a pressupor a imaturidade psíquica, em matéria de crimes sexuais, até os 21 (vinte e um) anos.

Para que se identifique o crime de sedução é necessário que seja praticado “com abuso da inexperiência ou justificável confiança” da ofendida. **O projeto não protege a moça que se convencionou chamar emancipada**, nem tampouco aquela que, não sendo de todo ingênua, se deixa iludir por promessas evidentemente insinceras.

Ao ser fixada a fórmula relativa ao crime em questão, partiu-se do pressuposto de que os fatos relativos à vida sexual não constituem na nossa época matéria que esteja subtraída, como no passado, ao conhecimento dos adolescentes de 18 (dezoito) anos completos. A vida, no nosso tempo, pelos seus costumes e pelo seu estilo, permite aos indivíduos surpreender, ainda bem não atingida a maturidade, o que antes era o grande e insondável mistério, cujo conhecimento se reservava apenas aos adultos.

**Certamente, o direito penal não pode abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes; mas, no caso de que ora se trata, muito mais eficiente que a ameaça da pena aos sedutores, será a retirada da tutela penal à moça maior de 18 (dezoito) anos, que, assim, se fará mais cautelosa ou menos acessível.**

Em abono do critério do projeto, acresce que, hoje em dia, dados os nossos costumes e formas de vida, não são raros os casos em que a mulher não é a única vítima da sedução.

**Já foi dito, com acerto, que “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infelizes sexuais”.** (Filipo Manci, *Delitti sessuali*). (grifos nossos).

Há até pouco tempo, em redação somente alterada no ano de 2005 pela Lei 11.106, o art. 215 do CP previa o crime de posse sexual mediante

fraude, cujo sujeito passivo era somente a “mulher honesta”, a redundar em que a mulher “desonesta” não seria merecedora da proteção estatal.

A expressão “mulher honesta” utilizada pela lei penal traz ínsita um juízo de valor de natureza patriarcal e tem como consequência a apuração, perante os órgãos estatais de persecução penal, da “honestidade” da mulher que se vê vítima de delitos sexuais. Vale dizer, quando a mulher pretende que o crime sexual que sofreu seja devidamente apurado nas instâncias criminais, a sua própria honestidade-moralidade é investigada, invertendo-se as posições de vítima e de algoz naquela investigação. É a denominada “lógica da honestidade”, expressão adotada por Andrade (2005, p. 90-91), que

estabelece uma grande linha divisória entre as mulheres consideradas honestas (do ponto de vista da moral sexual dominante), que podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas (das quais a prostituta é o modelo radicalizado), que o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher. (ANDRADE, 2005, p. 90-91).

Destarte, quando a discriminação contra a mulher não é realizada pela própria norma, a interpretação doutrinária ou jurisprudencial o faz.

Exemplo da interferência dos preconceitos de gênero se vê de entendimento doutrinário apresentado em importante obra de Direito Penal do ano de 1975:

A vítima deve ser mulher honesta, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da vida moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha desido à condição autêntica de prostitua. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta*). Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amá-sia, a concubina, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor. A proteção

penal da liberdade sexual deixa de beneficiar a mulher desonesta, não porque esta haja decaído do direito de livre disposição do próprio corpo (pois de outro modo não se compreenderia que pudesse ser, como já vimos, sujeito passivo do crime de estupro), mas porque, em tal caso, o coito fraudulento não tem relevo suficiente para ingressar na esfera da ilicitude penal. O legislador, aqui, absteve-se, como o pretor romano, de cuidar de *minimis*. (HUNGRIA; LACERDA, 1975, p. 150).

A reprodução das questões de gênero igualmente é observada nos discursos contidos em decisões judiciais, como se extrai da ementa do julgado proferido em 23 de julho de 2015 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em caso de publicação não autorizada de cena de intimidade sexual:

APELAÇÃO CÍVEL – CORPO FEMININO - FOTOS DE PARTES ÍNTIMAS – DIVULGAÇÃO PELA INTERNET - AUTORIA INCERTA – DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA VÍTIMA –

INDENIZAÇÃO DIMINUÍDA. - As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Têm definição mais amarga. A postura de quem fragiliza o conceito de moral pode autorizar avaliação condizente com essa postura. Havendo dúvidas quanto a origem da divulgação de fotos tiradas por webcam não se pode fixar um culpado. Vítima que participa de forma efetiva e preponderante para a consumação do fato tem de ser levado em consideração na fixação da condenação. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0701.09.250262-7/001. Julgado em 23/07/2015. (*apud* SILVA; PINHEIRO, 2017, p. 254).

Nesse caso, em primeira instância entendeu-se que houve comprovação de que o réu divulgou imagens íntimas da vítima, que lhe foram transmitidas por aplicativo de troca de mensagens, arbitrando-se indenização por danos morais em de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Todavia, após recurso de apelação pelo condenado, o desembargador revisor assim fundamentou seu voto, diminuindo o valor indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

[...] Moral é postura absoluta. É regra de postura de conduta – Não se admite sua relativização. Quem tem moral a tem por inteiro. As fotos em momento algum foram sensuais. As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Fotos sensuais são exibíveis, não agridem e não assustam. Fotos sensuais são aquelas que provocam a imaginação de como são as formas femininas. Em avaliação menos amarga, mais branda podem ser eróticas. São poses que não se tiram fotos.

São poses voláteis para consideradas imediata evaporação. São poses para um quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado, mas verdadeiro. Não para um ex- namorado por um curto período de um ano. Não para ex- namorado de um namoro de ano. Não foram fotos tiradas em momento íntimo de um casal ainda que namorados. E não vale afirmar quebra de confiança. O namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério. A autora ao se exhibir daquela forma sabia de possibilidade da divulgação porque estava ela em Uberaba e ele em Uberlândia. Não estavam juntos. As fotos viajaram de forma vulnerável na internet em cabos ópticos. E foi a autora quem ligou sua webcam que é postada em lugar estratégico no monitor do seu computador para o melhor ângulo fotográfico. Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida. Irrelevantes para avaliação moral as ofertas modernas, virtuais, de exibição do corpo nu. A exposição do nu em frente a uma webcam é o mesmo que estar em público. Mas, de qualquer forma, e apesar de tudo isso, essas fotos talvez não fossem para divulgação. A imagem da autora na sua forma grosseira demonstra não ter ela amor-próprio e autoestima. Sexo é fisiológico, é do ser humano e do animal. [sic] É prazeroso. Mas ainda assim temos lugar para exercitá-lo. A postura da autora, entretanto, fragiliza o conceito genérico de moral, o que pôde ter sido, nesse sentido, avaliado pelo réu. Concorreu ela de forma positiva e preponderante. O pudor é relevante e esteve longe.

O voto em questão é eivado de noções relacionadas à moralidade e comportamento sexuais, pois utiliza expressões como “posições ginecológicas” das fotografias, as quais entende que deveriam ser reservadas para um “quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado”. Registrou-se

que não se tratava de um relacionamento afetivo há muito já estabelecido entre os envolvidos, pois “o namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério.” Por fim, concluiu que “quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida”.

Evidencia-se nesse discurso, com nitidez, a culpabilização da vítima, em suposta atitude de consentimento da mulher ou de autocolocação em risco, pois a vítima teria concorrido “de forma positiva e preponderante” para o episódio, ao admitir posar para fotos.

Sob perspectiva assemelhada, mas afastando inteiramente a existência dos danos imateriais, o acórdão da lavra do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Poder Judiciário em 19/04/2016, é assim resumido:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROPAGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS – LESÃO À HONRA, IMAGEM, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA – INEXISTENTE – AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA PARTE PARA DIVULGAÇÃO – DANOS MORAIS AFASTADOS

- CONFECÇÃO PELA PRÓPRIA VÍTIMA E ENVIO PARA TERCEIRA PESSOA

- CULPA EXCLUSIVA DESTA – RECURSOS CONHECIDOS, PROVIDO O PRIMEIRO APELO E PREJUDICADO O SEGUNDO APELO.

O artigo 5º, X, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A propagação de imagens que violam a intimidade da parte é capaz de ensejar indenização por danos morais, quando não há autorização para tanto, nos termos do artigo 20 do CC. O fato de a parte ter produzido e remetido a foto íntima para outrem caracteriza sua culpa exclusiva pela propagação das imagens acostadas nos autos (Apelação 105148/2015 - Classe: CNJ-198. Protocolo Número/Ano:

105148 / 2015. Julgamento: 13/04/2016, em que são apelantes e apelados J. M. M. V. e B. B. R. (DJMT, 2016, p. 99).

Na fala desses operadores do Direito, transparece a diferenciação entre o comportamento que atenderia à moral e que merece a proteção jurídica, e o que supostamente não a atende e não merece a tutela do ordenamento jurídico, a revelar o quanto a prática jurídica está eivada de concepções patriarcais.

Os exemplos fornecidos revelam como o Direito pode atuar como perpetuador do sistema patriarcal, mediante leis, doutrina e decisões judiciais, oportunidades em que exerce controle social formal, legitimando o patriarcado e contribuindo para a manutenção da dominação masculina e mesmo para a cultura do estupro.

A partir dessas observações, a crítica feminista percebeu a necessidade da criação de uma teoria feminista do Direito, a fim de contribuir para expor as contradições nos discursos jurídicos e nas estruturas de poder da sociedade.

A teoria tem por escopo a alteração do paradigma androcêntrico e questiona o formalismo jurídico e sua representação como “sistema completo, coerente, unívoco e elaborado por um legislador racional e aplicado por um juiz neutro e imparcial”. Pretende, outrossim, questionar o papel do Direito na criação e manutenção de modalidades de opressão, identificando-o, na verdade, como “indeterminado, inconsistente e ambíguo em relação às questões de gênero”, diante de “leis discriminatórias, interpretações sexistas, categorias fundadas em estereótipos, etc.” (RABENHORST, 2009, p. 31).

Reflexiona acerca da capacidade reformadora e/ou emancipadora do Direito na garantia dos direitos da mulher, e da igualdade substancial entre os gêneros.

Duas teóricas principais serão abordadas em relação à teoria feminista do Direito: Frances Olsen (1990) e Carol Smart (2000).

Olsen (1990) inicia seu texto *El sexo del derecho* destacando o sistema dual de pares opostos em relação ao gênero, no pensamento ocidental:

racional/irracional, ativo/passivo, pensamento/sentimento, razão/emoção, cultura/natureza, objetivo/subjetivo, abstrato/concreto, universal/particular. Essa dicotomia é sexualizada, caracterizando-se o primeiro desses elementos como masculino, enquanto o segundo como feminino, havendo uma ideia de hierarquia entre ambos.

Em tal sentido, o Direito foi caracterizado como masculino, porque a ele se atribuem qualidades supostamente masculinas: racionalidade, objetividade, abstração e universalidade. Ademais, durante largo tempo, as mulheres foram inteiramente excluídas das práticas jurídicas, sendo certo que as práticas políticas, sociais e intelectuais que constituem o Direito foram levados a cabo exclusivamente por homens (OLSEN, 1990).

A autora aponta três estratégias dos movimentos feministas para opor-se ao sistema dual mencionado, sendo que cada uma dessas estratégias corresponde a uma corrente teórica feminista do Direito.

A primeira dessas estratégias refuta a sexualização entre as unidades dicotômicas. Propõe identificar as mulheres com o elemento favorecido naquela dicotomia, isto é, com o racional, o ativo, o objetivo, etc. Rejeita, portanto, a relação de gênero entre os conceitos; sua proposta consiste em desafiar o sistema jurídico sendo fiel aos seus próprios princípios.

A estudiosa critica essa aceção, na medida em que se aproxima da ideologia dominante, pois admite a hierarquia do primeiro elemento em face do segundo elemento dicotômico.

A teoria crítica correspondente a essa estratégia tem natureza reformista do sistema jurídico. Essa postura ressalta os casos de denegação da igualdade formal (isonomia perante a lei) e da igualdade substancial (isonomia real, efetiva, que se veja na prática) entre homens e mulheres, bem como a exclusão da tutela do Direito sobre a esfera doméstica ou privada, reservada pela sociedade patriarcal às mulheres.

O segundo estratagemma procura rechaçar a hierarquia entre os elementos duais; aceita a afirmação de que o Direito é racional, objetivo, abstrato e universal, bem como aceita a identificação das mulheres

com os segundos elementos dicotômicos, mas refuta que estes sejam inferiores aos primeiros.

Por admitir a sexualização entre as unidades dicotômicas, e que homens e mulheres são diferentes, a autora igualmente contesta essa segunda posição, por também aproximar-se da ideologia dominante.

A teoria crítica relacionada a essa estratégia é a que identifica o Direito como masculino e patriarcal e, como tal, opressivo para as mulheres, integrando a estrutura de dominação masculina.

Tal posição teórica conduz a uma visão menos otimista da possibilidade de reforma do sistema jurídico (OLSEN, 1990).

A última estratégia mencionada por Olsen (1990), por ela caracterizada pela expressão “androgenia”, refuta tanto a sexualização quanto a hierarquização inseridas no dualismo entre os gêneros, de tal modo que nem “os homens são mais racionais, objetivos e universais do que as mulheres, nem é particularmente admirável ser racional, objetivo e universal” (OLSEN, 1990, p. 145, em tradução livre).

A teoria crítica concernente a essa estratégia entende que o mundo não pode ser dividido entre polos opostos e dicotômicos e nega que o Direito seja universal, objetivo, racional e abstrato.

Essa perspectiva afasta-se ainda mais do caráter reformista das correntes anteriores, pois as teóricas que a defendem entendem pela necessidade de uma mudança estrutural na sociedade, que atinja os campos moral e político:

poco convencidas por la creencia de que la teoria jurídica abstracta cumple algún rol em la obtención de estos beneficios. El razonamiento jurídico y las batallas judiciales no son tajantemente distinguibles del razonamiento moral y político y de las batallas morales y políticas. (OLSEN, 1990, p. 151).

Após tecer considerações no sentido de que essas teorias não devem ser aplicadas hermeticamente, cada uma delas fechada em si mesma, e me-

recem ser intercambiadas, a autora conclui que “es imposible separar el derecho de la política, de la moral y del resto de las actividades humanas: por el contrario, es una parte integral del entramado de la vida social” (OLSEN, 1990, p. 156).

Smart (2000), por outro lado, inicia seu estudo *La teoría feminista y el discurso jurídico* ressaltando que a teoria feminista do Direito não nasce sem oposição de alguns setores dos movimentos das mulheres.

O que se tem por lógico, haja vista que se deve falar em vários feminismos dentro do movimento feminista, por serem várias as vertentes que se pretende alcançar por esses movimentos sociais, cada uma delas com ênfase em interesses distintos, por haver formas distintas de opressão na sociedade (opressão racial, social, de gênero, todas interligadas entre si em algum ponto ou grau), sofrendo mútua influência.

São de três ordens os questionamentos havidos em face da teoria feminista, no interior do movimento feminista, segundo Smart (2000): a) o primeiro expressa sua oposição porque não acredita que a teoria possa alcançar os propósitos que almeja, diante dos termos da lei, aos quais se deve ater a jurisprudência; trata-se do grupo que defende a aplicação da letra estrita da lei; b) o grupo liberal entende que uma teoria especificamente feminista é desnecessária, por acreditar que, ao menos nos países desenvolvidos, o Direito já superou a “discriminação sexual”; c) o terceiro grupo aponta que o Direito constitui uma prática, devendo traduzir-se em consequências concretas para as mulheres, razão pela qual uma teoria feminista seria prescindível.

É ainda Smart (2000) quem destaca que um dos desafios da teoria feminista do Direito é superar a tensão que sempre há em torno de utilizar-se do Direito para favorecer as causas das mulheres, já que o próprio Direito é um fenômeno do patriarcado e dificilmente poderia ser utilizado para desmantelá-lo.

A tal crítica, a autora responde que o campo do Direito deve ser um lugar de luta, em vez de um instrumento de luta feminista.

Carol Smart (2000) também identifica três fases em que se desenrola a noção de que o Direito tem gênero: a) a que lhe atribui um caráter sexista; b) a que o identifica como masculino; c) a que o vê como caracterizado pelo gênero propriamente dito ou sexuado (p. 34).

A concepção de que o Direito é sexista parte do princípio de que, ao estabelecer diferenciações entre homens e mulheres, as colocou em desvantagem. Tal se dá quando, exemplificativamente, se nega igualdade de oportunidades às mulheres, limitando-as como sujeitos de direitos; ou quando sua conduta é julgada segundo standards diversos daqueles aplicados aos homens (como se dá no entendimento do que seja a promiscuidade sexual para um e outro gênero).

O rótulo “sexista” ao Direito constitui um meio de desafiar a ordem normativa do Direito, a fim de dar uma nova interpretação àquelas práticas, por caracterizá-las como inaceitáveis.

Segundo essa concepção, para pôr fim ao sexismo, o Direito deveria tratar os sujeitos legais igualmente, com medidas corretoras dentro do próprio Direito. É a estratégia, por exemplo, daqueles que defendem uma linguagem neutra em gênero para resolver o problema da diferenciação e, em consequência, da discriminação. *Exempli gratia*, passar a utilizar a expressão “cônjuge” em vez de “esposa”. Todavia, para Smart (2000), tal proposta de solução encobre um problema muito mais profundo, que alcança a própria estrutura das relações de poder.

A abordagem segundo a qual o Direito seria masculino implica em perceber que os ideais de neutralidade, objetividade e igualdade do Direito somente aparentemente são universais, pois, na verdade, estes são valores masculinos, segundo as concepções biológicas relacionadas ao sexo e a concepção dicotômica entre homens e mulheres. Tal pensamento não quer significar que quando um homem e uma mulher se apresentam perante o Direito, cada um recebe um tratamento distinto. Mas sim que a ambos são aplicados os mesmos princípios, mas estes são masculinos e não universais.

O enfoque de que o Direito é masculino, contudo, perpetua a noção do Direito como uma unidade, em lugar de procurarem-se corrigir suas contradições internas. Além disso, faz com que qualquer sistema fundado sobre valores presumivelmente universais e imparciais sejam tomados como atendendo a pretensões masculinas, o que não parece ser verdade para a autora (SMART, 2000).

Conclui a estudiosa que insistir na igualdade, neutralidade e objetividade do Direito é insistir em ser julgado segundo os valores masculinos.

A terceira abordagem realizada por Smart (2000) refere-se à concepção de que o Direito tem gênero, destacando ser muito sutil a passagem da ideia de que o Direito é masculino para aquela segundo a qual ele tem um gênero.

Tal posição defende que uma mesma prática adquire significados diferentes para homens e mulheres, porque é lida sob perspectivas distintas. Esse ponto de vista dá lugar a uma noção de gênero mais flexível, que não permanece entrelaçada por fatores biológicos, nem sociais, nem psicológicos ligados ao sexo.

A autora concluiu que a compreensão revisionista segundo a qual o Direito tem gênero, superando as compreensões de que o Direito é sexista ou masculino, leva a uma modificação das perguntas norteadoras para as modificações de paradigma almejadas para as mulheres: em vez de questionar “como o Direito pode transcender ao gênero?”, deve-se indagar “como opera o gênero dentro do Direito e como opera o Direito para produzir o gênero?” (SMART, 2000, p. 40).

Nesse sentido, aponta que o Direito, ao lado de outras disciplinas e funcionamentos da sociedade, é uma estratégia criadora de gênero, o que precisa ser interpretado juntamente com a noção de que o Direito tem gênero.

Nesse ponto, importa atentar para as chamadas gerações ou ondas do movimento feminista (RABENHORST, 2009), as quais influenciaram as várias correntes de teoria feminista do Direito.

Num primeiro momento, entre a Revolução Francesa e a Primeira Guerra, deu-se o feminismo igualitário, liberal ou marxista, cujo objetivo maior era constatar as causas da discriminação das mulheres e reivindicar igualdade formal com os homens, especialmente no plano dos direitos civis e políticos, sob o tripé de busca por educação, voto e trabalho às mulheres.

Essa onda tem hoje representação na posição mais moderada da teoria feminista do Direito, que vê como resquício histórico o caráter masculino do Direito, a ser superado mediante reformas do ordenamento jurídico até a completa eliminação das discriminações, inclusive por meio de ações afirmativas em prol das mulheres (SABADELL, 2017).

Num segundo instante, o feminismo dito radical decorreu do ressurgimento do movimento das mulheres na década de 60, após a averiguação de que o feminismo liberal não fora suficiente para promover a alteração estrutural nas relações sociais de poder ou para alcançar a almejada igualdade substancial entre os gêneros. A vertente foca a causa das discriminações contra as mulheres no arranjo patriarcal da sociedade.

Essa onda do movimento feminista se identifica com as teorias feministas mais radicais, que consideram que as dicotomias do pensamento dualista são ideológicas e que, em verdade, o Direito não é racional e não segue os princípios gerais que ele próprio preconiza, quais os de liberdade e igualdade e, portanto, é incoerente. O objetivo político dessa corrente é a abolição do sistema social de dominação masculina, não por simples reforma do ordenamento jurídico, mas por modificação do patriarcado vigente (SABADELL, 2017).

As teses reformistas pretendem superar a desigualdade feminina desafiando a afirmativa de que o Direito seria neutro no que diz respeito ao gênero. Para Baratta (1999), muito embora reconhecendo os importantes avanços trazidos por esse movimento para os direitos das mulheres, a posição meramente reformista vincula-se ao “nível mais baixo” do discurso ligado ao paradigma de gênero. Diversamente, o “mais alto nível” é aquele que pretende uma transformação estrutural das instituições e da cultura do Direito, com vistas a atingir o projeto de um Direito “andrógino”.

Baratta (1999) destaca que as teorias de Smart e Olsen se aproximam porque almejam desconstruir as bases das dicotomias, das qualidades e dos valores atribuídos aos gêneros e o emprego polarizante na construção destes.

O conhecimento dos questionamentos trazidos pela teoria feminista do Direito, ainda incipiente no meio jurídico, bem como a observação dos exemplos em que o Direito atua como fator legitimador do sistema patriarcal permitem dimensionar o quão importante é que os intérpretes e os operadores do Direito se conscientizem, se sensibilizem acerca da problemática e, em consequência, procurem adotar uma postura mais crítica, acerca do assunto, a fim de evitar a perpetuação e reverberação dos preconceitos de gênero em sua prática jurídica.

O estudo das questões trazidas neste trabalho se impõe desde os bancos universitários, a fim de contribuir para o nascimento de uma nova geração de juristas, mais comprometida em combater as diferenças de gênero e colaborar eficazmente para uma sociedade mais igualitária, formal e, acima de tudo, substancialmente, entre mulheres e homens.

## **5 – CONCLUSÃO.**

O presente artigo pretendeu demonstrar o quanto os tentáculos do patriarcado se imiscuem profundamente no Direito, atuando como fator de legitimação e manutenção do sistema de dominação masculina, seja em âmbito legislativo, seja no que tange aos estudos doutrinários ou na elaboração jurisprudencial do ordenamento jurídico.

Inicialmente, destacou-se o processo histórico acerca da condição da mulher na sociedade, de modo a evidenciar as profundas raízes da lógica patriarcal.

Em seguida, reuniram-se saberes em torno das categorias que se relacionam ao tema objeto do estudo, lançando noções a respeito do gênero, da sexualidade, do controle social e da violência especialmente a violência simbólica – e de como se relacionam entre si para a configuração do patriarcado.

O destaque foi efetuado quanto ao patriarcado na concepção do Direito, sendo analisadas leis, doutrinas e decisões judiciais proferidas em casos concretos, permeadas de preconceitos de gênero, aferindo-se sob quais aspectos continham discursos patriarcais e questionadores da moralidade e sexualidade da mulher.

Nesse tocante, o Direito e o sistema jurídico funcionam como elementos de controle social formal, influenciados pela violência simbólica inserida no sistema de dominação da mulher pelo homem.

Daí, analisaram-se as críticas que originaram a teoria feminista do Direito, com vistas a expor as contradições nos discursos jurídicos e que pretende contribuir para a alteração do paradigma androcêntrico no Direito.

A abordagem aqui realizada pode contribuir para maior conscientização e sensibilização dos operadores do Direito acerca do quanto suas práticas podem funcionar como legitimadoras e reverberadoras do modelo social do patriarcado, despertando o pensamento crítico acerca do assunto.

A temática mereceria ser estudada desde os bancos universitários, a fim de auxiliar na formação de uma nova geração de juristas mais comprometida com a efetiva igualdade entre mulheres e homens.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. DOI: <https://doi.org/10.5007/%25x>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>. Acesso em: 21 fev. 2019

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero. *In*: CAMPOS, Carmen Hein (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 1.

BOCAYUVA, Helena. **Sexualidade e gênero no imaginário brasileiro: metáforas do biopoder**. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014  
BRUNO, Anibal. **Crimes contra a pessoa**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein, SILVA Alexandra dos Reis, C. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 981-1006, dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201738>. Acesso em: 21 fev. 2019.

DIÁRIO DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO (DJMT). 19 de abril de 2016, p. 99. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113559739/djmt-19-04-2016-pg-99>. Acesso em: 12 jul. 2018.

FERNANDO, Milton. Pinga fogo. **Jornal Opinião Encantado**, p. 5, abr. 2015. Disponível em: <http://jornalopiniaoencantado.blogspot.com/2015/04/cliq-ue-nas-capas-para-folhear.html>. Acesso em: 03 abr. 2019.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017a

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017b.

HEILBORN, Maria Luiza. Gênero, sexualidade e saúde. *In*: SILVA, Dayse Marques da (org.). **Saúde**,