

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.30 | Setembro / Dezembro 2016

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO



ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.30 | Setembro / Dezembro 2016

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

DIRETOR ACADÊMICO: Celso Braga

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR GERAL DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo e Valéria Edith Carvalho de Oliveira

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.30, set. / dez. 2016

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara
Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina
Carlos Augusto Teixeira Magalhães | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil
Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil
César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil
David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha
Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal
Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal
Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Brasil
Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil
Gustavo Costa Nassif | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal
Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal
José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil
Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil
Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Universidade do Oeste de Santa Catarina | Escola Superior Associada de Goiânia, Chapecó, Santa Catarina, Brasil
Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil
Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil
Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Rubén Martínez Dalmau | Universidad de València, València, Espanha
Sabrina Tórres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
Salette Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil
Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

CONSELHO DE PARECERISTAS

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Leonardo Alves Corrêa | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Universidade do Oeste de Santa Catarina | Escola Superior Associada de Goiânia, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Oswaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>

Editora de Arte | Projeto Gráfico | Diagramação: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA8-11

AUTORES CONVIDADOS

CHINA AS A MULTINATIONAL STATE: An Overview of the Minority Groups' Policy
SIMONA PICCIAU 12-29

ARTIGOS

GOVERNANÇA GLOBAL, DIGNIDADE HUMANA E REFUGIADOS
(OU DESLOCADOS) AMBIENTAIS
ERNANI CONTIPELLI 30-39

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO AGROAMBIENTAL:
Una Ojeada a Partir de la Pertinencia de las Ciencias Ambientales
ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ 40-54

ADIN 1856/2011: Incompatibilidade da Lei 2.895/92 com a Constituição Federal de 1988
ANDRESSA KELLE CUSTÓDIO SILVA | BEATRIZ SOUZA COSTA 55-67

PRÁTICAS TERRORISTAS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
Penalização do Inimigo ou de-Radicalização?
SÉRGIO RICARDO FERNANDES DE AQUINO | RAFAELA BALDISSERA | MARIANA BALDISSERA 68-80

A CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS: Uma Análise sob a Perspectiva da Reserva do Possível e
da (i)Legitimidade do Poder Judiciário
ANDY PORTELLA BATTEZINI | KARLA CRISTINE REGINATO 81-92

INSTITUIÇÃO NOTARIAL COMO FORMA DE PREVENÇÃO DE LITÍGIOS
CARLOS ALBERTO FERRI | LUCAS DANILO PEREIRA SILVA93-112

ALTERAÇÃO DO NOME DOS TRANSEXUAIS E A PROBLEMÁTICA DA AUTORIZAÇÃO
DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO NO BRASIL
JAIZA SAMMARA DE ARAÚJO ALVES | VITÓRIA RAISSA JACÓ DE LIMA113-124

MEDIAÇÃO NO BRASIL: Da Prática Autônoma aos Problemas da Política Pública
JOSÉ HENRIQUE DE GOES | KARINE DE SOUZA125-135

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO EMPRESARIAL E AS
CONSEQUÊNCIAS DA EDIÇÃO DA SÚMULA 554 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GUSTAVO FERNANDES CORDEIRO136-152

apresentação



Na contemporaneidade, a releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da análise da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, apresenta-se como imprescindível, no sentido de permitir a reflexão de inúmeras questões controversas, no contexto do Estado Democrático de Direito.

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva se apresenta como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da análise crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

Com muita satisfação, cumpre-nos informar à comunidade acadêmica que a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva fora classificada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), em sua última avaliação, no *Estrato B4* do Sistema *Qualis* de Periódicos, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de Periódicos, obteve, ainda, sua inserção em vários indexadores nacionais e internacionais, tais como: a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *Diadorim*, o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas – Senado Federal) dentre outros.

É com alegria que apresentamos o terceiro e último número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2016.

O presente número do periódico compõe-se por dez trabalhos científicos inéditos, de autores internacionais e nacionais, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes análises sobre questões do contexto contemporâneo do Direito, sob a imprescindível perspectiva do Estado Democrático do Direito.

No primeiro artigo, apresentamos como contribuição estrangeira, o artigo intitulado *China as a Multinational State: an overview of the minority groups' policy*, de autoria da Professora francesa Simona Picciau, Doutora pela Université Paris Diderot Sorbonne Cité. A autora convidada discorre sobre o desenvolvimento das políticas de minorias nacionais no âmbito da República Popular da China, destacando em seu estudo que o desenvolvimento histórico da nação chinesa tem influenciado decisivamente as políticas de minorias nacionais implementadas naquele país.

Neste número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, o Professor Ernani Contipelli, Pós-Doutor em Direito Político Comparado pela Universidad Pompeu Fabra e em Direito Constitucional Comparado pela Universidad Complutense de Madrid, apresenta interessante articulado sobre a temática dos refugiados ambientais. Em sua investigação, assevera que a dignidade humana como princípio retor do sistema internacional de direitos humanos e fundamento das Constituições modernas e democráticas, impõem-se como de imprescindível aplicação na hipótese dos refugiados ambientais, visando a garantir-lhes condições satisfatórias de vida. Correlaciona, ainda, a governança global e sua relação com a questão dos deslocamentos ambientais, com valiosas conclusões sobre o tema.

Outra relevante contribuição estrangeira, é apresentada no texto *El ordenamiento jurídico agro-ambiental: una ojeada a partir de la pertinencia de las ciencias ambientales*, da lavra do Professor cubano Alcides Francisco Antúnez Sánchez, Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente e docente na Facultad de Ciencias Económicas y Sociales da Universidad de Granma Cuba. O autor, em seu texto, examina os novos caminhos trilhados em Cuba para a ampliação da produção sustentável de alimentos, por meio da utilização de tecnologias seguras, que não ofendem o meio ambiente, demonstrando, ainda, a necessidade de regulamentação da utilização da agroecologia no âmbito do ordenamento jurídico cubano, notadamente, em razão de seu vínculo com as ciências ambientais.

Beatriz Souza Costa, Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e Andressa Kelle Custódio Silva, Mestranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, escrevem sobre a instigante questão do direito do animais, tendo por objeto de estudo, a análise do julgamento da ADIN n.1.856/2011 pelo Supremo Tribunal Federal, e suas repercussões no tocante ao dever estatal de tutela da fauna esculpido na Constituição Federal de 1988.

Práticas terroristas em um Estado Democrático de Direito: penalização do inimigo ou de-radicalização?, texto de autoria de Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC) e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS), Rafaela Baldissera, Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS), e Mariana Baldissera, Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera/Uniderp, propõe examinar se a teoria do Direito Penal do Inimigo representa um método compatível com o Estado Democrático de Direito e eficaz para combater o terrorismo, apontando interessantes conclusões sobre a temática.

Do Rio Grande do Sul, Andy Portella Battezzini e Karla Cristine Reginato, Mestrandas do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS), apresentam o artigo intitulado *A crise dos direitos sociais: uma análise sob a perspectiva da reserva do possível e da (i)legitimidade do Poder Judiciário*. As autoras analisam o papel do Estado no cumprimento e na efetivação dos direitos sociais, notadamente, nas questões relacionadas a prestação de valores constitucionais, abordando, ainda, o Princípio da Reserva do Possível enquanto instrumento capaz de adequar o controle dos recursos públicos, e, conseqüentemente, garantir a tutela dos direitos sociais.

Carlos Alberto Ferri, Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), Mestre em Direito pela Unimep, Professor e Coordenador Adjunto no Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp), e, Lucas Danilo Pereira Silva, Graduando em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp), discutem em seu artigo a questão da função notarial como instrumento de prevenção de litígios, desempenhando papel fundamental em cooperação com o Poder Judiciário.

Do Estado de Pernambuco, Jaiza Sammara de Araújo Alves, Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires/Argentina, e Vitória Raissa Jacó de Lima, acadêmica de Direito da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE/PE), apresentam interessante estudo sobre a controversa temática da alteração do nome dos transexuais e a problemática da autorização da cirurgia de transgenitalização no Brasil, por meio do exame da falta de legislação específica acerca da retificação do nome, da adequação do sexo no registro civil e do lapso temporal exigido pelo Conselho Federal de Medicina, para a realização da referida.

No oitavo artigo, José Henrique de Goes, Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR) e Karine de Souza, Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI-Santo Ângelo/RS), ambos Professores do Curso de Direito das Faculdades SECAL/PR, propõem em seu texto abordar a questão da *Mediação no Brasil*, a partir de sua compreensão como uma prática social autônoma de solução de conflitos alternativa ao processo judicial, que se consolida como instrumento de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

Fechando o presente número da revista, Gustavo Fernandes Cordeiro, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG, analisa a imputação de responsabilidade tributária no contexto da sucessão empresarial, bem como, suas peculiares consequências no mercado de fusões e aquisições.

Por fim, cumpre destacarmos a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, nacionais e estrangeiros, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico. Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos articulados aqui publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

PROFESSOR DOUTOR MICHAEL CÉSAR SILVA

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

CHINA AS A MULTINATIONAL STATE: An Overview of the Minority Groups' Policy

CHINA COMO UM ESTADO MULTINACIONAL: Uma Visão das Políticas de Grupos Minoritários

SIMONA PICCIAU ¹

ABSTRACT: This article aims to explore the development of the minority nationalities' policy since the foundation of the People's Republic of China in 1949 by Mao Zedong. The minority nationalities' policy has been strongly influenced by the historical development of the Chinese nation, passing through a moderate period from 1949 to 1957, in which the government has recognized the right to autonomy and put in place an impressive process of recognition and classification of the 55 ethnic groups, a "radical" period corresponding to the decade of the Cultural Revolution, until the mid-1970s, in which the government has put in place strong policies of assimilation to the major group of the Han and a phase that can be defined as "moderate" and lasts until today, corresponding to the economical openness of the country launched by Deng Xiaoping in the post-Mao era.

Keywords: China; Minority Groups; Development; Language; Globalisation.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade explorar o desenvolvimento das políticas de minorias nacionais desde a fundação da República Popular da China em 1949 por Mao Zedong. As políticas de minorias nacionais tem sido fortemente influenciadas pelo desenvolvimento histórico da nação chinesa, com um período inicial moderado entre 1949 a 1957, no qual o governo reconheceu o direito de autonomia e colocou em prática um expressivo processo de reconhecimento e classificação de 55 grupos étnicos; passando por um período "radical" correspondente a década da Revolução Cultural que vai até a metade de 1970, no qual o governo adotou uma intensa política de assimilação pelo grupo majoritário Han; e, finalmente, uma fase que pode ser definida novamente como "moderada", compreendendo a abertura econômica do país lançada por Deng Xiaoping na era pós-Mao até os dias atuais.

Palavras-chaves: China; Minorias Nacionais; Desenvolvimento; Língua; Globalização.

¹ Simona Picciau obtained a PhD at the University Paris Diderot Sorbonne Cité in History and Civilizations (2016). She is researcher and project coordinator of the Center for European Strategic Research (CESR), a network of international researchers. She obtained a degree in political science with a specialization in international affairs and earned two Masters Degrees – in Relations with China at the University of Turin (2006) and in International Management at the Institute Inseec in Paris (2008). Her research interests include Chinese affairs, EU/Asia and EU/China relations, inter-regional relations and European Union's foreign policy. E-mail: sim.picc@gmail.com

1. INTRODUCTION

The Chinese Constitution defines the country as a nation that is comprised of multinational people. There are 56 ethnic groups very different from each other in terms of culture, religion and language that constitute the dimensions of the population living within its territory. The Han represent 91.51% of the Chinese population, thus constituting the largest ethnic group in the country and even in the world. Despite the fact that the remaining 55 minorities represent only 8.49% of the population, the issue related to the minority nationalities is a very important concern for nation's unity and security because, historically, they live in the border and strategic regions of Beijing (e.g., India, Central Asia, South East Asia, etc.). If it is true that all multiethnic nations have to cope with the complicated issue of ethnic groups resident inside of their territories and, in particular, the way in which the Central Government has to deal with them, this is particularly true for China. For this reason, the Chinese Government has devoted special attention to the question of minorities, guaranteeing them, except at certain periods, a series of rights and the autonomy in the Constitution, and other specific laws as, for example, in the *Regional Ethnic Autonomy Law of the People's Republic of China*.

At the same time, the autonomy guaranteed to the minority groups is characterized by the firm control of the Communist Party, which is concerned about the safeguarding of the unity and the stability of the country.

This article aims to explore the development of the minority nationalities' policy since the foundation of the People's Republic of China in 1949 by Mao Zedong. The minority nationalities' policy has been strongly influenced by the historical development of the Chinese nation, passing through a moderate period from 1949 to 1957, in which the government has recognized the right to autonomy and put in place an impressive process of recognition and classification of the 55 ethnic groups, to a "radical" period corresponding to the decade of the Cultural Revolution, until the mid-1970s, in which the government has put in place strong policies of assimilation to the major group of the Han. Finally, a phase that can be defined as "moderate" and lasts until today, corresponding to the economical openness of the country launched by Deng Xiaoping in the post-Mao era, characterized by a spectacular economical growth of the country that, in less than 40 years has passed from an agricultural society to a developing industrial nation and a central player in the political and economical global scenario. Finally, we will analyze the inequalities that have resulted within the society as a consequence of the rapid growth, and that damage, amongst others, the minority nationalities. A special paragraph will be devoted to the question of language that appears as an important instrument in attaining national unity.

2. CHINA: A MULTINATIONAL NATION

China is defined in all government documents as a multinational nation with its 56 ethnic groups living in its territory which differ from each other in terms of culture, language, dimension of the population, religion, way of living and work, etc. Beyond the 56 minority groups officially recognized, there exist other ethnic communities, characterized by a lower degree of cohesion in terms of language and culture.

Among them, the Han group represents 91.51% of China's population, thus representing the largest ethnic group not only in the country, but also the largest in the world². The name *Han* comes from the Han Dynasty, which ruled over a unified China from 206 B.C. to 220 A.D. The name of the Chinese official language *Hanyu* (汉语), the Mandarin language, has its origin in the name of this ethnicity

² According to the 2010 census the Chinese population amounts to 1.339.724.852 people. The 91,51% belongs to the Han and the remaining 8,49% to the minorities nationalities.

which, in fact, in Chinese, the term *Hanyu* literally means the “Han’s language”.

Except the Hui and the Manchu minority groups who adopted Mandarin as their language, the other minority nationalities speak languages completely different from the *Hanyu*. Among them, one is able to count approximately 120 mother languages, 30 of which are written languages, while 20 languages have less than 1000 speakers (WANG; PHILLION, 2009, p.1).

Chinese ethnic groups live together in vast areas, or in some cases they live in very close-knitted communities in small and isolated areas. This is the main result of the groups’ migration and interaction during China’s history that shaped the actual distribution of these groups in the country. During its long history, China with its role of “civilizer” extended its influence to the bordering regions. The Han Chinese have, historically, considered themselves (from a cultural point of view) to be the superior and most advanced ethnic group in the world compared to the rest of minorities who were considered as “barbarians”. This ethnic identity has always assumed a central issue for the Han’s relations with the other groups. As stated by the scholar, Ma Rong, those people who were culturally assimilated into the Han became members of the civilized group, and for this reason treated in a fair way. The others, considered the “barbarians”, were mostly treated in a more discriminating way, needing consideration to be “educated”. This discrimination was based on a cultural superiority rather than on a racial superiority. According to the scholar, this is demonstrated by the fact that according to the Confucian ideas, all people are brothers, all groups should be treated equally, and their differences in terms of religion, customs, languages, etc., should not prevent their peaceful coexistence. So, the difference concerns a cultural superiority in the sense of a more developed and advanced culture that is able to integrate all the other groups (MA, 2007, p.7).

The Chinese Han live in almost every part of China. It is possible to find a larger concentration in the middle and lower reaches of the Yellow River, the Yangtze River and the Pearl River, and in the northeast of the Plain Region. The other 55 ethnic groups, corresponding to the 8.49% of the population³, generally called “minority nationalities”, in Chinese *shaoshu minzu* (少数民族), live distributed in different regions of the Chinese territory with a major concentration (about 70% of the total) in the Southwest, Northwest and Northeast, in particular in Inner Mongolia, Xinjiang, Ningxia, Guangxi, Tibet, Yunnan, Guizhou, Qinghai, Sichuan, Gansu, Hubei, Hunan and others. Although the minority nationalities constitute the 8.49% of the total Chinese population, they inhabit 64% of China’s territory (see Table 1). It is important to notice that the fact that the Central Government decided to not apply the One Child policy to the minority nationalities resulted in the increment of their population. The phenomenon involved mainly Inner Mongolia, Guangdong, Guizhou, Liaoning, and also Qinghai, Sichuan, Hebei, Yunnan, Jilin and Ningxia. In the last 10 years approximately, the population of the minority nationalities has grown 0.11% percentage points more than the Han population. (MA, 2011).

From an administrative level, in order to guarantee a form of autonomy to the ethnic groups, the Central Government has established five autonomous regions: the Guangxi (38.54% of the total population belongs to a minority nationality), the Inner Mongolia, where the Mongol minority lives (21.6% of the total population belongs to a minority nationality), the Ningxia, where the Hui minority lives (35.98% of the total population belongs to a minority nationality), the Xinjiang, where the Uighurs live (60.4% of the total population belongs to a minority nationality), and Tibet (93.48% of the total population belongs to a minority nationality). In the Yunnan province live approximately 25 minorities, and for this reason, it is the most multiethnic province of China. It is important to specify that each nationality lives in more than one area, for example, the Tibetans live in five provinces (Tibet, Yunnan, Qinghai, Gansu and Sichuan).

³ *Communiqué of the National Bureau of Statistics of People’s Republic of China on Major Figures of the 2010 Population Census* (No. 1). Site web of the National Bureau of Statistics of China. Available at: <http://www.stats.gov.cn/english/NewsEvents/201104/t20110428_26449.html>.

The *Shaoshu Minzu* and the *Han* form the Chinese nation: the *Zhonghua Minzu* (中 民族). In Chinese, the word *Minzu* is constituted by two characters that respectively mean: a community of people (*min*) and a group of people linked by ties of blood (*zu*). The term *Zhonghua* means literally central country based on the traditional view according to which China is the centre of the civilized world surrounded by barbarians.

Despite the fact that the minority groups constitute 8.49% of the total Chinese population, they represent an important concern for the Central Government because they are involved in the question of unity and security of the country. Most of them live in the border and strategic regions of interest of Beijing, e.g., URSS, India, Central Asia, countries of South-East Asia, and have constant contacts with the populations of these areas.

In its long history, China has been conquered at least five times by a minority: the Wei of the north (the Tobas) from 386 to 534 A.D., the Liao (the Khitan) from 907 to 1125 A.D., the Chin (the Jurchen) from 1115 to 1134 A.D., the Yuans (the Mongols) from 1260 to 1368 A.D. and, finally the Qing (the Manchus) from 1644 to 1911 A.D.. Chinese historians believe that all these groups were able to retain power only because they assimilated the Chinese culture, and identified with the Han culture, which was considered superior to all the other minority groups.

3. THE DEVELOPMENT OF THE MINORITY GROUPS POLICY

Since the foundation of the People's Republic of China (PRC) in 1949, Mao Zedong and his entourage have recognized the minority nationalities' question as central. Even before the foundation of the PRC, the Constitution of the Jiangxi (the Chinese Soviet Republic)⁴ recognized that the minority groups had the right to equality of auto-determination, and even the possibility of forming independent states. The attention that the Communist leadership gave to the question of the protection of the minority nationalities has been interpreted as a strategy to attract the support of this part of the population against the Nationalists. After the end of the Qing's Dynasty in 1911, the Han were considered the natural and legitimate heirs of the new Chinese Republic. Sun Yat Sen, founder and first President of the Republic of China and its political party, the Guomindang, conceived the Chinese nation as a "nation-race". Thereby, they did not accept the existence of the non-Han if they were not merged with the Han. Chiang Kai-Shek, who took the leadership of the Nationalist Party after Sun Yat-Sen, strongly sustained a national unity with the assimilation of the non-Han with the Han (FRANGVILLE, 2007, p.39). But, in reality, the question of the minorities wasn't the priority of the Chiang Kai-Shek Government due to the Japanese invasion of China between 1937 and 1945. It is important to note that even before the foundation of the Republic of China (1912–1949), the last dynasty, the Qing (1644–1911), recognized five main ethnicities: the Chinese Han, the Manchu, the Mongols, the Tibetans and the Uighurs. For example, the official texts were written in the five languages of these five ethnicities (QIN, 2011, p.3).

Considering the process of separation of Mongolia from China, it was clear that the new government didn't want to allow the minorities the right to auto-determination and separation, but it guaranteed them their rights as part of the united nation of China, in a perspective of integration with the Han. In order to define a minority group, the Central Government adopted Stalin's definition of 1913 according to which a minority is a historically constituted, stable community of people, formed on the basis of a common language, territory, economic life and psychological make-up, all manifested in a common culture⁵. The Mongolia separation represented a concern for Mao because it could represent an inspiration for other

4 The Jiangxi Soviet was a self-governing region under the control of the Chinese Communist Party (CCP) formed in 1931 by Mao Zedong and Zhu De in the Jiangxi province in south-eastern China. Through this government Mao gained experience in peasant organization that allowed it some years later to found in 1949 the PRC.

5 *Marxism and the National Question*. Marxists Internet Archive. Available at: <<https://www.marxists.org/reference/archive/stalin/works/1913/03a.htm>>.

minorities groups, in particular for the Uighurs (based in the Xinjiang region) and the Tibetans.

The 55 ethnic groups of the country have been recognized with the *Ethnic Identification Project* developed between the 1950s and 1980s. Since the 1950s, groups of ethnologists and anthropologists (most of them formed in the west), politicians and local leaders have been sent to all corners of the country in order to identify and classify the minorities groups. So, basically, the classification that was developed according to Stalin's definition, the communist party adopted as criterions of classification four elements: the territory, the language, the economic life and the psychological make-up.

This classification has been institutionalized to such an extent that the ethnic background is marked on the personal identifications and documents of each Chinese citizen. Before the *Ethnic Identification Project*, no concrete census has ever been developed to identify the ethnic groups living in the territory.

The question of the national minorities for their importance has been introduced in the Constitution promulgated in 1954 (that has constituted the base for the actual Constitution promulgated in 1982). Its preamble put emphasis on the principles of equality, unity and mutual assistance. It states:

The People's Republic of China is a unitary multi-national State created jointly by the people of all its nationalities. Socialist relations of equality, unity and mutual assistance have been established among the nationalities and will continue to be strengthened. In the struggle to safeguard the unity of the nationalities, it is necessary to combat big-nation chauvinism, mainly Han chauvinism, and to combat local national chauvinism. The State will do its utmost to promote the common prosperity of all the nationalities.

The Constitution elaborated the concept of regional ethnic autonomy, and the autonomous regions were created in order to satisfy ethnic aspirations and, at the same time, guarantee national security. Beyond the 22 provinces in which China is administratively divided, the Chinese Government has created five autonomous regions in the areas in which the minorities are particularly numerous. These are the regions that were created between 1947 and 1965: the Guanxi Zhuang Autonomous Region (1958), the Inner Mongolia Autonomous Region (1947), the Ningxia Autonomous Region (1958), the Tibet Autonomous Region (1965) and the Xinjiang Autonomous Region (1955).

The fact that the question of the relationship between Han and the minority groups was a central point of the Communist Party is demonstrated by Mao's speech given on 25th April 1956 at an open meeting of the Political Bureau of the Central Committee of the Chinese Communist Party. Bearing in mind lessons drawn from the Soviet Union, Mao summed up China's experience, dealt with 10 major relationships in socialist revolution and socialist construction. One of these relations is that between the Han and minority nationalities⁶. Mao stated:

The minority nationalities have all contributed to the making of China's history. The huge Han population is the result of the intermingling of many nationalities over a long time [...]. So we have to make extensive and sustained efforts to educate both the cadres and the masses in our proletarian nationality policy and make a point of frequently reviewing the relationship between the Han nationality and the minority nationalities [...] We need to make a thorough study of what systems of economic management and finance will suit the minority nationality areas [...]. We must sincerely and actively help the minority nationalities to develop their economy and culture⁷.

6 The others relationships are: the relationship between heavy industry on the one hand and light industry and agriculture on the other; the relationship between industry in the coastal regions and industry in the interior; the relationship between economic construction and defence construction; the relationship between the state, the units of production and the producers; the relationship between the central and the local authorities; the relationship between party and non-party; the relationship between revolution and counter-revolution; the relationship between right and wrong; the relationship between china and other countries.

7 Mao Zedong's speech given at an enlarged meeting of the Political Bureau of the Central Committee of the Chinese Communist Party on 25th April 1956. The entire speech is available at: <https://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-5/mswv5_51.htm>.

Starting from the end of the 1950s the minority nationalities' policy, as well as the other socio-economic and political policies, have been characterized by a strong radical approach. This radicalism brought to the period of the Cultural Revolution ended only in the half of the 1970s. During this period, all forms of ethnic identity and expressions, such as the use of local languages or religious activities were considered "incorrect", and for this reason suppressed. (YUEN, 2011, p.3). The ideological arguments justified to some extent the tentative abolition of the cultural identities and languages of the minorities. The destruction of the Four Olds (Old Customs, Old Habits, Old Ides, Old Culture), one of the main goals of the Cultural Revolution, considered these cultures and habits as old and dangerous for the development of the society (LAI, 2002, p.10). A strong policy of assimilation with the major group, the Han, was introduced. In other words, all these expressions were considered as obstacles to the realization of a socialist society even if from a juridical point of view, no changes were provided. Some political and religious leaders of the autonomous regions, such as Ulanhu of Inner Mongolia, and the Panchen Lama of Tibet, were accused of being traitors (LAI, 2002, p.7), causing a strong resentment among the minority nationalities, and insurrections by some of them: the Tibetans (in 1959) and the Uighurs (in 1962). Both of them represent, until today, the two most worrisome nationalities for the Central Government. It was exactly in this situation that the Dalai Lama and his staff escaped from Tibet to take refuge in Dharamsala (India).

After the end of the Cultural Revolution and the period of the Gang of Four in 1976, China entered a period of change⁸. The *Open Door Policy* launched by Deng Xiaoping at the end of the 1970s with the objective to pursue the liberalization and the economic growth through a series of actions as the introduction of foreign capital and the technology, the development of the private sector, the decollectivisation, etc., while maintaining its commitment to socialism. In this context, the situation for the minority nationalities settled down slowly to normality, and the government became engaged in the process of assuring the rights to the minorities. For example, it was decided to not apply the "One Child Policy", introduced between 1978 and 1980, and in force until 2015, to the families of the minority groups. As a consequence, in the last decades, the population of the minority groups has registered a growth rate higher than that registered by the Han population.

In 1982, the new Constitution was adopted, and is still being used today (amended in 1988, 1993, 1999 and 2004). As the precedent version of 1954, it is constituted by a preamble and four chapters: the General Principles (Chapter I); the Fundamental Rights and Duties of Citizens (Chapter II); The Structure of the State (Chapter III); The National Flag, the National Anthem, the National Emblem and the Capital (Chapter IV). From a juridical point of view, the Chinese legislation provides protection of all recognized minorities groups, and gives them a set of rights as economic and fiscal benefits, the protection of their languages, own culture and heritage. Article 4 of the Constitution states that:

All nationalities in the People's Republic of China are equal. The State protects the lawful rights and interests of the minority nationalities and upholds and develops a relationship of equality, unity and mutual assistance among all of China's nationalities. Discrimination against and oppression of any nationality are prohibited; any act, which undermines the unity of the nationalities or instigates division, is prohibited.

The State assists areas inhabited by minorities in accelerating their economic and cultural development according to the characteristics and needs of the various minority nationalities. Regional autonomy is practised in areas where people of minority nationality live in concentrated communities; in these areas organs of self-government are established to exercise the power of autonomy. All national autonomous areas are integral parts of

⁸ The Gang of Four was a political faction of the Chinese Communist Party led by the Mao Zedong's wife Jiang Qing. The others members were Yao Wenyuan, Wang Hongwen and Zhang Chunqiao. The Gang of Four controlled the power of the Party in the last stage of the Cultural Revolution.

the People's Republic of China.

All nationalities have the freedom to develop their own spoken and written languages and to preserve their own folkways and customs.

The Article states very clearly that any act which undermines the unity of the nationalities or instigates division is prohibited, this is a way to protect the unity of the state and in some way authorizes the central government to limit somehow these rights in case the unity and security of the state are put in danger. In effect, even if the policies concerning the minority groups have been inspired by the Marx-Leninist theories and the experiences of the ex-URSS, the Chinese Communist Party has sinicized important aspects concerning the national question, which the leaders, starting from Mao, have constantly excluded in any form of federalism for the minorities. The unity of the state has always represented the most elevated political value.

The Constitution attributes to the minorities other rights, for example, it attributes power to the autonomous regions to manage education, science, health and culture, and protects their cultural heritage (Article 119), or the right to organize local public security forces necessary for the maintenance of public order, according to the military system of the state, and with the approval of the State Council (Article 120).

The administrative division of the PRC (regulated by Article 30 of the Constitution) takes into account the presence of the various ethnic groups inside the territory, which is divided into provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government. Provinces and autonomous regions are divided into autonomous prefectures, counties, autonomous counties and cities. Counties and autonomous counties are divided into townships, nationality townships and towns. The municipalities directly under the Central Government and other large cities are divided into districts and counties. Autonomous prefectures are divided into counties, autonomous counties and cities. All autonomous regions, autonomous prefectures and autonomous counties are considered national autonomous areas. According to Article 59 of the Constitution, all the minority nationalities are entitled to appropriate representation, therefore, the National People's Congress, the supreme organ of the State is composed of deputies elected from the provinces, autonomous regions, municipalities directly under the Central Government and special administrative regions, and of deputies elected from the armed forces. The Chinese territory counts: 154 areas of ethnic autonomy (*minzu zizhi diqu* 民族自治地区); 5 provincial level autonomous regions (*zizhiqu* 自治区); 30 autonomous (*zizhizhou* 自治州); 119 autonomous counties (*zizhixian* 自治) and 1256 ethnic townships (*minzu xiang* 民族乡) (WANG; CHEN, 2001, p.4-5).

The rights and obligations of the autonomous regions are stated in a systematic way in other legislation sources. The most important document is the *Regional Ethnic Autonomy Law of the People's Republic of China* (*minzu quyue zizhi* 民族区域自治) of the 31st May 1984 (amended in 2001). This document is the most important Chinese law that guarantees the rights to the autonomous regions inhabited by the minority nationalities. According to Article 2, Regional autonomy is practiced in areas where ethnic minorities live in concentrated communities. The government assures the right to practice the regional autonomy in the areas of the country in which more than the 20% of the population belongs to a minority nationality.

According to the Constitution, the *Regional Ethnic Autonomy Law* establishes that all ethnic autonomous areas are integral parts of the People's Republic of China, but each new establishment, the delineation of its boundaries and the elements of its name are proposed by the state organ at the next higher level jointly with the state organ in the relevant locality, after full consultation with representatives of the relevant nationalities, before they are submitted for approval according to the procedures prescribed by law (Article 14).

4. MINORITIES' LANGUAGE POLICY

Language represents a very important element in the ethnic identification. In China in particular, language has always represented a central element of unity of the empire. The linguistic situation in China is very complex, and the country is far from being homogenous. Around 93% of the population speaks languages that can be defined as *Han* languages; the languages spoken by the ethnic groups constitute the remaining 7%. In order to understand to what extent the language has represented and still represents a fundamental instrument of national unity for the Central Government, a short overview of the common language's history is necessary.

With respect to the Han language, it is important to differentiate the spoken from the written language. This is due to the fact that the Chinese language is ideography and not alphabetic. There is no fixed system of reference to transliterate the syllables, each character has a meaning and a defined sound. The written language is common to everybody, and since several centuries has represented an important element of unity of the country. The spoken language includes one principle language, named *Putonghua* (普通话), the official language of the PRC, and a set of dialects that, for their characteristics, can be defined as languages⁹. Since the formation of the Chinese empire in 221 B.C., the concept of unity and uniformity become the main objectives of Emperor Shi Huang Di. Beyond the unification of the currency, tax and infrastructures, some important policies were implemented in what concern the linguistic unity. Li Si, prime minister of the emperor, implemented the reform of the Chinese written language in order to build a common identity that was lacking because of the heterogeneity of the country. The prime minister made all the characters identical in all areas of the empire; about 3300 characters have been standardized (ROBERTS, 2002, p.65). But if the first step toward the standardization of the language has realized the uniformity of the written language (letting each person pronouncing the characters according to his/her dialect) it would require a person to spend 2000 years to complete the reform that included a common pronunciation of the characters for all Chinese citizens, and a gradual simplification of the characters in order to make them easier to memorize. The Communist Party completed this reform in the 1950s, the new government engaged itself by including in its political program the language reform, and to take concrete decisions regarding the written language influenced by Stalin's article *Marxism and Linguistic* that contained the linguistic theories of the most important communist leaders that considered the language's reform necessary for political propaganda and information of the masses. For this reason, starting from 1955, was adopted the common language, the *Putonghua*, based on the *Beifanghua* (North's dialects), defined with a decree of the Council of State Affairs as: "The common language of the Chinese nation, which has its basis the *Beifanghua* dialect and as phonetic rule the Beijing (Peking) dialect" (BRESSAN, 1991, p.37).

Additionally, in the later years, the Latin alphabet (introduced by Matteo Ricci) was chosen for the transcription of the sounds (called *pinyin*), and furthermore, an important simplification of the characters was launched (making them simpler to write).

The diffusion of the *Putonghua* in all areas of the country became the strategic objective of the Central Government, but despite the different campaigns launched on different occasions, the realiza-

⁹ The *Putonghua* has its origin from the dialects of the north or *beifanghua* (北方) *beifang* 北方 means "north" and *hua* language, in particular from the Peking's dialect. The spoken language includes seven main groups of dialects: the *Putonghua* spoken by the 70% of the Han languages speaking (divided in turn in other sub-dialects); the *Wu* spoken by the 9% of the population and diffused in the Jiansu and Zhejiang provinces; the *Min* spoken by the 4% of the population and diffused in the Fujian and part of the Guangdong provinces, in Leizhou, Hainan and Taiwan; the *Gan* spoken by the 3% of the population and diffused in the Hunan and part of the Hubei provinces; the *Hakka* spoken by the 4% of the population and diffused in part of the Sichuan, Taiwan, Guangdong, Guanxi and Fujian provinces; the *Yue* spoken by the 5% of the population and diffused in the Guangxi and Guangdong and the *Xiang* spoken by the 5% of the population and diffused in the Hunan.

tion of the diffusion of the *Putonghua* still remains an objective to be realized. In some areas far from the big cities, it's still hard to find people able to speak and write *Putonghua*¹⁰.

With respect to the ethnic groups' languages, the Central Government assures the right to use their language. The Constitution of the PRC and other numerous relevant laws, such as the *Law of the People's Republic of China on the Standard Spoken and Written Chinese Language* (of 2000 put in place in 2001) and the *Regional Ethnic Autonomy Law of the People's Republic of China* (1984), etc., guarantee the right of the minority groups to use and develop their own languages as working languages in administration, publications, education, etc.

As for the ethnic groups' policy, the language's policy has been influenced by the development of the history of the PRC. Starting from 1949, the languages of the minorities have been supported by the government in the spirit of support and integration of all minority nationalities. In the 1950s, when the Central Government started the process of establishment of the autonomous regions, the Central Government engaged in the elimination of illiteracy in these areas, and Han and local officials were trained in minority languages (WANG, 2009, p.3). Furthermore, the Central Government supported the creation of a set of systems to develop the written languages of the minorities where they didn't exist.

During the years of radicalization of the CPC's (Communist Party of China) policies, especially in the years of the Cultural Revolution, support to the languages of the minorities was suppressed. Mandarin became the official language in schools, and its assimilation was the main objective of the education of the minority groups (QIN, 2009, p.3).

Starting from the end of the 1970s, the protection of the languages of the minorities, and their use in administration and education, was introduced again as a policy of the Central Government. Article 37 of the *Regional Ethnic Autonomy Law of the People's Republic of China* of 1984, for example, states that:

In schools, which mainly recruit students of minority nationalities, textbook in languages of minority nationalities concerned should be used where conditions exist. Languages for instruction should also be used languages of the minority nationalities concerned. Primary school students of higher grades and secondary school students should learn the Chinese language. Putonghua (Mandarin Chinese), which is commonly used throughout the country, should be popularized among them.

The diffusion of the bilingualism among the minority groups, that is the protection of the local languages, but at the same time the diffusion of the common language, the *Putonghua*, is a concern of the Central Government because, as already stressed, since the first dynasty, the creation and the diffusion of a common language has always been an important element of national unity and identity. Furthermore, the economic opening up process of China has made the diffusion of Mandarin even more essential for economic reasons not only inside the country but also outside.

Considering the extent of the Chinese territory, it is easy to understand that the problems concerning the language can differ from area to area. In the most remote areas, the most evident problem related to the diffusion of the bilingualism is the lack of teachers who are really able to teach in two languages. In some areas, the languages of the ethnic groups are mostly used in very small administrative units. Even if the Han officials working in the ethnic regions are supposed to learn and use the local language, the most common use is that they continue to use *Putonghua* (Mandarin) in their daily work, much to the detriment of the local languages. The massive inland migrations are also challenging the question of bilingualism, the languages that have a small number of speakers, most of them already seniors, are at risk of disappearing because the young people move to the cities, learn the *Putonghua*, and don't speak their own ethnic languages anymore. In other cases, the use of the *Putonghua* by the

10 For more information about the Chinese language and the national unity see: Picciau (2008).

Han officials, or local and sinized officials, is perceived by the local people as an imposition and a tentative attempt to weaken the local identities. This phenomenon is particularly true for the Tibetan and the Uighurs in the Xinjiang Region, causing protests against the attempt to impose the Han language in all aspects of their lives.

As it is easy to understand, this phenomenon appears complex and contradictory, the promotion of bilingualism in the ethnic minority areas represents an important element of a major cohesion between people inside the country, the limit to learn and communicate will place these groups in a disadvantaged situation, both at national and international level. For the students, the fact of not being able to speak Mandarin represents a way to be excluded from the university based outside of their regions; but at the same time, it is necessary to convert policies into concrete actions in order to avoid the diffusion of the *Putonghua* that is done at the expense of the survival of minority languages, which represent incalculable value for the nation.

5. MINORITIES AND ECONOMIC DEVELOPMENT

The development of the Chinese economy represents an important event for China and for the rest of the world. It is considered as one of the most spectacular phenomenons of the Twentieth Century that was able to transform a country of 1300 million people from an agrarian country to a developing country in less than 30 years. It has improved the living standards of a part of the Chinese population, and conferred on China the status of a great power. The gross domestic product (GDP) per capita rose from US\$524 in 1978 to US\$4433 in 2010. The annual household expenditure was ten times higher in 2011 (US\$932) than in 1978 (US\$90) (GONG; LI, 2013, p.10).

The economic growth has not been accompanied by an equal distribution of income. Effectively, a set of internal disparities has been produced among the different areas of the country, especially in what concerns the GDP per capita, the access to education and health, the infrastructures, the social services, etc. The growth in income has, in general, increased faster for people with high income than the people with lower income.

In March 2013, Premier Wen Jiabao¹¹, just before leaving office, in his final assessment to the National People's Congress, warned that the Chinese development was unbalanced, and that China has still to face many difficulties in its economic and social development, affirming that the country needs to navigate a global recovery that's "full of uncertainty". In the domestic economy, "unbalanced, uncoordinated and unsustainable development remains a prominent problem. The social problems have increased markedly", he stated (BLOOMBERG NEWS, 2013).

Despite the leadership of Hu Jintao (the former President) and Wen Jiabao from 2003 to 2013, who pursued a harmonious society emphasizing an equitable growth through measures aiming to reduce the disparities, the income disparity in the country still remains very high. According to the data published by the World Bank, China's Gini coefficient¹², rose from 0.3 in the early 1980s to more than 0.45 in the early 2000s (SICULAR, 2013). China is now among the least equal 25% of countries in the world¹³.

The income disparity is evident by geographical region. The model of development gave priority to the development of the coastal areas, in which are based the most important Chinese cities, in order to play the role of locomotive of Chinese development. The coastal cities have been called to act as

¹¹ Premier of the People's Republic of China from 2003 to 2013.

¹² The Gini coefficient, developed by the Italian statistician Corrado Gini is a measure of statistical dispersion intended to represent the income distribution of a nation's habitants. It is the most commonly used measure of inequality. A Gini coefficient of zero expresses perfect equality, where all values are the same (for example, where everyone has the same income). A Gini coefficient of 1 (or 100%) expresses maximal inequality among values.

¹³ *Gini Index*, web site of the World Bank, available at: <<http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/>>.

“engines” in economic growth (HAN; YAN, 1999, p.1). The poverty tax has been reduced much faster in the coastal region than in other parts of the country. In 1992, 80% of the country's poverty was located in non-coastal regions. Considering the urban areas, the coastal per capita income was 40% higher than the interior (LAI, 2009). Today, the income gap between urban and rural households is large, and since these less developed rural areas are inhabited, in part, by the minority nationalities, the question of minorities appears as a central element for national stability, and is strictly connected to the economic development of the country.

Between 1988 and 1995, in just 7 years, the gap in revenue between the Han and the other ethnicities represented 35.8% (GUSTAFSSON; LI, 2003). So the disparity concerns the coastal and internal regions, the urban and the country population, and also the Han and the minority nationalities. It is important to specify that vulnerability to poverty can vary from one nationality to another. In 2002, for example, the Hui registered a median income that was close to that of the Han, while the Manchus that ruled the country until the end of the Qing¹⁴, registered an income 32% above that of the Han. The rest of the ethnic groups appeared more disadvantaged, with median incomes ranging from 50% for Miao to 73% of Uighurs compared to that of the Han. The median per capita income of the ethnic groups was 64% of that registered by the Han, 68% if we take into consideration the Hui and the Manchus (GRADIN, 2013, p.6).

Despite the protection guaranteed by the Chinese juridical system, the fact that the minorities live in the less favored areas, represents a handicap for their economic and human capital development (BOROOAH; GUSTAFSSON; LI, 2006, p.802). In 2009, over 54% of the poor people lived in ethnic minority areas (especially in the western interior regions) (CHAUDHRY, 2012, p.7).

In order to achieve modernization of the country, China recognizes the importance of the development of its educational system. If it is true that in the recent decades all groups have registered for expansion of the school system, there are still high disparities between them in what relates to access to compulsory schooling, and the quality of the teaching. In general, the ethnic groups' regions results were disadvantaged, because their local governments dispensed with limited amounts of money to invest in their sectors. The female children of the poorest families appear particularly affected, because in most of the cases, the parents give the privilege of education to the male children, letting the females do all the domestic work.

The situation relating to the health system in some of these areas is characterized by a very weak public service (WONG; TANG; VAI, 2007, p.145). In general, the health infrastructures are less developed than in other areas. The cost of medical care is become very high for the local citizens. According to a research published by the Council of State of the *China Development Research Center* in 2006, 80% of the population living in the western regions did not have access to adequate health service (BERGSTEN; GILL; LARDY; MITCHELL, 2006, p.15). In general, the infant mortality rates are higher for minority groups, and among those affected by HIV, the minorities are over-represented, especially in the Yunnan, Guangxi and Xinjiang (CHAUDHRY, 2012, p.8).

To these elements it is necessary to add the fact that the system of *hukou*, the permission of residence put in place in the 1950s in order to regulate the internal migrations, allows the benefits of the services in the cities only to the citizens that have the permission to live there, and not to the numerous countryside people (the so-called *Mingong*) that move illegally to the city in their search for a better life. As a consequence, these persons are excluded from the right to benefit from these basic services, despite the fact that the migrants from the countryside and poorest areas of the country have played, and still play a very important role in the economic development allowing China to become one of the main actors in the global economy.

In order to reduce the gap between the regions, and be conscious of the danger that these dispar-

14 The Manchus conquered the Chinese empire and established the Qing dynasty in 1644.

ities can have to the national security, in the 2000s, the Central Government under the leadership of Jiang Zemin (successor of Deng Xiaoping) had decided to put in place the *Xibu Kaifa* policy (or the policy on the development of the west) with the objective to reduce the gap between these regions and the coastal regions, and guarantee the unity and security of China. As observed by Goodman, when Zhu Rongji, the Prime Minister, affirmed that the common prosperity of the policy would result in the “strengthening of national unity, safeguarding the social stability, and consolidation of border defence”, it was an implicit reference to the non-Han people (GOODMAN, 2004). The areas included in the policy are: Chongqing, Gansu, Guizhou, Qinghai, Shaanxi, Sichuan, Yunnan and the five autonomous regions. All these areas, inhabited to a large extent by the minority groups, were characterized by poverty, lack of industries and infrastructures. The investments have been concentrated mainly in infrastructure projects. The government also provided fiscal policies in order to attract investors from China and abroad. The government encouraged the migration of low, but also mainly high-skilled Han workers, in order to encourage the economic development in these areas, and this phenomenon was particularly evident in the Xinjiang Region. According to Coté, since the 1950s, the strong waves of Han migrations to the Xinjiang Region has reduced the power of the local population, the Uighurs. The migration of the Han, both sustained by the Central Government or spontaneous, that is to say from a free choice to a Han people who moves to other regions, moved from business interests, has profoundly changed the ethnic space in China. According to some observers, the policy put in place in order to develop the western regions has not the objective to increase the ethnic groups' situation but to increase the control of the central state in this area¹⁵. From 2000 to 2003, the state invested in the western regions 200 billion Yuan in 50 mega projects, 37 of which were infrastructural. The roads of the ethnic areas were extended from 402,600 km in 1999 to 548,000 km in 2003, and electricity generation from 143 to 224 billion kwh (MACKERRAS, 2006).

The socioeconomic imbalance and inequality among the Chinese citizens brought Hu Jintao and his entourage to conceive the concept of “harmonious society” (*hexie shehui* 和谐社会) as one of the main objectives of the Communist Party, through the implementation of a set of actions targeted to solve the numerous contradictions developed in the Chinese society as a consequence of the economic growth. The disparity between the Han and some minority groups represents certainly an obstacle to the realization of the “harmonious society”. Especially considering that starting from 2000, the CPC has tried to contain the ethnic tensions that developed, in particular, in the Tibet and the Xinjiang Regions, that are challenging the capacity of the Central Government to realize the “harmonious society” and guarantee the unity and the security of the country. Even more, considering that this attempt is becoming complicated due to the growth in communication, and migration as a consequence the free-market forces.

The Tibetans and the Uighurs live in areas on the borders that are politically very sensitive for the Central Government. For this reason, their insurrections are considered particularly important for the Central Government. The situation of the minority nationalities, in particular with respect to the question of integration with the Han, is very different from nationality to nationality, if the Tibetans and Uighurs appear the most separatist and the minorities less integrated to the Han, on the contrary, the Hui (that share with the Uighurs the practice of the Muslim religion) for example, are much more integrated with the Han. They live in different areas of the country; the majority of them speak Mandarin (the Han's language), and marriages between the Han and Hui are numerous.

One of the main strategies of the Central Government since 1949 that was put in place in order to keep under their control the areas inhabited by the minorities and favor the economic development with specialized workers, is the strong immigration of the Han to these areas. The control of these areas is particularly important for Beijing because, in addition to being strategic border areas necessary to

15 See: Jeong (2015).

guarantee the national security, they are rich in natural resources.

The Xinjiang Region, in particular, accounts for over 20% of China's future petroleum reserves, over 40% of its coal reserves, and it has potential for large uranium deposits, but according to the local population its prosperity appears to be at an advantage mainly due to the Han population that represents 50% of the total population of the region. Effectively, the Han inhabit the richest areas of the region; they register a higher salary, and the government invests more in social affairs in areas inhabited by the Han. The most important local officials are Han. Furthermore, in this region, as well as in Tibet, the Central Government is implementing a strong educational system based on the bilingualism, probably at the expense of the local languages.

The protests of 2008 developed in Tibet on the occasion of the Olympic Games organized in China, and the reaction of the Chinese authorities, and the international visibility of the event that caused protests in cities like San Francisco, London, Paris, Seoul, etc., shows how significant is the question of the minorities for the Central Government. The international visibility of these protests represents an important issue for the Chinese Government just one year later, where on July 2009 in Urumqi, the capital of the Xinjiang, a very strong protest occurred, considered one of the most serious protests in several decades. The event has been baptized as 7/5, a kind of Chinese 9/11 orchestrated from abroad. The tragedy started with a protest against a riot in the Xuri Toy Factory in the region of Guangdong, where in the city of Shaoguan, two Uighur employees were killed and others injured after the rape of a female Han employee. The repression of the Han policy in Urumqi and the reaction of the local population resulted in many deaths and injured persons. These and others protests that occurred successively (in Xilinhote and Inner Mongolia in 2011, among others), demonstrate that the Chinese Government needs a new elaboration of the ethnic policies more adapted to the stage of development of the country, and more attentive to the ethnic groups' requests.

Recently, the new Chinese President Xi Jinping, in power since November 2012, expressed his will to realize the *Chinese Dream*, a great national revival, and the reinforcement of the sense of unity in the nation under the party leadership, and through the essential elements of Chinese culture, and the reappropriation of its identity and values essential to building a new socialist morality, blending the socialist principles with the humanistic spirit of Confucianism (SCARPARI, 2015, p.9). For the moment, how the question of the minority nationalities will be treated is still unknown. In order to guarantee national unity and the cohesion of the Chinese people, Xi Jinping will need to be able to include the development of all ethnic groups in his concept of the *Chinese Dream* that appears characterized by a strong Han-culture vision.

In China, different scholars and intellectuals are involved in the discussion concerning the minorities. Among them, Ma Rong, professor in the Faculty of Sociology of the Beijing University, maintains that the complexity of the relations between the minorities represents the most important social problem of China. In particular, the dualism Han/*Minzu* (ethnic groups), created even involuntarily, has, de facto, created two parallel structures (one for the Han and the other for the rest of the minorities), encouraging the social conflicts and the development of the riots generated from a lack of comprehension. According to the scholar, a move away from the Confucian values occurred, that as we have already noticed, identify with the culture rather than with the race. He warns about the dangers of the actual system based on the divisions among China's 56 nationalities, and on the territorial-based autonomous units, that could, in his opinion, allow China to follow the USSR, Yugoslavia or Czechoslovakia into national disintegration. Ma Rong takes, as an example, the Constitution of the United States that recognizes the rights of the individuals rather than the groups, favoring, according to the scholars, the interactions between the citizens. Beyond the fact that the United States' model is or is not adaptable to a completely different society as the Chinese one, the ideas of Ma Rong are influencing national debate¹⁶.

The "melting pot formula" is the proposition of another influential scholar, Hu Anggang, Director

16 See: Ma (2007).

of the Institute for Contemporary China Studies at the Tsinghua University (Beijing), one of China's most influential think tanks. Together with Hu Lianhe, Hu Anggang, supporter of new policies aiming to reinforce the national identity, proposes the "melting pot formula" that guarantees cultural pluralism, and to the individuals the right to maintain their own cultural traditions through the lack of specific institutions and privileges, that encourages ethnic fusion, reinforcing the sense of national belonging. According to these scholars, from a political point of view, the elimination of the group differentiated rights, and ensures the equality of all citizens of China. From an economic point of view, these eliminations increase the interactions between all the regions (in particular those inhabited by the ethnic groups). From a cultural point of view, it will be able to integrate all the different traditions in a collective civic culture, reinforcing the national identity (HU; HU, 2011).

Another influential theory very diffused in the Chinese Academy is the "Pluralistic Unity of the Chinese Nation", proposed by the scholar Fei Xiaotong. He recognizes the multiethnic principle as not antithetic to the concept of national unity. China has been developed as a continuum of fusions and assimilations of different populations and ethnic groups during its long history (FEI, 1998).

6. CONCLUSIONS

Since the foundation of the PRC in 1949, the Central Government under the leadership of the Communist Party has considered the question of the minority groups as a central issue for the security and unity of the nation. From a juridical point of view, the Constitution and other fundamental laws, the most important is the *Regional Ethnic Autonomy Law of the People's Republic of China* published in 1984 and amended in 2001, have contributed to the ethnic groups living in the Chinese territory the autonomy and a series of rights including the preservation of their culture, language, heritage, etc.

Despite the fact that the policies concerning the minority groups have been inspired by the Marx-Leninism ideas, the Chinese Communist Party has sinicized important aspects concerning the national question, excluding any form of federalism for the minorities. The unity of the state has always represented the most elevated political value. For this reason, the Central Government conducts a policy of control on the minorities that represents a concern for national unity, for example, through the dispatch of Han officials to the autonomous regions or the attempt to diffuse the common language, in some cases, at the expense of the local languages.

The level of integration with the main ethnic group, the Han, varies according to the different minorities. If some of them have integrated themselves with the Han, for example the Hui that have even employed the *Putonghua* as their main language, on the contrary, other minorities, such as the Uighurs, for example, have kept a sense of strong identity, refusing the assimilation and pursuing their independence.

Despite the juridical protection and concrete policies put in place by the Central Government, the most important is the *Xibu Kaifa* policy, better known in the western countries as the policy on the development of the West, the rapid economical growth that has totally transformed China since the 1980s has had, as negative consequences. a very high level of disparities between the regions, especially between those inhabited by the Han and those inhabited by the minority nationalities. It is clear that the disparities that are characterizing China in the last decades can represent a serious menace for the economic and political stability of the country, and also for the international image of the giant dragon. The realization of a *harmonious society* will necessarily need the reduction of the internal gap and the improvement of the public services for all citizens, the development of the western regions constitute in this sense a very important factor. The protests that developed more intensively since the 2000s, especially in the Tibet and Xinjiang regions, and their international visibility, highlighted the significance

of the challenges of China's ethnic policies, demonstrating that the Central Government needs to think on the lines of a new policy that is able to guarantee the peaceful coexistence between the Han and the other ethnic groups. The stability of the country and its assertion as global power require a cooperative approach from all parties involved in order to achieve a better social balance between all ethnic groups necessary for the realization of the *Chinese Dream*.

Table 1

Ethnicity	Main Geographic Distribution (Provinces)
Zhuang	Guangxi, Yunnan and Guangdong
Manchu	Liaoning, Hebei, Heilongjiang, Jilin, Inner Mongolia and Beijing
Hui	Ningxia, Gansu, Henan, Xinjiang, Qinghai, Yunnan, Hebei, Shandong,
Miao	Guizhou, Hunan, Yunnan, Guangxi, Chongqing, Hubei and Sichuan
Uighur	Xinjiang
Tujia	Hunan, Hubei, Chongqing and Guizhou
Yi	Yunnan, Sichuan and Guizhou
Mongolian	Inner Mongolia, Liaoning, Jilin, Hebei, Heilongjiang and Xinjiang
Tibetan	Tibet, Sichuan, Qinghai, Gansu and Yunnan
Bouyei	Guizhou
Dong	Guizhou, Hunan and Guangxi
Yao	Guangxi, Hunan, Yunnan and Guangdong
Korean	Jilin, Heilongjiang and Liaoning
Bai	Yunnan, Guizhou and Hunan
Hani	Yunnan
Kazak	Xinjiang
Li	Hainan
Dai	Yunnan
She	Fujian, Zhejiang, Jiangxi and Guangdong
Lisu	Yunnan and Sichuan
Gelao	Guizhou
Dongxiang	Gansu and Xinjiang
Lahu	Yunnan
Shui	Guizhou and Guangxi
Va	Yunnan
Naxi	Yunnan
Qiang	Sichuan
Tu	Qinhai and Gansu
Mulam	Guangxi
Xibe	Liaoning and Xinjiang
Kirgiz	Xinjiang
Daur	Inner Mongolia and Heilongjiang
Jingpo	Yunnan
Maonan	Guangxi
Salar	Qinghai
Blang	Yunnan
Tajik	Xinjian
Achang	Yunnan
Pumi	Yunnan
Ewenki	Inner Mongolia
Nu	Yunnan
Jing	Guangxi
Jino	Yunnan
De'ang	Yunnan
Bonan	Gansu
Russian	Xinjiang and Heilongjiang
Yugur	Gansu
Ozbek	Xinjiang
Moinba	Tibet
Orogen	Heilongjiang and Inner Mongolia
Drung	Yunnan
Tatar	Xinjiang
Hezhen	Heilongjiang
Gaoshan	Taiwan and Fujian
Lhoba	Tibet

BIBLIOGRAPHY

BERGSTEN, C. Fred ; GILL, Bates; LARDY, Nicholas R.; MITCHELL, Derek. *China: The Balance Sheet: What the World Needs to Know Now about the Emerging Superpower*, PublicAffairs, 2006.

BLOOMBERG NEWS. *Wen Warns on China's Tensions After Decade of Growth*, 2013. Available at: <<http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-03-05/china-sets-7-5-goal-for-2013-growth-with-3-5-inflation-target>>.

BOROOAH, Vani K.; GUSTAFSSON, Bjorn; LI, Shi. China and India: Income inequality and poverty North and South of the Himalayas. *Journal of Asian Economics*, n.7, 2006: 797-817.

BRESSAN, Luciana. Riforma della scrittura. In : COLLOTTI PISCHEL, Enrica. *Cina oggi: dalla vittoria di Mao alla tragedia di Tiananmen*. Laterza, Roma, 1991.

CHAUDHRY, Peter. *Ethnic Minority Development in China and ASEAN countries*. Policy Paper presented in the 6th China-ASEAN Forum on Social Development and Poverty Reduction in 2012. Available at: <<http://www.cn.undp.org/content/dam/china/docs/Publications/UNDP-CH-HD-Publications-Ethnic-Minority-Development-in-China-and-ASEAN-countries.pdf>>.

COMMUNIQUÉ OF THE NATIONAL BUREAU OF STATISTICS OF PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA ON MAJOR FIGURES OF THE 2010 POPULATION CENSUS [1] (No. 1). Site web of the National Bureau of Statistics of China. Available at: <http://www.stats.gov.cn/english/NewsEvents/201104/t20110428_26449.html>.

CONSTITUTION OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA.

FEI, Xiaotong. Plurality and Unity in the Configuration of the Chinese People. *The Tanner Lectures on Human Values delivered at the Chinese University of Hong Kong*. 15th-17th November 1988. Available at: <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/fei90.pdf>.

FRANGVILLE, Vanessa. *L'unité dans la diversité: l'altérité en Chine, moteur de l'unité nationale*. Université Jean Moulin Lyon 3. Discours sur l'autre, discours sur soi : Constructions identitaires face à l'altérité, Université Jean Moulin Lyon 3, 2007 : 37-57, <halshs-00308295> .

GINI INDEX, web site of the World Bank, available at: <<http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/>>.

GONG, Sen; LI, Bingqin. *Inequality in China: a Case Study*. Save the Children, 2013. Available at: <https://china.savethechildren.net/sites/china.savethechildren.net/files/library/Inequality_in_China.pdf>.

GOODMAN, David. The Campaign to "Open up the West" National, Provincial- Level and Local Perspectives. *The China Quarterly* (178), 2004 : 317-34.

GRADIN, Carlos. *Rural Poverty and Ethnicity in China*, Paper, Universidade de Vigo, June 2013, Available at: <http://www.ecineq.org/ecineq_bari13/FILESxBari13/CR2/p156.pdf>.

GUSTAFSSON, Björn; LI, Shi. The Ethnic Minority-Majority Income Gap in Rural China During Transition. *Economic Development and Cultural Change*, 51(4), 2003: 805-822.

HAN, Sun Sheng; YAN, ZhongXiong. *China's Coastal Cities: Development, Planning and Challenges*, Habitat Intl. Vol. 23, n° 2, 1999: 217-229.

HU, Angang; HU, Lianhe. *Dierdai Minzu Zhengce: Cuijin Minzu Jiaorong Yiti He Fanrong* [Second Generation Minzu Policies: Promoting Organic Ethnic Blending and Prosperity], *Xinjiang Shifan Daxue Xuebao* (Zhexue Shehui Kexue Bao), vol. 32, n° 5, 2011: 1-13.

JEONG, Jihyeon. Ethnic Minorities in China's Western Development Plan. *Journal of International and Area Studies*, vol. 22, n° 1, 2015: 1-18.

LAI, Hongyi. China's Western Development Program: Its Rationale, Implementation, and Prospects. *Modern China* 28 (4), 2002: 432-466.

LAI, Hongyi. The evolution of China's ethnic policies. *EAI Background Brief* n° 440, March 2009: 1-14.

MA, Jiantang. *Press Release on Major Figures of the 2010 National Population Census*, 2011.

MA, Rong. A new perspective in guiding ethnic relations in the 21st century : de-politicization of ethnicity in China, *Discussing Paper 21*, *The University of Nottingham*, China Policy Institute, July 2007: 1-20.

MACKERRAS, Colin. Ethnic Minorities. In: TUBILEWICZ, Czeslaw. *Critical Issues in Contemporary China*, New York: Routledge, 2006: 171-73.

Mao Zedong's speech given at an enlarged meeting of the Political Bureau of the Central Committee of the Chinese Communist Party on 25th April 1956. The entire speech is available at: <https://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-5/mswv5_51.htm>.

MARXISM AND THE NATIONAL QUESTION. Marxists Internet Archive. Available at: <<https://www.marxists.org/reference/archive/stalin/works/1913/03a.htm>>.

PICCIAU, Simona. La lingua cinese come momento di unità nazionale. *Nae*, anno VII - numero 25, inverno, 2008.

QIN, Xavier. Les minorités ethniques en Chine. Entre inégalités sociales et croissance économique: quelles voies vers une société harmonieuse? *China Institute*, Economics-Politics-International Relations, Politique intérieure, Mars 2011: 1-11.

REGIONAL ETHNIC AUTONOMY LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA (minzu quyu zizhi 民族区域自治).

ROBERTS, John A.G. *Storia della Cina*. Newton e Compton Editori, Roma, 2002.

SCARPARI, Maurizio. *Ritorno a Confucio*. La Cina di oggi fra tradizione e mercato. Il Mulino, Bologna, 2015.

SICULAR, Terry. The Challenge of High Inequality in China, The World Bank, *Inequality in Focus*, vol. 2, n°2, August 2013.

WANG, Geliu; CHEN, Jianyue. Minzu qiuyu zizhuzhidu de fazhan (Development of the Ethnic Regional Autonomy System). Beijing: Minzu chubanshe, 2001: 4-5.

WANG, Yuxiang; PHILLION, Joann. Minority Language Policy and Practice in China: The Need for Multicultural Education. *International Journal of Multicultural Education*, vol. 11, n.1 (2009): 1-14.

WONG, Chack-Kie; TANG, Kwong-Leung; VAI, Lo Lo. Unaffordable healthcare amid phenomenal growth: The case of healthcare protection in reform China. *International Journal of Social Welfare*, vol. 16, n° 2, 2007: 140-149.

YUEN, Siu Tim. Ethnic Minority Policy of People's Republic of China. An overview. Technical Paper, *The Hong Kong Institution of Education*, 2011. Available at: <[http://www.ied.edu.hk/diversityproject/Outputs%20and%20downloads/Doc/Ethnic%20Minority%20Policy%20of%20People%20\(Final\).pdf](http://www.ied.edu.hk/diversityproject/Outputs%20and%20downloads/Doc/Ethnic%20Minority%20Policy%20of%20People%20(Final).pdf)>.

Recebido em: 05/11/2016

Aprovado em: 06/11/2016

GOVERNANÇA GLOBAL, DIGNIDADE HUMANA E REFUGIADOS (OU DESLOCADOS) AMBIENTAIS

GLOBAL GOVERNANCE, HUMAN DIGNITY AND ENVIRONMENTAL REFUGEES (OR ENVIRONMENTALLY DISPLACED PERSON)

ERNANI CONTIPELLI ¹

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade discutir o tema dos refugiados ambientais, a partir da exposição de suas categorias e causas, para, posteriormente, ingressar na questão sobre o seu reconhecimento jurídico, especialmente, na esfera internacional, desde o debate de sua não inclusão entre os beneficiários previstos pelo Estatuto do Refugiado da Convenção de Genebra (1951). A partir de tal momento, passamos a analisar a dignidade humana como princípio essencial do sistema internacional de direitos humanos e fundamento das Constituições modernas e democráticas, bem como sua aplicação ao caso dos refugiados ambientais, para garantir-lhes condições satisfatórias de vida com a atribuição do denominado mínimo existencial. Esse mínimo existencial, diante de novos riscos globais, que demonstram a falência do Estado-nação, recebe, portanto, uma ampliação semântica para abarcar os assuntos relacionados ao meio ambiente e seus efeitos, sobretudo, sociais, como o caso dos refugiados ambientais. Consequentemente, constatamos a necessidade de encerrar nossa investigação com o tema sobre a governança global e sua relação com o meio ambiente, para identificar os esforços políticos que estão sendo realizados, principalmente, no que se refere à mudança climática, e que incidem sobre os deslocamentos ambientais.

Palavras-chave: Governança Global; Dignidade Humana; Cooperação Internacional; Refugiados Ambientais.

ABSTRACT: The present abstract aims to discuss the question concerning the environmental refugees and their categories and causes. Sequentially, we will debate the topic concerning their juridical recognition, specially, in the international order and the problem about their no inclusion among the beneficiaries of the Refugee Statute of the Genève Convention (1951). We will continue with the analysis of the human dignity in order to understand its position in the international system of protection of human rights, figuring as the fundament of the modern and democratic Constitutions. After that we will be able to explain the framework of the application of the human dignity in what concern the environmental refugees and how this principles is able to guarantee a suitable conditions of life to this vulnerable extract of population. Therefore, the human dignity receives an enlargement of its significance in order to involve environmental issues and its social effects as the case of the environmental refugees. Consequentially, our investigation points to the global governance affairs and its relation to the human dignity in order to identify the political efforts realized in the international context in order to face the problem of the environmental displacement.

Keywords: Global Governance; Human Dignity; International Cooperation; Environment Refugees.

¹ Pós-Doutor em Direito Político Comparado – Universidad Pompeu Fabra. Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado – Universidad Complutense de Madrid. Doutor em Direito do Estado – PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário – PUC/SP. Bacharel em Direito – Mackenzie/SP. Pesquisador Visitante no Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid (Espanha, 2010), no Centro Interdipartimentale di Ricerca e di Formazione sul Diritto Pubblico Europeo e Comparato, DIPEC, da Università degli Studi di Siena (Itália, 2011), no Observatorio de la Evolución de las Instituciones da Universidad Pompeu Fabra (Espanha, 2012), na Université Paris 1 Pantheon – La Sorbonne (França, 2013), na Université Paris 10 – Ouest-Nanterre (França, 2014) y no Korean Institute of Southeast Asian Studies, KISEAS (República da Coreia, 2015). Profesor Visitante na Universidad Castilla-La Mancha (Espanha), na Universidad Lomas de Zamorra (Argentina) e na Korea University (República da Coreia). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó-SC/Brasil. Diretor do Center for European Strategic Research (Itália).

1. INTRODUÇÃO

Tuvalu é um país insular, localizado na região da Polinésia, com um total de 25,44 Km e uma população de aproximadamente 11.810 habitantes. Essa pequena nação independente, que possui uma altitude máxima de 5 metros acima do nível do mar, ganhou notoriedade mundial a partir de 2002, quando seu então Primeiro Ministro Koloa Talake anunciou que processaria na Corte Internacional de Justiça os governos de Estados Unidos e Austrália por descumprimento do Protocolo de Kyoto, haja vista que a emissão de gases de efeito estufa e a consequente elevação do nível do mar, coloca em perigo seu país, que em poucos anos restaria inundado.

Posteriormente, o governo de Tuvalu anunciou que começaria a realizar um procedimento de evacuação da população do país, que estaria condenado pelos efeitos da mudança climática. Assim, foi realizado um acordo com Nova Zelândia, mediante o qual esse país receberia anualmente um certo número de cidadãos de Tuvalu.

Essas palavras introdutórias demonstram a contemporaneidade do tema que envolvem os denominados refugiados ambientais, o qual se encontra vinculado especialmente a proteção de bens de interesse mundial e das camadas mais frágeis de nossa população, que são atingidos pela predatória ação humana sobre o meio ambiente, exigindo um esforço político na esfera internacional para instituição de uma adequada governança global e uma tomada de consciência da sociedade no sentido de exigir a adoção de medidas que garantam a preservação ambiental e condições dignas de existência às gerações atuais e futuras, temas os quais pretendemos investigar no presente artigo.

2. CATEGORIZAÇÃO DOS REFUGIADOS (OU DESLOCADOS) AMBIENTAIS

Em termos gerais, podemos definir os refugiados ambientais como pessoas que foram forçadas a abandonar, de modo transitório ou permanente, seu habitat tradicional, para se deslocar a outro país ou mesmo dentro das fronteiras de seu país de origem, em razão de determinado transtorno ambiental. Esse conceito é ampliado pelo relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente de 1985 (EL-HINNAWI, 1985), que utiliza a designação de refugiado ou deslocado ambiental conforme descrevemos anteriormente, acrescentando as causas que conduziram aos motivos da mudança forçada: perigos naturais e/ou provocados pela atividade humana, como acidentes industriais, grande projetos econômicos de desenvolvimento, inadequado processamento e depósito de resíduos tóxicos, colocando em perigo sua existência e/ou colocando seriamente em risco a qualidade de vida das pessoas na região afetada.

Apenas por uma questão de método e para evitar redundâncias durante o decorrer do trabalho, utilizaremos a denominação “refugiados ambientais” para designar a figura que pretendemos analisar, ainda que o ACNUR utilize o termo “pessoas ambientalmente deslocadas” terminologia que estaria mais próxima a deslocado ambiental.

A partir de tais considerações, constatamos a existência de duas categorias básicas de refugiados ambientais: aqueles que são obrigados a se deslocar transitoriamente por um problema ambiental pontual como, por exemplo, um ciclone ou terremoto e que, após o momento de conturbação, possuem a discricionariedade de voltar a sua residência original; assim como, encontramos aqueles que são obrigados a se deslocar indefinidamente por força de uma modificação permanente no ecossistema da região em que habitam, impossibilitando o retorno.

Podemos incluir ainda uma terceira categoria de refugiados ambientais, aqueles que são obrigados a se deslocar de forma permanente, uma vez que o entorno ambiental onde se situa sua residência habitual não tem mais condições de prover condições satisfatórias de vida, em razão da degradação progressiva dos recursos naturais básicos.

Reforçando o conteúdo das afirmações anteriores, citamos os estudos de Susana Borràs Pentinat (2008, p.4), a qual reconhece a existência de três categorias de refugiados ambientais, conceituando-os do seguinte modo:

[...] aquéllos que han sido desplazados temporalmente debido a presiones ambientales, tales como un terremoto o un ciclón y que probablemente van a regresar a su hábitat original; aquéllos que han sido desplazados de forma permanente debido a cambios permanentes de su hábitat, tales como presas o lagos; y aquéllos que se han desplazado permanentemente en busca de una mejor calidad de vida porque su hábitat original es incapaz de proveerles sus necesidades mínimas debido a la degradación progresiva de los recursos naturales básicos (sería el caso de aquellos que han sufrido un deterioro tan importante en los recursos base de su hábitat natural que ya no puede cubrir sus necesidades básicas como los pequeños propietarios cuyas tierras inundadas, salinizadas o afectadas por graves sequías les obligan a emigrar a otros lugares).

O que se pode concluir com nossas afirmações iniciais é que a questão sobre os refugiados ambientais e seu deslocamento forçado possui um grande impacto em diversos campos da vida humana, na medida em que a deterioração ambiental encontra-se interconectada com aspectos econômicos, culturais, políticos e principalmente sociais, cabendo, então, uma visualização ampla do problema para conferir uma adequada proteção as pessoas envolvidas em tais situações, seja de forma ativa (aquele que é obrigado a se deslocar) como passiva, que se refere ao impacto no contexto em que são recepcionadas tais pessoas e suas consequências.

3. CAUSAS DO REFUGIO AMBIENTAL E SEUS EXEMPLOS

Na definição das causas ambientais que originam o deslocamento forçado, a doutrina classifica: as de conteúdo antropogênico, ou seja, aquelas que derivam da atividade humana, como o desenvolvimento desequilibrado; e as geradas por catástrofes ambientais, que se subdividem em natural tecnológica e bélica. Embora tal divisão tenha grande aceitação acadêmica, coerência lógica e efeito didático, ousamos discordar de seus argumentos, uma vez que compreendemos o meio ambiente a partir de sua primeira lei, qual seja “tudo esta inter-relacionado”, existindo, assim, um vínculo intrínseco entre fenômenos que atingem o ecossistema. Como dizer, por exemplo, que a mudança climática não esteja relacionada com a maior incidência de inundações e outros desastres naturais, na medida em que o ecossistema se torna mais suscetível a tais tipos de fenômenos?

Portanto, consideramos a origem do refugio ambiental como um conjunto de fatores inter-relacionados que atuam sobre ecossistema causando transtornos que afetam o habitat humano. Devemos ressaltar também que entre esse conjunto de fatores o próprio ser humano aparece como elemento chave, na medida em que suas ações transformadoras sobre o meio ambiente contribuem ou até mesmo geram, na maioria das vezes, os problemas mais graves em matéria de impacto ambiental, ou seja, o ser humano é a causa e a consequência dos transtornos ambientais que originam a condição de refugiado, a questão é descobrir, em termos sociais, quem é o responsável por gerar essas crises e quem sofre seu impacto.

Poderíamos inclusive argumentar que as causas do deslocamento ambiental possuem uma dimensão antropogênica, a própria definição que expusemos linhas atrás elenca apenas situações vinculadas a atividade humana. Desse modo, entendemos que a melhor forma de verificar a origem das situações de refugio ambiental seria através de exemplos, independentemente de uma classificação lógico-formal rígida.

Um caso atual e que chama atenção, por ter acontecido em território brasileiro, refere-se ao desastre ambiental de Mariana (Minas Gerais) ocorrido em novembro de 2015, por força do rompimento de

uma barreira de resíduos minerais de ferro às margens do Rio Doce. O acidente afetou todo ecossistema da região, ao propagar mais de 500 milhões de resíduos tóxicos, volume equivalente a 25 mil piscinas olímpicas, atingindo mais de 39 cidades, ao percorrer uma área de mais de 550 Km até alcançar a costa litorânea de Espírito Santo, provocando também um dano irreparável nas praias da região.

Deixando de lado o prejuízo causado ao meio ambiente e a negligência por parte das autoridades envolvidas na situação para tomar medidas adequadas a reparação do desastre, é dizer, questões que por si mesmas já seriam merecedoras de uma análise própria, não podemos esquecer a grande quantidade de pessoas que foram afetadas em sua forma de vida, de sustento e cultura, ao se encontrarem até o presente momento totalmente desorientadas pela perda do vínculo que mantinham com a natureza local.

Recordamos que grande parte da população das cidades atingidas pelo desastre tinham como fonte de sustento a pesca, dependendo, assim, das águas do Rio Doce, agora contaminadas e sem condições para o desenvolvimento da atividade. Ademais, na região também encontramos a tribo indígena dos Krenak, os quais, por possuírem suas tradições culturais e inclusive sua religião associadas ao Rio Doce, correm sério risco de desaparecer, por força de um processo de fragmentação originado pelo deslocamento forçado.

A partir do caso de Mariana, podemos constatar a dimensão do problema relacionado com os refugiados ambientais que, além de gerar uma clara exclusão social, com a marginalização e incapacidade das pessoas atingidas de prover seu sustento, pode implicar até no desaparecimento de uma cultura, um povo, como os índios krenak. Certamente, o deslocamento forçado em tal caso ocorrerá dentro das fronteiras brasileiras, até por conta das dimensões territoriais de nosso país, mas isso não significa que tais pessoas prescindam de uma adequada proteção jurídica de sua integridade física e psicológica, justamente, ao contrário, por sua condição de “refugiados ambientais” devem gozar de benefícios específicos que lhes garantam dignidade e segurança, sobretudo, com a atribuição de uma indenização por parte das grandes e ricas empresas que foram responsáveis por tão grave situação.

Um notório caso que configura um dos maiores desastres ambientais da história e que provocou o deslocamento forçado de um grande número de pessoas ao atingir permanentemente o ecossistema da região refere-se ao acidente nuclear de Chernobyl em abril de 1986. Com a explosão aproximadamente 135 mil pessoas tiveram que ser evacuadas principalmente nos 155 mil Km diretamente afetados pela radiação, originando uma extensa área desabitada por um longo período de tempo.

Durante o período em que ocorreu o acidente, o governo da antiga URSS, com a finalidade de reduzir o pânico entre a população da região, aumentou o nível permitido da dose anual de radiação absorvida na capital ucraniana, Kiev, o que evitou a evacuação obrigatória de milhões de pessoas. No entanto, crianças entre 8 e 15 anos foram enviados a acampamentos de verão e as mulheres grávidas e as mães com filhos pequenos e bebês foram hospedadas em hotéis, casas de repouso, sanatórios e instalações turísticas, dividindo, assim, muitas famílias sem considerar os efeitos sociais de tal medida a longo prazo. (MEYBATYAN, 2015, p.63).

Outro exemplo emblemático diz respeito ao Mar de Aral., situado na Ásia Central, o qual sempre foi caracterizado como produtor de matérias primas, especialmente, o cultivo de algodão, que, ao exigir a construção de infraestruturas hidráulicas e, conseqüentemente, consumir indiscriminadamente a água da região (atualmente, é utilizada 85% da água disponível para irrigação), provocou um desequilíbrio climático que acarretou: na perda de 25% das reservas glaciares entre 1957 e 2000 (CAMPINS ERITJA, 2009, p.02); na redução do Mar de Aral em 15% de seu volume original; e mais de 40.000 km² (superfície maior que Suíça) do antigo leito marinho restou descoberto.

Tal fato causou um deslocamento forçado considerável da população, principalmente, em Uzbequistão. De acordo com estimativas da ACNUR, existem projeções de que antes de 1996, mais de 100.000 pessoas abandonaram a região e, desde essa data, o deslocamento tem sido contínuo em uma média de 4.000 pessoas ao ano.

4. RECONHECIMENTO JURÍDICO E DIGNIDADE HUMANA

Os refugiados ambientais não dispõem de proteção jurídica na esfera internacional, na medida em que não estão incluídos entre os beneficiários da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951, que faz referência taxativa a “fundados temores” de perseguição baseada em motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou opiniões políticas, sem qualquer referência aos deslocamentos por transtornos ambientais.

Logicamente, a extensão da condição de refugiado e seus respectivos benefícios nos termos da Convenção de Genebra ou mesmo através de uma legislação específica sobre a temática dos refugiados ambientais implicaria em melhores condições de vida para tais pessoas na nação para qual se deslocam. Ademais da proteção jurídica e outras garantias provenientes do asilo, os refugiados ambientais teriam acesso a assistência sanitária e auxílio humanitário, inclusive para retornar a seus países de origem, na hipótese de melhoria das circunstâncias que levaram ao deslocamento forçado².

De todos modos, em 2006, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), no informe “A Situação dos Refugiados no Mundo: Deslocamentos no Novo Milênio”, reconheceu a existência de refugiados ou pessoas ambientalmente deslocadas, de acordo com a terminologia adotada pela entidade, sem, contudo, romper o caráter restritivo da Convenção de Genebra e permitir uma proteção no âmbito institucional em relação a tais pessoas em condição de vulnerabilidade.

É certo que falta uma maior abertura por parte da ordem política internacional à realidade social contemporânea, sobretudo, no que diz respeito ao desenvolvimento humano e conseqüentemente à proteção das camadas mais vulneráveis da população, pois o mundo mudou muito desde 1959, o que exige uma adaptação das leis que regem o plano supranacional e, principalmente, um esforço político em nível global para fazer frente aos atuais riscos de escala mundial, como pobreza, terrorismo e as questões ambientais, entre outros assuntos que colocam em perigo as condições de existência digna das gerações atuais e futuras.

Portanto, é necessário buscar no âmbito jurídico internacional e nacional as disposições normativas que resguardariam os direitos dos refugiados ambientais, bem como a adoção de políticas públicas direcionadas a proteção de tal grupo. Em tal sentido, é certo que as normas de direito internacional consagram disposições referentes à promoção de um meio ambiente saudável e acesso ao conjunto de bens essenciais a condições de vida digna aos cidadãos, como descrito, por exemplo, tanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, e que podem ser perfeitamente utilizados para que os Estados signatários de tais acordos possam tutelar adequadamente os refugiados ambientais.

Além disso, devemos recordar que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, sistema normativo que pode ser compreendido como uma lei fundamental (espécie de “Constituição”) para todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, consagra em seu artigo 1º o rol de valores que busca resguardar fundados no ideal de Dignidade Humana e conseqüentemente determina o conteúdo mínimo de direitos essenciais para atribuição de vida satisfatória que deve ser

2 Com respeito às dificuldades encontradas no plano internacional para devida regulação da condição de refugiado ambiental, para atribuir-lhes condições dignas de vida, utilizamos, novamente, os ensinamentos de Susana Borràs Pentinat (2006, p.93): “la noción de refugiado ambiental es controvertida por los autores, que se basan en una definición clásica de refugiado, aquella que se basa en las situaciones estrictamente políticas y sociales. Sin embargo, más allá de determinar cuáles son las causas ambientales que definen el refugiado ambiental, puede ser más importante que la definición de refugiado no venga determinada por las causas, sino por la gravedad de la situación que ha ocasionado el desplazamiento, la imposibilidad del Estado de origen de proporcionar la suficiente asistencia a su población, etc. Estos factores determinan una realidad objetiva y ajena al establecimiento de causas subjetivas que proceden a una clasificación de los refugiados que puede derivar, como en el caso de los refugiados ambientales, a una situación de desprotección jurídica y discriminatoria en relación con otros desplazados por motivos distintos a los ambientales.”

conferido a qualquer indivíduo, independentemente de nacionalidade, crença, etnia, opinião política entre outras traços que fazem parte da composição da personalidade de cada cidadão, ideias estas que servem de base inclusive para a adoção da Convenção de Genebra.

Nestes termos, a dignidade apresenta-se como um enunciado normativo que permite o desenvolvimento de certos conceitos relacionados com o desenvolvimento da vida humana: viver como queira, determinar sua vida de acordo com as características de seu próprio ser, com o absoluto respeito ao direito de ser distinto, a pensar diferente; a viver bem, garantia de condições reais de uma existência satisfatória; e viver sem humilhações, esfera intangível de bens não patrimoniais que envolve a proteção à razão e a consciência humana, assim como a integridade física, preceitos que por si só garantiriam a proteção adequada aos refugiados ambientais, mas devemos ir além.

É certo que as Constituições democráticas, como bem salienta Peter Häberle, tal como foram implantadas no mundo livre e não apenas ocidental se formaram a partir de elementos ideais e reais referidos ao Estado e à sociedade que apontam a uma situação ótima do que deve ser uma situação possível. Entre tais prescrições situamos a dignidade humana:

[...] como premissa, realizada a partir da cultura de um povo e dos direitos universais da humanidade, vividos desde a individualidade desse povo, que encontra sua identidade e tradições e experiências históricas, e suas esperanças nos desejos e a vontade criadora em direção ao futuro. (HÄBERLE, 2003, p. 01).

Desta feita, a ideia de dignidade humana configura-se como força matriz que influencia a compreensão de Textos Constitucionais democráticos, que deve considerar se distinção nem exclusão, que a pessoa possui como atributo natural qualidades que singularizam a formação intelectual e moral de seu ser, que se desenvolvem a partir da atribuição de núcleo essencial de bens e direitos para atribuição de uma situação de vida justa, o mínimo existencial.

Assim, o mínimo existencial é inerente à própria condição humana e acompanha a pessoa durante toda sua vida, consistindo em um conjunto de direitos públicos subjetivos de caráter inalienável, imprescritível e inviolável, que se refletem nas demais disposições constitucionais, especialmente aquelas que estabelecem direitos individuais e sociais, como a garantia à educação, à saúde e segurança e assistência social, entre outras, que devem ser exigidas do Estado e sociedade quando se faz necessário a proteção da dignidade.

E, na linha desse raciocínio, podemos afirmar que as transformações contemporâneas de nossa sociedade e a revelação de novos “riscos globais” ampliaram o conteúdo desse mínimo existencial para envolver temas relacionados ao meio ambiente e sua proteção, de tal sorte que, atualmente, o mínimo existencial comporta a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e as pessoas afetadas por sua degradação devem ser amparadas em toda extensão possível no sentido de garantir o conjunto de bens que foram afetados por tal situação, restaurando o conteúdo essencial de suas respectivas dignidades.

Especificamente, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, o qual utilizamos como instrumentos para ilustração empírica do tema, podemos buscar na base axiológica da Constituição Federal os fundamentos necessários para salvaguardar os refugiados ambientais, bastando para tanto compreender a dinâmica do princípio da dignidade humana e de sua relação com o mínimo existencial ambiental.

4.1. Mínimo Existencial Ambiental: Sistema Jurídico Constitucional Brasileiro

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente é alçado à condição de princípio orientador do sistema constitucional brasileiro, caracterizando-se como vertente direta da dignidade da pessoa humana, para que os cidadãos, no presente e no futuro, possam desenvolver seus projetos de existência em um contexto ecologicamente equilibrado e economicamente sustentável.

Desdobrando tais afirmações, podemos salientar que, ao estar intimamente vinculado à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da ordem jurídica brasileira, o direito ao meio ambiente influencia todo o conjunto de decisões políticas do Poder Público e os valores que devem orientar os comportamentos e relações sociais.

Adicione-se que as exigências advindas do atual momento de crise ambiental vivenciado no plano empírico em escala mundial, como o caso dos refugiados ambientais, reforça os argumentos no sentido de que a proteção ao meio ambiente em suas múltiplas dimensões ganha maior relevância no sistema normativo para produzir os efeitos próprios de princípio geral da ordem constitucional vigente interferindo em toda sua conformação.

Comprovamos a assertiva anterior, ao constatarmos a presença do direito ao meio ambiente de forma implícita no capítulo próprio dos direitos fundamentais, quando a Constituição prevê a possibilidade de sua proteção judicial através de ação popular (art. 5º, LXXIII) ou também nas dobras do direito de propriedade, na medida em que a Constituição exige sua obediência a sua função social (art. 5º, XXIII), aludindo à proteção do meio ambiente como fator de limitação de atos privados.

Ademais, em conformidade com o artigo 170 da Constituição Federal, devemos destacar que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames de justiça social, observando, entre outros princípios, a defesa do meio ambiente.

Como princípio da ordem econômica, a defesa do meio ambiente atua como diretriz justificadora da realização de políticas públicas, assegurando a todos, conforme as palavras de Eros Roberto Grau, existência digna, auxiliando na modulação das propostas de desenvolvimento nacional baseada em uma ética ecológica, que reclama tratamento crítico científico à utilização econômica do fator recursos naturais. (GRAU, 1990, p.225).

O próprio Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a necessidade de interpretação harmoniosa do artigo 225 com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, especialmente, com relação à cláusula que garante e assegura o direito de propriedade em todas suas projeções³, determinando a visão sistemática do tema ambiental e seus princípios contidos ao longo do Texto Constitucional.

Portanto, a Constituição brasileira vigente atribui ampla prospecção ao tema ambiental, que se apresenta como direito fundamental, como princípio geral da ordem econômica e social, possuindo um Capítulo próprio e estando estreitamente vinculado à diretrizes fundantes do sistema jurídico baseado na dignidade humana, o que faz com que componha a ideia de mínimo existencial e oriente a dinâmica das ações estatais e comportamento sociais.

O referido mínimo existencial é aferido a partir da avaliação das condições próprias para gerar o bem comum, o que significa observar suas múltiplas dimensões para promover condições apropriadas de vida aos cidadãos, entre as quais, situamos o meio ambiente e sustentabilidade como expressões do bem-estar socioambiental, que relaciona dignidade humana com ambiente ecologicamente equilibrado para propiciar um grau adequado de desenvolvimento humano.

Em tais termos, o mínimo existencial ambiental consiste, segundo Rogerio Santos Rammê (2013, p.145), na garantia de um nível mínimo de qualidade e segurança ambiental compatível com a dignidade que é inerente à vida humana, é dizer, um padrão mínimo de bem-estar socioambiental, em uma visão integrada, ecológica e sistemática das relações entre ser humano e seu entorno.

Dentro de tal perspectiva, constatamos a existência de um dever de proteção ambiental e do mínimo existencial em relação às pessoas atingidas pela sua degradação, como o caso dos refugiados ambientais, os quais passam a ter direito a um conjunto essencial de bens materiais e morais que formam suas respectivas condições de existência digna e que exigem atuações convergentes por

3 STF, RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.06.1995, DJ de 22.09.1995.

parte de órgãos estatais e da sociedade para resguardar e proteger esse grupo diante de sua situação de vulnerabilidade por transtornos causados ao meio ambiente.

Também podemos verificar em tal caso a manifestação da solidariedade na estruturação político-social ajustada à defesa de pessoas vulneradas por agressões ao meio ambiente, pois a convergência de ações para conferir um mínimo existencial com a cooperação de todos os atores sociais, denota os pressupostos de interdependência, alteridade e auxílio recíproco, elementos próprios do núcleo semântico do mencionado valor e que integram direito e cidadania.

Ocorre que a questão relativa a defesa do meio ambiente não resolve unilateralmente, ou seja, dentro da esfera de soberania do Estado-nação. O enfrentamento e a solução dos problemas ambientais contemporâneos somente se resolvem valorizando a solidariedade internacional, para abrir espaço a uma maior cooperação entre Estados através da institucionalização de uma adequada governança global, o que certamente incidiria na atribuição de condições dignas de existência aos refugiados ambientais.

A seguir, verificaremos os principais esforços realizados na esfera internacional para consagração de uma governança global, com destaque para o tema ambiental e da mudança climática, a fim de que possamos refletir melhor sobre os refugiados ambientais, dignidade humana e solidariedade internacional, entre outros relevantes assuntos.

5. GOVERNANÇA GLOBAL E MEIO AMBIENTE

Com relação à temática ambiental e, especialmente, da mudança climática⁴, a qual incide consideravelmente sobre a questão dos deslocamentos forçados, é possível verificar algum tipo de ação política para estabelecimento de uma governança global tendente, ao menos, à contenção do problema, como o acordo de Paris firmado na COP21, que se trata de um pacto de dimensão universal com a fixação de objetivos de longo prazo para manter a variação da temperatura do planeta entre 1,5° até 2° centígrados. Entretanto, existe grande expectativa em relação à devida concretização das metas estabelecidas no acordo, uma vez que os compromissos que devem ser assumidos no âmbito nacional não são vinculantes e, ao final, aguardam a vontade política e a moral dos governantes, as quais, na atualidade, não se encontram em alta.

Entre os críticos que alertam para os riscos sociais extremos que podem ser gerados pela mudança climática, destacamos Naomi Klein em seu festejado livro *“Tudo pode mudar: Capitalismo vs Clima”* (KLEIN, 2016). A autora explica que a mudança climática trata-se de um grave problema de extensão global sustentada pelo consenso científico e que nos momentos de crise econômica, esquecemos de sua existência, colaborando com os interesses da chamada *“elite dominante”*, como por exemplo, durante a crise de 2008, em que os movimentos sociais centraram suas reivindicações em condições sociais como educação, saúde, moradia, emprego, isto é, em temas cotidianos, mas é verdadeiro também que durante esse período as pressões econômicas afetaram também as políticas de investimento em energia renovável, com o corte de importantes subsídios para o setor, atingindo a liderança europeia na defesa do meio ambiente. Assim, Klein propõe a realização de um *new deal* verde, ou seja, uma grande quantidade de investimentos públicos em energia renovável como forma de reverter a grave situação projetada para o futuro do nosso modelo de sociedade.

4 Sobre a relevância da mudança climática na atualidade, citamos: “Nesse contexto, as alterações climáticas são hoje a maior ameaça à humanidade no seu conjunto, na medida em que, pela primeira vez desde que há memória histórica, a ação humana atingiu tal capacidade de alterar a estrutura profunda do planeta, de modelar o frágil equilíbrio da sua complexa rede de sistemas – da atmosfera à hidrosfera, passando pela criosfera, litosfera e biosfera – que alguns cientistas proeminentes falam já da existência de uma nova, e provavelmente efêmera, era geológica caracterizada por esse poder plástico da humanidade, o Antropocênio” (LOPES; AB’SABER; HOSSNE, 2012, p. 412).

Outro importante autor que defende esse modelo de economia verdade é Tim Jackson (2011), ao afirmar que o crescimento econômico deve encontrar seus fins vinculados à proteção ecológica, compreendendo também que as nações devem investir na renovação de seus sistemas energéticos e obras de infraestrutura para promover e assegurar um desenvolvimento sustentável e equilibrado com o meio ambiente.

Desde a perspectiva dos autores mencionados, constatamos uma íntima relação entre economia, sociedade e proteção ambiental, elementos que se encontram totalmente compatibilizados com a ideia de governança global pautada na dignidade e solidariedade exigidas pela contemporânea realidade socio-político mundial, em que a prosperidade não deve estar fundada no consumo exacerbado, que gera um contexto de competição e egoísmo, senão com o desenvolvimento das capacidades humanas no quadro dos recursos limitados de nosso planeta e que nos permitem sobreviver em um ambiente caracterizado pela cooperação em que o bem comum e os interesses individuais se relacionam de modo equilibrado.

Resta claro, então, que o momento vivido pela sociedade contemporânea exige soluções que transcendam a esfera de interesses nacionais, isolados na soberania de cada nação, o que revela a demanda por ações que consagrem formas de colaboração a nível mundial, que permitam uma evolução em termos de governança global orientada a objetivação da dignidade humana e da solidariedade, para promover um diálogo entre ordens interna e internacional e reforçar as relações de interdependência e colaboração mútua entre nações⁵.

Um dos melhores exemplos de que uma governança global desse tipo é possível diz respeito ao Protocolo Montreal e a conclusão de seus objetivos para superação do problema relativo ao buraco da camada de ozônio. O Protocolo de Montreal foi negociado em 1987 e entrou em vigor em 1989, proibindo a utilização de compostos orgânicos clorados (clorofluorcarbonos, CFC), e, atualmente, começa a dar sinais positivos quando os cientistas tiveram evidências que as medidas seriamente adotadas pelos países signatários contribuíram para redução do buraco da camada de ozônio, que tem a expectativa de ser recuperada até 2050, demonstrando e nos dando esperança de que com vontade política uma cooperação internacional eficiente é possível.

Essa forma de cooperação internacional demonstra, por um lado, a dimensão mundial dos novos “riscos”, por outro, a ineficiência do Estado de resolver isoladamente tais demandas, o que exige uma colaboração supranacional para concretização de uma adequada governança global, com a modificação do comportamento e da consciência social no sentido de uma concepção mais solidária de vida, para reconhecer no outro a si mesmo, e exigir, protestar pela adoção de novas políticas e instrumentalização do sentido das leis para proteção das camadas mais vulneráveis da sociedade, como o caso dos refugiados (ou deslocados) ambientais e seus respectivos conteúdos de dignidade e mínimo existencial.

6. CONCLUSÃO

A problemática sobre os refugiados (ou deslocados) ambientais está inserida no conturbado cenário da nova ordem mundial, em que o dogma da ação humana baseado no crescimento econômico desmedido afeta as condições de vida das pessoas em seu habitat original, promovendo a degradação dos recursos naturais essenciais para prover suas necessidades básicas, o mínimo existencial, obrigando-lhes a deslocar-se forçadamente a outras terras, regiões, nações, prejudican-

⁵ O tema sobre governança global envolve a necessidade de serem encontradas fórmulas de organização social que possibilitem um ajuste entre poder institucional e os efeitos da globalização, que consolidem a ideia de interdependência entre nações para enfrentar problemas comuns e de ordem mundial, o que exige uma maior flexibilização do poder institucional para romper com o paradigma da soberania absoluta própria da figura do Estado-nação. Assim, é possível argumentar que ultrapassamos o paradigma do Estado-nação para alcançar o do Estado Cooperativo, o qual se encontra aberto ao sistema de decisões políticas estipuladas na esfera internacional, com o estreitamento das relações de interdependência e solidariedade entre Estados-nação e seus cidadãos, para buscar a justa solução dos desafios comuns enfrentados pelo mundo na atualidade (CONTIPELLI, 2016, p.85).

do sensivelmente os próprios pressupostos da dignidade humana, conforme a noção de identidade social e cultural de tais pessoas com o meio em que vivem, como o que esta ocorrendo com a população da Ilha de Tuvalu e que, certamente, passara com os deslocados atingidos pelo desastre de Mariana no Brasil, entre os quais, como havíamos mencionado, destacamos os índios Krenak, que correm o risco de perderem sua cultura e tradição.

Por fim, devemos compreender, a partir da lei de ouro da ecologia, a qual afirma que “tudo está inter-relacionado”, que a degradação ambiental envolve uma série de fatores que impactam negativamente com o meio ambiente, o que abarca desde o modelo econômico neoliberal baseado no consumismo exacerbado, as atuais políticas de privatização e corte de direitos sociais e, até mesmo, nossas próprias ações individuais, é dizer, o que pretendemos fazer para modificar esse modelo de vida que coloca em risco a própria existência de nossa espécie diante dos limitados recursos que dispomos no planeta.

REFERÊNCIAS

BORRÀS PENTINAT, Susana. Aproximación al Concepto de Refugiado Ambiental: Origen y Regulación Jurídica Internacional. *III Seminario sobre los agentes de la cooperación al desarrollo: refugiados ambientales, refugiados invisibles*. Universidad de Cadiz, 2008.

BORRÀS PENTINAT, Susana. Refugiados Ambientales: El Nuevo Desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente. *Revista de Derecho*, vol. XIX, n. 02, Universidad Rovira i Virgili, 2006.

CAMPINS ERITJA, Mar. *La gestión de los cursos de agua internacionales en Asia Central: ¿amenaza u oportunidad?*. El Observatorio de Asia Central, Real Instituto Elcano (<http://biblioteca.ribei.org/1603/1/ARI-77-2009.pdf>).

CONTEPELLI, E. Estado Constitucional Cooperativo: Perspectivas sobre Solidariedade, Desenvolvimento Humano e Governança Global. *Revista Inciso*, vol. 18, Universidad La Gran Colombia, 2016.

EL-HINNAWI, E. *Environmental Refugees*. Nairobi: United Nations Environmental Programme, 1985.

GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas da UNAM, 2003.

JACKSON, Tim. *Prosperidad sin Crecimiento: Economía para un Planeta Finito*. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

KLEIN, Naomi. *Tudo pode mudar: Capitalismo vs Clima*. São Paulo: Editora Presença, 2016.

LOPES, Adelirian Martins Lara, AB'SABER, Aziz Nacib, HOSSNE, Willian Saad. O Conceito de Refugiado Ambiental – é uma questão bioética? *Revista Bioethikos*, Centro Universitário São Camilo, 2012.

MEYBATYAN, Silva. Las Catástrofes Nucleares y el Desplazamiento. *Revista Migraciones Forzadas*, n.45, marzo 2015 (<http://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/crisis>).

RAMMÊ, R. S. Federalismo Ambiental Cooperativo e Mínimo Existencial Socioambiental: a Multidimensionalidade do Bem-Estar como Fio Condutor. *Veredas do Direito*, v. 10, n. 20, Belo Horizonte, 2013.

Recebido em: 05/11/2016

Aprovado em: 14/02/2017

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO AGROAMBIENTAL: Una Ojeada a Partir de la Pertinencia de las Ciencias Ambientales

THE JURIDICAL ORGANIZING ENVIRONMENT AGRICULTURE: A Glance as from the Pertinence of the Environmental Sciences

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ¹

RESUMEN: La explosión mundial en interés por la búsqueda de nuevos caminos sustentables para la producir alimentos ha generado proyectos de investigación y experimentos tecnológicos de desarrollo; sin embargo, el mayor énfasis es todavía altamente tecnológico, enfatizando la sustitución de los insumos a fin de reemplazar las tecnologías agroquímicas costosas y degradantes por tecnologías seguras para el medio ambiente y que dependen de bajos insumos externo que permitan apreciar el contexto y la complejidad de los procesos agroecológicos. En Cuba es una prioridad potenciar la producción de alimentos sanos que no agredan al medio ambiente dentro de las formas de gestión. El artículo tiene como objetivo demostrar la necesidad de regular dentro del ordenamiento jurídico nacional y en especial dentro del Derecho Agrario el uso de la agroecología por su vínculo con las Ciencias Ambientales. Fueron empleados como métodos de investigación el exegético jurídico, análisis y síntesis, el histórico-lógico, e inducción-deducción.

Palabras claves: Desarrollo Urbano; Fincas Forestales; Principios Ambientales; Agroecología.

ABSTRACT: The worldwide explosion in interest for the quest of new sustainable roads stops to be produced to her foodstuff you have generated fact-finding projects and technological experiments of development; However, the bigger emphasis is still highly technological, emphasizing the substitution of the raw materials in order to replace technologies costly and degrading agrichemistries for safe technologies for the ambient midway and the fact that they depend on low external raw materials that they allow appreciating the context and the complexity of the processes agroecológicos. It is a priority to increase the power of the production of healthy foodstuff in Cuba that they not attack the ambient midway within the forms of step. The article has like objective to demonstrate the need to regulate within the juridical national organizing and specially within The Agrarian right the use of the agroecología for his link with the Environmental Sciences. They were employed like fact-finding methods the exegetic juridical, analysis and synthesis, the historic logician, and induction deduction.

Keywords: Urban Development; Forestal Farmsteads; Environmental Beginnings; Agroecología.

¹ Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente. Licenciado en Derecho. Profesor Auxiliar - Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de Granma, República de Cuba. Imparte las materias Derecho Ambiental y Mercantil. *El trabajo es parte de una investigación vinculada al control ambiental a través de la auditoría pública dentro de las formas de gestión por su vínculo con la Responsabilidad Social Empresarial y el desarrollo agrario patrio en la reforma del modelo económico.* Email: aantunez@udg.co.cu | antunez63@nauta.cu

1. PRÓLOGO

El excesivo uso y aplicación de insumos agroquímicos externos, la implementación de sistemas de producción de monocultivo a gran escala, la concentración de la población rural en áreas urbanas, y la dependencia de pocos productos de exportación le han conferido una alta vulnerabilidad al modelo agrícola convencional cubano que desde muchos años se implementaba por el Ministerio de la Agricultura en las formas de gestión del sector estatal y en menor escala por los agricultores privados a partir del proceso de institucionalización de la nación en el pasado siglo. Autores como MORENO FRAGINALS (1978), MARRERO (1984) y LE RIVEREND (1992) significan que la historia de Cuba se caracteriza por una larga tradición agroexportadora, de monocultivo y de extracción de recursos naturales.

Situación que se hizo insostenible a principios de los años 90 del pasado siglo con la desintegración del campo socialista de Europa, al limitarse la nación al acceso a la mayoría de los insumos agrícolas obtenidos a precios favorables a través del Consejo de Ayuda Mutua Económica desde los inicios de la Revolución, cooperación que se aportaba desde el extinto campo socialista; así fue como la agricultura cubana y otras ramas de la economía entraron en la mayor crisis de su historia, sin embargo, este hecho proporcionó condiciones excepcionales para la construcción de un modelo alternativo de agricultura a escala nacional.

Es por ello que este autor valora que la diversificación, la descentralización y el movimiento hacia la autosuficiencia alimentaria han sido las tendencias principales dentro de la agricultura cubana que permiten hoy reconocer a la agricultura ecológica, cuya práctica es realizada por las formas de gestión estatales y por la privada. Empero, hay que significar que Cuba ha sido el único país en el mundo en transitar de un modelo agrícola convencional, basado en altos insumos y fuertemente subsidiado a otro alternativo, de bajos insumos y uso intensivo de los recursos naturales disponibles aplicado por el sector privado, denominada agricultura ecológica.

El hecho de que el país haya experimentado un cambio tan dramático en la intensidad de la producción agropecuaria, ha sido una oportunidad única, en tanto ha servido como punto de partida para el diseño de una agricultura sostenible a escala nacional, en atención a la meta que emprende el país desde el texto constitucional en su artículo 27, para alcanzar el desarrollo sostenible.

De la lectura de ALEMÁN PÉREZ (2003) quien consideró que dentro de la amplia gama de preocupaciones humanas relacionadas con su supervivencia, en un mundo cada vez más complejo, se encuentra una de vital significación, se trata de la búsqueda y logro de un sustento alimentario para una población en perpetua expansión que, como contrapartida, ve reducidos por diversas causas aquellos espacios en que puede cultivarse la tierra. Hoy, de modo creciente, una mentalidad ecologista se apodera de amplios sectores sociales penetrando en el mundo de la creación científico-técnica, e involucrando en sus objetivos cuestiones casi ignoradas hasta ahora.

El medio que tratamos de aprehender para provecho humano debe ser preservado o destruiremos el hábitat en que se desarrolla nuestra civilización. son tres los grupos sociales involucrados en la aplicación de las estrategias agroecológicas en la agricultura cubana: los nuevos productores (urbanos y rurales), que surgieron durante los primeros años de dificultades económicas; los pequeños agricultores y sus familias, que heredaron la tierra y preservan un importante conocimiento tradicional en el manejo de sistemas de producción diversificados y localmente adaptados; y un número creciente de miembros de las Unidades Básicas de Producción Cooperativas (unidades de producción con una estructura cooperativa, que laboran en tierras estatales otorgadas en usufructo) al amparo del Decreto-Ley No.142 de 1993, Sobre la creación de las Unidades Básicas de Producción Cooperativa. Sin embargo, este autor valora que aún falta una acción articuladora de toda esta experiencia acumulada y el potencial humano existente para que se avance más en lograr la autosuficiencia alimentaria en la nación, muy ponderada y necesaria en este siglo XXI para alcanzar el desarrollo sostenible.

GONZÁLEZ (2007), en calidad de experto pondera que hay creencias de que la agroecología es de pobres, de baja productividad y puede estar fundamentado esto con razón por lo que se ve que sucede, en todas partes, los más ricos hacen la agricultura química, la industrializada y el defiende la agricultura sostenible. Dentro de las formas de gestión del sector estatal, se pregona que la agroecología profesional es un conjunto de acciones que lo incluye todo: la biodiversidad, la mejora y protección del medio ambiente, la devolución de la vida al suelo, el aprovechamiento de todas las fuentes de energía incluyendo que la familia viva en la pequeña finca. Continúa señalando que, en estas fincas agroecológicas son el orgullo general, nunca se queman, las afectan menos las sequías o los huracanes, pueden generar todo el fertilizante que necesitan y no tienen que aplicar ni productos biológicos contra plagas y enfermedades si se armoniza inteligentemente con la naturaleza sembrando cada cultivo en su ciclo acorde a cada finca, al igual que poseer aquellos animales y plantas a los que se le pueden ofrecer todas las atenciones que requieran sin abarcar más de lo que se pueda.

FUNES-MONZOTE (2009) estimó que la diversificación, la descentralización y el movimiento hacia la autosuficiencia alimentaria como tendencias principales dentro de la agricultura cubana coadyuvaron que Cuba fuera el único país en el mundo en transitar de un modelo agrícola convencional, basado en altos insumos y fuertemente subsidiado a otro alternativo, de bajos insumos y uso intensivo de los recursos naturales disponibles. Este cambio tan dramático en la intensidad de la producción agropecuaria, sirvió como punto de partida para el diseño de una agricultura sostenible a escala nacional. Modelo convencional que alcanzó incrementos sustanciales en cuanto a cantidad de tierras y productividad de la fuerza de trabajo, pero al costo de altos niveles de insumos adquiridos a precios subsidiados.

A cambio, Cuba exportaba a los países socialistas de Europa del Este materias primas y productos agrícolas a precios preferenciales. En un inicio esta situación podría resultar favorable para la agricultura cubana, con un acceso casi ilimitado a tecnología y recursos, así como a energía y capital en forma de subsidios. Sin embargo, creó una enorme dependencia con serias consecuencias en términos de inseguridad alimentaria, que se manifestó dramáticamente a inicios de la crisis de los 90 del pasado siglo, cuando se demostró la alta fragilidad e ineficiencia del modelo económico implementado, junto con el endurecimiento del bloqueo económico arrojó a Cuba a una crisis estructural de carácter multidimensional y efectos dramáticos sin haber estado implicada en un conflicto bélico.

La nación cubana al emplear tecnologías costosas y de altos insumos no alcanzó las expectativas trazadas y tuvo impactos ambientales negativos reportados por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente en 1997 a partir de la promulgación en el ordenamiento jurídico patrio de la Ley No. 81 de 1997, al traer reducción de la biodiversidad, contaminación de las aguas subterráneas, erosión de los suelos y deforestación. Como modelo agrícola derivó consecuencias socioeconómicas como la migración a gran escala de la población rural hacia las ciudades, la pérdida de agricultores experimentados con conocimientos y tradiciones. Todos estos elementos coadyuvaron a que la productividad de la tierra declinara.

Este autor valora que estos impactos negativos en materia ambiental se contraponen a lo que se establece en la Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente, al no observarse los principios del Derecho Ambiental de manera adecuada por las formas de gestión en relación con la explotación del suelo cubano para la obtención de productos destinados a la alimentación, en torno a lo señalado por autores de la talla de BRAÑES BALLESTEROS (1995), CAFERRATA (2011), LOPERENA ROTA (2012), GONZÁLEZ BALLAR (2012), AGUILAR ROJAS & IZA (2012) JAQUENOD DE ZOGON (2013), MOSSET ITURRASPE (2013), REY SANTOS (2014), PEÑA CHACÓN (2015), ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2015).

Es decir, se preconiza que no han sido fomentados los principios del Derecho Ambiental a pesar del poder de irradiación que estos tienen, por el deseo consciente de conservar el medio ambiente o desarrollar tecnologías sostenibles basadas en planteamientos y basamentos científicos que tengan en cuenta lo elemental de los principios de prevención precaución, prevención, legalidad, cooperación y responsabilidad.

Sin embargo, diversos estudios agronómicos, económicos y sociales han demostrado que existen posibilidades para el desarrollo de sistemas agrícolas sostenibles que combinen la factibilidad técnica, la viabilidad económica, la sustentabilidad ecológica y la aceptación social, aunque todavía falte una perspectiva interdisciplinaria integral para su implementación en atención a la multidimensionalidad. En estas difíciles circunstancias citadas y contra todo pronóstico, el proyecto revolucionario patrio resistió. Ensayó una transición social innovadora. Desde mediados de los 90 del pasado siglo, misiones científicas internacionales comenzaron a informar de un proceso adaptativo inesperado, que resultaba especialmente interesante en el ámbito agroalimentario: una suerte de conversión agroecológica a gran escala, que lograba producir alimentos con muy bajos insumos energéticos, y que además contaba con el apoyo del Estado cubano (BENJAMÍN, 1994).

ROSSET (1994) denominó “el reverdecimiento de la Revolución” al conjunto de procesos que parecían un experimento histórico de vanguardia, como un ejemplo pionero de cómo una sociedad industrial podía adaptarse a una escasez extrema de combustibles fósiles sin sufrir una catástrofe alimentaria. Se señala que Cuba ganó reputación con la respuesta agrícola alternativa y como ejemplo de transición hacia una sociedad post-petróleo (WRIGHT, 2005). Los movimientos sociales ecologistas de todo el mundo, especialmente aquellos que trabajan en la línea de apostar por el decrecimiento económico, mirando a Cuba como una fuente de inspiración (PFEIFFER, 2003, VÉSPERA DE NADA, 2013).

Este autor analiza que el dilema que acontece en el mundo, por un lado se le pide incrementar la producción y la productividad, pero por otro lado, cada día son más evidentes los riesgos medio ambientales que se corren de mantenerse las actuales prácticas productivas, insostenibles desde el punto de vista energético y desde el punto de vista de los recursos naturales. Es por ello que dentro de las formas de gestión gana espacio la empresa amigable con el ambiente, donde el impacto ambiental de la industria sea mínimo al utilizar tecnologías limpias.

Entonces, si se incrementa la producción, hay que hacer mejoras en el desempeño ambiental o en la eficiencia ecológica de la tecnología que se utilice, para evitar el consiguiente aumento en el impacto ambiental. Y, para que esto sea posible, las innovaciones científicas y tecnológicas resultan esenciales, de aquí el rol que juegan las ciencias ambientales al formar profesionales con estas competencias desde los modos de actuación.

2. LAS CIENCIAS AMBIENTALES Y LA AGROECOLOGÍA

Los cambios ambientales globales, comprendido en el cambio climático al ser el problema ambiental de mayor consecuencias en el mundo, se aprecia cómo están estrechamente ligados a crisis sociales, políticas y económicas, que van desde la pobreza hasta la desigualdad, pasando por el descontento social. Las consecuencias de la interacción de esos cambios y crisis se están extendiendo rápidamente por todo el mundo y afectan ya a los sistemas en los que se basa nuestra vida, así como a nuestros medios de subsistencia y modos de vivir. Es por ello que las sociedades humanas tienen que encontrar ahora soluciones para proteger las riquezas que les prodiga la Tierra y salvaguardar la equidad social y el bienestar para todos.

En la búsqueda apremiante de estas soluciones, los conocimientos de las Ciencias Sociales son indispensables para comprender las causas y las consecuencias de los cambios ambientales globales, y también para elaborar con conocimiento de causa soluciones más eficaces, equitativas y perdurables que permitan superar los problemas actuales y abrir paso a un futuro sostenible, de aquí el nacimiento de las Ciencias Ambientales a finales de los 70 del pasado siglo.

Estas surgen ante la necesidad de comprender y encontrar soluciones a la grave y compleja crisis ambiental en que vive la sociedad globalizada en sus relaciones con la naturaleza, de la cual pondera este autor aún en el siglo XXI no hay una conciencia adecuada en su preservación para las

futuras generaciones. Con el surgimiento de la bioeconomía y la posición en que se ubica América Latina ante este nuevo paradigma que, por definición, incluye a la biotecnología en su relación con las Ciencias Ambientales y su implementación en la agroecología.

LEFF ZIMMERMAN (2009), consideró que las Ciencias Ambientales han tenido un lento proceso de construcción en las que se han abierto el paso superando los obstáculos epistemológicos y las barreras institucionales que erige la institucionalización de la ciencia normal, reclamando su derecho de ciudadanía en el concierto del conocimiento. El reto de la crisis ambiental para el conocimiento fue planteado desde los inicios del movimiento ambientalista en los años 70. Estos coincidieron con aquellos que surgieron de los enfoques emergentes del pensamiento de la complejidad y los métodos de la interdisciplinariedad. La certificación de las ciencias ambientales requiere una justificación epistemológica y una justificación práctica sobre la especificidad de su objeto de conocimiento y sobre su necesaria aplicación para la comprensión y resolución de los problemas ambientales complejos de nuestro tiempo.

Si bien hoy en día es posible reconocer la constitución de nuevas disciplinas ambientales como la economía ambiental, la ingeniería ambiental, la psicología ambiental, la antropología ambiental, la sociología ambiental, y el derecho ambiental, no es claro si deba dárseles cabida como nuevas ramas temáticas del conocimiento dentro de las estructuras científicas y académicas establecidas, o si éstas deban conjugarse dentro de un nuevo espacio epistémico e institucional propio.

FUENZALIDA (1993), señaló que las Ciencias Ambientales han sido definidas como la búsqueda del conocimiento nuevo, de conceptualizaciones y explicaciones en el ámbito del medio ambiente incorporado como agente y sujeto de cambio al ser humano. Lo más característico de su accionar es la relación directa con la calidad de vida humana apoyada en la sustentabilidad del funcionamiento, a corto y largo plazo, de su base biogeofísica sobre el planeta.

Su definición es operacional: son ciencias que contribuyen al desarrollo económico y social (o bienestar humano) sobre una base ambientalmente sustentable. Es por ello que las ciencias que contribuyen a dicha meta son legítimamente reconocidas en la "clasificación por disciplinas científicas y tecnológicas" y por la UNESCO. En fin esta meta ciencia es una mezcla de ciencias Biológicas, Químicas y Naturales junto con las Ciencias Sociales.

Para LUGO (2010) las Ciencias Ambientales son una disciplina científica cuyo propósito es buscar y conocer las relaciones que mantiene el ser humano consigo mismo y con la naturaleza, la que incluye a la agroecología. Esta incluye áreas de estudios multidisciplinario abarcando distintos elementos de la naturaleza. Así como el estudio de problemas ambientales y la propuesta de modelos para el desarrollo sustentable. Sin embargo HECHT (1999) significa que el término agroecología data de los años 70 del pasado siglo, pero la ciencia y la práctica de la agroecología son tan antiguos como los orígenes de la agricultura en el mundo.

A medida que los investigadores exploran las agriculturas indígenas y sus saberes como reliquias modificadas de formas agronómicas más antiguas, se hace más notorio que muchos sistemas agrícolas desarrollados a nivel local incorporaron rutinariamente mecanismos para acomodar los cultivos a las variables del medio ambiente natural y para protegerlos de la depredación y la competencia, vinculada a las ciencias ambientales como hoy se reconoce en el mundo académico.

Es por ello que el término agroecología valora este autor, ha llegado a significar muchas cosas, incorpora ideas sobre un enfoque de la agricultura más ligado al medio ambiente y más sensible socialmente; centrada no sólo en la producción sino también en la sostenibilidad ecológica del sistema de producción. A esto podría llamarse el uso normativo o prescriptivo del término agroecología, porque implica un número de características sobre la sociedad y la producción que van mucho más allá de los límites del predio agrícola. En un sentido más restringido, la agroecología se refiere al estudio de fenómenos netamente ecológicos dentro del campo de cultivo, tales como relaciones depredador/

presa, o competencia de cultivo/maleza. Su visión ecológica se centra en la idea que un campo de cultivo es un ecosistema dentro del cual los procesos ecológicos que ocurren en otras formaciones vegetales, tales como ciclos de nutrientes, interacción de depredador/presa, competencia, comensalía y cambios sucesionales, también se dan.

La agroecología se centra en las relaciones ecológicas en el campo y su propósito es iluminar la forma, la dinámica y las funciones de esta relación. En algunos trabajos sobre agroecología está implícita la idea que por medio del conocimiento de estos procesos y relaciones los sistemas agroecológicos pueden ser administrados mejor, con menores impactos negativos en el medio ambiente y la sociedad, más sostenidamente y con menor uso de insumos externos. Tal y como lo refieren autores de la talla de SPEDDING (1975); CONWAY (1981); GLIESSMAN (1982); ELLEN (1982); ALTIERI (1983); CHAMBERS (1983) LOWRANCE, (1984); CONWAY (1985).

Este autor considera que se deberán integrarse conocimientos que vayan desde los enfoques de las Ciencias Agrícolas, de las Ciencias Biológicas, del Derecho Agrario, del Derecho Ambiental, de la Ecología, de la Ingeniería Empresarial, la Ingeniería Industrial, La Administración de Empresas y las Ciencias Contables, entre otras. A partir de las contribuciones que cada ciencia le ha aportado a la agroecología relacionados con los problemas de la contaminación, la degradación ambiental, el agotamiento de los recursos naturales; como problemáticas que tributaron al nacimiento de la denominada Revolución Verde, toda vez que esta analizó puntos de vista desde diferentes disciplinas, contribuyó al primer análisis holístico de las estrategias de desarrollo agrícola/rurales. Fue además la primera evaluación ampliamente difundida que incorporó críticas ecológicas, tecnológicas y sociales a esta temática abordadas por este autor en este artículo.

Es por esto que la agroecología como ciencia, se aprecia que articula los asuntos tecnológicos que requieren prácticas agrícolas más sensibles al medio ambiente y a menudo encuentra congruencia del desarrollo tanto ambiental como participativo con perspectivas filosóficas. Es por esto que la diversidad de preocupaciones han influido en el desarrollo de la agroecología es amplio. Por esta razón los agroecólogos con un entrenamiento mucho más rico que el encontrado corrientemente entre los alumnos de ciencias agrarias centrados en una disciplina, como asimismo muchos más equipos multidisciplinarios trabajando en estos asuntos en el campo. Como disciplina nueva, ha planteado más problemas que soluciones, ampliando el discurso agrícola en este siglo XXI donde los instrumentos de tutela y mercado en la gestión ambiental están presentes.

3. EL DERECHO AGRARIO EN CUBA. LA INTRODUCCIÓN DE LA AGROECOLOGÍA EN LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA DENTRO DE LAS FORMAS DE GESTIÓN

Las transformaciones ocurridas en el campo cubano durante la última década del siglo XX son ejemplo de la conversión agrícola a escala nacional que ha acontecido en el sector estatal, de una agricultura altamente especializada, convencional, industrializada y dependiente de altos insumos externos, hacia un modelo alternativo basado en algunos de los principios de la agricultura orgánica y la agroecología, de los cuales coinciden autores como ALTIERI (1992); ROSSET Y BENJAMÍN (1994); SINCLAIR Y THOMPSON (2001), WRIGHT (2005); FUNES-MONZOTE (2009). Estudios sobre esta conversión atribuyen sus éxitos tanto a la forma de organización social como al desarrollo de tecnologías compatibles con el medio ambiente.

A diferencia de otros movimientos de agricultura sostenible desarrollados en otros países en América Latina, el cubano fue masivo, contó con una amplia participación popular, donde la producción agraria fue vista como una clave para la seguridad alimentaria de la población, reconocidos en el ordenamiento jurídico patrio en la Ley No. 85 de 1997, Ley Forestal, en el Decreto Ley No. 153 de 1994 Regulaciones de Sanidad Vegetal, en el Decreto No. 175 de 1992 Regulaciones sobre la calidad de las

semillas y sus contravenciones y en el Decreto Ley No. 137 de 1993 Reglamento de productos para la alimentación animal antes de su introducción en la práctica veterinaria, entre otros.

Es así, que a inicios de los años 90 del pasado siglo XX los sistemas agrícolas más empleados consistieron en la sustitución de insumos químicos por biológicos y el uso más eficiente de recursos locales a través de los cuales fueron alcanzados numerosos objetivos de la sostenibilidad agrícola. No obstante, este autor considera que es necesario desarrollar un enfoque más integrado y a más largo plazo, así como combinar mejor la dimensión económica, ecológica y social de la agroecología, necesitada de una regulación normativa como parte del Derecho Agrario patrio. Entre 1960 y 1990 la agricultura cubana se caracterizó por el empleo de tecnologías de producciones intensivas, especializadas y dependientes de altos insumos externos, en especial por el Consejo de Ayuda Mutua Económica. La aplicación e implementación de este modelo industrial permitió aumentar la productividad de la tierra y del trabajo; sin embargo, este resultó ineficiente (en términos biológicos y económicos) y nocivos al medio ambiente.

La propia dependencia externa, la artificialización de los procesos productivos (a través de subsidios), así como la débil conexión entre los factores biofísicos y socioeconómicos, le confirieron al modelo una alta vulnerabilidad. La intensidad en el uso de fertilizantes alcanzó niveles comparables con los de países europeos, pero decreció a inicios de los noventa como consecuencia del colapso de la economía.

FUNES-MONZOTE (2009), consideró que los modelos agrícolas de corte colonial practicados durante aproximadamente cuatro siglos en Cuba generaron una alta dependencia de insumos importados, estos provocaron la degradación de los suelos, la disminución de la biodiversidad y la reducción drástica de la cubierta forestal en el país. El modelo convencional alcanzó incrementos sustanciales en cuanto a cantidad de tierras y productividad de la fuerza de trabajo, pero al costo de altos niveles de insumos adquiridos a precios subsidiados. A cambio, Cuba exportaba a los países socialistas de Europa del Este materias primas y productos agrícolas a precios preferenciales. En un inicio esta situación podría resultar favorable para la agricultura cubana, con un acceso casi ilimitado a tecnología y recursos, así como a energía y capital en forma de subsidios. Sin embargo, creó una enorme dependencia con serias consecuencias en términos de inseguridad alimentaria, que se manifestó dramáticamente a inicios de la crisis de los noventa, cuando se demostró la alta fragilidad e ineficiencia del modelo.

A pesar de la alta calidad de la infraestructura instalada y de los crecientes niveles de capital, fertilizantes y concentrados disponibles, desde mediados de los años 80 la productividad de la tierra había comenzado a declinar y por ende había efectos nocivos al medio ambiente (NOVA, 2006). Los efectos nocivos del modelo industrial de la agricultura patria, junto a la enorme crisis económica desencadenada a inicios de los años 90, condujeron a Cuba hacia un proceso de cambio profundo e inevitable. Las principales razones que impulsaron este cambio en las prácticas agrícolas fueron fundamentalmente de índole económica: la escasez de capital y de insumos externos para continuar desarrollándose según el paradigma de la revolución verde, la que se viene ponderando en América Latina. La diversificación, la descentralización y la búsqueda de la autosuficiencia alimentaria han sido los factores impulsores de los avances actuales del sector agrícola cubano.

Estos emergieron a inicios de los años 90 del siglo pasado como consecuencia de la crisis económica asociada al colapso de la Unión Soviética. Por ello se aprecia por este autor que se ha fijado en los estudios académicos que la transición hacia la agricultura sostenible que tuvo lugar en Cuba desde 1990 ha sido promovida fundamentalmente por la necesidad de sustituir insumos químicos (importados) por biológicos (disponibles localmente). Las concepciones empleadas han estado guiadas por prácticas y métodos derivados de la agricultura orgánica y la agroecología.

En este contexto, los campesinos tradicionales dentro de las formas de gestión privada a pequeña escala y los nuevos productores que cultivan la tierra en áreas urbanas y periurbanas, han

desarrollado innovaciones tecnológicas para adaptar sus sistemas agrícolas a los limitados insumos externos disponibles, con fuerte énfasis en la protección ambiental y en la agrobiodiversidad. Es por ello que en el sector estatal se ponderó la implementación de la agroecología dentro de sus formas de gestión, técnica esta usada por el sector privado desde muchos años, sin la adecuada observancia de los principios del Derecho Ambiental.

4. LA AGROECOLOGÍA Y LA OBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL EN EL DESARROLLO AGRARIO EN LAS FORMAS DE GESTIÓN

El derecho al medio ambiente como derecho humano, es uno de los derechos que mayor mención y reconocimiento ha tenido desde su gestación, han contribuido a tal fin la legislación internacional y su reconocimiento en las constituciones, en particular en la América Latina y dentro de esta la de Ecuador y Bolivia (derechos del buen vivir). Este derecho al ambiente aparece dentro de la órbita de los derechos humanos de “tercera generación”. Esta clase de derechos, en contrapartida a los de primera (Civiles y Políticos) y segunda generación (Económicos, Sociales y Culturales), se presentan ante el desmedido desarrollo de la sociedad industrial. ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2015), valora los principios del Derecho Ambiental en relación con el haz de principios jurídicos que se consideran están vinculados en su aplicación dentro de las formas de gestión en Cuba en atención a la temática abordada, estos serían:

Con el principio precautorio toda vez que con la implementación de la norma ISO 26 000, le permite a los empresarios ejecutar acciones para conformar una empresa responsable con el ambiente, ante la posible comisión de daños futuros o inciertos al operar sobre el riesgo del desarrollo como meta hacia el desarrollo sostenible ante los riesgos posibles de la empresa o la industria cuando se introducen nuevas tecnologías. En este caso las denominadas tecnologías limpias por ser menos contaminadoras deberán ser observadas su implementación antes de ser generalizada su aplicación.

En Cuba son escasos los antecedentes del principio de precaución, el Código Civil Español vigente en el país durante el período de colonia en su artículo 390 solo dispuso:

[...] la obligación del dueño del árbol de derribarlo, si este siendo corpulento amenaza caerse de modo que pueda causar daño en finca ajena o a los transeúntes por una vía pública o particular y si no lo hiciere el dueño, lo podrá ordenar la autoridad local a su costa, según la ley de los municipios.

Ya en el período revolucionario, dentro del ordenamiento jurídico la Ley No. 81 de 1997, Ley del Medio Ambiente, es la norma jurídica que en Cuba tiene a su cargo la regulación concerniente a la protección del medio ambiente, específicamente en el artículo 4, inciso d, se detalla cómo el principio de prevención es de primera observancia y luego la precaución será una garantía ante la existencia de un riesgo desconocido:

[...] La prioridad de la prevención mediante la adopción de medidas sobre una base científica y con los estudios técnicos y socioeconómicos que correspondan. En caso de peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, la falta de una certeza científica absoluta no podrá alegarse como razón para dejar de adoptar medidas preventivas.

Este principio al igual que el de prevención serían los principios que a consideración de este autor son los que poseen mayor relevancia al ejecutarse la auditoría ambiental por el equipo auditor en la nación cubana a las formas de gestión del sector estatal al ser mayoritario y que en la actualización del modelo económico se pondera que continuará a través del fomento de la inversión extranjera en la nación, cuyo soporte legal es la Ley No. 118, Ley de la Inversión Extranjera de 2014. Sin dejar de significar lo que se preceptúa en el Decreto Ley No. 190 de 2013 Seguridad Biológica.

Con el principio de quien contamina paga, contribución que se realiza a través de la tributación ambiental por parte de las empresas y la industria, destinada a reparar los daños ambientales ocurridos. Al reconocerse en la nación dentro del ordenamiento jurídico con la Ley No. 113 de 2012, Ley Tributaria el impuesto ambiental vinculado con el vertido ambiental, este ya ha empezado a aplicarse en algunas de las bahías de la geografía cubana, para irse implementando de forma paulatina en el resto de la nación.

Con el principio de responsabilidad ambiental, la obediencia a la legislación en materia ambiental como parte de las políticas trazadas por la Administración Pública ante la observancia por los sujetos auditados, exigible en sus tres aristas a las formas de gestión en especial a las formas de gestión del sector estatal al ser la de mayor predominio en el país. Sin demeritar el cumplimiento de la normativa jurídica vinculante a la protección ambiental, con competencia y jurisdicción de otros organismos de la Administración Pública patria que ejercitan la potestad inspectora como el Ministerio de Salud Pública a través de la Ley No. 41 de 1984, Ley de la Salud Pública, el Instituto de Planificación Física para las regulaciones urbanísticas a través del Decreto No. 327, Reglamento del proceso inversionista de 2015, y el Instituto de Recursos Hidráulicos a través del Decreto Ley No. 138, De las aguas terrestres de 1993.

Con el principio de participación ciudadana, involucra al ciudadano a acatar las normas ambientales dirigidas a la protección ambiental, como un bien público para las generaciones de hoy y las generaciones futuras, es criterio del autor que debe aún propiciarse mayor información de la problemática ambiental a través de los medios de comunicación nacionales con la articulación de mecanismos a través de los Consejos Populares de cada zona residencial.

Otros principios presentes son el de equidad intergeneracional y el de sostenibilidad ambiental, en ellos se conjugan las tres dimensiones, social, económica y ambiental a través de una fórmula que permita gozar de un ambiente adecuado para las futuras generaciones. Estos tienen una implementación a través de la actualización del modelo económico cubano con la política de los lineamientos, le corresponderá al Estado decodificar los paradigmas ambientales y trazar estrategias que permitan alcanzar el desarrollo sostenible como garantía establecida a partir del texto constitucional patrio en su artículo 27.

Con el principio de irreversibilidad y el de progresividad, en atención a la relevancia que posee la protección del medio ambiente, enriquecedor de los principios jurídicos consagrados en las Cumbres ambientalistas, el que permite a la organización auditada reconocer el estado en que se encuentra en las acciones protectoras del ambiente y el de progresividad, que se traduce como la evolución sostenida en la protección ambiental por la organización auditada.

Principios revisados tras las acciones ejecutadas por parte de los organismos de la Administración Pública que ejercitan la potestad inspectora desde un enfoque trasversal y con la función auditora por parte del órgano supremo de control en la nación por la Contraloría General de la República. Todos estos principios ambientales considera este autor cumplen una función de interpretación, de aplicación y observancia de la normativa jurídica, de integración, cubren los vacíos legislativos, sirven a la vez para renovar la normativa legal, acreditados como la base del Derecho Ambiental en cumplimiento de las políticas públicas, señalado por autores de la talla de CAFERRATA, LORENZETTI, BELLOTI, PEÑA CHACÓN y MARTÍN MATEO desde el pasado siglo.

Así las cosas, esto permitirá abordar a este autor como ha sido el tratamiento jurídico que ha tenido dentro de la nación cubana la agroecología, en las reformas que se ejecutan en el modelo económico en este siglo XXI para alcanzar el desarrollo sostenible.

4.1. Una ojeada al ordenamiento jurídico agroambiental patrio en torno a la introducción de la agroecología en la reforma del modelo económico y social

Es criterio después de la lectura realizada de los resultados científicos de FUNES-MONZOTE (2009) que durante los últimos años del siglo XXI la agricultura cubana se reorientó de un modelo convencional intensivo

a uno de sustitución de insumos químicos por biológicos. Proceso que ha sido documentado como un experimento de agricultura sostenible a escala nacional. Lo que ha contribuido a que la producción agrícola en Cuba sea más autosuficiente, diversificada y ambientalmente apropiada que en los años 80 del pasado siglo.

Sin embargo, el modelo de sustitución de insumos se encuentra inconcluso y en las condiciones actuales requiere nuevos enfoques. Para ello se desarrolló un movimiento masivo y con amplia participación popular en el que la producción de alimentos centrada en los recursos naturales no fue una alternativa, sino la única opción para asegurar la alimentación de la población. Este esfuerzo podría verse frustrado por los cambios en las condiciones económicas que están teniendo lugar si se considera como una solución temporal para resistir los efectos de la crisis.

En el Derecho Agrario patrio, luego de la lectura de autores como PAVO ACOSTA (2007), MACCORMAK BEQUER (2007), REY SANTOS (2007), FERNÁNDEZ PELSO (2007), PÉREZ CARILLO (2014) señalan la necesidad de proteger el medio ambiente en relación con la explotación de la tierra en las formas productivas de la nación, la necesidad de su compilación normativa, en especial las del sector estatal por ser esta la forma que predomina.

Para 1993, cuando fueron creadas las Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC) como se reseñó *up supra*, se ha transitado por varias modificaciones normativas a través del Decreto-Ley 259 de 2008 Sobre la entrega de tierras ociosas en usufructo, por el Decreto Ley No. 300 de 2012, y por el Decreto 304 de 2012, Reglamento para las entregas de tierras ociosas a personas naturales y jurídicas. Con esta nueva forma de organización, la agricultura tuvo como objetivo la descentralización y la reducción de la escala de las grandes empresas estatales.

Tal medida fue necesaria debido a la incapacidad de la producción estatal para mantener razonables niveles de eficiencia bajo las nuevas circunstancias. A través de éstas y otras formas de distribución de la tierra también se dio oportunidad a las personas interesadas en regresar al campo. Este autor valora como en el contexto de la agricultura cubana se identifican diversas formas de organización agraria, las que se agrupan en tres sectores: las formas de gestión estatal, las formas de gestión privada y el mixto. Los cambios en la estructura agraria del país, tanto en el sector estatal como en el cooperativo, tendieron a permitir el uso de la tierra en usufructo y a utilizar toda la tierra que pudiera ser cultivada. Empero mientras la agricultura estatal sufrió fuertemente la crisis y demoró en adaptarse al cambio, el sector campesino como forma de gestión privada fue capaz de resistir la escasez de recursos materiales y seguir produciendo alimentos. Los campesinos demostraron que sus modelos de producción podrían ser tomados como base para el rediseño de la agricultura cubana.

De hecho, el proceso en marcha de diversificación agropecuaria en la agricultura urbana, en las Unidades Básicas de Producción Cooperativa agrícolas y pecuarias, en las granjas de autoconsumo y a través de todas las demás formas de producción nacidas a partir de la declaración del Estado del denominado "período especial" se han adoptado muchas de las concepciones y prácticas campesinas tradicionales. Este movimiento agroecológico de campesino a campesino realizado en la nación constituye un eficiente mecanismo de transmisión de experiencias, a la vez que se insiste de manera particular en las relaciones con instituciones científicas del país, lo que permite la integración de la ciencia a través de los resultados de los Institutos de Investigación con los saberes ancestrales de los campesinos.

Este autor considera que aunque la normativa agroambiental cubana aún no se reconoce de manera explícita el principio de precaución, se percibe que en la práctica se fortalece el enfoque precautorio de la legislación ya que las principales instituciones públicas de la nación actúan en función de lograr un desarrollo sostenible, ello permite que a la ciudadanía le lleguen los resultados de las innovaciones de forma segura, no obstante existen insuficiencias que aún no permiten su tratamiento de manera adecuada. Estas se aprecian en el forma no adecuada que se les da los desechos químicos manejados por las empresas alimentarias al no contar con Sistemas de Gestión Ambiental para el tratamiento de estos desechos, el uso de productos químicos con posibles efectos dañinos para

la salud y el medio ambiente, ello exige tomar precauciones a los productores al momento de manejarlos, almacenarlos, transportarlos y aplicarlos, un ejemplo de lo reseñado por este autor se aprecia con el uso de fungicida utilizado en los cultivos de arroz, cacao, café, caña de azúcar, plátano, cítrico, forestales y frutales llamado Doblete LS 200, que actúa contra las malezas.

Aún no existe una cultura adecuada en materia de protección de la salud de los trabajadores en relación al uso de los medios de protección en cuanto a cumplir las reglas generales para el transporte y almacenamiento de los agroquímicos, como son el uso de guantes, mantenerse alejado del alcance de los niños, usar trajes adecuados al momento de tener contacto con el agroquímico, usar espejuelos protectores, no reutilizar los envases que hayan tenido contacto con el Doblete 200, en aplicaciones con mochilas de riego deben evitarse los derrames y el contacto con la piel, deben usarse botas adecuadas, no verter el producto en ríos u otras aguas que no sean las destinadas al cultivo que se desea proteger y por último lavarse cuidadosamente las manos luego de terminar de usar o tener contacto con el producto. Ello tiene también otra cuestión y es los altos costes en el mercado de estos requerimientos especiales, que en ocasiones el país no cuenta con las finanzas y en otras por las cuestiones del bloqueo económico se le dificulta su obtención en el término requerido para las cosechas.

Esto demuestra que aún la normativa jurídica cubana no es lo suficientemente fuerte al momento de sancionar a quienes transgreden las normas ambientales, de sanidad y alimentarias que se relacionan con la protección de la salud, además existe falta de control por parte de las autoridades competentes al momento de ejercitar la potestad inspectora e iniciar acciones a través de la auditoría ambiental a partir de su regulación en la Ley No. 107 de 2009 ante la pertinencia de la cuestión de la protección del bien jurídico ambiental. Ejemplo de ello fue la liberación a gran escala de la variedad de maíz sintético FR-Bt1 62 en el municipio de Yaguajay en la provincia de Santi Spíritus durante el 2009 al 2010, en especial con la exigencia de la responsabilidad patrimonial.

No obstante se pueden señalar logros en la nación, como la investigación científica y la innovación tecnológica como instrumentos de gestión ambiental, lo constituyen los centros de reproducción de entomófagos y entomopatógenos empleados en la agricultura, pertenecientes al Instituto de Investigaciones de Sanidad Vegetal del Ministerio de la Agricultura. Estos bioproductos agroecológicos como el *Trichoderma harzianum*, *Beauveria bassiana* y el *Bacillus thuringiensis* no causan daño al medio ambiente, ni a la salud humana y su empleo disminuye la utilización de agroquímicos de origen sintético, con la consiguiente reducción del impacto ambiental desfavorable a la naturaleza. Otro ejemplo es el uso adecuado de los instrumentos de gestión ambiental, entre ellos el ordenamiento ambiental en la comunidad las Terrazas en Mayabeque, considerada como la primera ecocomunidad en Cuba, sitio de referencia internacional para otras zonas de desarrollo con características similares en la nación. Ello ha propiciado a los pobladores un incremento en su calidad de vida, la introducción del turismo de naturaleza como alternativa económica, la conservación del patrimonio ambiental y el sentido de pertenencia e identidad de la población local con su entorno, al decir de la lectura de la investigación realizada por TASET PIÑEIRO Y RONDÓN CABRERA (2015).

También se pondera, valora este autor en el país la creación de fincas forestales, fomentadas por la Administración Pública con la rectoría científica del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente, y la ejecución por el de la Agricultura en la Cuenca Hidrográfica del Rio Cauto, Granma. Todo ello permitirá considerar además de lo reseñado la introducción de la agroecología como técnica en el desarrollo de la futura agricultura urbana en la nación, rectorada por el Ministerio de la Agricultura en pos de lograr alimentos sanos y frescos para la población, pero que están requeridos a futuro de la etiqueta-certificación ambiental que lo valide en el comercio interno y en el foráneo, para que se tribute en el desarrollo mercantil e incrementar el Producto Interno Bruto. Estos aún son temas pendientes que tiene el desarrollo agrícola en el país, a partir que deberá ponderarse la Innovación + Desarrollo + Comercio + innovación (Etiqueta-Certificación Ambiental) = Empresa responsable con el ambiente.

5. CONCLUSIONES

-Reconocer en el ordenamiento jurídico agroambiental cubano de forma tácita, como se define en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo el Principio de Precaución: “[...] *Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente* [...]” Como temática que emerge en el marco del desarrollo humano ante la necesidad de implementarlo por las consecuencias que trae aparejada el desarrollo científico técnico como una garantía para preservar los recursos naturales y la especie humana dentro de las formas de gestión en el escenario agrario patrio.

-Armonizar las normas relativas a la seguridad de la biotecnología que permita la adopción de medidas precautorias desde el punto de la seguridad biológica, que tributen a una perspectiva-precautoria- desde la seguridad alimentaria en las formas de gestión en la prácticas de la agroecología cubana por las formas de gestión. Y con ello perfeccionar el Sistema de Inspección Ambiental Estatal por la Administración Pública a los organismos con competencia y jurisdicción en la materia agraria, a fin de que la evaluación y las medidas que se adopten garanticen el cumplimiento de la normativa jurídica desde una perspectiva precautoria y no solo desde el punto de vista preventivo, ponderando el haz de principios del Derecho Ambiental desde las Ciencias Ambientales.

-Ejecutar en la nación cubana la auditoría ambiental, concebida dentro de las herramientas de gestión ambiental, a partir de la sistematización de su concepto como institución jurídica para proteger al bien jurídico ambiental desde la doctrina *ius* administrativista hasta la *ius* ambientalista. De su desempeño adecuado dependerá que se logre producir sin afectar el medio ambiente, con la buena marcha de los procesos de planificación, organización, ejecución, control y evaluación de la gestión ambiental, dependerá que se cuente con un ambiente sano (calidad de vida) y ecológico equilibrado, asociado a programas de gestión de residuos, evaluación de las cargas ambientales; tal y como se reconoce a partir del texto constitucional para el desarrollo sostenible a través de las empresas responsables con el ambiente.

Implementar los estudios de Ciencias Ambientales, que permitan dentro del Ministerio de Educación Superior en la nación cubana la formación de profesionales como de técnicos en nivel superior en los perfiles de Licenciado en Ciencias Ambientales o en el de Ingeniero Ambiental, para potenciar con ello el desarrollo agroecológico nacional en pos de alcanzar el desarrollo sostenible ante la pertinencia de la protección ambiental en la producción de alimentos y lograr la independencia alimentaria.

-Certificar las empresas responsables con el ambiente a partir del encargo público que posee la Contraloría de la República de Cuba a las formas de gestión, amparada en lo que se dispone en el Acuerdo del Consejo de Estado de 2010 y en el Reglamento de la Ley No. 107 de 2009 de este órgano supremo de control, para que se pondere la certificación ambiental al concluir la auditoría ambiental toda vez que la Administración Pública cubana continúa ponderando la calidad en el siglo XXI, contradictorio con lo que reconoce la doctrina y la legislación foránea respecto a la etiqueta-certificación ambiental para tributar a la seguridad alimentaria y al desarrollo sostenible en la producción de alimentos ante la reformas que se ejecutan en la agricultura y en el desarrollo de la industria competitiva continua siendo un paradigma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA. VV. (2015) *Agrobiotecnologías. Implicaciones éticas, sociales y jurídicas*, Centro Argentino de Información Científica y Tecnológica, Argentina.

AA. VV. (2009) *La sostenibilidad, la agroecología y la biodiversidad en Cuba. Principales formas de medición*, Universidad de Matanzas, Cuba.

AA. W. (2007) *Temas de Derecho Agrario Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana.

AA. W. (2007) *Derecho Ambiental Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana.

ALTIERI, Miguel (1999) *Bases agroecológicas para una producción agrícola sustentable*, Editorial Cetal, Chile.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial*, Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión, número 26, España, pp.3-27.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *Environmental auditing within Environmental Law. The principles of Environmental Law that inform environmental audit, the role of the SAI in the environmental area*. Revista del Tribunal de Cuentas de la Unión, número 132. Brasil, p.17

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *El tratamiento jurídico de la etiqueta-certificación ambiental. Regulación en el Derecho Cubano*, número 18, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales, Argentina.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *La Auditoría Ambiental, la empresa amigable con el ambiente y el desarrollo sostenible en la actualización del modelo económico cubano*, número 10, Revista Daena. México.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *La auditoría ambiental practicada por la CGR de Cuba. Las formas de actividad administrativa en la actualización del modelo económico cubano para el futuro ordenamiento jurídico en el desarrollo del Derecho Ambiental patrio*, número 68, Revista Temas Socio-Jurídicos. Colombia.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2015) *Nuevos desafíos de los órganos de control ante la auditoría con enfoque ambiental*. Folio 054. Tomo III, número 29, Revista electrónica de la Agencia del Medio Ambiente y Desarrollo. Cuba.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2014) *Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano*, número 7. Revista Misión Jurídica. Colombia.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2016) *La potestad inspectiva v/s la auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano*. No. 12, Revista Ars Boni et Aequi. Chile.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides (2016) *La Contraloría General de la República*. Año 16. No. 184, Revista Forum Administrativo. Brasil.

ALVAREZ, Arnaldo, (2012) *El sector forestal cubano y el cambio climático*, Instituto de Investigaciones Agroforestales, Ministerio de la Agricultura, Cuba.

BELLOTTI, María (2006) *El principio de precaución ambiental*, Editorial Lerner S.R.L., Argentina.

BELLORIO CLABOT, Dino (2013) *El nuevo paradigma ambiental y jurídico*, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, Argentina.

CAFERRATA, Néstor (2009) *Teoría de los principios del Derecho Ambiental*, Revista Abeledo Perrot S.A., Argentina.

COMELLI, Nieves (2015) *Agrobiotecnologías Implicaciones éticas, sociales y jurídicas*, Editorial Priodiversitas, Argentina.

CARABALLO MAQUEIRA, Leonel, (2002) Tesis Doctoral: *El Derecho Ambiental, un instrumento de gestión eficaz de conservación de la diversidad biológica*, Universidad de La Habana, Cuba.

DEMALDÉ, Cristina (2011), *El principio de precaución en el daño ambiental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

- DE BESA ANTUNES, Paulo (2011) *Derecho Ambiental*, Editorial Lumen Juris, Brasil.
- DE SADELEER, N. (2000) *Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución*, Revista de Derecho Ambiental, número 25, España, pp. 9-38.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (2007) *Elementos esenciales del principio de precaución ambiental*, Anuario del CIJS, Argentina.
- ESTEVE PARDO, José (2003) *Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica*, Revista Jurídica de Catalunya, número 3, España, pp. 689-700.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2004), *Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental*, Boletín Económico ICE, número 2824, España.
- FUNES-MONZOTE, Fernando (2009) *Transgénicos: ¿Qué se gana y qué se pierde? Textos para un debate en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana.
- FUNES AGUILAR, Fernando (2009), *La Agroecología en Cuba: su Desarrollo y Situación Actual*, Revista Brasileira de Agroecología, número 2, Brasil.
- HECHT, Susana (1999) *La Evolución del Pensamiento Agroecológico*, Editorial Nordan-Comunidad, Montevideo, pp.15-30
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2005) *El principio de precaución: incertidumbre científica, riesgos hipotéticos y decisión política*, Revista Actualidad Derecho Ambiental, número 1, España, pp. 97-113.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1991), *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen I, 1^{ra} edición, Editorial Trivium S.A., España.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1985) *Derecho Público de la Economía*. Editorial CEURA, Madrid.
- MORA RUIZ, Manuela (2012) *Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general*, Revista Derecho y Conocimiento, España.
- MORENO FRAGINALS, M. (1978) *El Ingenio: Complejo económico social cubano del azúcar*, Ciencias Sociales, Cuba.
- NOVA, A. (2006) *La agricultura en Cuba: Evolución y trayectoria*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- LOPERENA ROTA, Demetrio (1998). *Los principios del Derecho Ambiental*, Editorial Civitas, España. p. 87
- LORENZETTI, Ricardo (2008), *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial Porrúa, México D.F.
- LE RIVEREND, Julio (1992) *Problemas de la formación agraria de Cuba. Siglos XVI-XVII*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- LEFF ZIMERMAN, Enrique (2006) *Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes*, Editorial siglo XXI, Colombia.
- LEÓN SICARD, Enrique (2009) *Agroecología: desafíos de una ciencia ambiental en construcción*, Instituto de Estudios Ambientales, Universidad Nacional de Colombia.
- LIBRO BLANCO *en ciencias ambientales*, (2004) Agencia Nacional de la Calidad y Evaluación, España.
- LUIZ BONAMIGO, Elcio (2010) Tesis Doctoral: *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico*, Universidad del Rey Juan Carlos, España.
- SANZ LARRUGA, Francisco (2002), *El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria*, Revista

Aranzadi de Derecho Ambiental, número 1, España.

SANTIAGO MUIÑO, Emilio (2014) *Obstáculos para la transición socio-ecológica: el caso de Cuba en el "período especial"*, Revista de Economía Crítica, número 14, España.

SÁNCHEZ-EGOZCUE, Jorge y TRIANA, Juan (2010) *Panorama de la economía, transformaciones en curso y retos perspectivas* en Everlery, Omar (coord.) 50 años de la economía cubana, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, pp. 83-152.

TORRES PÉREZ, R. (2011) *La actualización del modelo económico cubano", reconfiguración del sistema económico cubano, el reconocimiento y legitimidad a las formas de gestión no estatal*, Revista Temas, La Habana.

JAQUENOD DE ZOGON, Silvia. (1991). *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dykinson, Madrid, p.372,

JAKSIC, Fabián (2009), *Ecología, ecologistas y ciencias ambientales*, Revista chilena de Historia Natural, número 70, Chile.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2015) *El Derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, Editorial Tiran lo Blanch, España.

RONDÓN CABRERA, Soel (2009), *Las agrobiotecnologías en Cuba. Bases Legislativas para un nuevo marco jurídico orientado hacia el desarrollo rural sostenible*, Revista Eumened, España.

RONDÓN CABRERA, Soel (2011) *Los alimentos transgénicos y sus desafíos para Cuba*, Direito Agrário Aplicado Na Graduação, Editorial, Brasil.

PAVO ACOSTA, Rolando, (2007) Tesis de Maestría: *El Derecho Agrario cubano: Proposiciones para una reconstrucción sistémica*, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

PORTAFOLIO CUBA 2014/2015. *Protección de cultivos, productos profesionales, semillas, uso seguro*. Editorial Syngenta Iberoamericana S.A.

PORTAFOLIO DE PRODUCTOS CUBA (2009) *Bayer CropScience. Guía Ilustrada sobre Manejo Agroecológico de Organismos Nocivos, Agricultura Orgánica y Sostenible*, Ministerio de la Agricultura.

PIÑEIRO TASET, Aylin (2015) Tesis de Grado: *El principio de precaución en el ordenamiento jurídico agroambiental cubano*, Universidad de Granma.

VALDÉS, O. (2003) *Historia de la Reforma Agraria en Cuba*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana.

VALDÉS PAZ, Juan (2009) *Los procesos de organización agraria en Cuba 1959-2006*, FANJ, La Habana.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, (2012) *El contenido del Derecho Agrario contemporáneo a la luz de la Teoría pura del Derecho Agrario*, Editorial Contemporánea, S.A., San José, Costa Rica.

Recibido em: 20/10/2016

Aprovado em: 08/11/2016

ADIN 1856/2011: Incompatibilidade da Lei 2.895/92 com a Constituição Federal de 1988

ADIN 1856/2011: Incompatibility of Law 2.895/92 with the Federal Constitution of 1988

ANDRESSA KELLE CUSTÓDIO SILVA ¹
BEATRIZ SOUZA COSTA ²

RESUMO: Este estudo tem por finalidade analisar a Lei fluminense de nº 2.895/92 e verificar a sua incompatibilidade em relação ao art. 225, § 1º, inciso VII, da CR/1988. Como problema definiu-se: Os animais possuem direitos fundamentais ou são apenas tutelados pela Constituição? A metodologia utilizada foi o método dedutivo, e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental em livros e artigos científicos, além da decisão em tela. O STF na ADIN 1.856/2011 julgou inconstitucional a lei 2.895/92. Normas constitucionais não podem ser alteradas para benefício econômico de grupos sociais, em detrimento da proteção no aludido artigo constitucional.

Palavras-chave: Fauna; Inconstitucionalidade; Tutela;

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze Law No. 2.895 / 92 and verify the incompatibility with regard to art. 225, paragraph 1, item VII, CR / 1988. As a problem was defined: Do animals have fundamental rights or are they only protected by the Constitution? The methodology used is the deductive method and the research technique is the bibliographic in books and scientific articles, besides the decision on screen. The STF in ADIN 1.856/2011 deemed unconstitutional Law 2.895/92. It is clear in the decision that constitutional norms cannot be changed for the economic benefit of social groups, to the detriment of protection in the aforementioned constitutional article.

Keywords: Fauna; Unconstitutionality; Trusteeship.

1 Mestranda em Direito Ambiental e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada. E-mail: kelleandressa1@hotmail.com

2 Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Pós-graduação e Pesquisa) da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora da disciplina de Direito Constitucional Ambiental da Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: biaambiental@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

No contexto atual, é importante a análise da interação do homem com o meio ambiente, especialmente diante de tantos problemas ambientais. Desse modo, o Direito ambiental aborda vários aspectos relacionados à proteção da flora e da fauna, principalmente os que se referem a maus-tratos, e define como tutela do estado a proteção da fauna, ou do direito dos animais. Isso demonstra que existe nas normas brasileiras uma preocupação com o desenvolvimento da fauna e sua relação com o meio ambiente, tendo evoluído o seu conceito e se tornado um bem difuso da coletividade.

No entanto, como expressão cultural no Brasil, havia algumas manifestações em relação à utilização de animais, tais como a farra do boi, a briga de canários e, especialmente, as rinhas de galo, que, em vários casos, exploravam-se os animais para garantia de bem-estar e momentos de lazer de algumas pessoas.

Especificamente a briga de galos que está relacionada ao tema de proteção da fauna, foi proibida no Brasil no ano de 1934, sendo posteriormente considerada uma contravenção penal. Entretanto, o Estado do Rio de Janeiro criou uma lei legalizando tal atividade, confrontando a legislação federal anterior e especialmente os preceitos elencados no artigo 225 da CR/88. Logo após a promulgação da Lei 2.895/92 pelo Estado do Rio de Janeiro, o Procurador Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que tal lei fosse considerada inconstitucional.

Nesse contexto, propõe-se como problema da pesquisa: Os animais possuem direitos fundamentais ou são apenas tutelados pela Constituição? Assim, este artigo torna-se relevante para entender, interpretar e apresentar os argumentos das partes envolvidas nesta decisão de Supremo Tribunal Federal (STF), que é uma representação clara da defesa dos direitos relacionados à fauna brasileira.

Desse modo, o objetivo deste artigo é verificar a incompatibilidade da Lei fluminense nº 2.895/92 em relação ao art. 225, § 1º, inciso VII, da CR/1988. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, que se origina da aplicação de princípios gerais a casos específicos, bem como a pesquisa documental e a bibliográfica por meio de doutrinas, jurisprudências, artigos, livros dentre outros que abordam o tema proposto.

2. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Para compreender o tema de competências, é necessário remeter aos aspectos relacionados pela CR/1988, que estabelece um sistema de repartição de competências.

Para Farias (2009, p. 129), “competência é a atribuição que os entes e órgãos públicos possuem junto à coletividade e junto aos outros entes e órgãos públicos, inclusive na esfera internacional”. Na visão de Sirvinskas (2013, p. 186), “competência é a faculdade jurídica atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem órgãos ou entidades estatais para realizarem suas funções”.

A repartição de competências entre os entes federativos segue em regra o critério da predominância do interesse, “... sendo que as matérias de interesse nacional serão atribuídas à União, enquanto que caberão aos entes estaduais e municipais as matérias relacionadas aos interesses estaduais e locais” (FARIAS, 2009, p. 131).

Para Fiorrilo (2012, p. 214), “na repartição das competências legislativas aplica-se o princípio da predominância dos interesses, de modo que à União caberão as matérias de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional e, enquanto aos Municípios tocarão as competências legislativas de interesse local”.

Assim, em matéria de meio ambiente, “compete ao Poder Público a responsabilidade de dar efetividade ao princípio matriz contido no *caput* do art. 225 da CR/88. A repartição da competência

ambiental adota as mesmas regras para a distribuição da competência em geral entre os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (SIRVINSKAS, 2013, p.187).

Desse modo, conforme Leite (2015, p. 153), as competências divididas entre os entes da federação são estabelecidas da seguinte forma:

Competência executiva - compete exclusivamente à União: Elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e inundações; instituir um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de uso; instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; e por fim, explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os princípios e condições estabelecidos pela própria CF/88, no art. 21. IX, XVIII, XIX, XX e XXIII. Competência legislativa, já o artigo 22, IV, XII e XXVI, da CF/88 conferiu à União competência privativa para legislar sobre: água e energia, jazidas, minas e outros recursos minerais; e atividades nucleares de qualquer natureza (LEITE, 2015, p. 153).

Nota-se que especificamente a CR/1988 aborda o tema quando elenca as competências da União. Ainda vale ressaltar que a Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional de Meio ambiente, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe no capítulo VIII.

Atribuiu-se à União, forma expressa, competência privativa e concorrente para legislar sobre as matérias previstas nos arts. 22 e 24 da CR/88. Aos Estados e Distrito Federal foram atribuídos poderes residuais ou remanescentes, podendo exclusivamente legislar sobre matérias que não forem de competência privativa ou exclusiva federal ou municipal, além da competência suplementar, no que tange a matérias contidas no art. 24 da CR/88. Aos municípios, por sua vez, restou a competência de legislar sobre assuntos de interesse local e de suplementar a legislação federal e estadual, nos termos do art. 30 da CR/88 (SIRVINSKAS, 2013, p. 187)

Em se tratando das competências do Estado, Leite (2015, p. 154) apresenta aquelas dispostas na CR/1988, sendo que não existe uma forma específica sobre a competência executiva dos Estados. Logo, toda matéria que não for de competência da União ou dos Municípios será, de forma residual, competência dos Estados, conforme estabelece o art. 25, § 1º, da CR/1988, senão veja-se:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
§ 1º - São reservadas aos Estados às competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição (BRASIL, 1988).

Quanto às competências dos Municípios, a CR/1988, no art. 30, assim dispõe:

Art. 30. Compete aos municípios:
I - Legislar sobre assuntos de interesse local [...]
VIII - promover, no que couber adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano [...] (BRASIL, 1988).

O estudo das competências em matéria ambiental permite verificar as competências de cada ente da federação, entretanto, pode-se constatar que o conjunto normativo ainda suscita dúvidas em relação às competências desses entes e sua forma de legislar, havendo a necessidade de se entender

o controle de constitucionalidade para observar como são adotadas normas que não atendem aos preceitos constitucionais.

Observa-se que a competência dos entes federados foi bem distribuída na Constituição Federal sendo de duas formas a competências legislativa para editar leis e a competência administrativa ou material para tratar de serviços públicos.

No que tange a Competência administrativa ou material para tratar de serviços públicos a lei maior determina no artigo 23 que todos os entes federados prestam serviços públicos relacionados a floresta, fauna e flora.

Determina o texto Constitucional no artigo 24 que competência legislativa concorrente pode ser feita por todos os entes federados, ou seja, tanto a União, Estado, Distrito Federal podem legislar sobre floresta, caça, pesca, fauna e conservação da natureza, proteção ao meio ambiente dentre outras.

Nota-se que dos os entes federados têm legitimidade para tratar da matéria, porém o Estado do Rio de Janeiro ao exercer uma competência administrativa e uma legislativa, que em regra teria legitimidade feriu com a lei estadual uma previsão prevista no artigo 225 § 1º, inciso VII da Constituição Federal que veda qualquer tratamento cruel ou degradante contra os animais, tornando a lei do Estado do Rio de Janeiro totalmente incompatível com a lei maior.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade exige que todas as normas devam ser compatíveis com a carta magna, pois esta regula todas as normas. No Brasil, a CR/1988 proporcionou diversos instrumentos de controle para verificar se determinadas normas atendem aos princípios e normas elencados na constituição.

Segundo Barroso:

A constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade aqui estudados. Cabe indagar: um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz? Ou é tudo isso, simultaneamente? O domínio adequado desses conceitos e a uniformização da terminologia, nem que seja por mera convenção, ajudam a superar dificuldades aparentes e reduzem os problemas a sua dimensão real (BARROSO, 2004, p.24).

Para Carvalho (2013, p.458), o controle difuso que foi introduzido no nosso ordenamento jurídico com o advento da República, possibilita que qualquer juiz ou tribunal aprecie a inconstitucionalidade das leis ou atos normativo.

Nesse sentido, Almeida (2004) afirma que:

A superioridade normativa da Constituição Federal exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam em situação de compatibilidade, de conformidade com aquela [...]. Por isso exige instrumentos que permitem a presença de atos normativos inconstitucionais, ou seja, contrários a dispositivos inseridos na Constituição Federal. Surge, então, o que é denominado de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (ALMEIDA, 2004, p. 11).

A ideia de controle pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos (LENZA, 2009, p. 117).

Outrossim, Alexandre Moraes (2004, p. 598) diz que “a ideia de controle de constitucionalidade

está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.”

Se não existisse um sistema que pudesse garantir a supremacia constitucional, a Constituição poderia ficar constantemente comprometida, sendo o controle de constitucionalidade, então, o mecanismo presente no texto constitucional para assegurar sua superioridade e força normativa (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 42).

Além de assegurar a supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade “também se apresenta como um relevante meio de conter os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 42).

Ainda ressalta o autor que o controle de constitucionalidade é uma atividade fiscalizadora que tem por objetivo a verificação de compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição Federal.

Toda autoridade só nela encontra fundamento e só a ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Portanto, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal (SILVA, 2005, p. 46).

Conforme Silva (2005), há duas formas de controle da constitucionalidade:

[...] o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada). Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial (SILVA, 2005, p. 49).

O controle de constitucionalidade tem por objetivo a verificação de compatibilidade das leis e atos normativos com a lei maior, podendo esse controle ser feito de forma preventiva antes do nascimento da lei, seja pela CCJ (comissão de constituição e justiça) ou até mesmo pelo presidente da república através do veto jurídico ou pode ser feito esse controle de forma repressiva quando o controle é feito quando a lei já existe e já está produzindo todos os seus feitos.

O controle repressivo de constitucionalidade feito pelo judiciário, pode ser classificado em difuso, concreto, aberto ou incidental, ou por via de defesa, ou por via de exceção, sendo chamado dessa forma porque só cabe quando a violação a um direito concreto, podendo ser feito por qualquer juiz ou tribunal.

já o controle repressivo concentrado ou abstrato ou reservado, por via de ação, concentra-se apenas em um tribunal através das ações de controle, feito pelos legitimados do artigo 103 da lei maior, em âmbito federal no Supremo Tribunal Federal, no âmbito estadual no Tribunal de Justiça.

Mas o que interessa no presente artigo é o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade que na análise do presente artigo foi feito pelo legitimado do 103 da lei maior, o Procurador Geral da República.

O controle concentrado recebe esta denominação pelo fato de “concentrar-se” em um único tribunal, o Supremo Tribunal Federal. Neste caso, o objeto principal da decisão é a questão da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual (ou distrital no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros), editados após a promulgação da atual Constituição e que ainda estejam em vigor e dotados de eficácia. A declaração de inconstitucionalidade é feita pelo controle concentrado que questiona a compatibilidade da lei federal ou estadual e atos normativos incompatíveis com a Constituição Federal.

No caso em tela, observa-se a inconstitucionalidade da lei estadual, em face da Constituição Federal, portanto a competência será do Supremo Tribunal Federal, que verificará a incompatibilidade com a Constituição federal.

Analisados os instrumentos de controle de constitucionalidade cabe analisar os direitos inerentes aos animais e as possíveis normas regulamentadoras criadas pelos Estados, especialmente a lei estadual 2.895/92.

4. DIREITOS DOS ANIMAIS

O direito ambiental apresenta um panorama dos direitos da fauna e da flora, especificamente o direito da fauna, que está relacionada como um bem difuso que deve ser tutelado pelo Estado.

Consoante Sirvinskas (2013, p.584), “a Fauna silvestre é o conjunto de animais em determinada região. São os que têm habitat natural nas matas, nas florestas, nos rios e mares, animais, estes que ficam, em regra afastados do convívio do meio ambiente humano”.

Segundo Fiorilo (2014, p. 280), “os animais são bens sobre os quais incide a ação da pessoa humana. Com isso, deve-se frisar que animais e vegetais não são sujeitos de direitos, porquanto a proteção do meio ambiente existe para favorecer a própria pessoa humana e somente por via reflexa para proteger as demais espécies”.

No arcabouço jurídico brasileiro, o tema sobre os direitos da fauna foram incorporados a partir de 1934 com o Decreto Lei 24.645/34 que estabeleceu a tutela dos animais pelo Estado e determinou o pagamento de multas para quem aplicasse ou fizesse aplicar maus-tratos aos animais. Já em 1967, com a lei 5.179/67, os animais seriam propriedade do Estado, conforme estabelece o artigo 1º:

Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha (BRASIL, 1967).

Posteriormente, no ano de 1979, promulgou-se, a lei que trata sobre a vivissecção dos animais, a Lei 6.638 de 08 de maio de 1979 - Normas para a Prática Didático-científica da Vivissecção de Animais. Na sequência, tem-se a Lei 6.938/81, que estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente quanto à proteção da fauna em alguns de seus dispositivos.

Com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorre uma evolução do conceito sobre o tratamento da fauna, passando esta a ser considerada como um bem difuso da sociedade, conforme estabelece o artigo 225 da CR/88:

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 (BRASIL, 1988).

De acordo com Milaré (2013, p. 559), o art. 225, *caput* e § 1º, VII, inclui a proteção à fauna, juntamente com a flora, como meio de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estando vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies e submetam os animais à crueldade.

Na visão de Medeiros e Albuquerque (2015), a CR/88 determina que é tarefa do Poder público e dever da coletividade proteger a fauna

Para além do direito e do dever fundamental de proteção ao ambiente, albergando um

ideal biocêntrico, o inciso VII, do parágrafo 1º, do artigo 225 sustenta e disciplina a proteção a vida e a proibição de maus-tratos e crueldade contra os animais. Portanto, a Constituição brasileira, protege o ambiente como bem ecologicamente equilibrado e determina que é tarefa do Poder Público e dever da coletividade proteger a fauna, impedindo as práticas cruéis, as que coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem a sua extinção. O inciso VII, do parágrafo 1º, do artigo 225 é claro, é específico, é cirúrgico quando regula a inconstitucionalidade de ações contrárias a dignidade do animal não-humano. É vedado, constitucionalmente, qualquer ato, qualquer prática que submeta o animal não-humano à crueldade. É vedado não proteger e não respeitar a vida, sob qualquer de suas formas (MEDEIROS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 517).

A fauna é um bem ambiental e integra o meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da CR/88. “Trata-se de um bem difuso, não é público tampouco privado. É de uso comum do povo. A fauna pertence à coletividade” (SIRVINSKAS, 2013, p.586).

Para Fiorillo (2012, p. 281), enquanto a fauna e a flora possuírem a denominada função ecológica a que alude a Constituição Federal no seu art. 225 § 1º, VII, elas serão consideradas bens ambientais e, por conseguinte, difusos.

De acordo com Sirvinskas (2013, p. 597), o Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, conceitua crueldade ou maus-tratos de animais de diversas formas:

- I - praticar atos de abuso ou crueldade em qualquer animal;
- II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;
- III - obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não lhes possam exigir senão castigo;
- IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração. Só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou no interesse da ciência (...);
- (...) XXIX - realizar lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, tourada e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado (...) (BRASIL, 1934);

Para Fiorillo (2014, p. 270), o art. 225, § 1º, VII da CR/88 de forma mais técnica, prescreveu ao poder público o dever de proteger a fauna e a flora. Percebe-se que a proteção das florestas nesse dispositivo nem é discutida, visa a proteger a pessoa humana, e não o animal. Isso porque a saúde psíquica da pessoa humana não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo.

Ainda para Sirvinskas (2013, p. 606) a rinha, também chamada de briga de galo, é uma modalidade de manifestação popular comum no Brasil. Trata-se de um esporte em que os animais são levados a confronto mortal, ou com bastantes ferimentos durante a luta, dentre outros.

De acordo com Medeiros e Albuquerque (2015, p.521), as lutas ou rinhas de galos foram proibidas desde 1934, e em 1941 passaram a ser consideradas contravenção.

Estabelecidos dos direitos relacionados à fauna, cabe a análise dos argumentos invocados pela Lei 2.895/92 e julgado da inconstitucionalidade da ADI 1.856/2011.

5. ANÁLISE DO TIPO DE ARGUMENTO INTERPRETATIVO INVOCADOS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE Nº 1.856/2011 EM FACE DA LEI ESTADUAL DE Nº 2.895/92

Quanto aos argumentos invocados no julgamento da ADI nº 1.856/2011, o Ministério público se manifestou da seguinte forma: A lei estadual afronta o art. 225, §1º, VII, da CF/88, pois permite submeter os animais à crueldade, contrariando a CF/88 que proíbe práticas cruéis contra os animais

e ainda a Lei Federal nº 9.605/98 em seu art. 32 que dispõe que praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais é crime com previsão de detenção de três meses a um ano.

Por outro lado, a Assembleia Estadual do Rio de Janeiro argumenta que o dispositivo constitucional protege a fauna silvestre, o que não inclui animais domésticos ou domesticados, em cativeiros ou zoológicos. O dispositivo constitucional proíbe “práticas” que submetam os animais à crueldade. No caso das rinhas de galo, não há “práticas”, pois estas implicam uma ação humana, e a atividade de “galismo” não comporta nenhuma intervenção humana, mas tão somente a briga entre os próprios animais.

Ainda segundo a Assembleia do Estado do Rio de Janeiro, trata-se de uma manifestação cultural, na medida em que constitui forte fator de integração das comunidades do interior do Estado, e é uma fonte de empregos (no Estado do Rio de Janeiro há mais de 100 rinhas e mais de 70 centros esportivos). O dispositivo constitucional que veda práticas que submetem os animais à crueldade é historicamente relacionado às práticas humanas como a conhecida “farra do boi” e não a disputas entre os próprios animais que, no caso, expressam seu “espírito atávico”. Além disso, a Lei estadual estabelece regras de controle e fiscalização da atividade, garantindo a observância das normas de segurança.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro também argumenta a favor da Lei Estadual afirmando que a norma constitucional veda “na forma da lei” as práticas cruéis contra os animais. Contudo, não existe, além da lei ora em julgamento, qualquer outra que defina quais são as práticas consideradas cruéis. Logo, a Lei estadual que regulamenta o dispositivo constitucional não pode ser considerada em desacordo com a “lei” ou com a CF/88 (que carece, nesse ponto, de regulamentação legal).

No entanto, para o Ministro Celso de Mello, toda a Lei Estadual 2.895/92 contraria o sistema jurídico tendo em vista que o inciso VII do §1º do art. 225 da CF/88 veda a prática de atos de crueldade contra os animais. Ademais, a Lei Federal nº 9.605/98 define como crime a não observância do inciso VII do §1º do art. 225 da CF/88, o que evidencia que o constituinte concebeu a proteção da fauna em geral como uma condição para a própria subsistência humana e, em razão da dependência do homem com a natureza, a prática de atividades cruéis tem alto impacto negativo para o patrimônio ambiental dos seres humanos. O Constituinte objetivou, com a proteção da fauna e com a vedação de práticas que “submetam os animais à crueldade”, assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente.

Nessa mesma linha, o Ministro Dias Toffoli também considerou a Lei estadual inconstitucional. Ele interpreta que o inciso VII do §1º, do art. 225 da CF/88, ao incluir a expressão “na forma da lei”, reconheceu a competência do legislador ordinário para estabelecer a forma de proteção ambiental e a “gradação” dessa proteção, o que já foi contemplado pela Lei Federal nº 9.605/98, que veda a prática de rinhas. Também acrescentou como não sendo competência do Judiciário decidir sobre o assunto, visto que lei já existe.

5.1. Interpretação dos julgados da ADI 1.856/2011

Neste tópico faz-se uma interpretação dos julgados relacionados a ADI 1.856/2011 com o aludido inciso VII, do § 1º, do art. 225 da CF/88, apresentando todos os argumentos apresentados no julgamento.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEIO-AMBIENTE. ANIMAIS. PROTEÇÃO: CRUELDADE. “BRIGA DE GALOS”

I. A lei 2.895 de 20.03.1998, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre “galos combatentes” autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite. C.R., art. 225, § 1º, VII.

O procurador geral da república com fundamento no art. 103, VI, da Constituição Federal, propõe a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, da lei 2.895 de 20 de março de 1998, Estado do Rio de Janeiro, que “*autoriza a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para apresentar e defender o patrimônio genético da espécie Gallus-gallus*”

Defende o autor:

a) ao autorizar a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre), a lei estadual em tela afrontou o art. 225, caput, c/c § 1º, VII, da Lei maior, em que sobressai o dever jurídico do poder público da coletividade defender e preservar o meio ambiente, e a vedação, na forma da lei, das práticas, que submetem os animais à crueldade.

b) é inegável que a Lei Estadual 2.895/98 possibilita a prática de competição que submete os animais à crueldade (rinhas de galos), em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais.

Ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/1998). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei nº 9.605/1998, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de meta individualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta procedente. Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes. Configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “*farra do boi*” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

O Procurador geral da república, autor da presente ação direta, sustenta a inconstitucionalidade de referido diploma normativo, enfatizando que tal regra – ao “*autorizar a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre)*” (fls. 02) – ofendeu o preceito inscrito no art. 225, “*caput*”, c/c o seu § 1º, inciso VII, da Constituição da República.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, ao prestar as informações que lhe foram solicitadas, manifestou-se pela improcedência da presente ação direta, propugnando, em consequência, pelo reconhecimento da plena validade constitucional da norma ora impugnada (fls. 38/41):

Em atendimento ao Ofício nº 336/P, solicitando informações para instruir a AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1856, que tem por objeto a LEI ESTADUAL Nº 2895, de 20.03.98, encaminhamos a V. Ex.^a cópia do inteiro teor do processo legislativo que teve origem no PROJETO DE LEI Nº 1285/95, dando origem à lei acima referida (DOC. I). Além da descrição do aludido processo legislativo, oportuno se nos parece enfatizar que, “*in casu*”, ao se positivarem regras, em lei bem fundamentada em seus diferentes aspectos. É inegável que, sob o ponto de vista social, trata-se de um forte fator de integração de comunidades do interior deste Estado, como de resto ocorre em outros Estados, a gerar, inclusive, um apreciável número de empregos, sendo que no

Rio de Janeiro há, aproximadamente, 100 (cem) rinhas e mais de 70 (setenta) centros esportivos. A Lei Estadual nº 2.895/98 possibilita a prática de competição que submete os animais a crueldade, como é cediço dizer em se tratando de rinhas de brigas de galos, em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais. Sucede que, ao contrário de buscar proteger a fauna submetam os animais a crueldade, atuou o legislador estadual fluminense ao largo da norma programática constitucional. Revela-se, portanto, a antinomia entre o disposto na lei estadual e o texto constitucional, na medida em que se afastou o legislador estadual da observância ao princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente (art. 225, 'caput') (PLENÁRIO STF JULGADO ADI 1.856, 26/05/2011).

Apresentadas as alegações das partes e as informações determinadas pela corte, seguiram-se os votos da Suprema Corte.

O relator foi o Ministro Celso de Melo, que iniciou o voto, tratando da questão apresentada de inépcia da petição inicial. Para o Ministro, impõe-se ressaltar que a petição inicial formulada pelo eminente Procurador-Geral da República, diferentemente do alegado nas informações prestadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, não se reveste do vício da inépcia. Com efeito, a petição inicial em questão observa, *de maneira exata*, a estrutura formal que deve orientar a elaboração dessa peça processual, respeitando, *inteiramente*, a exigência que hoje se contém no art. 3º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Tendo julgado as preliminares, passa-se ao julgamento para o mérito da questão que é a inconstitucionalidade da Lei 2.895/98 editada pelo Estado do Rio de Janeiro.

O douto julgador teve como fundamento de julgamento o que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se *em função de sua própria razão de ser*, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare *todas as formas de vida*, não só a do gênero humano, mas, *também*, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais. Resulta, *pois*, da norma constitucional invocada como parâmetro de confronto (CF, art. 225, § 1º, VII), o sentido revelador do vínculo que o constituinte quis estabelecer ao dispor que o respeito pela fauna em geral atua *como condição inafastável* de subsistência e preservação do meio ambiente em que vivem os próprios seres humanos.

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, *ainda*, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, julgo procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, editada pelo Estado do Rio de Janeiro (MINISTRO CELSO DE MELO).

A partir do voto de procedência do relator, passou-se aos debates, sendo estes iniciados pelo Ministro Dias Toffoli, que votou divergente do relator em razão da leitura que ele faz do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal.³

Segundo o Ministro, a legislação ordinária é a que tem competência para estabelecer essa proteção e a sua respectiva gradação. E ela já existe, inclusive; é a legislação criminal ambiental.

Na sequência foi registrado voto do Ministro Ayres Britto, que seguiu o voto do relator julgando procedente a ação de inconstitucionalidade e ainda fazendo referência ao voto do Ministro Dias Toffoli, quando este trata da questão da legislação que tem competência para estabelecer tal proteção.

Conforme o Ministro Ayres Britto, a referência que o inciso VII do § 1º do artigo 225 faz à lei é

3 Art. 225 [...]: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei [...] (BRASIL, 1988).

num outro sentido; revelando outra qualidade: não é para que a proibição da crueldade somente se dê a partir da edição da lei.

[...] Agora, eu só quero terminar dizendo o seguinte: essa crueldade, caracterizadora de tortura, manifesta-se no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte. O jogo só vale se for praticado até a morte de um dos contendores, de um dos galos, que são seres vivos. Quer dizer, é um meio. Derramar sangue e mutilar fisicamente o animal não é sequer o fim. O fim é, verdadeiramente, a morte de cada um deles; a briga até a exaustão e a morte. E não se pode perder a oportunidade para que a Suprema Corte manifeste o seu repúdio, com base na Constituição, a esse tipo de prática, que não é esporte nem manifestação de cultura (MINISTRO AYRES BRITO).

Já o Ministro Luiz Fux esclarece que não se pode imaginar uma lei que não perpassse pelo tecido normativo da Constituição Federal. Consoante o Ministro, há princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, princípios fundamentais da Constituição Federal e princípios setoriais. Com relação ao meio ambiente, o Ministro entende que:

este aqui é o princípio-regra, que, inclusive, supera regras infraconstitucionais, quando dispõe, dentre as obrigações da defesa a todos, a defesa do meio ambiente: “VII - proteger a fauna e a flora,” - excluída a expressão vedadas na forma da lei - “vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade” (MINISTRO LUIZ FUX).

A seguir tem-se o voto do ministro Marco Aurélio que esclarece sobre o controle concentrado de constitucionalidade e, segundo o Ministro se fizer uma análise ao preceito da Carta Federal, verifica-se que a vedação remete-se à lei.

Penso que o diploma local padece de um vício de forma, porque, na minha óptica, o trato da matéria teria que se dar no âmbito federal. A lei local, ao invés de vedar, autoriza a denominada “competição galística”. E surge a problemática: o preceito, no que remete a lei “cuidar das vedações”, é autoaplicável? Tenderia a responder de modo negativo à colocação feita pelo Ministro Dias Toffoli. No caso, mediante lei é que se teria que dispor a respeito (MINISTRO MARCO AURÉLIO).

Assim, para o Ministro assenta o vício de forma na disciplina da matéria.

Para o Ministro Gilmar Mendes:

De fato, o texto impõe uma reserva legal, mas é tão claro no que diz respeito à proteção que, na ausência de lei, ficaria o Poder Público impedido de ter medidas protetivas (MINISTRO GILMAR MENDES).

Em seguida ocorrem outros debates acerca do tema e finalmente o plenário tem a decisão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 26.05.2011.

Ao autorizar a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes a lei estadual afrontou o artigo 225 § 1º, VII da Constituição Federal que proíbe à submissão

de animais a crueldade, sendo proibida a briga de galos, e qualquer atividade cruéis, independente de regulamentação, pois se trata de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, são aquelas que são de aplicabilidade imediata, desde a entrada em vigor da lei maior já produzem todos os seus efeitos.

Observa-se da presente ADI o dever jurídico do poder público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, portanto Estado e sociedade tem o dever de fazer cumprir o que determina a lei maior, sendo vedado práticas que submetam os animais a crueldade.

A proteção jurídico constitucional dado à fauna abrange todos os animais, silvestres como domésticos, portanto estão inclusos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da lei maior vedou, qualquer forma de submissão a crueldade.

Desse modo, não cabe como matéria de defesa a justificação que essas práticas com animais representariam manifestações culturais, pois caracteriza atentado contra a dignidade dos animais.

A fauna deve ser preservada, pois integra o meio ambiente, tendo os animais o mesmo direito que o homem de viver no planeta terra, por isso faz necessário a tutela efetiva da fauna, apesar do poder constituinte não defini-los como seres dotados de direitos fundamentais são eles sem dúvida objeto de tutela do Estado, sendo qualquer norma estadual que, autorize a criação e a realização de exposição e competições, entre aves das raças combatentes, violaria o dever estatal de tutela e proteção.

7. CONCLUSÃO

A lei estadual afrontou o dispositivo Constitucional, no qual determina que é dever do poder público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente, pois práticas que submetem os animais à crueldade não são permitidas pelo ordenamento jurídico.

Apesar de o texto Constitucional não definir a fauna como seres dotados de direitos fundamentais, são eles, sem dúvida, tutelados pela Constituição Federal de 1988, com fundamento no artigo 225 §1º, inc. VII, sendo que qualquer norma que regulamente o desrespeito à fauna viola o dever estatal de tutela e proteção.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a norma estadual do estado do Rio de Janeiro que regulamentava a chamada “briga do galo”, entendendo que tal prática violaria a lei maior.

Mediante posições claras de proibição no Supremo Tribunal Federal em relação à crueldade praticada contra os animais, tendo como exemplo a “farra do boi”, que acontecia no Estado de Santa Catarina, foi declarada a inconstitucionalidade da lei estadual do Rio de Janeiro a de nº 2.895/92 que tentava regulamentar a chamada “briga do galo”.

Pode-se verificar no julgamento da ADIN 1.856/2011 que a decisão do Supremo Tribunal Federal está em consonância com o artigo 225, §1º, VII, da CR/88, não podendo ser alteradas normas constitucionais para benefício econômico de grupos sociais em detrimento da proteção elencada no aludido artigo constitucional.

Assim, não restam dúvidas de que o Poder Público deve intervir nas mais diversas instâncias para garantia de direitos protegidos e tutelados pelo ordenamento jurídico, sendo imprescindível para o desenvolvimento sustentável do país, visto que a Constituição repele todas as formas de execução e maus-tratos de animais, sob o argumento do prazer mórbido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vânia Hack de. *Controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BARROS, A.J.P.; LEHFELD, N.A.S. *Fundamentos de metodologia: um guia para a iniciação científica*. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ*. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Julgada procedente. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281856.NUME.+OU+1856.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lyp2fes>>. Acesso em: 12 out. 2016.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 20ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2013.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. *Curso de Direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- SILVA, Marcela Vitorina e. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 08 n. 16, jul/dez de 2011.
- FARIAS, Tarden. *Introdução ao direito ambiental*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.
- FARIAS, Tarden; COUTINHO, Fernando S. da Nóbrega. *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte, Fórum, 2010.
- FIORILLO, Celso A. Pacheco. *Curso de Direito ambiental brasileiro*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.
- GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEITE, José Rubens (Coord.). *Manual de Direito ambiental*. Saraiva, 2015.
- MEDEIROS, Fernanda L. F. de; ALBUQUERQUE, Letícia. Rinha de galo: Uma expressão de cultura, uma atividade esportiva ou uma ofensa à constituição. *CONPEDI/UFS*. Santa Catarina, 2015.
- MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental. A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental. A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental. A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 8ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013.

Recebido em: 29/11/2016

Aprovado em: 15/02/2017

PRÁTICAS TERRORISTAS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Penalização do Inimigo ou de-Radicalização?

TERRORIST PRACTICES IN A DEMOCRATIC STATE: Penalty of Enemy or de-Radicalization?

SÉRGIO RICARDO FERNANDES DE AQUINO¹

RAFAELA BALDISSERA²

MARIANA BALDISSERA³

RESUMO: Este estudo tem por objetivo analisar se a teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual flexibiliza garantias fundamentais em razão da periculosidade do agente, é um método compatível com o Estado Democrático de Direito e eficaz para combater atos terroristas. Nesse cenário, utilizando-se do método dedutivo, se fez necessário avaliar as peculiaridades do terrorismo, a penalização de atos terroristas por meio do Direito Penal do Inimigo, bem como a possibilidade de aplicar processos que visem à reeducação do militante extremista. Pode-se concluir que o Direito Penal do Inimigo ofende garantias essenciais a um Estado Democrático e não se compatibiliza com o mesmo, portanto a técnica da de-radicalização tem se mostrado um método promissor de combater o terrorismo.

Palavras-chave: De-radicalização; Direito Penal do Inimigo; Estado Democrático; Terrorismo.

ABSTRACT: This study aims to analyze whether the Enemy's Criminal Law theory, which makes fundamental guarantees flexible due to the agent's dangerousness, is a method compatible with the Democratic State of Law and effective in combating terrorist acts. In this scenario, using the deductive method, it was necessary to evaluate the peculiarities of terrorism, the penalty of terrorist acts through the Criminal Law of the Enemy, and the possibility of implementing processes aimed at rehabilitating the extremist militant. Thus, it can be concluded that the Criminal Law of the Enemy offends essential guarantees a democratic state and is not compatible with it, so the de-radicalization of the technique has been shown to be a promising way to fight terrorism.

Keywords: De-radicalization; Criminal Law of the Enemy; Democratic State; Terrorism.

1 Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Membro do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas, Contingência e Técnica na linha de pesquisa Norma, Sustentabilidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. (IMED/RS). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico e do Grupo de Pesquisa sobre Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos da Faculdade Meridional (IMED/RS). Vice-líder no Centro Brasileiro de pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro da Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDI). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Empresarial e Sustentabilidade do Instituto Blumenauense de Ensino Superior/RS. E-mail: sergiorfaquino@gmail.com

2 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (IMED/RS). Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Previdenciário, Direito Civil e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico da Faculdade Meridional (IMED/RS). Membro do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade da Faculdade Meridional (IMED/RS). Advogada. E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com

3 Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Servidora Pública. E-mail: mariana.baldissera@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O termo terrorismo não possui um conceito universal, contudo nota-se que os atos terroristas são marcados por um histórico de violência, agressão, coação e temor. Assim, os ataques praticados por grupos extremistas são conhecidos mundialmente por atuarem de maneira radical, impondo suas ideologias e, por consequência, acabam por desestabilizar as instituições democráticas.

Com a disseminação de reiteradas condutas terroristas, em todos os continentes, novas formas de reduzir e combater atos extremistas passaram a ser a preocupação das autoridades estatais. Nessa linha de pensamento, estudiosos do Direito, também apreensivos com as atrocidades realizadas pelo ser humano, passaram a estudar formas de penalizar, com maior severidade, os adeptos ao extremismo. Assim, Günther Jakobs destacou-se por doutrinar sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, na qual o indivíduo, que for considerado inimigo da sociedade, responderá a processos penais com peculiaridades e restrições a direitos e garantias, visto que foi o responsável pela grave violação de normas do ordenamento jurídico.

Desse modo, faz-se necessário entender que as garantias essenciais tuteladas pelo Estado Democrático de Direito devem permanecer em vigor, protegendo todos os cidadãos, até mesmo aqueles que atentam contra a vida dos seus semelhantes. Por esse motivo, a Teoria do Inimigo⁴ deve ser analisada com atenção, pois parece fragilizar os ideais democráticos de um Estado de Direito. Logo, a de-radicalização tem se mostrado uma forma promissora de combater o terrorismo, vez que mantém a proteção de direitos e garantias fundamentais do cidadão terrorista e, além disso, promove sua reeducação.

Nesse sentido, o objetivo geral deste estudo é analisar se a teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual flexibiliza garantias fundamentais em razão da periculosidade do agente, é um método compatível com o Estado Democrático de Direito e eficaz para combater atos terroristas. Quanto aos objetivos específicos, pretende-se estudar o terrorismo e suas peculiaridades, além de averiguar o Direito Penal do Inimigo e a penalização dos atos terroristas, bem como identificar a deslegitimação do Direito Penal do Inimigo e reconhecer a de-radicalização como forma de combate ao terrorismo em um Estado Democrático de Direito.

O problema de pesquisa formulado para este artigo caracteriza-se na seguinte indagação: É possível adotar a Teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual retira garantias fundamentais, instituídas democraticamente, de cidadãos considerados inimigos da sociedade, como é o caso dos terroristas, como uma forma de prevenir futuros ataques extremistas?

Dessa forma, a pesquisa utiliza como método de abordagem o dedutivo, cuja técnica de pesquisa é a bibliográfica, a fim de abordar as peculiaridades do terrorismo, a penalização de atos terroristas por meio do Direito Penal do Inimigo, bem como a possibilidade de aplicar processos que visem à reeducação do militante extremista.

4 “Tem-se medo em todo lugar, e em lugar nenhum. Há incitação ao medo, ao arrefecimento de leis, o sentimento de insegurança, e, enquanto isso, os absurdos perpassam no cotidiano e no senso comum teórico. É assim, pois, o expansionismo desmedido do direito penal através da escala frenética e sem limites, do recrudescimento de (novas ou não) leis materiais e processuais, do (renovado) fortalecimento do aparato repressivo estatal, fazendo com que surjam respostas que pretendem ser mais eficientes a uma (aparente) solução ao problema milenar da criminalidade, no caso, mais um déjà vu”. (VALLE, 2015, p. 30-31).

2. O TERRORISMO E SUAS PECULIARIDADES

Condutas extremistas⁵ marcam o século XXI por enfraquecerem a forma de Estado de Direito e assombrarem suas instituições democráticas. Com isso, o papel amedrontador do ‘terrorismo’ se fortalece diariamente, vez que a mídia nacional e internacional cumpre a função de divulgar as atrocidades que grupos radicais (extremistas) praticam contra a vida humana.

Embora já haja o conhecimento de que a organização terrorista é marcada por aspectos negativos, visto que agem de forma impositiva, coatora, provocadora e violenta, o termo terrorismo ainda não possui um conceito exato no Direito Internacional, vez que as condutas e os fins terroristas são os mais diversos possíveis.

Observa-se que, após a Primeira Guerra Mundial, surgiu a preocupação com os direitos do Homem, já que, durante este período, inúmeras pessoas foram mortas. Após este episódio, embora não houvesse ainda uma conceituação do que seria um ato terrorista, foi instituída uma comissão de juristas para realizar estudos sobre as violações de direitos ocorridas nas guerras. Nesse aspecto, em 1937, o Convênio de Genebra passou a discutir métodos que visem a prevenir e reprimir o terrorismo, dentro e fora das guerras. Posteriormente, muitos dos Estados democráticos começaram a criar planos de ação jurídico-repressivos para combater os atos extremistas. (CALLEGARI *et al.*, 2016, p. 28-29).

Zambam refere, pontualmente, sobre o atentado ao *World Trade Center* (EUA) e salienta que este acontecimento simbolizou “[...] uma fase de reorganização do terrorismo, as novas formas de intervenção imperialista, a fragilidade dos mercados financeiros, o surgimento de outros populismos e a exposição dos inúmeros limites da democracia”. (ZAMBAM, 2014, p.149-150). Aos poucos, e a partir dessa afirmação, constata-se que os significados de valores como Democracia⁶ e Tolerância⁷ não podem ser apenas nomes vazios, mas a epifania de uma convivência global, de concretude, por exemplo, dos Direitos Humanos⁸, cujo desafio e as suas dificuldades não podem suscitar, de um lado,

5 Na particular visão de Breendon, “[...] The world may see fear spread as a consequence of the growth of extremism, but these international criminal groups certainly intend not to merely incite fear (as the legal community currently sees ‘terrorist acts’), but rather, such organized violent groups intent to toss out the notions of civilization as we know it, and instill a form of global governance that oppresses and terrorizes those it subjects to its control and domination. Underestimating the threat of such genocidal campaigns, allowing them to remain unchallenged, enables them to achieve unprecedented power, unchallenged and unprosecuted in their quest to eliminate and exterminate mass numbers of innocent people” (BREENDON, 2015, p. 481).

democrática, longe de ser um valor de integração: “[...] O que chamamos de democracia é um funcionamento estatal e governamental que é o exato contrário: eleitos eternos, que acumulam ou alternam funções municipais, estaduais, legislativas ou ministeriais, e veem a população como elo fundamental da representação dos interesses locais; [...] Em resumo: apropriação da coisa pública por uma sólida aliança entre a oligarquia estatal e a econômica”. (RANCIÈRE, 2014, p. 93).

6 Aqui, vale a lição de Rancière sobre o atual estágio da vida 9 “[...] A dignidade humana é o nosso produto maior, não somente como vida, mas como razão de viver. A dignidade não se confunde, tampouco, com uma ânsia de santidade ou uma conquista de honrarias: ela é, essencialmente, uma posição de respeito do homem para consigo mesmo em defesa da qualidade moral que representa”. (LONGO, 2004, p. 175).

7 “A Tolerância torna visíveis os limites de nossas certezas e acolhe essa diferença que está além das fronteiras perceptivas do ‘Eu’. Essa postura é inexistente por aquele que pratica o seu contrário – a intolerância²⁷ –, porque a ausência desse terreno fértil, de se acolher a diferença humana alheia, impõe um *modus vivendi* sem liberdades, sem proximidade. É a negação da condição (e natureza) humana. Tolerar exige, sob esse argumento, o Perdão, pois, como salienta Voltaire, é o fundamento que se manifesta a partir do reconhecimento no qual se comunga nossas fragilidades, nossos erros. Ao se admitir essa condição, intrassubjetiva e intersubjetiva, resta a indagação: Por que não perdoar? Percebe-se nessa ação uma aposta de regeneração, ao contrário da intolerância, que dissemina atitudes destrutivas. O improvável se corporifica e resiste, manifesta-se contra a violência, a crueldade, as imposições culturais arbitrárias e regenera as relações humanas tornando-as mais amistosas e sadias. Esse é o vínculo de Responsabilidade na qual se constitui historicamente por meio do ‘estar junto’, e se torna o sedimento que amplia o exercício habitual da Tolerância”. (ZAMBAM; AQUINO, 2015, p. 379).

8 “Os Direitos Humanos precisam resgatar a essência da Vida. Esses direitos não conseguem atingir seus objetivos porque seus ideais não fazem sentido às pessoas e muito menos às instituições que a representam. O rosto alheio não pode ser reconhecido porque não se sabe quem é o estrangeiro. Nessa qualidade de ser estrangeiro, existe apenas uma ação a realizar, conforme o discurso mundial vigente: eliminar. A aventura do infinito, do auto-aperfeiçoamento, da auto-compreensão que se efetiva por meio do caminho que se trilha nesse desconhecido denominado Outrem se perde diante do descompromisso de todos por todos”. (AQUINO, 2014, p. 74).

a indiferença humana e, de outro, a permissão da violência (física, psicológica, simbólica) para se cumprir ou se satisfazer objetivos comuns, sejam sociais ou institucionais.

Desse modo, percebe-se que os ataques praticados por organizações terroristas atuam de maneira extremista e acabam por afrontar os mandamentos de um Estado Democrático de Direito, enfraquecendo as alianças e os tratados entre as nações, prejudicando a economia do país, intimidando e amedrontando milhares de civis, os quais temem ser vítimas diretas de ações de grupos radicais.

Com o passar do tempo, cada vez mais os Estados passaram a preocupar-se em criar medidas antiterroristas. Como exemplo, Callegari [et al.], assim como Zambam, também cita o episódio de 11 de setembro, ocorrido nos Estados Unidos, como uma data marco, visto que, a partir deste trágico evento, o Conselho Europeu reuniu-se visando a definir novos caminhos contra o terrorismo, tais como:

[...] reforçar a cooperação policial e judicial diante de ordem de detenção europeia, que substitui o sistema de extradição; desenvolver os instrumentos jurídicos internacionais, com um chamado a aplicação dos convênios existentes; terminar com o financiamento do terrorismo; reforçar a segurança aérea; e coordenar a ação global da União Europeia na luta contra o terrorismo. (CALLEGARI [et al.], 2016, p. 29).

Ainda em 2001, o governo dos Estados Unidos da América aprovou o *USA Patriotic Act*, que previa novas medidas de prevenção ao terrorismo. Assim, autorizou-se a interceptação de conversas orais e eletrônicas, o apoio aos poderes investigativos da Agência Central de Inteligência Norte Americana, a vigilância nos procedimentos imigratórios, bem como a edição de uma nova lei, denominada “Lei da Tortura”, a qual cria, inclusive, Tribunais de Exceção. Neste contexto, outros países, tais como França, Alemanha e Itália, também passaram a regulamentar medidas e tipificar condutas como atos terroristas, surgindo assim uma difusão da ideia de terrorismo e da necessidade de combatê-lo (CALLEGARI [et al.], 2016, p. 30-31).

Dessa forma, compreende-se que “[...] apesar da ausência de conceitos claros e universais [...], todos os Estados, sem exceção, respondem com extrema dureza ao que cada um deles considera terrorismo” (CALLEGARI [et al.], 2016, p. 28). Essa situação ocorre porque um ato terrorista fere não somente as vítimas diretas dos crimes praticados, mas a sociedade como um todo. Existe, sim, uma ruptura multidimensional nos laços que constituem a humanidade como espécie porque a Dignidade Humana⁹, seja para a vítima ou, inclusive, no caso da pessoa (ou entidade) que causa o dano, foi ignorada e arrancada na perspectiva do viver e conviver. Terror e medo, nesse caso, são as moedas utilizadas para se pagar pela indiferença *de todos e contra todos*.

A difusão do terror e a prática de delitos motivada por ideologias extremistas geram insegurança e prejuízos, de forma geral, à vida das vítimas e familiares, aos governantes, aos grupos internacionais, às relações entre os Estados e ao cotidiano dos cidadãos. Nessa linha de pensamento, os atos terroristas não são tolerados pelas instituições democráticas.

Quanto à caracterização do terrorismo, o Grupo de Estudos de Política Criminal verificou que “[...] em termos gerais, o terrorismo pode ser classificado como sendo uma negação de direitos fundamentais, por meio da utilização da violência como meio de promoção do terror, o que se dá no âmbito de estruturas organizadas e com fins políticos”. (CALLEGARI [et al.], 2016, p. 32). No mesmo aspecto, Jesus também discorre sobre o terrorismo e afirma que não é uma tarefa fácil conceituá-lo, mas que algumas ideias devem ser destacadas, assim, refere que:

Elemento essencial da definição de crime de terrorismo é a vontade (dolo) de alcançar uma vantagem propagandística, de caráter político e/ou religioso (fim visado), median-

⁹ “[...] A dignidade humana é o nosso produto maior, não somente como vida, mas como razão de viver. A dignidade não se confunde, tampouco, com uma ânsia de santidade ou uma conquista de honrarias: ela é, essencialmente, uma posição de respeito do homem para consigo mesmo em defesa da qualidade moral que representa”. (LONGO, 2004, p. 175).

te a disseminação de pânico (elemento objetivo) na população civil, que, aterrorizada diante da perspectiva de novos atentados, pressiona seus governantes a evitarem atitudes que desagradem os terroristas. Se os governantes cedem, ou se não conseguem evitar novos atentados, fornecem prova de fraqueza e a operação terá atingido seus objetivos. (JESUS, 2015, p. 01).

Interessante ressaltar que, no ano de 2016, foi editada a lei brasileira Antiterrorismo (Lei n. 13.260), na qual os legisladores ousaram em definir o termo 'terrorismo', bem como determinaram penalizações para delitos dessa natureza¹⁰.

No entanto, para os autores do livro 'O crime de Terrorismo' ainda não há uma definição ou características exatas para conceituar o terrorismo, mas é possível identificar três planos que são comuns em atos terroristas, quais sejam: a prática de delitos, a difusão do terror e objetivos políticos ou sociais. (CALLEGARI [et al.], 2016, p. 32).

Portanto, observa-se que o medo¹¹ é uma das principais características de atos terroristas. Os infratores utilizam o terror como forma de afirmar que possuem o poder, ou seja, que possuem o controle sobre a sociedade e que ninguém pode detê-los. Desse modo, os terroristas pretendem publicar seus atos para difundir seus posicionamentos e recrutar novos agentes, utilizando, para tanto, os mais diversos meios de comunicação, a fim de que o temor se perpetue entre os cidadãos.

O praticante de atos terroristas precisa da mídia para que haja a disseminação de suas condutas. Desse modo, a fim de que as ações terroristas tenham êxito, faz-se "necessário que os seus efeitos não sejam limitados às vítimas diretas de seus danos [...] Consequentemente, pode-se concluir ser da essência do terrorismo um caráter aleatório da identificação de suas vítimas" (CALLEGARI [et al.], 2016, p. 36).

Nessa linha de pensamento, compreende-se que as vítimas diretas dos ataques terroristas atuam como meros instrumentos de propagação do sentimento de terror. O abalo psicológico exerce uma das principais finalidades do terrorismo, pois é mais fácil controlar e impor ideologias em uma população amedrontada e fragilizada.

Insiste-se, novamente, no desprezo às vias dialogais democráticas para disseminar, em todos os povos, uma verdadeira *guerra de todos contra todos*. Viver em tempos de crise demanda, *de toda a espécie humana*, o difícil, mas necessário exercício de uma Razão Sensível na qual compreenda¹² as contradições, as complexidades, a pobreza, a miséria, as desigualdades no mundo. Deve-se, nesses

10 Art. 2º. O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. § 1º São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; II - (VETADO); III - (VETADO); IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa. Pena: reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência. (BRASIL, 2016).

11 Segundo Callegari e outros "Justamente o que torna o medo do terrorismo de tamanha grandeza é a perspectiva de que aquele ato específico e já consumado tenderá a se repetir e que, devido à indiscriminação dos seus efeitos, poderá atingir qualquer pessoa, a qualquer momento". (CALLEGARI [et al.], 2016, p. 38).

12 "Existe uma ética da compreensão que nos convida, antes de mais nada, a compreender a incompreensão, que tem numerosas origens: o erro, a indiferença ao próximo, a incompreensão entre as culturas, a possessão por deuses, por mitos, por ideias, o egocentrismo, a abstração, a cegueira, o medo de compreender...". (MORIN; VIVERET, 2013, p. 15).

momentos de incerteza, ter serenidade¹³ para se *compreender as causas da incompreensão*. É a partir desse esclarecimento que “[...] compreender o assassino não significa tolerar o assassinato que ele cometeu”. (MORIN, 2013, p. 15)

A falta de alteridade¹⁴ e fraternidade¹⁵ entre a Humanidade, pois, contribui para que haja reiteradas condutas terroristas, as quais favorecem a propagação dos grupos extremistas na imposição de suas ideologias mediante coação e violência. As autoridades estatais necessitam criar formas de combater as barbáries cometidas pelos ativistas radicais, priorizando métodos para ampliar a segurança pública. Nenhum Estado-nação conseguirá, dentro dos seus limites soberanos, trazer respostas satisfatórias contra as atitudes terroristas. Essa condição somente terá seus efeitos mitigados a partir de atos e responsabilidades *comuns* entre os povos do mundo.

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A PENALIZAÇÃO DOS ATOS TERRORISTAS

O terrorismo é um delito mundialmente reprovável pelos Estados Democráticos de Direito, merecendo uma resposta rígida dos poderes estatais. Nesse sentido, o caráter interventivo do sistema penal é lembrado por auxiliar na proteção de bens jurídicos atingidos, direta e indiretamente, por atos terroristas.

Para tanto, doutrinadores criam teorias que buscam dar eficiência às funções legitimadoras do Direito Penal. Assim, dentre as teses que pretendem dar uma resposta severa a condutas extremistas, que aterrorizam todas nações do mundo, surgiu a teoria do Direito Penal do Inimigo.

A partir das lições de filósofos contratualistas, Günther Jakobs projetou a teoria do Inimigo, entendendo que, ao violar gravemente as normas do ordenamento jurídico, o indivíduo deve ser visto como um inimigo da sociedade e, até mesmo, ser excluído desta, respondendo, assim, a um processo penal diferenciado, no qual direitos e garantias legalmente instituídos pelos ordenamentos pátrios poderão ser suprimidos. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 90).

O Direito Penal do Inimigo possui três características principais: a primeira propõe que haja uma antecipação da punibilidade, visando-se a um delito futuro; a segunda pretende que haja uma elevação excessiva das penas e, por último, intenta suprimir determinadas garantias processuais. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 90).

No que se refere à definição de ‘inimigos’, Gomes baseou-se na obra de Günther Jakobs e entendeu que seriam os criminosos econômicos, os multirreincidentes, os terroristas, os delinquentes organizados, os autores de delitos sexuais, entre outras infrações penais perigosas. “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”. (GOMES, 2010, p.1).

Ao explicar o Direito Penal do Inimigo, Jesus ensina que é considerado inimigo quem pratica

13 “[...] a serenidade é o contrário da arrogância, entendida como opinião exagerada sobre os próprios méritos, que justifica a prepotência. O indivíduo sereno não tem grande opinião sobre si mesmo, não porque se desesteje, mas porque é mais propenso a acreditar nas misérias que na grandeza do homem, e se vê como um homem igual aos demais”. (BOBBIO, 2002, p. 39).

14 “A postura da Alteridade [...] concebe o sujeito eticizado pela convivência, pelo ato de compartilhar experiências humanas. Não é possível observar a compreensão do Ser humano quando sua clausura egocêntrica impede ou dificulta o relacionamento com o Outro. Na medida em que se consolida a segregação das relações humanas, inviabiliza-se a eleição de valores nos quais se constitui o cenário ético desejável, bem como não se determina a orientação axiológica do Direito para cumprir sua finalidade protetiva por meio do instrumento denominado Norma Jurídica”. (AQUINO, 2016, p. 202-203).

15 “A Fraternidade, por muito tempo, restou esquecida, encoberta por valores que pareciam mais essenciais, úteis e imediatos, como a Liberdade e a Igualdade. Porém, é por meio da experimentação da Fraternidade e da Solidariedade que a Humanidade criará vínculos, repletos de trocas de conhecimentos e aprendizagens, nos quais será possível se modificar e potencializar suas habilidades, além de aguçar sonhos ainda não realizados, em plenitude. O valor da Fraternidade é um caminho a ser revisitado e (re)experimentado, propiciando, dessa forma, espaços para experiências genuinamente humanas”. (AQUINO; PELLENZ; BASTIANI, 2016, p. 54).

delitos reiteradamente, colocando as instituições estatais em risco. Nesse panorama os terroristas são enquadrados como os inimigos da sociedade do século XXI. (JESUS, 2008, p.1).

Para Nucci, os inimigos “[...] estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade”. (NUCCI, 2010, p.312).

A função da pena para o Direito Penal do Inimigo é a eliminação de um perigo. O inimigo, em razão de sua atuação desconforme com o ordenamento, não pode ser tratado como cidadão, devendo ser excluído do convívio social. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 47).

A partir da teoria do Inimigo, o Direito Penal seria formado por dois polos: de um lado o indivíduo seria tratado como cidadão, no qual teria seus direitos e garantias respeitados, bem como seria repreendido, por parte do sistema penal, somente após a exteriorização de sua conduta delituosa. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 36)

Por outro lado, o sujeito considerado inimigo teria uma “custódia de segurança antecipada” já no seu estado prévio, visto que meros atos preparatórios¹⁶ poderiam ser prontamente investigados devido à alta periculosidade e reincidência desse inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 36). Veja-se: o inimigo é a justificativa pronta, simples e aceitável para explicar todas as contradições da vida no globo. O inimigo não é uma presença efêmera, transitória, o qual, mesmo eliminado, desaparece. Ao contrário, a sua (oni)presença é permanente. Nessa linha de pensamento, *todos* são potenciais inimigos para se tornar invisível a incapacidade de relacionamento entre os membros da espécie humana, bem como das contradições nas ações políticas – locais, regionais, continentais ou globais – jurídicas, culturais, econômicas, tecnológicas, científicas, entre outros.

Nesse sentido, o indivíduo que pratica atos terroristas, em razão da sua periculosidade, é considerado um inimigo e, segundo a Teoria de Jakobs, não deve possuir os mesmos direitos e garantias que os demais cidadãos. Os sujeitos que agem para propagar o medo e a violência serão regidos por um Direito Penal mais rigoroso, o qual pune atos preparatórios, condena a penas privativas de liberdade, bem como suprime direitos à ampla defesa e contraditório. No mesmo aspecto, Greco distingue e explica acerca do Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, revelando que:

O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhes são pertinentes; o segundo, intitulado *Direito Penal do Inimigo*, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois não estaríamos diante desse cidadãos, mas sim de inimigos do Estado. O raciocínio seria o de verdadeiro *estado de guerra*, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes [...]. (GRECO, 2015, p.23).

Logo, observa-se que a expressão ‘inimigo’ é vaga, pois nenhum doutrinador, nem mesmo Jakobs, idealizador da teoria, definiu exaustivamente quem são (ou seriam) aqueles os quais expõem em risco permanente os bens jurídicos tutelados. Essa obsessão por uma *lista completa* de transgressores da ordem jurídica – nacional, continental ou global – manifesta-se em diferentes tempos e espaços, seja na Ciência, como é o caso de Lombroso, ou na ficção a partir de filmes como *Minority Report*, *Inimigo do Estado*, *Perigo Real e Imediato*, entre outros. Percebe-se que os inimigos da sociedade variam conforme o momento histórico em que a Humanidade se encontra, pois os que nos séculos passados eram considerados inimigos, hoje já não os são, bem como, com a modernidade,

16 Sobre atos preparatórios Rodrigues salienta que se trata “da materialização no mundo concreto de fatos que possam propiciar a prática de crime, sem, entretanto, ultrapassar a esfera do próprio agente, ou seja, não adentra a esfera de terceiros. É exatamente por isso que a preparação, em face do princípio da lesividade, também é etapa, via de regra impunível do Iter Criminis.” (RODRIGUES, 2012, p. 62).

novos grupos poderão ser enquadrados como inimigos da sociedade.

O fato é que classificar as pessoas em “inimigas” ou “cidadãs” é desproporcional, inseguro e autoritário. Não se pode permitir que seja dada tamanha discricionariedade às autoridades estatais para decidirem os que são bons e os que são ruins demais para conviverem em sociedade. Todos são seres humanos e têm Direitos Fundamentais consagrados nas Constituições democráticas, bem como em tratados internacionais. Excluir aqueles que infringem a norma, por mais grave que seja sua conduta, é ignorar completamente suas garantias, as quais demoraram séculos para serem incorporadas no ordenamento.

Portanto, o Estado Democrático possui como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, não admitindo o desrespeito aos direitos e garantias individuais. Diante desse contexto, mostra-se inviável a aplicação do Direito Penal do Inimigo, já que este promove a exclusão de indivíduos considerados perigosos, desconsiderando que estes ainda merecem um tratamento digno.

4. A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A DE-RADICALIZAÇÃO COMO FORMA DE COMBATE AO TERRORISMO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É possível perceber que o Direito Penal do Inimigo tem como objetivo principal punir os indivíduos considerados mais perigosos e, para isso, suprime garantias consideradas essenciais em uma sociedade democrática¹⁷. Num Estado de Direito legítimo, como o Brasil, não se admite que o princípio da legalidade, da intervenção mínima e do devido processo legal sejam retirados ou flexibilizados com o fim de punir mais drasticamente alguns indivíduos, pois adota-se o Direito Penal do fato, e não do autor.

Verifica-se que a Dignidade da Pessoa Humana deve estar presente durante todo o processamento daquele no qual transgrede a ordem jurídica. O Direito Penal deve ser aplicado como *ultima ratio*, pois é o ramo do Direito considerado mais violento, devendo limitar-se às infrações mais graves. Por conseguinte, não há a possibilidade de ser efetivado um Direito Penal diferente, ainda mais gravoso, desprovido de garantias, sob pena de violação do princípio da isonomia e da proporcionalidade. Nesse sentido, entende-se que:

Independentemente da gravidade da conduta do agente, este há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano. (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 15)

Logo, no ordenamento de um Estado Democrático¹⁸, após a consagração dos direitos fundamentais, não se admite retrocesso¹⁹, ou seja, se houve a conquista de direitos de defesa, à presunção de inocência, à proporcionalidade, entre outros, não se pode permitir que para alguns indivíduos tais direitos sejam preservados, e para outros, suprimidos.

17 Segundo Rawls “[...] uma sociedade democrática constitucional razoavelmente justa é uma sociedade que combina e ordena os dois valores básicos da liberdade e da igualdade [...]”. (RAWLS, 2001, p. 63).

18 Para Cunha Junior e Novelino: “A noção de Estado democrático de direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, porquanto se revela um tipo de Estado que busca uma profunda transformação do modo de produção capitalista, com o objetivo de construir uma sociedade na qual possam ser implantados níveis reais de igualdade e liberdade [...]”. (JUNIOR; NOVELINO, 2013, p. 13).

19 Conforme Lenza, na implementação de direitos fundamentais, o legislador deve observar “o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de effect cliquet”. (LENZA, 2013, p. 1167).

Num Estado Democrático de Direito, o Direito Penal do Inimigo não encontra legitimação, uma vez que fere garantias fundamentais dos indivíduos. Ademais, alguns doutrinadores defendem que até mesmo o próprio sistema penal estaria sofrendo com o fenômeno de deslegitimação, por estigmatizar²⁰ e escolher certas classes de sujeitos sobre a qual sua violência deve recair.

Nesse sentido, Karam revela que a maioria das pessoas não percebe, mas um novo e diferente modelo de autoritarismo está sendo exercido por meio do sistema penal no século XXI. O problema é que a sociedade assinala positivamente ao aumento do poder punitivo, porque, com ingenuidade, compreende que esses avanços auxiliam no controle social e, por consequência, na segurança pública. Mas, na verdade, essas funções repressivas do sistema penal enfraquecem o Estado Democrático de Direito, bem como agravam os problemas sociais, o perigo de lesões, a seletividade e a violência. (KARAM, 2009, p. 13-14).

Dessa maneira, uma imagem distorcida do sistema penal está sendo internalizada na sociedade, pois os usuários do sistema são diariamente enganados, já que, na tentativa de autolegitimar-se²¹, o sistema penal acaba por declarar o que não pode cumprir ou, na realidade, o que não quer cumprir. Entretanto, para que a população acredite na sua aparência protetiva, necessita estar sempre reiterando seus discursos fictícios.

Diante disso, a fim de buscar a confiança da sociedade, as manifestações públicas do sistema penal geralmente carregam “[...] uma linguagem impregnada por forte carga emocional, uma linguagem assustadora, demonizadora, que funciona como um instrumento particularmente importante para o exercício do poder punitivo”. (KARAM, 2009, p. 19).

Entende-se que os discursos declarados pelo Direito Penal tentam validar esse sistema como o principal reparador e inibidor de danos. Todavia, na prática, as promessas de proteção permanecem sendo apenas promessas, isto é, nenhuma ação é efetivamente realizada para que se tornem reais.

Nessa contextualização, Budó salienta que os danos trazidos pelo sistema penal agravam os conflitos sociais, promovendo, ainda mais, a criminalidade por meio de condutas punitivas e seletivas. (BUDÓ, 2014, p. 396 e 398).

Nesse sentido, entende-se que o Direito Penal do Inimigo não é adequado aos padrões de um Estado Democrático de Direito²². Além do mais, se até mesmo o sistema penal, com seu manto protetivo de garantias constitucionais, já está sendo considerado um sistema falho e corrompido, o uso de um Direito Penal ainda mais rigoroso, seletivo e gravoso, como é o caso da Teoria idealizada por Jakobs, desestruturaria ainda mais os ideais democráticos.

Desse modo, já que o Direito Penal do Inimigo não é o sistema adequado para evitar a ocorrência de atos terroristas, resta necessário que novos mecanismos de prevenção sejam encontrados e efetivados. Assim, a professora da universidade Gedik, de Istambul, Keynep Kaya, passou a defender um novo método de combate ao terrorismo chamado de-radicalização.

20 “Estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também da imagem social que se faz de alguém para inclusive poder-se controlá-lo e até mesmo de linguagem de relações, para empregar expressão de Erving Goffman, que compreende que o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem. Daí a criação absurda de duas espécies de seres: os estigmatizados e os “normais”, pois, afinal, considera-se que o estigmatizado não é completamente humano”. (BACILA, 2008, p. 24-25).

21 Importante, ainda, dialogar sobre a diferença entre legitimidade e legitimação, segundo Andrade “Por legitimidade entendemos uma qualidade que se pode predicar ao sistema pela relação de congruência entre programação (normativa e teleológica) e operacionalização. Por legitimação entendemos o processo mediante o qual se atribui esta qualidade ao sistema.” (ANDRADE, 2003, p. 181).

22 No entendimento de Zambam “A efetivação da democracia depende de um conjunto de fatores, orientações, referências e decisões que conjugadas a partir de um ordenamento seguro e referendado pela razão pública dos cidadãos tem condições de ordenar uma sociedade de forma justa e equitativa [...]”. (ZAMBAM, 2014, p. 151).

Kaya explica que existem diferentes visões acerca do que seria a de-radicalização. Assim, trouxe o posicionamento de Noricks, e afirma que “a de-radicalização pode ser ideológica ou comportamental”, mas também referiu a posição do autor Omar Ashour, que assegura ser “[...] um processo que leva um indivíduo (ou grupo) a mudar suas atitudes sobre a violência contra civis. A de-radicalização ideológica resulta em uma mudança de crenças, já um comportamento de de-radicalização enfatiza mudanças nas ações”²³. (KAYA, 2016, p. 88).

Assim, a de-radicalização pretende reeducar os ativistas que seguem as ideologias extremistas do terrorismo, a fim de desfazer a errônea interpretação de crenças voltadas a política, religião, valores sociais e culturais, visto que, geralmente, os militantes são conduzidos a adotar uma visão conservadora ultra rígida capaz de permitir atos de violência e coerção contra civis.

Ocorre que a dificuldade em efetivar o processo de de-radicalização está no ânimo psicológico do terrorista, uma vez que ele pode ter razões para querer permanecer no grupo. Desse modo, um membro extremista pode estar abandonado por familiares e amigos, decepcionado com o governo e convencido de que não tem mais um lugar na sociedade. Assim, com receio de ficar solitário, marginalizado e excluído, opta por continuar inserido na organização terrorista, pois integrá-la torna-se mais vantajoso, em razão de ter, nesse grupo, um ambiente de aceitação e objetivos comuns. (KAYA, 2016, p. 88).

Kaya refere o autor Tore Bjorgo para descrever os chamados fatores de atração, os quais são elementos determinantes para que o ativista deixe o grupo terrorista. As circunstâncias que influenciam o militante a não ser mais um membro extremista são as mais variadas, mas, dentre elas, foram citadas: a reprovação dos pais e da sociedade, a condenação em processos criminais, a perda da fé na ideologia, política e objetivos do grupo, bem como desconfortos com atividades violentas. (KAYA, 2016, p. 88).

Percebe-se que os fatores de atração estão relacionados com oportunidades que os ativistas têm de reestruturar uma nova vida e fazer novas escolhas em busca de um futuro mais digno. Trata-se do eixo fundamental denominado *reconhecimento*²⁴ entre os membros da família humana. Nesse contexto, participar como membro ético da sociedade, estreitar laços afetivos com familiares e amigos, bem como conquistar um novo emprego e a possibilidade de educação integram o rol de incentivos que auxiliam o extremista a deixar a organização terrorista.

Os monitores dos programas de de-radicalização observaram que parcela dos ex-militantes terroristas participantes do monitoramento antirradical eram de baixa renda ou classe média²⁵, os quais não tiveram a oportunidade de desenvolver e conhecer efetivamente a real interpretação dos ensinamentos religiosos e políticos (KAYA, 2016, p. 92), sendo que, por este motivo, possivelmente foram facilmente influenciados pelos líderes dos grupos terroristas a ingressarem nessa organização.

Dessa forma, o programa de de-radicalização já mostrou efetividade em algumas localidades, como, por exemplo, na Arábia Saudita, onde o governo cuidou de estratégias voltadas a “prevenção, reabilitação e cuidados posteriores”²⁶ dos militantes radicais reeducados (KAYA, 2016, p. 92). Sendo demonstrado, nesse sentido, é importante que esses programas tenham, além da prevenção e da reabilitação, o monitoramento de atos posteriores, assim como o auxílio aos ex-militantes e suas famílias.

Nessa linha de pensamento, os programas de de-radicalização devem ser divulgados publicamente, a fim de que os governantes percebam a efetividade desse método no combate ao terrorismo,

23 Tradução de texto em inglês elaborado pelos autores do texto.

24 “[...] A autorrelação de alguém não é, então, uma questão de um ego solitário refletindo sobre si mesmo, mas o resultado de um processo intersubjetivo contínuo, no qual sua atitude frente a si mesmo emerge em seu encontro com a atitude do outro frente a ele”. (HONNETH; ANDERSON, 2011, p. 88).

25 Segundo Arendt, a criminalidade e o mal exercem maior influência sobre os desfavorecidos economicamente. Assim, revela que para esses desabastados atos violentos podem até ser “perversos”, contudo demonstram “esperteza”. (ARENDR, 1989, p. 357).

26 Tradução de texto em inglês elaborado pelos autores do texto.

visto que os atos terroristas se tornaram uma grande ameaça às instituições democráticas, bem como à segurança de civis em todo o mundo. Os mecanismos criados para se suprimir qualquer forma de reconhecimento ao humano devem ser eliminados e repensados a fim de promoverem prevenção e erradicação das atitudes nas quais incitem e promovam o terror e o medo, pois, na medida em que se torna possível estabelecer esse *mínimo de dignidade*, a paz social se estabelece como horizonte de convivência possível entre os povos do mundo.

5. CONCLUSÃO

O Direito Penal declara ser quem promove a defesa social, por isso, ao longo dos anos, teorias foram desenvolvidas para tentar resolver o problema da crescente violência, a fim de garantir a segurança pública. Desse modo, com a disseminação de ataques terroristas, a teoria do Direito Penal do Inimigo destacou-se por suas técnicas rigorosas na repreensão de condutas gravosas.

Günther Jakobs, dentro desses parâmetros, desenhou a Teoria do Inimigo, a qual objetiva repreender de forma mais rigorosa e eficiente criminosos altamente perigosos. Nesse contexto, os indivíduos/inimigos que agem para propagar o temor e praticar a violência deveriam ser regidos por um Direito Penal mais severo. Assim, a partir da teoria de Jakobs, devido à sua periculosidade, os terroristas (extremistas) são considerados inimigos da sociedade e não devem possuir os mesmos direitos que os demais os cidadãos.

Todavia, constatou-se que a teoria do Direito Penal do Inimigo ofende direitos essenciais garantidos democraticamente, portanto não se mostra adequada para penalizar e combater os atos de militantes terroristas. Logo, encontra-se deslegitimada por não se compatibilizar com os princípios consagrados pelas instituições democráticas.

Um Estado de Direito legítimo, como o Brasil, não admite que garantias constitucionalmente asseguradas sejam retiradas ou flexibilizadas com o fim de punir mais drasticamente alguns sujeitos, considerados inimigos pelos delitos que cometeram. Qualquer outra medida adotada, sem que se reconheça um sentido humanista no sistema de garantias constitucionais, rompe com as diretrizes jurídicas mundiais a fim de se preservar, minimamente, uma convivência pacífica global e insiste na linguagem da força, da autoridade, da violência como única resposta para os complexos conflitos da humanidade.

A partir desses argumentos, percebeu-se que métodos democráticos e eficazes, objetivando combater ações terroristas, já estão sendo efetivados sem que a qualidade de cidadão daquele o qual viola um ordenamento jurídico seja desconsiderada, podendo ser citada como exemplo a de-radicalização.

Portanto, a técnica da de-radicalização tem se mostrado uma forma promissora de reeducar os ativistas que seguem ideais de grupos terroristas, já que esse processo procura desfazer a errônea interpretação extremista de crenças políticas, religiosas, sociais e culturais, oportunizando que o ativista reestruture uma nova vida e faça novas escolhas em busca de um futuro digno.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *O direito em busca de sua humanidade: diálogos errantes*. Curitiba: CRV, 2014.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Raízes do direito na pós-modernidade*. Itajaí, (SC): UNIVALI, 2016.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; PELLEZZI, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. *Gutta*

cavat lapidem: reflexões axiológicas e práticas sobre Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana. Erechim, (RS): Deviant, 2016.

ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo.* Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade: e outros escritos morais.* Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da UNESP, 2002.

BUDÓ, Marília de Nardin. Criminologia e dano moral: a efetivação da sustentabilidade de para além do direito penal. In: TRINDADE, André Karam; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; BOFF, Salete Oro (Orgs.). *Direito, Democracia e Sustentabilidade: anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Democracia e Sustentabilidade.* Passo Fundo: IMED Editora, 2014, p. 373-406.

BRASIL. *Lei nº 13.260. 2016.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 23 de nov. 2016.

BREENDON, Jennifer. Redefining terrorism: the danger of misunderstanding the modern world's gravest threat. *Revista de Direito Internacional.* Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 463-483.

CALLEGARI, André Luís; LIRA, Cláudio Rogério Sousa; REGHELIN, Elisângela Melo; MELIÁ, Manuel Cancio; LINHARES, Raul Marques. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo: de acordo com a Lei nº 13.260/2016.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal).* 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma Visão Minimalista do Direito Penal.* Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HONNETH, Axel; ANDERSON, Joel. *Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade.* Brasil, n. 17, p. 88, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/64839>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.* Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal do inimigo. Jus Navigandi.* 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10836/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei do Crime de Terrorismo: para quê? Carta Forense.* 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/lei-do-crime-de-terrorismo-para-que/16052>>. Acesso em: 15 de jun. 2016.

JUNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos.* Bahia: Editora Jus Podivm, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KAYA, Keynep. Letting Go: *De-radicalization in Egypt.* Journal For Deradicalization. Nr. 6, 2016, p. 87-104. Disponível em: <<http://journals.sfu.ca/jd/index.php/jd/article/download/44/39>>. Acesso em: 25 de jun. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado.* São Paulo: Saraiva, 2013.

LONGO, Adão. *O direito de ser humano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick. *Como viver em tempos de crise?* Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RODRIGUES, Cristiano. *Direito Penal: parte geral*. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

VALLE, Juliano Keller do. *Paradoxos penais, vol. 1: ensaio sobre o arbítrio estatal versus garantismo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ZAMBAM, José Neuro. A Democracia Contemporânea: entre a Cruz e a espada. In: TRINDADE, André Karam; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; BOFF, Salette Oro (Orgs.). *Direito, Democracia e Sustentabilidade: Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Democracia e Sustentabilidade*. Passo Fundo: IMED Editora, 2014, p. 147-167.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI*. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 142, n. 137, março de 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

Recebido em: 15/09/2016

Aprovado em: 26/11/2016

A CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS: Uma Análise sob a Perspectiva da Reserva do Possível e da (i)Legitimidade do Poder Judiciário

THE CRISIS OF SOCIAL RIGHTS: An Analysis from the Perspective of Reservation Possible and the (i)Legitimacy Judicial Power

ANDY PORTELLA BATTEZINI ¹
KARLA CRISTINE REGINATO ²

RESUMO: O presente estudo tem como propósito analisar o papel do Estado no cumprimento e na efetivação dos direitos sociais. Para isso, objetiva-se: investigar o contexto histórico envolvendo a passagem do Estado Liberal até a chegada do Estado Social; evidenciar os problemas enfrentados desde a conquista do Estado Social, tal qual a escassez econômica e a intervenção por parte do Poder Judiciário nas questões envolvendo a prestação de valores constitucionais; e por fim elucidar o Princípio da Reserva do Possível como mecanismo capaz de adequar o controle dos recursos públicos, e, conseqüentemente, garantir a tutela dos direitos sociais. A justificativa deste estudo consubstancia-se na necessidade em reconhecer a (in)efetividade dos Direitos Sociais no contexto pátrio, no sentido de viabilizar a concretização de políticas públicas de apoio, a fim de garantir uma qualidade de vida a todos os cidadãos, principalmente aqueles que encontram-se em situações de disparidade econômica e social, os quais merecem uma atenção especial. Na realização deste ensaio utilizar-se-á o método indutivo e como instrumento procedimental a investigação bibliográfica de textos doutrinários, jurisprudência, meios eletrônicos e coleções particulares.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Orçamento; Reserva do Possível.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the state's role in the fulfillment and realization of Social Rights. For this, the objective is to investigate the historical context surrounding the passage of the Liberal State until the arrival of the Welfare State; highlight the problems faced since the conquest of the Welfare State and as an economic shortage and a part by intervention of the Judiciary in the issues involving the provision of constitutional values; and finally elucidate the possible Reserve Principle how mechanism capable of adjusting the control of public resources, and thus ensure the protection of Social Rights. The reason this study is embodied on the need to recognize the (in) effectiveness of Social Rights without parental context, not sense make possible the public policy support an end to ensure a quality of life to all citizens, especially those lying in economic and social disparity of situations, which deserve a special attention. In Study realization will be used-the inductive method and procedural instrument as the Bibliographical Research doctrinal texts, jurisprudence, Electronic Media and private collections.

Keywords: Social Rights; Budget; Reserve of Possible.

1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS). Pós-graduada em Direito Tributário e Gestão de Pessoas pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: andy_battezini@hotmail.com

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED/RS). Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: karlacreginato@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A inserção dos direitos sociais no constitucionalismo pátrio foi significativamente um avanço na consolidação de um Estado Democrático de Direito, principalmente por parte da população que passou a ter seus direitos fundamentais reconhecidos, dentre os quais se destacam o direito à igualdade e o direito às condições favoráveis no âmbito do trabalho. A positivação desses direitos teve como intuito promover a justiça social, visando assim, eliminar com as disparidades econômicas e sociais resultantes do Estado Liberal. Desta forma, a intervenção do Estado foi necessária para suprir a concepção de direitos individuais e introduzir em seu bojo direitos de cunho social, e, assim, viabilizar as mínimas condições de vida aos cidadãos.

Nesse viés constata-se que, por depender das prestações financeiras do Estado, a efetivação de tais direitos encontra-se comprometida diante do *déficit* orçamentário estatal e, ainda, em decorrência dos impasses travados pelo poder judiciário acerca da legitimidade e competência em intervir nas questões relacionadas à positivação prática de políticas sociais quando os demais poderes são omitidos.

Diante de tal cenário, indaga-se: Apesar da falta de recursos, qual o limite do poder judiciário em intervir de modo a garantir uma prestação satisfatória pelo Estado? Para tanto, no que toca a disponibilidade de recursos financeiros cumpre analisar o Princípio da Reserva do Possível como dispositivo necessário a validar os limites e o alcance da intervenção do Estado, bem como reconhecer o papel do judiciário no processo político para concretização das mínimas prestações sociais.

A justificativa deste estudo é necessária, pois o Estado deve reconhecer o longo caminho a ser traçado e encontrar mecanismos práticos que estimulem as políticas públicas de apoio, acompanhado da participação popular, que deve exigir de seus representantes o mínimo de condições essenciais para garantir uma qualidade de vida a todos os cidadãos, principalmente àqueles que se encontram em situações de disparidade econômica e social, os quais merecem uma atenção especial.

Assim, busca-se abordar inicialmente a passagem histórica, desde o Estado Liberal, até então a chegada do Estado Social e o seu papel fundamental na instituição dos direitos sociais no contexto histórico pátrio. Em um segundo momento discutir-se-á a (in)efetividade dos direitos sociais e seus impactos na esfera econômica e funcional. Para finalizar, será demonstrada a importância do Princípio da Reserva do Possível, e os limites na atuação pelo poder judiciário diante dos óbices orçamentários que se perpetraram no Estado brasileiro.

O tema é tão importante e amplo, que será focado apenas alguns pontos cruciais, levando em consideração a problemática das políticas públicas e governamentais. Assim, o presente artigo tem por finalidade refletir como essa problemática poderá ser enfrentada a fim de oferecer a uma resposta satisfatória dos mencionados direitos.

Na realização do estudo utilizar-se-á o método indutivo e como instrumento procedimental a investigação bibliográfica de textos doutrinários, jurisprudência, meios eletrônicos e coleções particulares.

2. DO LIBERALISMO AO ESTADO SOCIAL: A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

A concepção do Constitucionalismo Social emerge da crise do Estado Liberal, o qual assegurava a plenitude dos direitos da burguesia em face das classes mais abastadas. Naquela época, a classe burguesa detinha o domínio do poder, principalmente em questões de cunho político e institucional, mediante ao sufrágio exercido restritamente.

Com o desenvolvimento do capitalismo industrial nos séculos XIX e XX, os trabalhadores passaram então a questionar por valores não contemplados originariamente pela Revolução Francesa, como o da igualdade, liberdade e fraternidade, reivindicando assim, a equiparação legal, já que havia resistência por parte do Estado em oferecer determinadas prestações materiais (SILVA; TRINDADE, 1982).

A crise ilusória de um Estado Liberal, que desvencilhou a figura patriarcal na mesocracia, concedia a participação na vida política e social da época apenas aos proprietários de terras. No entanto, os trabalhadores, diante do contexto real e econômico travado naquele período, estavam adstritos a trabalhar para apenas criar meios de se manter, fadados à luta pela sobrevivência, sem qualquer direito à proteção ou garantias de uma melhor qualidade de vida que pudesse vir a ser oferecida pelo Estado Liberal.

Nesse viés, a concessão de direitos como o direito à propriedade privada e a autonomia dos indivíduos estava apenas limitada à própria nobreza, isso significava uma pequena parcela da população. A burguesia, nesse sentido, impôs apenas prerrogativas voltadas para o indivíduo, e não para a coletividade como se esperava, resultando assim, no domínio da classe burguesa atrelado a não intervenção por parte do Estado.

Não obstante, a busca da superação da contradição entre a desigualdade social e da igualdade política, juntamente com a doutrina católica através da encíclica *Rerum Novarum*, formulada pelo Papa Leão XIII, foi determinante para romper com o Estado Liberal e declinar o surgimento dos direitos sociais na concepção de direitos humanos (LEAL, 1997).

Com o ingresso do Estado Social, direitos como o de trabalho, previdência, assistência social, transporte, salubridade, propriedade (STRECK, 2012) foram introduzidos no campo político-jurídico, tendo em vista a necessidade de um Estado centralizador e interventor no combate às desigualdades econômicas e sociais advindas do Estado Liberal. A legislação firmou ímpeto compromisso de revolucionar as questões conquistadas pelos cidadãos com as lutas sociais.

Nesse momento, o Estado Social passou a resgatar e controlar as mais diversas atividades, tanto que limitou a iniciativa privada e implementou diretrizes cruciais no âmbito social. Conforme Bonavides, o Estado “passou a ser mitigador de conflitos sociais e pacificados necessário entre o trabalho e o capital” (BONAVIDES, 2001, p. 101). As classes menos favorecidas passaram a ter seus direitos reconhecidos com a presença do Estado Social, o qual passou a ser também denominado como Estado de Bem-Estar ou Estado Prestador de Serviços.

Destaca-se como o marco inicial a Constituição do México no ano de 1917³ e a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919. Essa última, teve papel fundamental, pois veio a influenciar sucessivas Constituições, inclusive a brasileira de 1934, que passou a incorporar os direitos sociais na conjuntura do Diploma Legal.

Nesse sentido, verificou-se a importância conquistada com o advento do Estado Social em que “a partir dessas Constituições, os direitos sociais passaram a figurar como elemento constitutivo do credo democrático, cuja proclamação tornou-se obrigatória nas constituições democráticas contemporâneas” (NASCIMENTO, 2010). Dessa forma, com o advento do Estado Social foi instaurado um novo conceito de Estado, o Estado Democrático de Direito, que na acepção de Barreto reside na incorporação social na ordem democrática (BARRETO, 1997), e ainda: “Trata-se de uma qualidade da sociedade que obriga o intérprete da lei e o legislador, a considerar a norma jurídica como ordenadora de relações sociais entre indivíduos e grupos sociais diferentes, mas que temem comum os mesmo direitos e obrigações” (BARRETO, 1997, p. 267).

No Brasil, com a consolidação da Constituição da República Nova em 1934, o preâmbulo normativo foi reformulado para incorporar o bem-estar social, além de consagrar princípios democráticos de importância fundamental como a alternância do poder, o pluralismo sindical, a livre expressão do

3 Insta destacar, que antes mesmo das Constituições mexicana e alemã, a Constituição francesa de 1848 delineou aquele novo modelo que surgiria anos após. Em seu art. 13, diz o texto que o Estado estabelecerá “trabalhos públicos para empregar os braços desocupados”, visando, de certo modo, a propiciar um meio para erradicar a miséria a improdutividade dos cidadãos. (COMPARATO, 2010, p. 182).

pensamento, e a garantia do voto universal e secreto, extensivos também às mulheres.

Além do mais, tal Constituição foi a pioneira a instituir a ordem social reconhecida de fato como ordem econômica e social (Título IV Da ordem Econômica e Social). Concedendo, dessa forma, competência comum aos três entes federativos, de modo a regular a sua organicidade e funcionamento das instituições políticas na restrição dos direitos individuais, e assim atribuir uma maior eficácia quanto aos interesses do capital social dos trabalhadores (SIMÕES, 2013).

A instituição dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvidas foi, e continua sendo de relevância irrefutável. Tais direitos além se assegurarem o bem-estar, a igualdade, e condições favoráveis aos trabalhadores, demanda por uma ação positiva do Estado como “afiançador da qualidade de vida do indivíduo” (STRECK;MORAIS, 2006, p.142), tendo como intuito a igualdade final e condições dignas de vida a toda população. Nesse sentido Sarlet destaca:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado (SARLET, 2007, p. 57).

A partir da análise verifica-se o compromisso por parte do Estado, em garantir meios para intervir no processo econômico, através de uma política de assistencialismo a fim de cumprir a função social quanto da tutela de prestação de serviços públicos e a proteção à população. Nesse sentido, o Estado deve prover as mínimas condições, assumindo tarefas que até então estavam direcionadas apenas a iniciativa privada “assegurando a todo cidadão não como caridade, mas como direito político” (BOBBIO, 1997).

A partir da Constituição de 1988 ocorreu a universalização das políticas sociais, consolidando que todos os indivíduos, independente da raça, credo, nacionalidade, convicção política, em sua coletividade jurídica, podem pleitear os direitos e garantias fundamentais estabelecidos no âmbito Constitucional.

Todavia, é fundamental ressaltar que a eficácia dos direitos sociais depende, senão, exclusivamente das atribuições do poder público, que em tese deveria dispor de mecanismos financeiros para consumir a concepção desses direitos, mas devido às crises, principalmente de cunho financeiro, impossibilitou a plena eficácia, bem como a consumação de um Estado baseado no bem-estar da população, por isso a necessidade em revisar e ponderar alguns fatores que contribuíram para o enfraquecimento dos direitos sociais, característico de um Estado Democrático de Direito.

3. A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E SEUS IMPACTOS NA ESFERA ECONÔMICA E FUNCIONAL

A evolução civilizatória conduziu a superação do Estado Liberal, e o Estado Social como já mencionado, foi um dos grandes precursores para a supressão das desigualdades sociais. Nos períodos que antecederam a propositura do Estado Social, a desigualdade, pobreza, corrupção assolavam a agenda política do país. A injustiça social, há séculos está presente no cenário brasileiro, e um novo modelo de Estado não foi capaz de suprir as necessidades da população que sempre lutou por condições mínimas de dignidade e cidadania.

Não obstante, esse modelo atual de Estado se mostrou insuficiente para concorrer com a iniciativa privada na consecução de determinados serviços. O Estado tem proferidos avanços ao tentar enfrentar a desigualdade e oferecer a prestação mínima de serviços essenciais, que mesmo assim não operam de maneira eficaz. Contudo, há duas questões expressivas neste contexto, que em grande parte implicam na ineficácia dos direitos sociais: a crise econômica e a crise funcional. Por essa

razão, questiona-se até quando as prestações dos serviços públicos são eficazes na instrumentalização dos direitos sociais.

Nesse sentido, Krell *apud* Canotilho (2000) e Barroso (2016), já mencionavam que o problema dos direitos sociais não se deve a falta de leis ordinárias, mas sim, a falta de prestação dos serviços fundamentais pelo Poder Público. “A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe, o problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios” (BONAVIDES, 2003, p. 381).

Ademais, em relação a essa crise impetrada em face dos direitos sociais, Bonavides elucida que a preocupação maior dos entes federais após a ditadura militar é apenas legitimar um chefe de governo e não um sistema de poder, pautado em regras e princípios, ou uma ordem jurídica moderna capaz de estabilizar a economia (BONAVIDES, 2003).

Ainda, o mesmo autor denomina o atual texto constitucional como ‘a Constituição do conflito’ e a constituição do Estado liberal como ‘a Constituição do Repouso’, sintetizando suas diferenças em virtude do formalismo e da rígida separação de poderes, qual seja o divórcio entre a sociedade e o Estado (BONAVIDES, 2003).

Recorrendo, outra vez, à lição do jurista:

Contemporaneamente os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições. Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria constituição, concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições (BONAVIDES, 2003, p. 380).

No que diz respeito à crise financeira do Estado, faz-se necessário avaliar o vasto rol de direitos sociais conclamados pela Constituição, que em contrapartida desenrolou no esgotamento de recursos financeiros para a materialização dessas demandas. O Estado, teve então seu papel ampliado no sentido de amenizar as desigualdades sociais e reduzir os níveis de pobreza. A questão, então, seria enfrentar essa desestabilidade social, já que como consequência o país tem um déficit público inversamente maior que suas receitas (MATOS; BUFFON, 2007).

A crise dos direitos sociais perdura até os dias de hoje, tendo em vista a necessidade de racionamento profundo nos direitos essenciais, como o da saúde e da educação, além do aumento dos níveis de desemprego em consequência da falta de estímulos do próprio governo com as indústrias e o setor comercial. O governo, ao invés de oferecer subsídios, acaba por taxar e onerar ainda mais as despesas, aumentando de forma vertiginosa a carga tributária, sem projetar qualquer alternativa segura para nivelar a economia. O resultado do acima citado são as pressões e manifestações cada vez mais recorrentes por parte da população e dos sindicatos.

Nesse mesmo sentido, Mendes (2012), entende que na escassez de recursos, a comunidade há de encontrar critérios jurídicos e éticos para a tomada de decisões que impliquem em efetivação de prioridades coletivas. Há sempre uma decisão financeira detrás de cada atuação estatal que demanda recursos. Essa é, por sua vez, precedida de uma atividade de arrecadação, que torna a decisão de controlar os gastos necessários. Nessa vertente, as finanças públicas, e as normas que as regulam, além de sua função instrumental, são um saber ético que leva o cidadão a decidir como aplicar esses recursos pensando no bem da coletividade.

Além da crise financeira, merece respaldo a crise funcional do Estado (MORAES, 2002), está

última pode ser compreendida como “a perda de exclusividade sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhe são inerentes” (STRECK, 2013, p. 95) ou ainda, aquela em que as funções estatais perdem seu poder tanto internamente, quanto por agentes externos, como bem elucida Bolzan de Moraes (1996).

A crise funcional de acordo com a doutrina pode ser dividida sob dois enfoques: o interno e o externo. Sob o viés externo classifica-se diante das transformações tradicionais atreladas a funções do Estado⁴. Enquanto o viés interno é relativo a ausência de centralidade e especificidade do Estado em razão dos desvios de funções diante da dimensão de locais provido de poderes⁵. Isso significa a perda de comando estatal em decidir ou estar vinculado as prescrições legislativas quanto da sua efetivação e resolução de conflitos, conforme afirma Moraes (2002).

Nessa perspectiva, a crise funcional é decorrente da contramão do Estado Social, já que o papel intervencionista do Estado resta comprometido em face das disputas e omissões provocadas no âmbito dos três poderes, em especial, no poder judiciário a fim de suprir as lacunas e promessas não concretizadas na esfera política do bem-estar social. Dessa forma, a sociedade civil passa a exigir por meio do judiciário o cumprimento de direitos estabelecidos no Texto Constitucional.

Brandão sustenta a fragmentação da estrutura do judiciário da seguinte forma:

A mais grave das crises da juridicidade está, no entanto, na atuação do Poder Judiciário. A crise de identidade é o principal fator determinante dessa situação. Por vezes parece que o Poder Judiciário se entende cada vez mais afastado do Estado. O discurso presente de algumas (muitas) decisões judiciais dá a sensação de que o Poder Judiciário é um corpus totalmente diverso do Estado. Parece, nesse discurso, que o Estado é composto do Executivo e do Legislativo e que o judiciário é um “terceiro imparcial” colocado acima dos outros (VALLE; BRANDÃO, 2015, p. 277-292).

Nesse viés, percebe-se a necessidade em redefinir o papel do Estado. Sarlet (2007) na mesma linha de investigação afirma que o neoliberalismo e a globalização cooperaram para uma minimização do Estado, havendo uma desnacionalização, desestatização, desregulação e uma redução gradativa na intervenção do Estado na economia e, na própria inefetividade desses direitos.

Portanto, esse é um dos maiores desafios a serem enfrentados, embora com a chegada do Estado Democrático, os recursos financeiros advindos desde a proclamação do Estado Social são insuficientes. Assim, considerando que a proteção dos direitos sociais assegurada pelo Estado depende de recursos disponíveis, torna-se evidente que a efetividade dos direitos sociais está em crise.

Ademais, a Constituição prega aquilo que não consegue cumprir. A crise funcional do Estado é resultante do desequilíbrio entre os novos fatos sociais e econômicos, os quais desestabilizam os entes estatais, ocasionando assim um distanciamento entre a realidade social e a realidade proclamada no ordenamento constitucional.

Em virtude dessa ausência em viabilizar a concretização dos direitos sociais, é oportuno analisar que não é tarefa do judiciário a legitimidade em conceder a aplicação financeira destinada no tocante aos recursos sociais, mas sim do poder executivo, portanto deve-se avaliar o embate existente entre o princípio da reserva do possível, e sua relevância econômica, conforme será estudado no tópico seguinte.

4 Vale lembrar que a tradicional forma de funcionamento do Estado é tripartite: executivo, legislativo e judiciário.

5 As tarefas atribuídas são inerentes ao modelo clássico da tripartição (executivo, legislativo e judiciário) de funções, bem como outras que se conjugam com as demais atribuições públicas estatais, seja pela concorrência que recebem de outras agências produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, seja, muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado. (MORAIS, 2002, p.51).

4. A POLÍTICA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL E OS LIMITES NA ATUAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Conforme verificado, uma das principais dificuldades no âmbito da aplicação dos direitos sociais está relacionado com questões de ordem econômica e funcional. Não há como negar que grande parte, se não todos os direitos sociais demandam de custos para o Estado, independente de sua natureza positiva ou negativa. É de relevância a posição de Nabais ao compreender que todos os direitos fundamentais procedem de custos, sejam eles relacionados a própria existência e sobrevivência do Estado (dever de defesa da pátria), custos relacionados a organicidade democrática, (como o dever de votar), e ainda, no sentido estrito, que pode ser entendido como os custos financeiros que abrangem todos os direitos (NABAIS, 2007).

É justamente em face do poder limitado do Estado em dispor sobre capacidade jurídica e financeira das normas definidoras de direitos sociais que a problemática envolvendo o princípio da reserva do possível é essencial e merece respaldo diante das pretensões sociais e os recursos existentes na esfera estatal.

O princípio da reserva do possível tem sua origem na Alemanha, baseado em uma demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em medicina na Universidade Pública de Hamburgo, sob o pretexto da restrição de vagas ao ensino superior imposta pela Alemanha no período de 1960. O argumento levantado pelos estudantes estava consolidado no disposto pelo artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação” (SARLET, 2007, p. 267).

Deste modo a decisão por parte da Corte Alemã utilizou como critério a razoabilidade, sobrepondo-se o direito dos cidadãos, nesse caso os estudantes de medicina, frente os limites econômicos do Estado em arcar com a prestação demandada. Dessa forma, a inédita Teoria da Reserva do Possível passou a ser reconhecida e adotada em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

De acordo com o entendimento de Sarlet o fundamento da decisão relativa a Reserva do Possível deve estar em consonância com o que [...] o indivíduo pode exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (SARLET, 2007, p. 267).

Nessa perspectiva compreende-se que na sua origem, o Princípio da Reserva do Possível não está apenas condicionado a ordem financeira do Estado, mas sim na sua razoabilidade, entre disposição material e possibilidade de efetivação, ou ainda, na análise de Sarlet mediante uma tríplice dimensão, a qual corresponde:

- a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, etc.
- c) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2008).

E ainda, no mesmo sentido, cabe destacar:

[...] não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar em determinadas circunstâncias, como garantias dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observado os critérios da proporcionali-

dade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2008).

Por tais critérios, elenca-se o Princípio da Reserva do Possível como suporte para efetivação de direitos sociais, amparados no Diploma Legal desde que observados critérios indispensáveis como o da capacidade econômica do Estado no âmbito de suas competências funcionais e de maneira proporcional à tutela exigida.

No entanto, conforme entendimento jurisprudencial, não é cabível ao ente Estatal se eximir de suas obrigações constitucionais, alegando o Princípio da Reserva do Possível no intuito de frustrar a perspectiva jurídica do cidadão que se encontra em situação desmedida e que impossibilite as mínimas condições materiais de existência. A decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, evidencia no sentido de que ressalvado justo motivo: “Não se mostrará lícito, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial [...]”, pois se “dessa conduta governamental negativa, pode resultar na nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (BRASIL, 2004).

No entanto um dos maiores problemas deste princípio não está condicionado apenas aos critérios que definem a razoabilidade ou abstenção por parte do Estado em não oferecer o mínimo de condições a população, mas sim no que concerne a competência funcional dos poderes estatais.

Conforme estabelece o Diploma Legal no seu art. 2º “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Esse dispositivo, por mais que denomine a autonomia dos três poderes, não confere a rigidez necessária para o rompimento do sistema de Separação de Poderes concebido por Montesquieu, mas, sim, demonstra a essencialidade consubstanciada na harmonia e na interação entre as funções do Estado, em especial aquelas que visem a proteção do Direitos Sociais perante o Estado.

Deste modo, segundo análise de Krell:

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica (KRELL, 2000, p. 46-47).

Ainda, nesse sentido, o mesmo autor enfatiza a necessidade em reaver o princípio que estabelece a Separação dos Poderes principalmente nas circunstâncias que envolvem os gastos públicos e a prestação de serviços básicos, considerando a impossibilidade dos poderes executivo e legislativo em garantir o cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (KRELL, 2000).

O que se busca esclarecer é que não é papel do judiciário ocupar-se em dar efetividade a todas as demandas impostas diante de eventuais omissões por parte do Legislativo e do Executivo, mas sim, zelar pelo cumprimento constitucional, em especial nos casos de flagrante desrespeito aos direitos sociais, propiciando assim um sistema jurídico equilibrado. Nesse sentido, “Ou seja, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim a responsabilidade de compelir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias” (SILVA; WEIBLEN, 2007, p. 42).

Ainda, cumpre destacar o entendimento de Lenio Streck o qual elenca a tarefa do legislador constituinte como de “guardião dos valores materiais positivados na constituição” (STRECK, 2002, p. 78), em que ao judiciário incumbe a alternativa de resgatar as promessas da modernidade, tais como a igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais, sendo que para realização é imprescindível a inserção do Poder Judiciário, no âmbito das relações dos poderes do Estado (STRECK, 2002).

Consequentemente a leitura dos argumentos que sustentam a atuação razoável do poder judiciário nas políticas públicas fundamentais demonstra-se necessária, no sentido de impulsionar a efetividade dos direitos sociais, símbolo de constantes lutas e que até hoje não se efetivaram em sua integralidade pelo Estado. Diante deste ponto de vista, Simões contribui esclarecendo que “em matéria de gastos públicos não devem ser de competência exclusivamente discricionária da deliberação política; ao contrário; são antes de tudo delimitadas pelos fins constitucionais, tendo como prioridade a efetivação dos direitos” (SIMÕES, 2013, p.264), por isso, não é oportuno ao legislativo recusar a sua autonomia deliberativa, deixando a critério do poder judiciário, mas sim, observar o destino dos recursos disponíveis, respeitando sempre os direitos fundamentais (SIMÕES, 2013).

A doutrina ainda não é unânime à realização dos direitos públicos e seu controle pelo poder judiciário. Os que se posicionam em sentido contrário a exemplo de Ana Paula Barcellos, argumenta ser um “prejuízo ao equilíbrio da democracia, já que a intervenção do Judiciário é matéria tipicamente reservada à deliberação política majoritária” (BARCELLOS, 2008, p. 118). No entanto, de acordo com Luís Roberto Barroso (2016, p.10), o fundamento normativo consiste no fato de que foi a Constituição que conferiu tal atribuição ao Judiciário, e nesse particular ao Supremo Tribunal Federal, que agiria de forma técnica e imparcial, desprovido de vontade política, apenas concretizando a vontade do povo por meio da aplicação das leis e da Constituição.

Não obstante a (in) efetividade dos direitos sociais, como se percebe desponta de uma crise associada principalmente a fatores econômicos e funcionais. A intenção do poder judiciário não pode ser vista sob a perspectiva de ocupar a posição do legislativo, interferindo nas prioridades orçamentárias, mas sim, em decidir de acordo com as necessidades básicas da população, visando propiciar uma melhoria gradual nas prestações as quais sofreram abstenção pelo poder executivo e legislativo, sobretudo, respeitando os limites orçamentários do Estado previsto no âmbito da Reserva do Possível.

Ademais, à exemplo do setor privado, em que há um estudo estratégico dos recursos, deve-se da mesma forma o setor público elaborar um programa orçamentário. Sem dúvidas, a crise financeira sempre existiu e não está se findando. Entretanto, a ideia de um planejamento entre sociedade e Estado com maior participação por parte da população, talvez seja um dos mecanismos mais adequados para contornar essa adversidade e efetivar a aplicação do Princípio da Reserva do Possível. Por mais que a decisão final do destino dos recursos seja tarefa do legislador, nada impede que o juiz examine o seu cumprimento, impulsionando se necessário os demais poderes a validarem com efetividade a prestação de serviços sociais, de modo que as decisões proferidas na esfera administrativa não se distanciem dos valores almejados pela Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua evolução, o Estado Social, apresentou significativa importância nas conquistas pelos direitos mínimo fundamentais, principalmente no tocante a equidade e justiça social, concedendo aos menos favorecidos condições mínimas para o seu provimento.

No entanto, apesar dessa importante conquista, existe uma grande resistência por parte do Estado em exercitar com plenitude a satisfação de políticas públicas, especialmente as de cunho social como a educação, moradia, trabalho, segurança, assistência, previdência e outras que duramente foram conquistadas com a consolidação do Estado Social Democrático. Contudo, diante da escassez de recursos financeiros, juntamente com a inércia de políticas públicas sociais, e a crise funcional dos poderes acabaram por agravar ainda mais a busca por um Estado igualitário.

Certifica-se que o princípio da Reserva Possível de fato deve ser respeitado dentro dos limites econômicos do Estado, em que pese, segundo o critério da razoabilidade, e ainda, se necessário, mediante a intervenção do Poder Judiciário quando os demais poderes se omitirem na realização das

prestações sociais. Embora existam disputas no campo jurídico sobre tal intromissão, é certo que o maior prejuízo para os cidadãos não é a atuação demasiada pelo judiciário, mas sim, a abstenção de todos os poderes a cumprir a prestação de serviços fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais sociais.

Ou seja, na linha do que foi dito, pode-se afirmar que a intervenção do judiciário não pode ser adotada com total rigidez sob o fundamento da separação dos poderes, pois não é tarefa do judiciário criar novas medidas no que se refere a prestação de serviços básicos, mas sim prezar pela harmonia com os demais poderes, observando sempre a tutela da Reserva do Possível na busca pela efetivação dos direitos sociais.

Assim, mesmo diante dos obstáculos, o grande desafio é contornar essas dificuldades. Existe uma solução em longo prazo, no entanto cabe ao poder público designar um planejamento estatal progressivo, intervindo na administração estatal no sentido de instaurar um programa orçamentário e de intervenção popular, com o intuito de fomentar os meios de participação direta dos cidadãos no monitoramento e nos recursos do Estado, facilitando ainda mais a aplicação de tais direitos no âmbito judiciário. Além de auxiliar a combater a crise econômica do Estado, já que prescinde de uma maior transparência do destino final dos recursos e de sua aplicação, em contrapartida haverá reflexos na atuação do judiciário, considerando que a expectativa é reduzir as demandas sociais, e conseqüentemente a judicialização de políticas públicas.

Sendo assim, considerar-se-á um árduo caminho a ser percorrido pelo Estado para consolidar a instrumentalização dos direitos sociais, tanto o legislativo, quanto executivo e judiciário têm um papel importante, e não devem ficar omissos na garantia dos direitos mínimos, os quais amargamente foram conquistados com o esforço dos cidadãos. Dessa forma, o Estado como interventor dos direitos sociais, deve assegurar a plena eficácia de sua aplicabilidade, pois, a conquista desses direitos é um dos principais, se não o mais importante símbolo do atual regime Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGNES, Cláudia; BUFFON, Marciano; MORIGI, Valmir. A Evolução do papel do Estado na promoção dos Direitos Sociais. *Revista Destaques Acadêmicos*, ano 3, n. 2, 2011 - cchj/univates.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. O discurso da tolerância e a crise da ordem jurídica liberal. Anais do XVIII Colóquio Internacional – IASL/AISI: *Direito oficial, contracultura e semiótica do direito*. São Paulo: USP, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html>. Acesso em: 26 jun. 2015.

- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.
- FINGER, Ana Cláudia. *Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- KRELL, Andreas. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 29 jun. 2016.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Rumo, 1967.
- MATOS, Mateus Bassani de; BUFFON, Marciano. Da crise do Estado Social ao Pós-Neoliberalismo: Uma breve história entre dois séculos. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco*. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. – VV Nº 10 – ANO V (jul./dez. 2011) – Curitiba: Dom Bosco, 2007, p.69-84.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- NASCIMENTO, Marilza Ferreira. Memória e História: a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas Vitória da Conquista-BA*, n. 9, p.11-42, 2010.
- REISSINGER, Simone. *Reflexões sobre a efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso: em 27 jun. 2015.
- SARLET, Ingor Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabricio Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, jul. de 2007 – Vol.2, N.2, p. 42-53. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6793/4109#.V5AoSaJvCXc>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- SIMÕES, Carlos. *Teoria e Crítica dos Direitos Sociais*. O Estado Social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cortez, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. *Ciência política & teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

VALLE, Juliano Keller do. *Direitos Fundamentais, economia e estado: reflexão em tempos de crise/ Alexandre Moraes da Rosa; [TC. AL]; organizadores Juliano Keller do Valle, Julio Cesar Marcelino Junior e Sergio Ricardo Fernandes de Aquino. BRANDÃO. Paulo de Tarso. A crise dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais em tempos de crise. 2 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.*

Recebido em: 11/09/2016

Aprovado em: 28/10/2016

INSTITUIÇÃO NOTARIAL COMO FORMA DE PREVENÇÃO DE LITÍGIOS

INSTITUTION AS NOTARIAL DISPUTE PREVENTION OF FORM

CARLOS ALBERTO FERRI ¹
LUCAS DANILO PEREIRA SILVA ²

RESUMO: A proposta desenvolvida no presente estudo versa sobre a função notarial como instrumento de prevenção de litígios, desempenhando papel fundamental em cooperação com o Poder Judiciário. Objetiva-se, através deste trabalho, demonstrar a relevância desta atividade e o seu alcance social, vislumbrando os fins a que se destina, procurando revestir as relações e situações jurídicas concretas de certeza jurídica, sem que seja necessário o surgimento de um litígio para obtenção desta exatidão.

Palavras Chave: Prevenção de Litígio; Instituição Notarial; Tabelião.

ABSTRACT: The proposal developed in this study versa on the notarial function as dispute prevention tool, playing a key role in cooperation with the judiciary. The purpose is through this work, demonstrate the relevance of this activity and its social impact, glimpsing the purposes for which it is intended, looking coat relations and concrete legal situations of legal certainty, without the emergence of a dispute to obtain necessary this accuracy.

Keywords: Dispute Prevention; Notarial Institution; Notary.

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela Unimep. Professor e Coordenador Adjunto no Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp/EC). Pesquisador do Grupo de Pesquisa de diagnóstico da tutela jurídica dos impactos ambientais do parcelamento do solo urbano do município de Engenheiro Coelho/SP. Advogado. Conciliador Judicial. E-mail: carlos.ferri@ucb.org.br.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo-EC. E-mail: lucaspereiraadvogado@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Refletir sobre a função notarial na atualidade, é imergir na busca de sua significância para o mundo jurídico. Todavia, é perceptível que a função notarial sofre de substancial desconhecimento de sua efetiva realidade por parte da população e dos operadores do direito.

Assim sendo, a composição do hodierno estudo tem como meta proceder a uma exploração literária, evolutiva, analítica descritiva do Direito Notarial Brasileiro, no sentido de demonstrar a relevância desta atividade para a sociedade como fator de harmonia e paz social, uma vez que atua na prevenção de conflitos.

Desta forma, é indispensável que se discorra brevemente sobre o surgimento e desenvolvimento da atividade tabelioa, bem como o seu estabelecimento e estruturação no ordenamento jurídico pátrio. Para que, por conseguinte possa-se explanar a respeito da maneira como a função notarial atua na prevenção de litígio, e seu relevante papel como auxiliar da justiça.

Algumas configurações praticas pelo qual se manifesta a intervenção notarial na prevenção de litígios abordados no presente estudo estão, o protesto de títulos e documentos, o inventário e a partilha extrajudiciais, o divórcio, a conciliação, a mediação e a usucapião prevista no NCPD.

Conquanto, essa proposta não tem a pretensão de esgotar a temática, mas influenciar a reflexão sobre o tema, que tem como foco demonstrar o papel fundamental exercido pelas organizações com ênfase na atividade notarial, que se mostra capaz de fornecer subsídios ao Poder Judiciário na busca de uma justiça mais célere e eficaz.

2. ORIGENS DO NOTARIADO

Desde seu alvorecer como fruto das necessidades sociais, nas civilizações antigas, o instituto notarial vem evoluindo e ganhando cada vez mais espaço no mundo jurídico.

Segundo esclarece Leonardo Brandelli (2011, p.138), “Trata-se de instituição pré-jurídica, incoagida no seio social em resposta às próprias necessidades da sociedade, e não como produto acadêmico-legislativo.”

Historicamente, o surgimento do notariado confunde-se com a própria história da civilização, fazendo parte deste, desde os primórdios da sociedade. Os notários relatavam os grandes acontecimentos da humanidade e do direito por meio dos atos por eles documentados. (BRANDELLI, 2011, p.32). Na mesma esteira continua o autor:

No mundo prisco, massivamente iletrado, sentiu-se primeiramente a necessidade de que houvesse algum ente, confiável, que pudesse redigir tomar a termo, os negócios entabulados pelas partes. Surge assim o protótipo do notário, como mero redator dos negócios entabulados pelas partes, com o intuito de perpetuá-los no tempo, facilitando sua prova. (BRANDELLI, 2011, p.33)

Vê-se que desde o começo nossos ancestrais se preocupavam com a noção de segurança jurídica, ou seja, com o reconhecimento, de que seus pactos deveriam ser conhecidos e confiáveis. Luiz Guilherme Loureiro (2016, p.40) afirma que, “a busca do ser humano pela segurança para si e para sua família, para seus empreendimentos e negócios como meio de lograr estabilidade, paz, confiança, dissipando angústias e temores constitui, desde sempre, uma necessidade tangível”.

A concepção de segurança jurídica pressupõe valores como estabilidade e certeza das leis que regulam as relações intersubjetivas, a ciência das normas jurídicas e o amparo contra abusos da parte mais forte. (LOUREIRO, 2016, p.40)

O meritíssimo doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho (1991, p.384), assevera que o ho-

mem precisa de certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, e considera que a segurança jurídica é um subprincípio básico, fundante do conceito de Estado de Direito.

Importante consignar que com o passar do tempo o convívio no meio social foi evidenciando a imprescindibilidade de um sistema cada vez mais sofisticado de certeza e publicidade de situações jurídicas, de maneira que os indivíduos pudessem conhecer e arquitetar sua vida social e econômica com segurança e estabilidade. (LOUREIRO, 2016, p. 40)

Documenta Leonardo Brandelli (2016, p.34) que, é da civilização egípcia o mais remoto antepassado do notário, qual seja o *escriba*. Estes faziam parte de categorias de funcionários privilegiados, razão pela qual recebiam uma preparação cultural especialíssima; motivo que dava ao cargo um tratamento de propriedade privada, passível de transmissão por sucessão hereditária.

Os escribas eram os responsáveis por redigir os atos jurídicos do monarca, bem como todas as atividades privadas, porém como não possuíam fé pública todos os documentos por eles redigidos haviam de ser homologados pelo superior hierárquico. (BRANDELLI, 2011, p.34)

O povo hebreu também teve seus escribas, e tal como os egípcios os escribas hebreus também gozavam de formação especial, e de grande prestígio (ALMEIDA JUNIOR, 1897, p.13). A Bíblia dispõe no Livro de Esdras (Capítulo VII, versículo 6), que: “Esdras era um escriba especialista na lei de Moisés, dada por Javé, o Deus de Israel.”; e no versículo 11: “Texto da carta que o rei Artaxerxes entregou ao sacerdote escriba Esdras, especialista nos mandamentos de Javé e nos estatutos que ele deu para Israel.”

Faz-se oportuno ressaltar que esses ancestrais do atual tabelião eram apenas redatores, faltando-lhes, no entanto, a fé pública, a alçada para autenticar o que redigiam fato pelo qual sua função não pode ser equiparada ao conceito atual da função notarial, mas a ela se aproxima. (BRANDELLI, 2011, p.36)

Segundo Luiz Guilherme Loureiro (2016, p.40), em um momento histórico posterior, afloraram profissionais especialistas em determinar, interpretar e aplicar o direito, e como exemplo ele cita o jurisconsulto romano, que exerceu funções que não estavam expostas nas normas legais, ou correspondiam a um cargo especial, mas, visto a necessidade emergente das relações sociais, indispensável fazia-se a existência de um cidadão para solucionar, determinar e auxiliar na resolução de conflitos.

Pronuncia o preceptor João Mendes de Almeida Junior (1897, p.43), que foi Justiniano I, imperador bizantino, quem promoveu a transformação da atividade notarial, até então rudimentar, em profissão regulamentada. Esclarece que com a *Novela XLIV*, o imperador promulgou notáveis disposições acerca da instituição do tabelionato e inteirado da importância do ofício dos tabeliões, quis que estes fossem peritos em direito e proporcionou diversas inovações, dentre as quais a intervenção deles nos inventários, a subscrição das denúncias que visassem interromper a prescrição se faltasse magistrado na localidade e instituiu a pena de falsidade ao tabelião que não redigisse o ato de última vontade conforme as expressas declarações do testador.

Com amparo em Cláudio Martins, Leonardo Brandelli (2011, p. 44) assevera que com o progresso do notariado:

[...] o imperador bizantino Leão VI (...) decretara que o notário deveria conhecer as leis; avantajar-se sobre os demais na escrita manual; evitar porfia ou vida dissoluta; ser conspícuo por costumes, irrepreensível por prudência, judicioso, inteligente e hábil no falar, apto para raciocinar, a fim de que não seja facilmente levado de lá para cá por escrituras de falsários e argumentos de astutos. E, mais, que o candidato a notário tivesse em mãos os quarenta títulos do manual das leis, conhecesse os sessenta livros e houvesse aprendido todas as regras ensinadas, para não cometer erros nas escrituras ou equivocar-se nas palavras.

Consigne-se, que é em meio a uma sociedade iletrada na qual predominava a ignorância que surgiu os tabeliães em Roma (séc. VI a XI), que nada mais eram do que meros escrivães. Estes embriões do notário contemporâneo eram “profissionais dotados de bom senso que detinham conhecimento da prática jurídica e que auxiliavam os particulares na redação de contratos e outros documentos em que expressavam suas vontades.” (LOUREIRO, 2016, p.41)

Ainda na Idade Média, com a adoção do sistema feudal e em consequência da própria estrutura econômica adotada, assevera Regnoberto Marques de Melo Junior que houve uma desestruturação e declínio do notariado, que perdeu credibilidade, pois era conferido ao senhor feudal o poder para validar seus atos, o que diante da “própria natureza jurídica e econômica do sistema feudal, teve o condão de empobrecer severamente a instituição notarial.” (MELO JÚNIOR *apud* BRANDELLI, 2011, p.46).

Diante destes dados percebe-se que durante a alta Idade Média o notariado vivenciou declínios e avanços, no entanto, é só na baixa Idade Média, com o aperfeiçoamento da sociedade, o desenvolvimento do comércio e transportes marítimos e consequente surgimento de novas modalidades de contratos, é que o papel do notário passa a ter uma relevância para as civilizações medievais. (LOUREIRO, 2016, p.45)

É no Século XIII, com a Escola de Bolonha, que haverá o renascimento científico do notariado. A universidade de Bolonha foi a precursora de um movimento europeu de resgate do estudo do direito romano, o que teve o condão de restaurar, no sul da Europa, uma série de institutos jurídicos, dentre eles o da atuação notarial, que proporcionava uma eficácia e um meio de prova mais adequado já que era dotado de fé pública. (BRANDELLI, 2011, p.47)

Neste momento é que surge como ciência o Direito Notarial. Com o curso especial de Bolonha, o conhecimento especializado, idealizado por Justiniano I e Leão VI, finalmente ganhou materialidade, já que agora, de fato, havia uma preparação destinada ao aperfeiçoamento da ciência notarial, qualificando os indivíduos para a celebração dos atos de sua competência de maneira organizada e em obediência a padrões científicos. Importante personalidade dessa nova fase notarial foi o notário e professor de Direito Rolandino Passagiero, a quem se atribui a norma criadora da ciência notarial e o fundamento da organização legislativa do notariado. (PUGLIESE, 1989, p.24)

Em Portugal o notariado adotou as tendências do Sistema de Bolonha passando o notário a ter caráter oficial e dotado de fé pública. Desde então, houve poucos avanços, exigindo-se reformas.

Atualmente, o notariado lusitano integra o grupo dos melhores sistemas notariais da Europa, atuando com as prerrogativas de um oficial investido de fé pública e com independência funcional necessário para exercer um serviço de fiscalização e assessoramento das partes. (SOUZA, 2013, p.8)

Introduzido em território nacional devido as grandes expedições navais, na descoberta do novo mundo, o primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro, foi Pero Vaz de Caminha, português, que narrou à descoberta do Brasil e a posse da nova terra (BRANDELLI, 2011, p.74). Como outras instituições, o notariado foi introduzido no Brasil pelos colonizadores portugueses, e conforme legislação vigente a época em Portugal e em suas colônias as Ordenações Manuelinas e Filipinas. (LOUREIRO, 2016, p.52)

As disposições sobre os Tabeliães de Notas existente nas Ordenações Filipinas, livro I, título LXXVIII, ao invés de regular a profissão e a forma de seu exercício, possuía muito mais um caráter punitivo. Deste modo os preceitos ali dispostos indicavam o que aconteceria com o tabelião caso ele cometesse um erro ou falta, além de fazer menção principalmente aos testamentos. (CURSO DE DIREITO, 2011, p.20).

A função notarial no Brasil foi regulada pelas tradições herdadas dos tempos de colônia de Portugal, sendo que a investidura no cargo era feita por concessão, de caráter vitalício, transferida por sucessão causa mortis ou por compra e venda. (SOUZA, 2013, p.9)

Pires Ferrão define muito bem quais as qualidades que deveria ter o notário daquele tempo para ingressar na atividade dizendo:

O tabelião de notas ou notário público deve ser homem honesto, verdadeiro, circunspecto e desinteressado em relação aos seus interesses próprios pecuniários e, além disso, diligente e intelectualmente habilitado para bem compreender, redigir e escrever os atos próprios de seu ofício. Mais adiante conclui que a boa letra ou, pelo menos, bem inteligível, é também condição essencial, e a falta desse predicado pode importar inabilidade para o exercício do ofício. (PIRES, 1870, p.7-8).

Percebe-se que a exigência de requisitos profissionais era escassa, tendo em vista as exigências levantadas pelo autor.

Assim como o notariado lusitano, o notariado brasileiro sofreu grande período de engessamento, de forma que não conseguia acompanhar as evoluções sociais (SOUZA, 2013, p.9). Após uma digressão evolutiva do direito notarial o Brasil acompanhando eventos históricos vem mais a mais construindo e regulamentando a atividade tabelioa, tanto o é, que transcorreremos no presente trabalho um pouco da atual situação notarial brasileira.

Em suma, a instituição notarial é fruto de uma longa evolução histórica, cuja origem remonta ao escriba egípcio ou mesmo a entes anteriores, como a própria sociedade e seus líderes. Com a complexidade da vida social, o papel do notário no assessoramento e na intervenção nos negócios privados tornou-se ainda mais relevante. A instituição da fé pública marca uma nova etapa nessa evolução: a investidura que certa pessoa tem para dar fé de certos atos confere presunção de veracidade e validade a atos e negócios jurídicos, constituindo, desse modo, um importante agente de pacificação social e de segurança jurídica preventiva (LOUREIRO, 2016, p.51).

Abordado um pouco do contexto histórico e a origem do Notariado como consequência da busca por segurança jurídica e da paz social, faz-se necessário o estudo um pouco mais aprofundado sobre as peculiaridades desta profissão e sua tratativa legal, é o que se propõe nos tópicos seguintes.

3. A INSTITUIÇÃO NOTARIAL

3.1. Do Direito Notarial

Genuinamente e com muita abstração esclarece Leonardo Brandelli (2011, p.202), “na arquitetura de um conceito de *direito notarial*, devem-se buscar os elementos universais, que sejam válidos independentemente do tipo de notariado e de sua extensão, e alheios a todas as divergências doutrinárias”. Devendo ser afastados deste conceito as nuances advindas do tipo de notariado, bem como as advindas de discussões gnoseológicas acerca de sua natureza jurídica.

Diversos juristas buscaram definir o direito notarial, como Mengual y Mengual citado por Brandelli (2011, p.203) declara que o direito notarial:

É ramo científico do Direito Público que, constituindo um todo orgânico, sanciona com a Fé Pública as relações Jurídicas Voluntárias e extrajudiciais mediante a intervenção de um funcionário que atua por delegação do Poder Público.

Porem elucidada Brandelli (2011, p.203), que tal conceito incorpora a si elementos que deve ser abstraído da labuta conceitual, já que lhe é estranho.

Segundo Mayara Oliveira Silva (2015, p.17) “O direito notarial é o conjunto de normas, leis, doutrinas e decisões jurisprudenciais que regulamentam e servem de norte para a função notarial.”.

Luiz Guilherme Loureiro (2016, p.27) ao conceituar a expressão “direito notarial” esclarece que a mesma possui dois significados diferentes, sendo que tradicionalmente as academias de direito e a doutrina civilista, apregoam que o direito notarial “é uma parte do direito privado que interessa particularmente aos profissionais do direito que compõem o notariado”. No entanto, fazendo ressalva de

que esta ciência também interessa aos demais operadores do direito e não só aos notários. E termina informando ainda, que o direito notarial também pode ser entendido, “como o conjunto de regras jurídicas que se aplica aos notários no exercício de suas funções”.

Melhor conceituação certamente repousa nas claras palavras do catedrático e genial Leonardo Brandelli (2011, p.204):

O direito notarial é o aglomerado de normas jurídicas destinadas a regular a função notarial e o notariado. É o conjunto de normas jurídicas que regulamentam o agente realizador da função notarial, bem como a própria função por ele exercida no desempenho de sua atividade profissional.

Há ainda que se tecer a consideração de o direito notarial ser um ramo específico e autônomo do Direito, e isto é de demasiada importância para aquilatar a exata compreensão dos conceitos que lhe são próprios e que diferencia as atividades notariais de outras atividades, haja vista que mescla normas de direito público e de direito privado. (LOUREIRO, 2016, p.32)

A autonomia aqui defendida não consiste em isolamento deste campo do direito em relação ao ordenamento jurídico, ou em total independência do direito notarial, até porque o Direito é um todo indivisível. O que se defende é que a função, a atividade, as atribuições e os documentos notariais possuem regime jurídico próprio, de forma que como bem pronuncia Luiz Guilherme Loureiro “a aplicação pura e simples de conceitos e concepções próprias de outros campos do Direito pode desvirtuar o alcance e a finalidade objetiva com a adoção desse sistema normativo especial”. (LOUREIRO, 2016, p.33)

Poderíamos apresentar outras definições e conceitos de Direito Notarial, mas nosso estudo cairia numa mera repetição de análise de conceitos, o que não é o objetivo do presente trabalho. Objetivamos aqui, trazer uma contextualização deste ramo do Direito que muitas vezes é ignorado por boa parte dos juristas e não integra a grade curricular das faculdades de Direito em nosso país.

3.2. Do Notário

Após a constituição de 1988 muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência sobre o real conceito de Notário e Registrador, afinal quem são eles? Seriam servidores públicos? Ou quem sabe empresários imbuídos de uma função pública ou concessionários de serviço público? Qual a importância de se saber o real significado de notário?

Pois bem, tais discussões renderam combates acalorados por anos, na doutrina e na jurisprudência, e tudo porque sem saber o real conceito desta figura ilustre, não poderiam determinar a extensão de suas responsabilidades. No entanto, após a edição e publicação da Lei 8.935 de 1994, esse entendimento vem mostrando-se pacífico, como passará a se demonstrar.

Segundo o disposto no artigo 3º da Lei 8935 de 1994 “o Notário, ou tabelião e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

Apregoa Walter Ceneviva (2014, p.47) que “o notário e o registrador não exercem cargo público, mas são agentes públicos. Agem como representantes da autoridade pública, eles mesmos providos de autoridade, posto que substituem, por delegação, o Estado, em serviço deste”.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento de que o notário não é simples servidor público, mas sim um particular a quem é delegada uma função estatal, mediante aprovação em concurso público. A título de exemplo segue decisão do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2415 de 2011:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTOS N. 747/2000 E 750/2001, DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE REORGANIZARAM OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, MEDIANTE ACUMULAÇÃO, DESACUMULAÇÃO, EXTINÇÃO E CRIAÇÃO DE UNIDADES. 1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. I – *Trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação.* Exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos. II – A delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. III – A sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público. IV – *Para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público [...]* Ação direta julgada improcedente. (STF - ADI: 2415 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 22/09/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012, *grifo nosso*)

Na mesma esteira o constitucionalista Dirley da Cunha Junior (2013, p.943), classifica os notários como agentes particulares em colaboração com o estado, pessoas físicas que, sem perderem sua qualidade de particulares, exerce função pública, prestando atividades ao estado, sem vínculo empregatício, mas exercido por delegação.

Hely Lopes Meirelles (1998, p.79) entende que os tabeliães e registradores estão entre os agentes públicos delegados, ao lado dos concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, dos leiloeiros e dos tradutores, caracterizando-os como particulares que recebem a incumbência de executar determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sobre sua fiscalização.

De forma mais abrangente Luiz Guilherme Loureiro (2016, p.67) define o notário e o tabelião como um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegada a atribuição de formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir nos autos e negócios jurídicos a que estas devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade e certificar fatos conferindo-lhes existência, segurança, validade e eficácia.

Para o direito administrativo, o ato de delegar (atribuição de atividade própria da administração a um ente privado) é inerente à organização hierárquica que caracteriza a Administração Pública; a regra é a possibilidade de delegação; a exceção é a impossibilidade, que só ocorre quando a competência é outorgada com exclusividade a determinado órgão (DI PIETRO, 2014, p.214)

Walter Ceneviva (2014, p.48) ainda complementa que “notário e registrador, conforme ficou dito, são agentes públicos, considerando-se que o Poder lhes delega funções, subordinados subsidiariamente, em certos casos, a regras do regime administrativo especial admitido na Constituição”, sem, no entanto, jamais atingirem a condição de servidores públicos.

Contrapondo essa ideia, Rui Stoco (2014, p.802) esclarece que o notário por exercerem função pública delegada tem os mesmos direitos e obrigações que os servidores em geral, não podendo exercer qualquer outra atividade remunerada. Complementa ainda que o conceito de agente público deve ser o mais dialogado possível, sendo que, para efeitos penais esse conceito é extremamente expandido, como se verifica no artigo 327 do código penal.

Apesar do caráter privado, o ingresso na atividade notarial e de registro se subordina à imprescindibilidade do concurso público de provas e títulos, previstos no art. 37 da Constituição. É o que se lê no art. 236, §3º, da CF, o qual veda que qualquer serventia fique vaga por mais de seis meses, sem

abertura de concurso de provimento ou de remoção. (CENEVIVA, 2014, p.36)

Sabemos que toda definição é um limite que se impõe a um fenômeno, que nem sempre pode ser eficazmente delimitado, porém é através da apresentação de definições e conceitos que uma teoria se desenvolve e os fenômenos passam a ser compreendidos. (GONZALEZ, 2005, p.19)

Dessa forma captada a ideia de notário, é de salutar importância que se evidencie algumas das obrigações legais dessa categoria de indivíduos, e primeiramente o que se entende por função notarial e suas peculiaridades, o qual passará a expor.

3.3. Da Função Notarial

A palavra função, do latim *functio*, significa, etimologicamente, o exercício de um ofício, cargo ou emprego. No dicionário indica serem as operações realizadas por um órgão.

Órgão por sua vez é peça elementar de máquina, destinada a preencher determinada função; Figurativamente falando é pessoa ou tudo que serve de instrumento ou de meio para que alguma coisa seja conseguida.

Dentro dessa linha de pensamento, a sociedade política ou o Estado será, assim, um superorganismo, realizando funções variadas através de órgãos especializados. E um destes órgãos especializados é o Notário. (MARTINS, 1977, p.5)

O notário ou registrador é o profissional que atua no âmbito do direito privado auxiliando as partes no intuito de adequar suas vontades as formalidades legais conferindo-lhes segurança, validade e eficácia jurídica. (LOUREIRO, 2016, p.103)

O jurista argentino, Francisco Martinez Segovia (1961, p.21) define a função notarial como:

[...] la función profesional y documental autónoma jurídica privada y calificada, impuesta y organizada por la ley (caracteres) para procurar la seguridad, valor y permanencia de hecho y derecho (fines), el interés jurídico de los individuos, patrimonio y extra patrimonial entre vivos y mortis causa, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes y convergentes y en hechos jurídicos, humanos y naturales (objeto material), mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo (operaciones de ejercicio) confiadas a un notario (medio) subjetivo.

Para Loureiro (2016, p.100) de acordo com a concepção de função como poder, o notário desempenha uma potestade que é a fé pública no interesse das relações jurídico-privadas dos seus clientes ou mesmo de toda a sociedade, posto que a segurança jurídica e a prevenção de litígios constituem interesses públicos.

Observa Rufino Larraud (1966, p.145) que a função notarial se baseia em uma atividade jurídico-cautelar conferida ao tabelião com a finalidade de guiar imparcialmente as partes na individualização regular de seus direitos subjetivos, e atribuir-lhes certeza jurídica.

Apesar do assessoramento jurídico que o notário fornece às partes, a função não deve ser confundida com a advocacia como Brandelli bem dispõe:

[...] não se deve confundir, entretanto, o mister notarial com o dos advogados, embora em ambos esteja presente o assessoramento e consultoria jurídica. O advogado atua em defesa dos interesses de seu cliente, deve empenhar suas forças e conhecimentos em prol dos interesses de seu cliente, ao passo que o notário deve, imparcialmente, buscar a realização do melhor resultado, de acordo com a vontade de ambas as partes envolvidas, constituindo-se numa espécie de magistrado extrajudicial. No primeiro caso, a palavra de ordem é defender (os interesses de seu cliente), no segundo, precaver ou acautelar, conduzindo as partes para a melhor solução na realização espontânea do Direito, atendendo aos interesses de ambas. (BRANDELLI, 2011, p.335).

Como já mencionado anteriormente, por mais que se trate de profissão milenar, o notário e a função por ele exercida são praticamente desconhecidos do público em geral, e mesmo os profissionais do direito pouco sabem sobre a atividade, a causa disto é reflexo da ausência da disciplina na grade curricular de boa parte das faculdades de direito no Brasil.

Mesmo assim a função notarial representa uma organização que compõe o sistema jurídico e que colabora para a realização do direito. Sendo assim, no Brasil onde tanto se discute a crise vivenciada pelo judiciário e a sobrecarga de serviços impostos a este Poder, vislumbra-se na atividade exercida pelos notários um serviço apto a auxiliá-lo.

Segundo Miriam Saccol Comassetto (2002, p.60) através da atuação dos notários, pode-se evitar que inúmeras relações “comezinhas” necessitem de questionamento judicial, deixando para as transgressões mais complexas o processo de judicialização.

A função notarial é o meio adequado e menos burocrático de prestar um serviço público com qualidade técnica, caráter jurídico, público, imparcial, cautelar e a eficiência esperada pelos cidadãos para a prevenção de litígios. Miriam Comassetto raciocina:

Na atualidade, as questões que envolvem o direito se deparam com processos de constante discussão, pois a sociedade reclama por soluções mais rápidas e efetivas. Constata-se uma forte tendência na busca de resoluções alternativas para as demandas jurídicas, pelo fato da “justiça” (entenda-se aqui como direito tradicional) encontrar-se impossibilitada de solucionar, em curto espaço de tempo, todos os problemas que lhe são apresentados. (COMASSETTO, 2002, p.119).

Além de colaborar para a evolução do Direito, a função notarial é relevante e útil para a prevenção de conflitos, para a estabilização das relações contratuais e ainda para a garantia dos direitos individuais. Em outras palavras, o notário é um profissional do Direito que exerce função de grande relevância para o particular e também uma função social inegável, como agente de justiça preventiva e conseqüentemente, da paz social e, ainda que indiretamente, uma espécie de fiador do cumprimento de deveres importantes do Estado, como aqueles que dizem respeito à observância das leis de ordem pública, o recolhimento de tributos concebidos pela realização de negócios jurídicos. (LOUREIRO, 2016, p.113)

Esclareça-se que a atividade do tabelião não se reduz a de um mero copião e autenticador de documentos, tal ideia remonta ao Brasil colonial. Na atualidade a função notarial apresenta um caráter jurídico, cautelar, imparcial, público e técnico. Sabendo disto passemos a exposição das atribuições legais que compõe esta atividade.

3.4. Das Atribuições Legais

Segundo dispõe o artigo 6º LNR, compete aos notários formalizar juridicamente a vontade das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; autenticar fatos.

No mesmo diapasão Luiz Guilherme Loureiro (2016, p.77), esclarece que “a intervenção do notário é essencial para a segurança jurídica das relações econômicas estabelecidas pelos particulares e para o próprio tráfico jurídico de bens e direitos, fator de criação e circulação de riquezas”.

O artigo 5º da Lei 8.935/94 determina que os titulares de serviços notariais e de registro são: os tabeliães de notas, tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos, tabeliães de protesto de títulos, oficiais de registro de imóveis, oficiais de registro de títulos e documentos e civis de pessoas jurídicas, oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdição e tutela, e oficiais de registro de distribuição.

Neste ponto é importante ressaltar que estes serviços não são acumuláveis, isto é, cada uma das atividades deve ser exercida separadamente, com titular próprio. Ocorre que, na prática, em muitos municípios o desempenho da atividade se tornaria inviável devido ao baixo volume de serviço ou de receita, principalmente nos municípios com reduzida população. Por isso, o parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.935/94, excepcionando o previsto no caput do artigo, permite a acumulação dos serviços nestas situações. (PANDOIN, 2011, p.21)

Mas, afinal quais são as atribuições e competências de cada um desses profissionais? A Lei 6.015/73 e a Lei 8.935/94 estabelecem da seguinte maneira:

A supracitada lei, em seu artigo 7º, determina a competência dos tabeliães de notas, aos quais compete exclusivamente, lavrar escrituras e procurações públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os testamentos cerrados; lavrar atas notariais que possuem caráter de prova judiciária; reconhecer firmas e autenticar cópias, sendo estes últimos os atos mais conhecidos pela população.

É dever do tabelião orientar as partes, e vedar o “registro de cláusulas abusivas para evitar o surgimento de futuros questionamentos e dar certeza jurídica, de forma preventiva aos atos jurídicos” (SILVA, 2015, p.34), conforme os princípios adiante explicitados.

A competência atribuída aos tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos se encontra descrito no artigo 10 da lei dos cartórios, tendo a função de lavrar os atos, contratos e instrumentos relativos a transações de embarcações a que as partes devam ou queiram dar forma legal de escritura pública; registrar os documentos desta mesma natureza; reconhecer firmas nos documentos destinados a fins de direito marítimo; e expedir traslados e certidões.

Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente protocolar os documentos de dívida de maneira imediata, para prova do descumprimento da obrigação; deve intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto; deve dar quitação quando receber o pagamento dos títulos protocolizados; a ele cabe lavrar protesto, registrando o ato em livro próprio ou outro meio de documentação; quando o apresentante formular pedido de desistência do protesto, o tabelião deve acatar o pedido, deve averbar o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados; deve ainda expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis. (SILVA, 2015, p.35)

Os Oficiais de registro de imóveis possuem atribuições previstas na Lei 6.015/73, dentre os quais praticar atos de registro e averbação de imóveis, bem como em outras leis especiais. (PANDOIN, 2011, p.20)

Ao oficial de registro de títulos e documentos e civil de pessoas jurídicas, compete, conforme artigo 127 da Lei 6.015/73, registrar instrumentos particulares, documentos ou papéis aos quais queiram dar autenticidade, perpetuidade, conservação e garantir a publicidade, para então surtir efeitos perante terceiros; bem como registro dos contratos e atos constitutivos, estatutos ou compromissos das pessoas jurídicas de direito privado. (SILVA, 2015, p. 38)

Essas são algumas das atribuições legais que cada tipo de tabelião ou registrador tem de exercer. Há diversas outras, no entanto não é nossa intenção abrange-las amiúde e sim contextualizar o leitor das possibilidades que a profissão de notário e registrador abrange, para então destacarmos a importância desta atividade como ferramenta de justiça preventiva.

Adiante estabeleceremos a base principiológica pela qual se fundamenta a legislação notarial brasileira, esta que é o norte para que um ramo do direito seja autônomo e dotado de características próprias.

4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE NOTARIAL

Como bem pronuncia Miguel Reale (2001, p.285) toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de alguns enunciados Lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem certo campo do saber.

É manifesto que se trata apenas do significado lógico de “princípio” e não de sua acepção ética ou moral, assim podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento e como tais são admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional. (REALE, 2001, p.285)

Para assegurar que a função notarial seja eficaz existem princípios que fundamentam todos os atos notariais, administrativos e particulares, assegurando desta forma o direito das partes e perpetuando o ato no tempo. (SILVA, 2015, p.23)

Como dito anteriormente o notário ou tabelião é um prestador de serviço público, e como tal está sujeito aos princípios constitucionais aplicados à administração pública direta ou indireta, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna. (SILVA, 2015, p.23)

4.1. Princípios constitucionais

O princípio da legalidade segundo Hely Lopes Meireles (1998, p.85) tem duas aplicabilidades, no direito privado é lícito fazer tudo que a lei não proíba, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, não sendo suficiente a inexistência de proibição legal.

Para o notariado não é diferente, pois o notário deve agir conforme a lei, entretanto pode livremente escolher qual o melhor instrumento aplicável ao caso concreto, devendo aplicar esse princípio ao fiscalizar os atos produzidos e apresentados em sua serventia. Como se vê a legalidade não é apenas o controle formal dos atos e negócios jurídicos, mas também o cumprimento das funções que o notário executa em nome do Estado. (SILVA, 2015, p.25)

O princípio da impessoalidade para o direito administrativo significa o não favorecimento de pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento (DI PIETRO, 2014, p.68). Para o notário, este princípio impõe também que o titular não pode pessoalmente praticar qualquer ato que seja de seu interesse, de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta ou colateral, consanguíneos ou afins até terceiro grau, tal ato deve ser realizado por seu substituto conforme disciplina o artigo 27 da Lei 8935/94.

O princípio da moralidade sendo considerada uma extensão do princípio da impessoalidade, por estar lidada a honestidade, estabelece que o notário faça uso de bases éticas e morais para o processo notarial e para sua postura profissional e pessoal, sendo vedadas condutas eticamente inaceitáveis em benefício próprio ou de outrem. (SILVA, 2015, p.26)

Já o princípio da publicidade estampado logo no artigo 1º da Lei dos Cartórios garante que todos os atos praticados pelo tabelião são públicos, e a Lei 6015/73 em seu artigo 16 e seguintes, afirma que qualquer interessado pode ter acesso aos atos praticados na serventia através de certidão.

Este princípio comporta exceção nos casos em que de modo justificado, a preservação da intimidade da parte ou para proteção de sua família, restando apenas ao Estado o direito de acesso à informação. (SILVA, 2015, p.26)

Por fim o princípio da eficiência que segundo Meirelles (1998, p.93) é o mais moderno princípio da administração pública, onde impõe que todo agente público realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Sendo assim o notário deve realizar com agilidade e perfeição o serviço para qual foi delegado, sempre cumprindo prazos previstos em lei para a entrega do serviço.

4.2. Princípios Notariais

Além dos princípios administrativos previstos na Constituição Federal há também os princípios que de maneira direta seja por força de lei ou doutrina regem a função notarial.

O primeiro deles já mencionado no primeiro capítulo é o da segurança jurídica, que como bem proclama Loureiro (2016, p.138), se dá notadamente pela definição precisa dos direitos e obrigações de cada uma das partes contratantes o notário de maneira imparcial deve escolher o instrumento que melhor se adequa ao caso apresentado, para lhe conferir certeza jurídica, haja vista que a segurança jurídica é o objetivo das atividades notariais.

O segundo é o princípio da fé pública que predispõe serem os atos lavrados em cartório presumidamente verdadeiro, podendo ser contestados somente por via judicial. Esta presunção pode ser auferida da leitura dos artigos 374 e 405 do novo Código de Processo Civil.

Em terceiro lugar está o princípio da unicidade do ato, pelo qual o documento notarial deve ser elaborado em audiência una sem interrupções. Este é um ponto controvertido, pois alguns defendem que ele é um princípio instrumental, ou seja, mais flexível, ante a necessidade de diligências preparatórias, aconselhamentos, providências documentais externas a serventia, fatos que impedem que o ato seja iniciado e encerrado em um único momento. Outros creem ser um princípio formal, que deve acontecer em um só ato, sob pena de nulidade. (SILVA, 2015, p.28)

Loureiro esclarece que pelo princípio da unicidade do ato, o que importa é que a leitura do instrumento notarial, sua aceitação pelas partes e as firmas destas e demais comparecentes, e o encerramento pelo notário sem interrupções marcantes. Não havendo impedimento para que em primeira ocasião, o notário entreviste as partes, dirima dúvidas, forneça conclhos e orientação jurídica aos contratantes. (LOUREIRO, 2016, p.137)

O quarto princípio é o da rogação, e traduz-se na necessidade de provocação das partes, o notário não pode agir de ofício, necessita de provocação da parte interessada para agir. Assim, para que ele atue deve haver pedido podendo este ser verbal ou por escrito, conforme forma estabelecida em lei. A função notarial é oferecida a todos que dela necessitem; porém, a parte interessada é que deve procurá-la, provocando a atividade tabelioa, que não pode ser exercida por iniciativa própria do notário. (BRANDELLI, 2011, p.324)

Em quinto está o princípio do consentimento segundo o qual todos os atos devem ser assinados pelas partes e em seguida registrados pelo notário. A exceção a este princípio se encontra na ata notarial onde os envolvidos não necessitam assinar. (SILVA, 2015, p.29). O novo Código de Processo Civil Lei 13.105/15, visa a desjudicialização e a desburocratização do judiciário, traz a ata notarial artigo 384, como meio típico de prova pré-constituída, pois é revestida de força probatória executiva e constitutiva.

O sexto princípio é o princípio da forma ou da tecnicidade, é um meio de garantir segurança aos atos notariais, pois devem ser elaborados de acordo com a lei, para que perpetuem no tempo e garantam a segurança jurídica. Não significa o engessamento da atividade e sim que o notário deve ser um profundo conhecedor da técnica notarial, isto é, da arte de materializar institutos jurídicos. (BRANDELLI, 2011, p.325)

Estes são alguns dos princípios que estruturam a função notarial, garantindo um serviço imparcial e justo, e ainda auxilia na adequação da vontade das partes a melhor forma prevista em lei de modo a perpetua-lo no tempo. Miriam Comasseto complementa:

A atividade notarial, portanto, também tem a missão de amparar os direitos fundamentais do homem nas esferas nacional e internacional. Caracteriza-se esta função como preventiva de conflitos jurídicos, uma vez que o notário, através do assessoramento prestado às partes de forma imparcial e mediante o controle da legalidade e legitimidade, acaba inspirando os particulares a buscarem a solução através da lavratura de um instrumento público, com eficácia probatória erga omnes. Portanto, desempenhando este papel, colabora com as partes na ressalva dos seus direitos privados que gozam de proteção constitucional. (COMASSETO, 2002, p.130).

Existem diversos princípios que regulamentam a atividade notarial, e poder-se-ia continuar a analisá-los dignamente, porém a intenção aqui é informar e crescer e não emoldurar o que já é notável em farta doutrina. Com isso é necessário fazer uma reflexão sobre tudo o que foi dito, para que se entenda o que adiante disporá.

5. A JURISDIÇÃO PREVENTIVA EXERCIDA PELA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

No Brasil muito se tem debatido sobre a crise vivenciada pelo judiciário, e sobre a sobrecarga de serviços impostos a este Poder.

No entanto tentando reverter este quadro o legislativo aprovou o novo Código de Processo Civil, que passa a vigor este ano. Esta Lei traz grandes inovações por incentivar a conciliação e a mediação, formas alternativas de solução de conflitos, que promete desafogar o judiciário.

Como se pode observar o legislador abre novas portas e indica novos rumos para como lidamos com os problemas resultantes das relações sociais, tendo isso em conta quer-se tecer na presente pesquisa, apontamentos para como evitar a constante demanda judicial, e conseqüentemente desafogar o judiciário.

Com isso faz-se por oportuno indagarmos sobre a contribuição fornecida pela função notarial na prevenção de litígio, e seu relevante papel como auxiliar da justiça.

De acordo com Miriam Comassetto (2002, p.113):

Verifica-se pelo exame desta atividade, bem como pela forma como é desenvolvida o seu caráter cooperativo, pois em inúmeros casos os particulares através da função notarial atingem a sua pretensão, não necessitando da atividade jurisdicional para a implementação de seus direitos.

Através da atuação dos notários, pode-se evitar que inúmeras relações “comezinhas” necessitem de questionamento judicial, deixando para as transgressões mais complexas o processo de judicialização. (CAMASSETTO, 2002, p.60)

A atividade notarial deve ser executada pelo oficial com prontidão e cautela, portanto seus atos estão menos sujeitos a vícios. O documento notarial é precedido de *juris tantum*, ou seja, presunção de veracidade, prevenindo, em boa parte dos casos, que os fatos neles narrados sejam apreciados pelo Poder Judiciário. (SILVA, 2015, p.71)

Luiz Guilherme Loureiro (2016, p.113) exemplifica que:

Ao lavrar uma escritura pública, o notário age como um jurista imparcial, cioso da validade e eficácia de seu ato, que coloca todo o seu conhecimento jurídico para adequar a vontade das partes aos ditames do ordenamento legal, prevenindo, assim, riscos de conflitos por ocasião do cumprimento do contrato.

Não obstante evitar a formação de conflito, a interferência notarial consegue ser um pertinente auxiliar na resolução deste, haja vista que forma prova qualificada pela fé pública, e, em algumas situações pode até ser substitutiva da intervenção judicial. (BRANDELLI, 2011, p.195)

Além dos princípios que guiam a atividade notarial, os princípios da economia, da celeridade processual e a intervenção mínima do Estado se relacionam com a agilidade e eficiência da atividade notarial. Nesse sentido Mayara Oliveira Silva explana:

O notário, além de assessor jurídico imparcial, se torna conselheiro das partes. Alerta as partes sobre os efeitos que a ação causará no âmbito jurídico, podendo, caso necessário, aconselhar qual a outra solução que se ajustaria melhor no caso concreto.

Todo esse procedimento de maneira célere e econômica. [...] Visando fornecer para a sociedade uma mudança na morosidade do judiciário, o Estado apresenta meios administrativos para evitar o surgimento de litígios, os quais são mais céleres e econômicos. A atividade notarial compatibiliza o direito à celeridade e o respeito à qualidade da prestação jurisdicional, sem prejuízo da segurança jurídica. (SILVA, 2015, p.74-76)

Luiz Guilherme Loureiro (2016, p.111) esclarece que tal como ocorre com o advogado, o promotor de justiça e outros profissionais jurídicos da esfera pública ou privada, o caráter preventivo da função notarial coloca o notário como um auxiliar da Justiça, em garantia dos direitos individuais, da paz social e do desenvolvimento e dignidade humana.

O direito moderno tem voltado seus olhos para modalidades não jurisdicionais de solução de conflitos, tratados como formas alternativas de pacificação social. E torna-se crescente o entendimento de que, o que importa é pacificar, sendo irrelevante se esta pacificação é exercida pelo estado de forma direta ou por meios alternativos, desde que eficientes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.32).

Na mesma esteira é crescente a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, o qual ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição processual. E isso acontece, pois, o processo é necessariamente formal, e para tomar forma o processo gasta tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. Não obstante o fator duração do processo, o custo constitui outro óbice à plenitude desta função, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado, seja pelos honorários advocatícios. Tudo isso como se percebe, compete para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p.32).

Neste interim, Mirian Camasseto (2002, p.124) agrega ao comparar a função do notário ao de um mediador, pois segundo ela ambas as funções necessitam de habilidade e conhecimento técnico. E acrescenta que o notário no desenvolvimento de sua atividade, dialoga com as partes, objetivando encontrar em conjunto a solução mais favorável ao caso concreto, semelhante à atividade do mediador.

Acrescenta ainda a autora que à vista disso, inegável que o notário realizando esta atividade acautelatória atua para a manutenção da harmonia e da paz social, uma vez que traz confiabilidade à sociedade aos atos por eles praticados. Como corolário deste caráter preventivo, sua função passa a ser de extrema relevância para o meio social, satisfazendo a necessidade que as pessoas têm de assegurar eficácia aos seus negócios efetuados no âmbito privado, bem como às suas manifestações de última vontade, além de regular juridicamente certas relações familiares. (COMASSETO, 2002, p.125)

Contudo que foi explanado até o presente momento, serviu de base para desembocarmos nas formas praticas pelo qual se manifesta a intervenção notarial na prevenção de litígios. Como se sabe a formalização da vontade das partes pelo notário se dá por meio de um instrumento público, e alguns destes documentos elaborados pelo notário têm a capacidade de evitar o início de processos judiciais, ofertando uma resposta rápida e jurídica para a solução de lides.

5.1. Protesto de Títulos e Documentos

Segundo o art. 1º da Lei 9.492/97, o “protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida».

Loureiro (2010, p.564) afirma que o protesto é a afirmação solene em ato público feito pelo notário, com a finalidade de provar, com segurança jurídica, o descumprimento de obrigação cambial. Por meio do protesto se prova de forma precisa a falta de aceite ou de pagamento de um título assim como a falta de devolução de uma duplicata.

Para Pontes de Miranda (2000, p.125) além da eficácia probatória e de pressuposto para ação de regresso, o protesto também possui uma terceira característica que é de grande relevância, pois com ele o credor está munido de um documento que revela a insolvência do devedor.

A função do notário neste ponto é a de verificar os aspectos formais do título, como a presença dos elementos essenciais, o preenchimento correto, informações claras e sem rasuras, se as datas de emissão e vencimento estão corretas, e se consta da assinatura. (SILVA, 2015, p.101)

Com o título de protesto, o credor estará munido de uma prova formal, conforme se abstrai do artigo 2º da lei 9.492, o qual poderá utilizar na esfera judicial.

Extrajudicialmente o protesto pode ser utilizado para resolver a obrigação de uma forma mais rápida fácil e barata. Neste sentido Miriam Comassetto (2002, p.114) discorre:

Na praxe, este fato pode ser constatado, por exemplo, com o protesto cambiário, que é ato de natureza notarial. Se a parte que procura o tabelião para a prática deste ato específico consegue com o protesto a satisfação de seu crédito, evita-se a interposição de um processo de execução para a concretização deste direito. Portanto, nesta hipótese, denota-se claramente o caráter de colaboração desencadeada pela atividade do notário à justiça, uma vez que não será mais necessário recorrer ao processo de execução para a satisfação do crédito.

O protesto se mostra uma ferramenta de grande valia quando falamos na prevenção de litígios, pois grande parte dos títulos protestados são pagos diretamente aos apresentantes, não nascendo assim a necessidade de uma ação judicial para executar a dívida. E os devedores por sua vez deixam de entrar para o rol dos maus pagadores.

5.2. Inventário e partilha extrajudicial

Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (CC, art. 1.784), no entanto para que a sucessão se concretize é necessário proceder-se a feitura do inventário, ou seja, o levantamento de todos os bens deixados pelo *de cujus*, e posteriormente a partilha dos bens.

Anteriormente inventários apenas podiam ser feitos através da via judicial, já a partilha podia ser feita pela via administrativa, por meio de escritura pública, porém para gerar efeitos era necessário que fosse homologada judicialmente. Em 2007, foi aprovada Lei Federal nº11.441 que alterou dispositivos do Código de Processo Civil, introduzindo em nosso ordenamento a possibilidade de realizar-se o inventário e a partilha por via administrativa, garantindo uma maior celeridade e economia no procedimento. (SILVA, 2015, p.88)

Atualmente com a nova roupagem dada a Legislação Processual Civil, que entrou em vigor em 2016, poucas alterações ocorreram com relação a esta matéria. Até porque o novo código traz consigo a promessa de desafogar o judiciário, oferecendo formas alternativas e mais céleres para resolução dos conflitos.

Segundo Loureiro (2010, p.544) somente proceder-se-á a feitura do inventário e da partilha extrajudicial ou por escritura pública quando inexistirem testamento (morte ab intestato) e herdeiro incapaz (art. 610, *caput* do CPC), e quando todos os herdeiros capazes estiverem de acordo quanto à divisão dos bens deixados pelo *de cujus* (art. 610, §1º CPC).

O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, como prevê o artigo 611 do Novo Código de Processo Civil, e todas as partes interessadas deverão estar assistidas por advogado, no caso de inventário e partilha extrajudiciais art. 610, §2º do mesmo diploma legal.

Mirian Saccol Comassetto (2002, p.133) ainda complementa dizendo:

Em matéria de direito sucessório, pode-se, também, necessitar da atividade notarial, na hipótese de lavratura de testamento público ou até mesmo de aprovação de testamento

cerrado, oferecendo ao testador, através deste ato, maior segurança e consagração de sua última vontade e garantindo aos beneficiários um direito fundamental assegurado constitucionalmente, qual seja o direito à herança.

Observe que o aproveitamento dos meios extrajudiciais de prevenção de conflitos propicia o desafogamento do Poder judiciário e contribui para migração da forma como se resolve os problemas, tirando a mentalidade do judicial e depositando-a em opções mais simplificadas, rápidas e econômicas.

5.3. Divórcio

O divórcio é a dissolução absoluta do vínculo conjugal, e atualmente pode ser feito judicial ou extrajudicialmente por escritura pública. No entanto neste último caso somente será possível a lavratura da escritura pública de separação ou divórcio se as partes forem capazes e concordes e que não haja filhos menores ou incapazes art. 733 do CPC. A separação e o divórcio litigiosos, bem como a separação e os divórcios consensuais, havendo filhos menores ou incapazes, continuam a depender de ação judicial (LOUREIRO, 2010, p.540).

Independentemente da acessibilidade do processo extrajudicial, é necessário o acompanhamento de um advogado, devidamente qualificado, que assinara o ato notarial, segundo artigo 733, §2º do CPC. E a escritura neste caso não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras, é o que prediz o §1º do artigo 733.

Com a escritura de divórcio em mãos para que haja alteração do estado civil das partes, a mesma deve ser averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais. Caso existam bens a serem transferidos, se forem bens imóveis a escritura deve ser apresentada no Registro de Imóveis, veículos a escritura deve ser apresentada no DETRAN (Departamento Estadual de Trânsito), no caso de sociedades deve ser apresentada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial, e referente às contas bancárias deve ser apresentada nos respectivos bancos. (SILVA, 2015, p.85)

5.4. A Usucapião Extrajudicial

A usucapião também chamada de prescrição aquisitiva é um modo de aquisição da propriedade ou de qualquer direito real pela posse prolongada. É o direito que um indivíduo adquire em relação à posse de um bem, pode ser móvel ou imóvel, em decorrência do uso do bem por determinado tempo, sendo a posse contínua e incontestada. Qualquer bem que não seja público pode ser usucapido. (SILVA, 2015, p.105)

Para que esse direito seja reconhecido é necessário que certos pré-requisitos sejam atendidos são eles: coisa hábil (*res habilis*) ou suscetível de usucapião, posse (*possessio*), decurso do tempo (*tempus*), justo título (*titulus*) e boa-fé (*fides*). Os três primeiros são indispensáveis e exigidos em todas as espécies de usucapião. O justo título e a boa-fé somente são reclamados na usucapião ordinária. (GONÇALVES, 2012, p.233)

Existem várias espécies de usucapião no Brasil, e cada uma possui requisitos próprios para que seja possível caracterizar a usucapião. No entanto, especifica-los não é intenção da presente pesquisa e sim mostrar como a usucapião pode ser reconhecida extrajudicialmente.

A concessão da usucapião, pela via administrativa, foi introduzida no Brasil por meio da Lei nº 11.977/2009, porém era aplicável somente para o reconhecimento da usucapião especial urbana (art. 183 da Constituição).

O Novo Código de Processo Civil traz um novo procedimento ao instituto da usucapião, pelo

qual todos os tipos de usucapião poderão ser requeridos via administrativa, ou melhor, pelo cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo (SILVA, 2015, p.110). Essa hipótese encontra-se prevista no artigo 1071 do NCPC que acrescentou o artigo 216-A ao capítulo III do Título V da Lei n. 6.015 de dezembro de 1973.

A nova legislação introduzida à Lei de Registros Públicos, afirma que para dar início ao processo extrajudicial o interessado deve estar representado por advogado e munido dos documentos necessários para comprovar a posse, o justo título (se houver), a continuidade, a natureza, o tempo da posse, bem como da ata notarial lavrada pelo tabelião atestando o tempo de posse, e planta e memorial descritivo assinado por profissional habilitado, é o que prescreve o referido artigo 216-A da lei 6015/73.

O procedimento correrá perante o Registro de Imóveis da localidade competente, gerando assim a constituição da propriedade. Editais, notificações e diligências devem ser feitas para se constatar o que foi declarado, ao se certificar da precisão do pedido de usucapião, poderá então registrar a usucapião almejada, contando que não existam impugnações de terceiros. Será aberta então uma nova matrícula para o imóvel. (SILVA, 2015, p.112).

Observa-se que a nova procedimentalidade dada à usucapião extrajudicial, têm o condão de simplificar e torna-la mais célere que a ação judicial, além de mais econômica. A adoção desta medida por parte dos operadores do direito desjudicializariam e regularizariam diversas propriedades, além de efetivar os direitos constitucionais a moradia e evidenciar a função social da propriedade, desde que atendidos os requisitos mínimos.

5.5. Conciliação e Mediação

É inegável o constante desenvolvimento da mediação nos últimos tempos, como resposta ao reclamo geral da sociedade e da iniciativa privada por novos meios alternativos de solução de conflitos. É uma tendência internacional a busca por um sistema moderno de Justiça, ante ao esgotamento dos modelos atuais, e seguindo a tendência do direito comparado, a mediação passou a ser regulada pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), juntamente com a conciliação e a Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, que trata do tema de modo mais específico e abrangente. (LOUREIRO, 2016, p.261)

Segundo Petrônio Calmon (2008, p.119) “à inclusão informal ou formal de terceiro imparcial na negociação ou na disputa dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para obtenção da auto composição caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia facilita e incentiva os envolvidos”.

Sabido isso, constata-se que o mediador é um intercessor imparcial, que pode via de regra, ser qualquer pessoa prescindindo de uma especialidade (COMASSETO, 2002, p.121). Entretanto, para que o instituto da mediação no direito possa desenvolver-se com maior seriedade, Comasseto (2002, p.121) em citação a José Luis Bolzan de Moraes, recomenda:

[...] que o mediador seja alguém preparado para exercer tais funções e que possua o conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo. Ressalta-se, então, que profissionais preparados para exercer a função de mediador utilizam-se de técnicas de manejo comportamental previamente programadas a fim de estimular as partes a participar efetiva e proveitosamente das atividades do processo objetivando obter uma decisão que realmente pacifique a discordância.

Estas considerações permitem estabelecer uma analogia entre o mediador e a atividade notarial, pois esta em muito se assemelha com a função do mediador. (COMASSETO, 2002, p.123)

A Lei 13.140/2015 admite expressamente sua aplicação às mediações levadas a efeito nas

serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências (art.42).

O Conselho Nacional de justiça tem exercido um relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder judiciário. A Resolução n.125/2010 do CNJ confirma isso.

Fredie Didier Junior (2015, p.273) acrescenta que:

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165 -175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição com o ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, 111; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art.190).

Continua o autor que o sistema processual civil brasileiro é enfim, estruturado no sentido de estimular a auto composição (DIDIER JUNIOR, 2015, p.273). Nesse sentido os §§2º e 3º do art. 3º do NCP: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”.

Compreendida a importância da função notarial na prevenção da litigiosidade judicial e como instrumento de mediação do direito, passa-se a última análise.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade brasileira carrega um sentimento de descrença em relação ao acesso à justiça. E isso se deve ao fato de a burocratização procrastinar demasiadamente o acesso ao direito.

Tentando reverter esta realidade, percebe-se uma mudança gradual do legislativo, que volta e meia, tem dado atenção a esta realidade e empenhado esforços para contornar este problema. Tanto -o-é que aprovou o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15 que passa a vigor este ano. Esta Lei traz grandes inovações por incentivar a conciliação e a mediação, formas alternativas de solução de conflitos, que promete desafogar o judiciário.

Não obstante, verifica-se uma forte tendência na busca de resoluções alternativas para as demandas jurídicas, visando auxiliar a justiça e ao mesmo tempo torna-la mais eficaz. É neste contexto que o presente trabalho esteve inserido, com o propósito de indicar que a função notarial deve ser compreendida como uma atividade preventiva de litígios, sendo desvelada como uma das organizações fundamentais ao sistema jurídico.

Para que isso se efetive, constatou-se que a função notarial deve atender a vontade das partes auxiliando-as, e adequando-as às formalidades legais conferindo-lhes assim, a segurança, a validade e a eficácia jurídica, que se espera, garantindo-lhes os efeitos jurídicos necessários, por meio da fé pública.

Alguns dos meios de intervenção notarial que previnem litígios debatidos ao longo do presente trabalho foram, o inventário, o divórcio, o protesto, a mediação, a usucapião. Cada qual com suas especificidades, mesmo assim, tentou-se demonstrar como podem ser alternativas rápidas e menos burocráticas de solucionar uma lide.

Contudo, a atividade notarial evidenciou-se uma ferramenta crucial para o sistema jurídico, servindo como um filtro para que conflitos que possam ser resolvidos de maneira rápida e eficaz no próprio cartório deixem de seguir o curso moroso que atualmente tem sido proporcionado pelas vias judiciais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Organs da fé pública*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 1897. Vol. V, p. 7-114 (1ª parte) e Vol. VI p. 7-113 (2ª parte).
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2415 SP*, Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 09/12/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28notarios+particulares%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/gp4zsku>>. Acessado em: 23/03/2016.
- BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.
- BRASIL. Lei Federal n. 6.015, de 31 set. 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências.
- BRASIL. Lei Federal n. 8.935, de 18 nov. 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.
- BRASIL. Lei Federal n. 9.492, de 10 de set. 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- COMASSETTO, Míriam Saccol. *A Função Notarial Como Forma de Prevenção de Litígios*. Porto Alegre: Norton, 2002.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- CURSO DE DIREITO, Coordenação. História do Direito Notarial e Registral. *Cadernos de estudos e Pesquisa do curso de Pós Graduação em Direito Notarial e Registral do WDireito*, Brasília, 2011. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/webfolio/Mod1270/mod_historia_do_direito_notarial_v2.pdf>. Acessado em: 24/05/2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Os Princípios na Estrutura do Direito*. *Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário*. Porto Alegre, 2010. n. 38.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito das Coisas*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *Estudos de Filosofia e História do Direito*. Rio Claro: Obra Prima Editora Ltda, 2005.
- LARRAUD, Rufino. *Curso de Derecho Notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010.

MARTINEZ SEGOVIA, Francisco. *Función Notarial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

MARTINS, Claudio. Função Pública e Fé Notarial. *Revista da Academia Cearense de Letras*, Fortaleza, 1977. Ano. LXXXII. N°38, p.5-21.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

PANDOIN, Fabiana Fachinetto. *Direito notarial e registral*. Injuí: Unijuí, 2011. (Coleção educação à distância. Série livro-texto).

PIRES, Ferrão. *Guia Prático e Formulário do Tabellião de Notas no Brasil*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemert Editores, 1870.

PUGLIESE, Roberto J. *Direito Notarial Brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1989.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Mayara Oliveira. *A Importância da Intervenção Notarial na Prevenção de Litígios: panorama no município de Frutal-Mg*. Frutal: Prospectiva, 2015.

SOUZA, Carla Faria de. *A Função Notarial na Realidade Jurídica Brasileira*. 2013, 28f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Recebido em: 19/07/2016

Aprovado em: 23/09/2016

ALTERAÇÃO DO NOME DOS TRANSEXUAIS E A PROBLEMÁTICA DA AUTORIZAÇÃO DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO NO BRASIL

ALTERATION OF THE NAME OF THE TRANSEXUALS AND THE PROBLEM OF THE AUTHORIZATION OF TRANSGENITALIZATION SURGERY IN BRAZIL

JAIZA SAMMARA DE ARAÚJO ALVES ¹
VITÓRIA RAISSA JACÓ DE LIMA ²

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a alteração do nome dos transexuais, tratando das principais dificuldades jurídicas encontradas por eles, seja na falta de legislação específica acerca da retificação do nome e da adequação do sexo no registro civil, bem como do lapso temporal exigido pelo Conselho Federal de Medicina, para a realização da cirurgia, por ainda considerar a transexualidade como uma patologia. Ademais, demonstra as principais portarias sobre a autorização do uso do nome social nas universidades, dentre elas as instituições localizadas na região do Vale do São Francisco, quando ainda não existia o Decreto nº 8.727, autorizando o uso do nome social.

Palavras-chave: Identidade de gênero; Nome social; Retificação do nome; Transgenitalização; Transexual.

ABSTRACT: The present work relates the name change of the transsexuals which focus on the main legal difficulties encountered by them either in the absence of specific legislation regarding the name rectification and the adequacy of the sex in the civil registry, as well as, the temporal lapse required by the Federal Council Of Medicine in the accomplishment of the surgery which still considering transsexuality as a pathology. In addition, it shows the main ordinances on the authorization of the social name use inside the universities, among them, those located in the region of the São Francisco' valley, when Decree n. 8.727 did not yet exist to authorize the use of the social name.

Keywords: Gender identity; Name rectification; Social name; Transgenitalization; Transsexual.

¹ Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires/Argentina. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Uniseb/Praetorium. Especialista em Psicologia Jurídica pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE)/PE. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Regional do Cariri (URCA)/CE. Professora de Direito Penal e Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da FACAPE/PE. Advogada. E-mail: jaiza.samara@facape.br

² Acadêmica de Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE/PE).E-mail: vitoriajaco@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A transexualidade é considerada um fenômeno complexo. Em linhas gerais, caracteriza-se pelo sentimento intenso de não-pertencimento ao sexo anatômico, sem a manifestação de distúrbios delirantes e sem bases orgânicas (CASTEL, *apud* ARAN, 2006). Apesar dos crescentes estudos acerca do tema, muitos psicólogos e médicos ainda consideram a transexualidade como uma patologia, diagnóstico que militantes da área tentam evitar.

Transexuais possuem identidade de gênero que destoa do seu sexo biológico. A pressão social sofrida em decorrência disso faz com que o transexual padeça de um sofrimento inestimável que o impede de viver como qualquer outra pessoa (VIEIRA, 2013, p. 23). Tal sofrimento tende a piorar ainda mais pela falta de amparo legal, pelo sofrimento ao apresentar-se com um nome que muitas vezes diverge da forma como aparenta vestir-se, frente a uma justiça lenta em que jurisprudências favoráveis a respeito do tema são recentes.

Apesar disso, universidades, operadoras de cartões de crédito e empresas privadas vêm autorizando, por meio de portarias, o uso do nome social pelos transexuais que ainda não retificaram seus nomes, como forma de minimizar as situações vexatórias, pelo fato do nome constante no registro civil não corresponder à forma como estes indivíduos se portam e se enxergam.

A principal problemática vem do fato da alteração do nome ocorrer apenas no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional tendo o transexual que utilizar seu nome constante no registro civil para identificar-se em outros segmentos da sociedade, não sendo a autorização do uso do nome social de todo eficaz, pois os demais órgãos da administração, bem como as empresas privadas ficam sujeitos a discricionariedade, ou seja, é de livre arbítrio autorizar ou não o uso do nome social, já que a lei não faz menção a obrigatoriedade de esses órgãos adotarem o disposto no Decreto nº 8.727/16.

O presente trabalho visa abordar as principais dificuldades encontradas pela pessoa que possui disforia de gênero, em um país em que a legislação a respeito é escassa e que as principais decisões sobre o assunto vêm de órgãos da administração pública e do Judiciário brasileiro. Trata-se de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, pois conforme salienta Rui Martinho Rodrigues (2007, p.38), a pesquisa qualitativa analisa e interpreta dados relativos à natureza dos fenômenos, sem que os aspectos quantitativos sejam sua preocupação precípua. Não denota filiação teórico-metodológica, nem implica o uso de hipótese, de experimentação ou qualquer outro detalhe. Quanto à delimitação do tema, buscou-se trazer ao trabalho os principais conceitos de transexualidade, os problemas enfrentados por estes indivíduos ao requererem a retificação do nome em virtude da divergência entre o sexo psicológico e o biológico, ou ainda pelo fato de o transexual não ter realizado a cirurgia de transgenitalização, mas socialmente já identificar-se e ser conhecido como de sexo oposto ao biológico.

Aborda ainda as dificuldades ao se requerer a cirurgia de transgenitalização, uma vez que diversos profissionais da área ainda consideram a transexualidade como patologia, requerendo para a realização da referida cirurgia um prazo de acompanhamento médico de 02 (dois) anos para que se possa averiguar que não exista nenhum problema psicológico e se realmente existe a disforia de gênero, assegurando com isso que não ocorra um arrependimento posterior.

Diante disso, demonstra-se a urgência em legislar a respeito, uma vez que diversos transexuais buscam o suicídio como refúgio, pois não encontram na sociedade um amparo legal, quando não conseguem nem mesmo adequar seu nome ou alterar a morfologia do órgão sexual para a maneira como se identificam.

2. DO NOME

2.1 Considerações gerais

O nome é um dos mais importantes atributos da personalidade (MONTEIRO, 2003, p.100), de tal forma que desde os primórdios, a partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade, existiu a necessidade de atribuir um nome tanto às coisas quanto aos indivíduos.

Consta que os primeiros registros onde se atribuiu nome às pessoas ocorreram na sociedade hebraica e posteriormente na Grécia antiga. Nessa época ele não se transmitia aos descendentes e cada um possuía um nome diverso do outro (MONTEIRO, 2003, p.101). Porém, com a expansão da população surgiu a necessidade de aumentar a composição do nome, atribuindo algum restritivo que melhor identificasse as pessoas (VENOSA, 2013, p.196).

Com o decorrer dos anos, em Roma passou-se a utilizar nomes com maior complexidade. Venosa (2013, p.196) salienta que os romanos tinham três nomes próprios para distinguir a pessoa: o prenome, o nome e o cognome, acrescentando-se, às vezes, um quarto elemento, o agnome.

Posteriormente na Idade Média, com a invasão dos bárbaros, houve um retorno ao costume de usar somente um nome, utilizando-o inclusive com denotação religiosa. Porém tal prática fez com que houvesse muita confusão, pois não era possível distinguir as pessoas uma das outras por possuírem nomes repetitivos. Dessa forma surgiu a necessidade da criação do sobrenome (VENOSA, 2013, p.197).

Maria Berenice Dias (2015, p.114) afirma que o sobrenome é o elemento que identifica a estirpe familiar, sendo este transmissível por sucessão e, portanto, adquirido com o nascimento. Na atualidade o nome é constituído pela junção do prenome com o sobrenome ou apelido de família, como alguns doutrinadores preferem chamar. Este prenome pode ser simples como: Ana, João, Paulo; ou composto, como Ana Clara, João Pedro, Paulo Henrique, podendo ser escolhido de livre arbítrio pelos pais, desde que não tenha sentido pejorativo e que não cause constrangimento ao indivíduo (Código Civil, art. 17). No Brasil, costuma-se utilizar o prenome antecedendo o sobrenome, porém na Itália emprega-se a forma inversa, ou seja, o sobrenome antecedendo o prenome (MONTEIRO, 2003, p.103).

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme versa o art. 59 da Lei nº 6.015/73, não se permite a alteração do prenome em face do princípio da imutabilidade do nome que se preocupa com a segurança jurídica das relações sociais, dificultando o processo de alteração do nome. Porém há algumas hipóteses permitidas pela referida lei e pela jurisprudência, dentre elas a inserção do nome e sobrenome da mãe ou do pai não reconhecido no ato da lavratura do registro de nascimento; o casamento; a alteração em razão de o indivíduo ter atingido a maioridade; a retificação do nome em virtude de erro; a inclusão de apelido público notório; e na hipótese de transexualidade.

2.2 Considerações acerca das hipóteses de alteração do nome

Orlando Gomes (*apud* DINIZ, 2012), afirma que a identificação da pessoa se dá pelo nome, que a individualiza; pelo estado que define a sua posição na sociedade política e na família, como indivíduo; e pelo domicílio, que é o lugar da sua atividade social. No entanto nem todas as pessoas estão satisfeitas com os nomes que lhes foram dados ao nascer, seja por erro gráfico, por ser suscetível de irrisão³ ou por não conter o sobrenome do pai ou mãe que ainda não reconheceu a filiação.

O nosso ordenamento jurídico permite, apesar do princípio da imutabilidade do nome, algumas hipóteses de alteração. Uma delas trata da situação em que o nome expuser o indivíduo ao ridículo. Alguns exemplos de nomes nessa situação são: Aricleia Café Chá, Inocência Coitadinho, Sebastião

³ Irrisão significa ação de rir com intuito de desdenhar ou de menosprezar.

Salgado Doce, Restos Mortais de Catarina, dentre outros que, conforme Maria Helena Diniz (2015, p.235), foram divulgados pela imprensa, constantes dos arquivos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Ao se deparar com nomes desse tipo, o registrador pode se abster de registrar o nome da criança, e caso os pais ainda insistam, tal demanda deve ser levada perante o juiz competente (Art. 55 da Lei nº 6.015/73). Ainda a respeito de nomes vexatórios, nosso ordenamento não admite o registro de nomes de pessoas reconhecidas pela sua crueldade ou imoralidade, por exemplo: Osama Bin Laden, Hitler, Mussolini. Como também não admite o registro de nomes onde não se pode averiguar o gênero a que pertence (DINIZ, 2015, p.235).

A Lei dos Registros Públicos permite a retificação do nome quando neste contiver evidente erro gráfico. Esta modalidade na verdade, trata-se de mera retificação e não da alteração. Conforme dispõe Maria Berenice Dias:

Somente a correção de erros é que poderá ser levada a efeito pela via administrativa. Poderá ser feita a mudança se o registro foi feito em desacordo com a vontade da mãe. Inclusive é reconhecida a legitimidade do Ministério Público para demandas referentes ao nome (DIAS, 2015, p.113).

Na hipótese da alteração, a Lei de Registros Públicos, em seu art. 56, autoriza que o indivíduo pode alterar seu nome no primeiro ano em que atingir a maioridade civil, desde que não afete o sobrenome⁴. Após esse prazo, somente poderá realizar a alteração judicialmente, mediante parecer do Ministério Público, devendo o interessado apresentar motivo plausível que possa ensejar a alteração⁵. Ressalte-se que, na hipótese do indivíduo possuir nome vexatório ou erro gráfico, não há necessidade de se aguardar o lapso temporal até a maioridade para alterar o seu nome, desde que esteja representado ou assistido (DIAS, 2012, p.241).

Outra modalidade de alteração já consagrada trata-se da hipótese do uso de apelidos públicos notórios, que podem ser acrescentados no nome em que a pessoa já possui, como é o caso de Maria da Graça 'Xuxa' Meneghel. Há também a possibilidade desse nome ser substituído do prenome já existente, pelo prenome em que é o indivíduo é conhecido socialmente (GONÇALVES, 2012, p.157). Deve-se ressaltar também, dentre as hipóteses em que cabe a substituição do prenome, a alteração dada pela Lei de Proteção à Testemunha, em razão da coação ou do perigo decorrente da colaboração de apuração de crime⁶, em que se altera o nome da pessoa para garantir a proteção da sua integridade física.

Antigamente, disciplinava o Código Civil de 1916, em seu art. 240 que, na constância do casamento, a mulher assumiria obrigatoriamente o sobrenome do marido e em caso de desquite⁷ perderia o direito de usar este sobrenome, necessitando assim de uma averbação de novo nome através de ação judicial.

Com a mudança do código, passou-se a facultar à mulher a opção de assumir ou não o sobrenome

4 Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. (Renumerado do art. 57, pela Lei nº 6.216, de 1975).

5 Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009).

6 Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998). Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 9.807, de 1999).

7 Separação Judicial.

do marido, inclusive facultando a ele o direito de também assumir o sobrenome da esposa, embora não seja esta uma prática comum. Ressalte-se ainda que, se a sentença de separação judicial não dispuser em contrário, pode qualquer um dos cônjuges manter o sobrenome de casado⁸ (VENOSA, 2012, p.202).

Ainda sobre a alteração do sobrenome, há hipóteses em que há aceitação da inclusão do nome do padrasto no registro de nascimento do enteado, em razão da afetividade (DINIZ, 2012, p.237), pois conforme dispõe Maria Berenice Dias, a filiação socioafetiva tem mais significado do que o vínculo consanguíneo. Dessa forma, é possível a inclusão do nome do padrasto em razão dos vínculos afetivos, sendo dispensável a autorização do genitor. No entanto, nos casos em que o genitor concorda com a inclusão, dispensa-se a necessidade de se promover ação pela via judicial, podendo tal demanda tramitar perante o Cartório de Registros Públicos. Essa mesma troca ocorre também na hipótese de adoção, em que, de acordo com a Lei nº 3.133/57, no próprio ato da adoção, escolhem-se quais os apelidos de família que passarão a ser utilizados pelo adotado e este poderá ainda conservar o sobrenome dos pais biológicos, incluir o dos adotantes ou renunciar aos apelidos de família de seus consanguíneos⁹.

Por fim, a atual problemática que ainda aguarda regulamentação: Trata-se acerca da alteração do nome do transexual que deseja ou não realizar a cirurgia de mudança de sexo, devendo o magistrado observar desde questões sociais a princípios que versem acerca da dignidade da pessoa humana, sendo esta a principal problemática levantada no presente trabalho.

3. DA TRANSEXUALIDADE

A falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico chama-se transexualidade. É uma realidade que ainda aguarda regulamentação, pois se reflete na identidade do indivíduo e na sua inserção no contexto social (DIAS, 2015, p. 127). Conforme Maria Vital da Rocha (2013), a respeito do CID-10, F-64.0¹⁰, o transexualismo caracteriza-se como um transtorno de identidade sexual. Trata-se de um desejo de viver e de ser aceito como um membro do sexo oposto, gerando um desconforto em virtude de o indivíduo não se identificar com o seu sexo anatômico, buscando assim, tratamentos hormonais ou cirurgias de adequação para o sexo preferido. Para este mesmo CID, para que o diagnóstico seja realizado, é necessário que o indivíduo apresente identidade transexual diversa por pelo menos 02 (dois) anos, não devendo estar associada a outros transtornos mentais.

Não se sabe até hoje as causas do transexualismo, havendo diversas teorias afirmando que o que influencia são aspectos históricos, culturais, biológicos, dentre outros. Porém não é seguro afirmar que o transexualismo deriva de uma questão exclusivamente cultural (ALVES; ANDRADE NETO, 2015).

No entanto, busca-se excluir das discussões acerca da transexualidade o sufixo “ismo” para que se possa evitar a patologização dessa realidade de gênero (NERY *apud* ROCHA, 2011).

As primeiras cirurgias de transgenitalização foram realizadas por volta de 1920 e 1923, na Alemanha e na Dinamarca (ARÁN, 2006, p.52). Uma das primeiras operações ocorreu no pintor Einar Wegener, que possuía na época 40 anos de idade, tornando-se Lili Elbe, história retratada recentemente

8 Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

9 Lei nº 3.133/57 – Art. 2º No ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado. Parágrafo único. O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue.

10 Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo é acompanhado, em geral, de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência ao seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado (<http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/640/transexualismo>).

no filme “A garota dinamarquesa” (2015). De lá pra cá, as técnicas utilizadas vêm se aperfeiçoando a cada dia, e por consequência, têm sido bastante procuradas por aqueles que não se sentem em conformidade com seu sexo biológico.

No entanto este assunto ainda é pouco debatido, apesar do crescente número de transexuais no Brasil e no mundo. A primeira dificuldade acerca do tema é distinguir as principais diferenças entre o transexual, o travesti e o homossexual. Salienta-se que a identidade de gênero, não se confunde com a orientação sexual (ALVARENGA, 2015, p.79). Oliveira (*apud* BERDESCH; CHEMIN, 2009), distingue gênero, identidade sexual e orientação, afirmando que a identidade sexual é a percepção de ser homem ou mulher que cada indivíduo tem a seu respeito. É o direito de ser internamente e aparecer externamente igual a si mesmo com a realidade do próprio sexo. Diante disso, a sexualidade do homem pode apresentar perturbações ou disfunções, denominadas pela medicina de anomalias sexuais, as quais são classificadas em intersexualismo, homossexualismo, travestismo e transexualismo (BERDECH; CHEMIN, 2009, p. 10).

Szaniawshi (*apud* BERDECH; CHEMIN, 2009), define como intersexuais os indivíduos os quais apresentam caracteres físicos e funcionais de ambos os sexos, diferenciando-os do transexual, pois este possui genitália externa e interna de um único sexo, porém, respondendo psicologicamente aos estímulos do outro.

No que concerne ao homossexualismo, estes não possuem conflitos acerca da sua condição. Vieira (*apud* BERDECH; CHEMIN, 2009) afirma que além do homossexual não repudiar o seu sexo, o homossexualismo é considerado como desvio de orientação sexual e não mais um distúrbio mental a partir da 10ª edição da Classificação Internacional de Doenças.

A respeito do travestismo, verifica-se em indivíduos que sentem prazer em se vestir com trajes típicos do sexo oposto (BERDECH; CHEMIN, 2009, p. 11).

Conforme dados de uma reportagem da Gazzeta do Povo (2010), a cada 12 dias uma pessoa troca de sexo no Brasil. Porém ainda falta legislação que possa regulamentar a troca de nome, bem como a cirurgia de transgenitalização no país.

Em 2008 foi instituída a portaria n° 1.707 que regulamentava as cirurgias de adequação de sexo no Sistema Único de Saúde (SUS). Dentre outros aspectos, a presente portaria determinava:

Art. 2º Que sejam organizadas e implantadas, de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, as ações para o Processo Transexualizador no âmbito do SUS, permitindo:

I - a integralidade da atenção, não restringindo nem centralizando a meta terapêutica no procedimento cirúrgico de transgenitalização e de demais intervenções somáticas aparentes ou inaparentes;

II - a humanização da atenção, promovendo um atendimento livre de discriminação, inclusive pela sensibilização dos trabalhadores e dos demais usuários do estabelecimento de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana;

III - a fomentação, a coordenação e a execução de projetos estratégicos que visem ao estudo de eficácia, efetividade, custo/benefício e qualidade do processo transexualizador; e
IV - a capacitação, a manutenção e a educação permanente das equipes de saúde em todo o âmbito da atenção, enfocando a promoção da saúde, da primária à quaternária, e interessando os pólos de educação permanente em saúde (Portaria n° 1.707/2008).

Ocorre que, dois meses depois, a portaria foi cancelada pelo projeto de decreto legislativo n° 1.050 de 2008, com o argumento de que o Poder Executivo havia extrapolado a delegação legislativa, pois havia regulamentado por meio de portaria do Ministério da Saúde, a realização de um procedimento que contraria o artigo 129 do Código Penal brasileiro, o Decreto Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (PDC 1050/2008).

Ademais, a apresentou, ainda a seguinte justificação:

(...) A cirurgia relacionada ao “processo transexualizador” envolve perda drástica da função biológica reprodutiva e a alteração da integridade corporal. Não cabe a uma portaria se sobrepor a instrumento legal hierarquicamente superior. Ainda que a referida portaria considere resolução do Conselho Federal de Medicina, é preciso considerar que resoluções de entidades profissionais não têm poder para ultrapassar os limites da regulamentação ética e do exercício profissional a fim de sobrepor-se a determinações legais (PDC 1050/2008).

O Conselho Federal de Medicina, em Resolução nº 1.955/2010, dispôs que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico. Asseverou também que não há lei que defina a transformação terapêutica da genitália *in anima nobili*¹¹ como crime.

Em razão disso, o Projeto de Lei nº 70/1995 visava incluir um parágrafo no art. 129 do Código Penal onde afirmaria que:

Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica (BRASIL, 1995).

Porém, com a demora para a sua apreciação e os frequentes apensos realizados neste projeto de lei, resultou sendo determinada através da justiça a autorização para realização da cirurgia, como foi o caso da Apelação Civil nº 0018216-43.2011.8.19.0026, julgada pelos Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro¹².

Atualmente há três Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional. São eles o PL 72/2007, PLS 658/2011 e a PL 5002/2013. O primeiro, de autoria de Luciano Zica, visa alterar o art. 58 da Lei de Registros Públicos, autorizando a substituição do prenome, dentre outras hipóteses, caso o indivíduo seja reconhecido como transexual através de laudo de avaliação médica, ainda que não tenha sido submetido a procedimento médico-cirúrgico destinado à adequação dos órgãos sexuais (PL 72/2007)¹³.

Já o Projeto de Lei do Senado Federal nº 658/11, cuja autoria é Marta Suplicy, de forma mais inovadora, em seu artigo 1º, afirma que toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, conforme sua própria identidade de gênero, com independência de qual seja seu sexo biológico, anatômico, morfológico, hormonal, de atribuição ou outro, afirmando ainda em ementa, que o Projeto de Lei “reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais” (PLS 658/2011)¹⁴. E explica a ementa:

¹¹ *In anima nobili* significa “em seres humanos”.

¹² Apelação Cível. Direito à saúde. Transexual. Cirurgia de redesignação sexual. Disforia de gênero. “Processo Transexualizador” que integra o rol de procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS). Portarias nº 475/08 e 2.803/13 do Ministério da Saúde. Efetivação do direito constitucional à saúde (arts. 6º e 196 das CRFB), na esteira das Leis nos 8.080/90 e 8.142/90. Ao ente público é vedado se furtar à concretização daquilo que espontaneamente deveria proporcionar, máxime quando se verifica o devido equilíbrio, razoabilidade e observância dos preceitos constitucionais no comando jurisdicional que exige do Poder Executivo a disponibilização ou a melhoria na qualidade dos serviços públicos que lhe cabe prestar. Município que agiu em descompasso com a legislação de regência, esvaziando por completo a política pública de promoção e efetivação do direito à saúde que se materializa no Processo Transexualizador. Jurisprudência do STF e do TJRJ. Provimento do recurso.

¹³ Este Projeto de Lei encontra-se arquivado.

¹⁴ Este Projeto de Lei encontra-se em tramitação na Câmara e até a conclusão deste trabalho encontrava-se aguardando designação do relator.

Dispõe que toda pessoa tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, conforme sua própria identidade de gênero, com independência de qual seja seu sexo biológico, anatômico, morfológico, hormonal, de atribuição ou outro; Permite que toda pessoa requeira a adequação dos registros de seu nome ou sexo quando não coincidam com sua identidade de gênero, desde que atendidos os seguintes requisitos: o nome ou o sexo consignado no registro civil do requerente deve estar em discordância com a sua própria identidade de gênero; essa discordância deve ser atestada por laudo técnico fornecido por profissional de qualquer das áreas médica, da psicologia ou da psiquiatria. Dispõe que em caso algum será exigida cirurgia de redesignação sexual para a concessão da adequação documental de nome ou sexo. Estabelece que a competência de matéria relativa ao disposto nesta Lei é da competência do juízo da Vara de Registros Públicos, assegurado o segredo de justiça. Dispõe que a decisão judicial que determinar a adequação do nome e sexo terá efeitos constitutivos a partir do seu trânsito em julgado, sendo que perante terceiros, esses efeitos judiciais serão oponíveis a partir da data da modificação efetuada no Registro Público, que consignará a ocorrência da modificação. Dispõe que a adequação tratada nesta Lei permitirá que o interessado exerça todos os direitos inerentes a sua nova condição, não podendo prejudicá-lo nem ser oposta perante terceiro de boa-fé.

Porém este projeto de lei reconhece a transexualidade como uma patologia, conforme assegura Berenice Bento. Contudo, não existe nenhum exame clínico no que concerne às ciências psicológicas, nem tampouco às médicas, que possam afirmar que os indivíduos que vivem em desconformidade com seu sexo biológico possuem transtornos mentais (BENTO, 2014, p.173).

O argumento central que sustenta a defesa da importância do projeto está no reconhecimento da condição de enfermidade do/a transexual, embora esta tese esteja em pleno processo de problematização por ativistas e pesquisadores que negam qualquer cientificidade da patologização das identidades trans ou qualquer fundamento de verificabilidade da hipótese da neurodiscordância de gênero (BENTO, 2014, p.173).

Por fim, o Projeto de Lei 5002/2013¹⁵ de autoria de Jean Wyllys e Erika Konkai, chamada “Lei João W Nery, inspirado na Lei nº 26.734/2012, Lei de Identidade de Gênero da Argentina, vem de maneira inovadora garantir direitos que os outros projetos não concediam. Logo em seu primeiro artigo, afirma que toda pessoa tem direito a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles¹⁶.

Diferentemente dos outros projetos de lei, o projeto de Lei João W Nery não estabelece como requisito da alteração do nome a intervenção cirúrgica, ou o uso de terapias hormonais¹⁷, dispensando inclusive o parecer médico ou psicológico, bastando tão somente que o sujeito identifique-se como pertencente ao sexo oposto e queira realizar a retificação do(s) seu(s) prenome(s).

Este projeto ainda veda que os novos documentos façam qualquer referência ao sexo anterior do indivíduo, a menos que este autorize de maneira expressa (Art. 6º, §6º PL 5002/2013). Ressalta-se ainda que este projeto propõe que o transexual requeira a alteração do nome sem a necessidade de advogado ou gestores, formalizando o pedido pessoalmente no cartório.

Contudo, com a demora na tramitação desses projetos frente ao aumento exponencial de transexuais na sociedade, criou-se como meio de dirimir os problemas sofridos por estes indivíduos, a

¹⁵ O projeto encontra-se em tramitação, pronto para pauta na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM).

¹⁶ Art 1º, III do Projeto de Lei 5002/2013.

¹⁷ Art 4º Parágrafo único: Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome: I - intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial; II - terapias hormonais; III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico; IV - autorização judicial.

figura do uso no nome social nas entidades da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, através do Decreto nº 8.727/2016. Sobreleva-se, no entanto, que esta figura surgiu através de resoluções nas universidades. A Universidade Federal do Amapá (UNIFAP), em 2009 de maneira inédita, autorizou que alunos e servidores pudessem fazer uso do nome social em documentos acadêmicos, vetando apenas o uso no diploma, determinando ainda que estes fossem respeitados nas chamadas de presença às aulas e em eventos acadêmicos.

Hoje, conforme pesquisa realizada pelo site G1, das 63 universidades federais brasileiras, apenas 13 não possuem regulamentação sobre o tema, apontando ainda que dos 21% sem resoluções sobre o uso do nome social, sete possuem documentos em discussão, quatro seguem outras medidas como portarias do Ministério da Educação (MEC) e outras duas não possuem regulamentação sobre o tema.

A Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF), somente em dezembro de 2014, regulamentou através da resolução nº 23/2014 o uso do nome social na universidade. Já a Universidade de Pernambuco (UPE) apenas regulamentou em outubro de 2015, através de resolução da Consun nº 20/2015.

Atualmente, utiliza-se o nome social em outros segmentos, como por exemplo, no registro das carteiras de identidade profissional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tal autorização vem de um debate recente realizado no ano de 2016, pelo Conselho Pleno da seccional de São Paulo. Em Pernambuco, Robeyoncé Lima é a primeira advogada trans do Estado e também a primeira aluna a solicitar à Faculdade de Direito de Recife o uso do nome social, direito assegurado pela UFPE em março de 2015.

O que se observa é que apesar da falta de legislação específica do Estado a respeito do tema, seus órgãos vêm autorizando a alteração do nome, seja através da autorização do uso do nome social nas universidades ou da autorização da cirurgia e da retificação do sexo no registro civil, através do Judiciário, a exemplo da Sétima Câmara Cível do Rio Grande do Sul, que no mês de junho de 2015, deferiu o pedido de alteração do prenome e indeferiu a alteração do sexo em razão da pessoa não ter efetuado a cirurgia de transgenitalização. Dois meses depois, precisamente no mês de agosto, a mesma câmara decidiu que a modificação do sexo no registro civil era viável, uma vez que considerou que o gênero prepondera sobre o sexo, levando em conta que a retificação do registro civil independe da cirurgia de transgenitalização, dado que se deve considerar a forma como o indivíduo se vê e é visto socialmente (AC 70064914047 RS).

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE PRENOME E DE SEXO. ALTERAÇÃO DO NOME. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. A ALTERAÇÃO DO SEXO SOMENTE SERÁ POSSÍVEL APÓS A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. O fato de a pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a mudança do nome, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. No entanto, é descabida a alteração do registro civil para fazer constar dado não verdadeiro, isto é, que o autor seja do sexo feminino, quando inequivocamente ele é do sexo masculino, pois ostenta órgãos genitais tipicamente masculinos. 5. A definição do sexo é ato médico e o registro civil de nascimento deve espelhar a verdade biológica, somente podendo ser corrigido quando se verifica erro. Recurso desprovido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70064503675, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em... 24/06/2015) (AC 70064503675 RS).

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL OU TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomos XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. **APELAÇÃO PROVIDA. POR MAIORIA.** (Apelação Cível Nº 70064914047, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/08/2015). (AC 70064914047 RS).

Com isso fica demonstrado que o Judiciário vem se modernizando através dessas decisões, passando a enxergar os problemas que os transexuais passam no dia-a-dia, deixando de lado a ausência de legislação a respeito e fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal de 1988.

Por fim, conforme reportagem do jornal O Globo, os bancos e as administradoras de cartões de crédito vêm permitindo o uso do nome social em seus cartões. Salienta-se que conforme Decreto nº 8.727/2016, tal medida é permitida no âmbito da administração pública federal, porém, bancos privados como: Itaú Unibanco, Santander e a administradora de cartões Nubank, permitem que o cliente solicite o uso do nome social em seus cartões.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nome é uma das características fundamentais do direito da personalidade, sendo este considerado um direito personalíssimo assegurado e protegido pela Constituição Federal e pelo Código Civil. Com ele é possível identificar e distinguir um indivíduo do outro dentro da sociedade. O ordenamento jurídico preza pela imutabilidade do nome como maneira de preservar as relações jurídicas. Não obstante, autoriza diversas formas de alteração seja através do Judiciário ou até mesmo por simples retificação requerida em cartório.

Os transexuais que desejam alterar o nome, antes ou depois da cirurgia de transgenitalização encontram dificuldades, pois somente é possível realizar essa retificação através do Judiciário, uma vez que não existe legislação a respeito que autorize essa retificação por via administrativa.

Os transexuais que ainda não realizaram a cirurgia, ou que não pretendem realizá-la, deparam-se com maiores dificuldades, pois nem todos os julgadores entendem que estes indivíduos fazem *jus* à retificação do nome. Ressalte-se ainda que, muitas vezes, autoriza-se a retificação do nome condicionada a constar no registro público o termo “transexual”, porém há casos em que nem mesmo se autoriza a retificação do gênero desses indivíduos por receio de levar terceiros a erro na constância de um casamento, por exemplo.

Como meio de “tapar o sol com a peneira” criou-se nas universidades a figura do nome social, como forma de dirimir os problemas enfrentados por estes indivíduos. Tal mecanismo surgiu em 2009 na Universidade Federal do Amapá e logo depois, este exemplo foi seguido por várias outras universidades brasileiras. Somente em abril de 2016 o Estado legislou a respeito, através do Decreto 8.727/2016, ou seja, sete anos após, quando mais da metade das universidades do país já autori-

zavam a figura do nome social. Este fato só demonstra a falta de amparo legal que os transexuais encontram na legislação brasileira, uma vez que desde a propositura do primeiro projeto de lei que autoriza a retificação do nome, até os dias de hoje, já se passaram nove anos e nada foi feito, sendo este decreto o único em vigência acerca do tema.

Sobreleva ainda acerca das cirurgias de transgenitalização, que estas só podem ser realizadas após obedecerem a requisitos impostos pelo Conselho Federal de Medicina, a exemplo do acompanhamento de equipe médica ao menos por 02 (dois) anos, por considerar ainda a transexualidade como uma patologia, sendo esta também a única forma autorizativa da cirurgia, não havendo nenhuma lei elaborada pelo Estado brasileiro sobre o assunto.

Desse modo, conclui-se que o Brasil é negligente ao tratar sobre os direitos dos transexuais, não sendo a toa que o país é o líder em assassinatos de travestis e transexuais, pois fecha os olhos para os problemas enfrentados por esse grupo social, que não consegue se inserir na sociedade uma vez que precisa movimentar o Judiciário numa demanda que pode levar anos, para que assim possa ser autorizado a utilizar um nome que condiz com sua identidade de gênero, isto quando não é surpreendido pelo indeferimento do pedido.

É preciso legislar com urgência sobre direitos dos transexuais, criando legislação específica sobre a retificação do nome, bem como da cirurgia de transgenitalização, pensando sempre no princípio da dignidade da pessoa humana constante na Constituição Federal e deixando de lado a ideia ultrapassada de, ao pensar sobre os transexuais, considerá-los como possuidores de patologias psíquicas, quando são seres que apenas não se identificam com o sexo biológico que possuem e lutam para viver como qualquer outro indivíduo que esteja inserido na sociedade, pleiteando o direito de ser respeitado que é inerente a qualquer pessoa, independentemente de qualquer designação ou qualificação.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Maria Amália; RODRIGUES, Edwirges Elaine. Transexualidade e dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica do curso de Direito*, v.10, n.1, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/18583#.WDXrm_krLIU>. Acesso em: 15 set. 2016.

ALVES, Jaiza Sammara de Araujo; ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves. Direito ao nome e a identidade de gênero. *Iusgentium*, v.12 n.6 – jul/dez – 2015. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/19>>. Acesso em: 30 out. 2016.

ARÁN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo gênero. *Ágora* (Rio J), v. IX, n. 1 jan/jun, 2006, p. 49-63. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982006000100004>. Acesso em: 15 set. 2016.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *Contemporânea*, v. 4, p. 165-182 jan-jun2014.

BERDECH, Vanessa; CHEMIN, Beatris Francisca. A cirurgia de transgenitalização e a concretização dos direitos fundamentais Constitucionais. *Revista Destaques Acadêmicos*, ano 1, n° 2, p.7-18. CCHJ/Univat, 2009.

BRASIL, *Código Civil – Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria MS n° 1.707, de 18 de agosto de 2008*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-l-gbtt/portaria_n1.707_processo_transexualizador_sus.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL, *Lei n° 6.515 de 26 de dezembro de 1977* que trata da dissolução da sociedade conjugal, do ca-

samento e seus efeitos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL, *Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016*, que trata do uso do nome social. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAZETA DO POVO. A cada 12 dias uma pessoa troca de sexo no Brasil. dez 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/a-cada-12-dias-uma-pessoa-troca-de-sexo-no-brasil-0o-734esgruawdcaf5d2q2c5zi>>. Acesso em: 31 out. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, vol. 1: parte geral. 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWER, Laura. *13 Universidades Federais não tem resolução para uso do nome social*. G1, atual. Out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/14-universidades-federais-nao-tem-resolucao-para-uso-do-nome-social.ghtml>>. Acesso em: 31 out. 2016.

MARTINI, Miguel. *Projeto de Decreto Legislativo N. 1.050*. Câmara dos Deputados. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1198807>>. Acesso em: 30 out. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil, v.1: parte geral*. 39ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Maria Vital da Rocha e SÁ, Itanieli Rotondo. *Transexualidade e o direito fundamental à identidade de gênero*. Artigo apresentado à disciplina Direito da Personalidade, do Curso de Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC) Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/03/2013_03_02337_02364.pdf2013>. Acesso em: 15 set. 2016.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Mara Amália de Figueiredo Pereira. Transexualidade e dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica do curso de direito da UFSM*, v.10, n. 1, 2015.

SENADO. *Projeto de Lei nº 72/2007*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/82449>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SENADO. *Projeto de Lei nº 5002/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 20 out. 2016.

UPE. *Resolução Conssun nº 020/2015*. Reitoria da Universidade de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.upe.br/images/industri/arquivos/institucional/consun/2015-por-mes/Resolucoes-CONSUN-Junho-2015.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 13ª ed. São Paulo, Atlas, 2013.

VIEIRA, Tereza R. *Mudança de sexo*. Aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos, 2013.

Recebido em: 09/12/2016

Aprovado em: 09/02/2017

MEDIAÇÃO NO BRASIL: Da Prática Autônoma aos Problemas da Política Pública

MEDIATION IN BRAZIL: The Autonomous Practice to Public Policy Problems

JOSÉ HENRIQUE DE GOES ¹
KARINE DE SOUZA ²

RESUMO: A mediação pode ser entendida como prática social de solução de conflito alternativa ao processo judicial. O Estado brasileiro tem marcos legais e políticas públicas que preveem sua utilização, como meio de efetivação do direito fundamental de Acesso à Justiça, desenvolvendo-a em seu âmbito e utilizando seus resultados em processos. Importante a delimitação da mediação como prática social autônoma de solução de conflitos para verificar as possibilidades de aplicação e hipóteses de conflito com os objetivos estatais. Este é o objetivo do trabalho, por pesquisa bibliográfica, documental, tendo como marco, para as práticas sociais autônomas de solução de conflito, Antônio Carlos Wolkmer.

Palavras-chave: Mediação; Práticas autônomas de solução de conflito; Política pública.

ABSTRACT: Mediation can be understood social practice alternative form of conflict resolution to the lawsuit. The Brazilian state has legal frameworks and public policy providing for their use as intended to effect the fundamental right of access to justice, developed in scope and using their results in processes. Important delimitation of mediation as an autonomous social practice of conflict resolution to verify the application possibilities and chances of conflict with the state goals. This is the purpose of work, literature, documentary research, and as a framework for autonomous social practices of conflict resolution, Antonio Carlos Wolkmer.

Keywords: Mediation; Autonomous practices of conflict resolution; Public policy.

1 Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR). Membro do Núcleo de Ensino, Pesquisa, Extensão e Assessoria sobre a Infância e Adolescente (NEPIA) do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/PR). Professor do Curso de Direito das Faculdades SECAL/PR. E-mail: henriquedeagoes@hotmail.com

2 Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI-Santo Ângelo/RS). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Cidadania e Acesso à Justiça: práticas de mediação, conciliação e Justiça Restaurativa.” Professora do Curso de Direito das Faculdades SECAL/PR.

1. INTRODUÇÃO

Práticas sociais autônomas de solução de conflito (alternativas ao processo judicial) têm sido entendidas como meios que oportunizam a pacificação social, garantindo acesso à justiça. Inclusive por teóricos do processo, como Carnelutti (2015). Algumas práticas vêm sendo realizadas sem participação do Judiciário anteriormente à homologação de acordos.

Nas últimas décadas, a mediação manifestou-se em diversas comunidades e centros que realizam as práticas por meio de extensão universitária. Há décadas existe a sistematização de locais geridos por profissionais com formação jurídica, que conduzem sessões em que as partes são incentivadas, por meio de técnicas específicas, a resolverem seus próprios conflitos por meio de regras transformadas em acordos. Tais técnicas de negociação fomentam ao reconhecimento de necessidades do outro, à afirmação das próprias necessidades, à compreensão de situações jurídicas. Palmisciano (2005) descreve os balcões de direitos desde 1974, na cidade do Rio de Janeiro, com características compatíveis com tal descrição.

A utilização da mediação no âmbito do Judiciário é incentivada como política pública de âmbito nacional desde a resolução número 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), que determinou a criação de Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos- NU-PEMEC's e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania- CEJUSC's. Tais órgãos deveriam, respectivamente, promover estudos e capacitação em mediação, bem como a instauração de CEJUSC's, e promover mediação no âmbito municipal.

Portanto, o Judiciário tem adotado métodos alternativos ao processo como política para solução de conflitos, com fins na pacificação social, e, assim, como forma de efetivação do Direito de Acesso à Justiça.

A incorporação de formas alternativas ao processo em política pública sugere o questionamento sobre qual sua localização epistêmica e sobre a delimitação das práticas a partir de suas características comuns.

Em compreensões do direito enquanto norma observada, para que as decisões tenham juridicidade, ou seja, equivalham a normas, não há necessidade de intervenção judicial, pois os sujeitos as cumprem em razão de reconhecimento de legitimidade por concordância (GROSSI, 2006). Porém, quando o Estado usa as práticas para desenvolvê-las por meio de seu aparato e para utilização de seus resultados como política de Acesso à Justiça, há hipóteses de convergência e de confronto entre objetivos das práticas e objetivos estatais.

O objetivo do estudo é analisar tais hipóteses de convergência e conflito, a partir da delimitação da mediação em sua configuração enquanto forma autônoma de juridicidade com características comuns às suas manifestações fora do Judiciário, bem de sua configuração legal e como política.

Para tanto, utilizou-se como marco teórico, para as formas autônomas de juridicidade, Antônio Carlos Wolkmer. Acerca da mediação, diversos autores que sistematizaram experiências de mediação enquanto práticas fora do Judiciário. Para observação da política pública do Judiciário, o estudo de seu a partir da resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, da Lei de Mediação, e do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Juridicidade autônoma em Antônio Carlos Wolkmer

A partir dos estudos sobre pluralismo jurídico, Antônio Carlos Wolkmer delinea características da configuração de formas autônomas de juridicidade. Inicia pela recordação de ciclos relativos ao

monismo jurídico, anteriores à atual presença de pluralismo latente.

A formação de um monismo jurídico é determinada em quatro ciclos. A própria formação do monismo está relacionada ao primeiro “ciclo”, que se deu por volta dos séculos XVI e XVII, com a ideia de que o Direito deveria ser emanado exclusivamente do Estado. O segundo é compreendido entre a Revolução francesa e o fim do século XIX, consagrando o entendimento de que somente o Direito Positivo seria verdadeiramente Direito. No terceiro “ciclo”, o Estado é identificado como a ordem jurídica, ou seja, incorpora o próprio Direito, construindo um todo único. O quarto surgiu com a ideia de ruptura dos paradigmas da legalidade, devido ao aumento dos conflitos emergentes entre grupos e classes sociais, demonstrando a insuficiência do aparato estatal para responder de forma eficaz às novas demandas e exigências da sociedade (WOLKMER, 2001).

Esta ideologia do monismo jurídico é moldada em determinados princípios, que também foram essenciais para a sua formação. A começar pelo princípio da estatalidade, que retrata o Estado como detentor do monopólio da produção das normas jurídicas, excluindo o Direito fora do Estado. O princípio da unicidade, pelo qual não se reconhece outra forma de produção de normas jurídicas que não as estatais, afirmando a existência de um único Direito, sendo o Direito Positivo do Estado. O princípio da positividade, no sentido de que o Direito estatal deve ser positivado, posto oficialmente pelo Estado, para que tenha validade e eficácia na ordem jurídica. E, por fim, o princípio da racionalização, que enfatiza a organização da vida social, estudando as relações entre os homens, de modo que cada indivíduo se integralize com o meio individual e com o meio social em que vive (WOLKMER, 2001).

O paradigma do monismo jurídico, em todo o decurso, sempre foi autêntico, e atendeu por séculos às necessidades da sociedade. Sua forma positivada fez com que o Estado incorporasse o Direito, assentindo ser capaz de resolver todos os conflitos, os quais através das normas produzidas e expressadas de forma escrita, pela vontade do legislador e da classe dominante, foram suficientes para sustentar este modelo de paradigma (WOLKMER, 2001).

Porém, a partir do final do século XX, a doutrina do monismo jurídico se mostrou impossibilitada de atender aos anseios sociais, não mais correspondendo às demandas sociais emergentes. É neste momento que são demonstradas as evidências do surgimento de um novo paradigma, que surge como resposta a este colapso que vinha deixando o monismo jurídico (WOLKMER, 2001).

Aponta-se assim a constituição de um novo paradigma constituído no pluralismo, que “é capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais (institucionalizadas ou não)” (WOLKMER, 2001), dando espaço às novas e visíveis formas de solução jurídicas elaboradas pela comunidade, a fim de superar ao modelo de paradigma existente.

Menciona Wolkmer (2001, p. 219) que:

Tal proposta imperiosa acentua que a solução/resposta para a crise e a ineficiência da legalidade monista em contexto de dependência passa, obrigatoriamente, pela ruptura com esse aparato hegemônico, incidindo na constituição gradual e alternativa de um novo paradigma societário de produção normativa. A condição básica para a realização concreta desse intento implica a retomada e construção de um pluralismo jurídico que se revele aberto, descentralizado e democrático bem como contemple a transformação de carências e necessidades na positivação de novos direitos. [...].

Com esta nova cultura de pluralismo jurídico, mostra-se que é possível a existência de práticas jurídicas que solucionem e atendam as necessidades do corpo social. Esta cultura traz a ideia de criação de um ordenamento jurídico pela e para a sociedade, no qual o Estado não representa toda a vontade do povo a criar Direitos.

Assim, Antonio Carlos Wolkmer (2001) designa o pluralismo jurídico como multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, integradas por conflitos ou consensos, po-

dendo ser ou não oficiais, e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.

O pluralismo jurídico germina no espaço entre a crise e a necessidade, demonstrando que a sociedade se encontra em desequilíbrio, devido à sua diversidade cultural, seus valores, e seus interesses diferenciados. Evidencia que a lei formalmente escrita e positivada pelo Estado já não é suficiente para preencher esta lacuna emergente. Apresenta-se como alternativa o surgimento desta nova ordem pluralista de Direitos.

Aduz o autor (WOLKMER, 2001, p. 63), ainda, que, “por outro lado, o pluralismo jurídico não só deixa de associar o Direito com o Direito Positivo, como, sobretudo, admite a existência do Direito sem o Estado (...)”, sendo assim, esta cultura alternativa está em busca do reconhecimento e da legitimidade deste ordenamento, uma vez que chega a uma estrutura já moldada em positividade.

Conforme José Eduardo Faria (1988 *apud* WOLKMER, 2001, p. 233):

À medida que a sociedade é vista como um sistema necessariamente conflituoso, tenso e em permanente transformação, toda e qualquer análise passa a ser considerada válida apenas se for capaz de identificar os fatores de mudança responsáveis pela contínua inadequação dos modelos culturais tradicionais – entre eles, o Direito.

Em todo o tempo, a extensão do conflito e do desenvolvimento no meio social foram as justificativas para a necessidade de mudanças. Com o surgimento deste novo paradigma cultural, o Direito passou a ser visualizado de uma forma distinta, pois suas fontes, fundamentações e seus objetivos passaram a ser diferenciados pela produção do direito pelo poder da comunidade.

Assim, surgem respostas para atender à moderna estrutura social, buscando outras direções para satisfazer as necessidades emergentes dos grupos sociais, com adaptação às suas transformações. Demonstrando que o Estado não é o único detentor do monopólio da criação de Direitos para a sociedade, mas que é possível o reconhecimento de Direitos advindos de fora do âmbito estatal (WOLKMER, 2001).

Esta cultura é denominada “cultura alternativa”: “Essas modalidades de práticas descentralizadas e mecanismos de auto-regulamentação espontânea provenientes fundamentalmente dos setores majoritários, marginalizados, reprimidos e injustiçados compreendem aquilo que passara a designar como o “alternativo”” (WOLKMER, 2001, p. 287).

O Pluralismo jurídico tem como intento efetivar as práticas normativas autônomas e autênticas concebidas por diferentes grupos sociais, pois são as fontes da produção informal desta cultura (WOLKMER, 2001). Elas demonstram, em algumas situações, que as soluções encontradas pela sociedade para seus conflitos são, muitas vezes, mais justas do que a simples aplicação das normas impostas pelo Estado. Porém:

Pode-se ainda consignar que sua intenção não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade. Deste modo, o pluralismo legal cobre não só as práticas independentes e semi-autônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não oficiais- informais (WOLKMER, 2001, p.222-223).

A cultura do pluralismo jurídico, assim como a cultura do monismo jurídico, é sustentada por alguns “princípios” valorativos, comumente denominados “traços valorativos”, que foram necessários para moldá-la em seu processo de formação. A começar pela “autonomia”, referente ao poder de composição que os movimentos coletivos possuem de forma independente do poder governamental, incluindo a “descentralização”, que dispersa as formas de administração, redistribuindo as competências e fortalecendo a participação dos novos sujeitos coletivos. Esta “participação” é constituída por

núcleos dispersos e se relacionada não somente às instâncias sociais (WOLKMER, 2001).

O “localismo” busca favorecer situações que permitam a produção direta e movimentação baseada nas técnicas de ação comunitária e participativa, descentralizando o poder. A “diversidade” é admitida no sistema pluralista quando se cria uma normalidade alicerçada nas diferenças, nos dissensos e nos confrontos. E, por fim, a “tolerância”, que aceita as diversidades grupais ligadas ao direito de autodeterminação de cada indivíduo, classe ou movimento coletivo (WOLKMER, 2001).

No Brasil, “a cultura jurídica sempre foi marcada pela supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes que já existiam” (WOLKMER, 2001, p. 84) e que eram encontradas nas antigas comunidades de índios e negros do período colonial (WOLKMER, 2001).

O Judiciário, ao longo do tempo, vem sendo afetado pelas transformações sociais geradas a partir dos novos conflitos coletivos. Não consegue acompanhar o ritmo destes movimentos sociais, por estar desatualizado, mantendo-se em estrutura conservadora, com pouca eficácia na solução rápida das situações emergentes (WOLKMER, 2001).

Ainda que seja um *locus* tradicional de controle e de resolução dos conflitos, na verdade, por ser de difícil acesso, moroso e extremamente caro, torna-se cada vez mais inviável para controlar e reprimir conflitos. Favorece, paradoxalmente, a emergência de outras agências alternativas “não-institucionalizadas” ou instâncias judiciais “informais” (juizados ou tribunais ou tribunais de conciliação ou arbitragem “extrajudiciais”), que conseguem, com maior eficiência e rapidez, substituir com vantagens o Poder Judiciário (WOLKMER, 2001).

É perceptível que foi com o pluralismo jurídico comunitário-participativo que as “portas” foram abertas em relação ao acesso à justiça, pois estas práticas descentralizadas desencadearam uma série de técnicas e meios a criarem novas fontes de Direitos. Essas técnicas/fórmulas são capazes de produzir uma nova legitimidade e ampliar o conceito de Direto, tornando o poder da comunidade o estruturador basilar deste “novo” Direito, que não é mais produzido unicamente pelo poder Estatal (WOLKMER, 2001). As novas práticas sociais de solução de conflito são tidas por Wolkmer (2015) como fenômeno “prático-teórico” do pluralismo jurídico.

É preciso, porém, verificar as hipóteses de convergência e conflito entre objetivos das práticas e estatais na sua utilização no âmbito do Judiciário.

2.2 Mediação: delimitação doutrinária a partir de experiências extrajudiciais e judiciais

Experiências de expressão em diversas regiões do país identificam bases da mediação enquanto prática social para solução de conflitos de forma autônoma e alternativa ao processo judicial.

Descrevendo o Balcão de Direitos, Palmisciano (2005) indica a metodologia utilizada:

- convocação das partes para sessão de mediação;
- verificação de interesse voluntário das partes, com indicação do método para o caso, de acordo com a desnecessidade de produção de provas para assegurar direitos ou da necessidade de intervenção judicial, em conformidade com a legislação;
- sessão de mediação, em que há o auxílio aos atendidos para a construção de argumentação normativa em que se fundamentará a conciliação, a partir da percepção dos envolvidos. Nesta fase, fomenta-se ao diálogo, podendo haver auxílio de pessoas com formação específica na área relativa ao conflito (como um arquiteto no caso de construções irregulares).

A iniciativa popular dos Escritórios Populares de Mediação Comunitária do Juspopuli, Escritório de Direitos Humanos da Bahia, constituído como organização social em 2001, visa a difundir e democratizar o conhecimento sobre o Direito, por meio da mediação e de outras formas de construção de convívios. Em tais escritórios, os serviços de orientação jurídico-social e mediação popular são realizados por agentes capacitados pelos idealizadores do projeto (NASCIMENTO; LEONELLI; AMORIN, 2007).

Atualmente, baseados nas experiências, os idealizadores possuem lançado material que explicita as técnicas e práticas, e no qual se podem perceber bases extremamente semelhantes àquelas que o Conselho Nacional de Justiça- CNJ utilizou para a primeira proposta de mediação, na versão original da resolução 125/2010. Nos dois casos, pode-se delimitar a mediação de acordo com os seguintes preceitos mínimos (identificados como princípios e/ou regras, na doutrina e na redação original do CNJ):

- voluntariedade: as partes são apenas convidadas a participar da reunião;
- escuta ativa: há momentos de fala para cada envolvido;
- informação: o mediador informa ou promove a informação legal e/ou técnica sobre o assunto;
- reconhecimento das necessidades dos envolvidos: acordos que visem ao máximo a satisfação dos interesses de ambos.

Estas bases são verificadas nas aproximações conceituais doutrinárias.

Para Warat (*apud* MATTOS MEDIDA, 2004, p. 57), mediação é um processo de reconstrução simbólica do conflito, onde as partes tem o ensejo de resolver seus embates reinterpretando, no simbólico,

o conflito, com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade; é imparcial porque não resolve e nem decide).

Para Rossani Garcez (*apud* RODRIGUES JUNIOR, 2007, p. 74):

[...] as partes, assim auxiliadas, são as autoras das decisões e o mediador apenas as aproxima e faz com que possam melhor compreender as circunstâncias do problema existente e a aliviar-se das pressões irracionais e do nível emocional elevado, que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando a possibilidade de acordo.

Para Mattos Medina (2004, p. 58), a mediação busca:

[...] essencialmente, a aproximação das partes. O instituto da mediação não se preocupa unicamente com a obtenção de um simples acordo entre os indivíduos litigantes. O objetivo maior a ser alcançado na mediação é o reatamento entre aqueles que estavam em conflito. Pacificar relações, eis o fim máximo pretendido com a mediação.

O procedimento judicial previsto na redação original da resolução 125/2010, a partir de experiências que determinaram suas normas, especificou a mediação, acrescentando, por exemplo, a figura do co-mediador. Para Link (*apud* Rodrigues Junior, 2007, p. 119): “os comediantes trabalham em equipe, complementando, de maneira flexível e dinâmica, as intervenções do mediador, melhorando e ampliando as possibilidades de escuta, de observação e de reconhecimento”.

Para Bacellar (2012, p. 89), a finalidade da mediação “é desvendar os interesses (lide sociológica) que de regra estão encobertos pelas posições (lide processual)”.

O Manual de Mediação (2013, p. 100), realizado a partir da resolução, esclarece que a manutenção de relações entre as partes é um dos benefícios:

Permite-se compreender o ponto de vista da outra parte por meio da exposição de sua versão dos fatos, com a facilitação pelo mediador. Merece registro também que na mediação, há a possibilidade de administração do conflito de forma a manter ou aperfeiçoar o relacionamento anterior com a outra parte. Finalmente, cumpre destacar

que a celeridade e baixo custo do processo de mediação são também frequentemente indicados como benefícios da autocomposição técnica.

Ao versar sobre o princípio da voluntariedade, Rodrigues Júnior (2007, p.85) diz que “o objetivo maior da mediação é o consenso. [...] as partes que buscam a mediação devem possuir, [...], a intenção de promover o acordo, [...] acreditar que poderão obter resultado satisfatório”.

O manual referido ainda estabelece que o mediador deva colher e resumir, oralmente, para os envolvidos, a identificação de questões, interesses e sentimentos, além da descrição da narração feita pelos participantes (BRASIL, 2010).

No entanto, a partir das atualizações da resolução e do Código de Processo Civil de 2015, as normas para a realização da mediação no âmbito judicial demonstram inadequação às premissas identificadas a partir de sua configuração enquanto prática social autônoma.

2.3 Marcos legais e políticas públicas: possibilidades de convergência e de conflitos com os objetivos estatais

Pode-se perceber que a política pública, como versada na redação original da resolução 125/2010 do CNJ, objetiva a pacificação social, por meio do Acesso à Justiça. Da mesma maneira, todo procedimento de mediação fora dos âmbitos do Judiciário pretende a solução de uma controvérsia.

Porém, a configuração da mediação no Código de Processo Civil e na versão da resolução 125 após as alterações até o início de 2016 demonstra modificações capazes de alterar o viés do procedimento.

A referida resolução, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, nos artigos 12 e seguintes, determina que somente os Tribunais de Justiça, por meio de núcleos específicos, poderão realizar a formação das pessoas que realizarão os procedimentos no âmbito do Judiciário.

A formação, porém, deve se dar em cursos de capacitação de cem horas, nos quais a formação teórica ocupa alguns dos doze pontos de conteúdo programático, desenvolvidos em apenas quarenta por cento do curso (item 1.1 do anexo I). A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), no mesmo, sentido, relega aos Tribunais a formação dos cursos para mediadores (artigo 11).

Sobre o aspecto, interessante notar que como comentário ao Projeto de Lei de mediação da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, n.4.827/98, Barbado (2003, p.217) menciona que haveria necessidade de cursos de formação de qualidade voltados à preparação dos mediadores, com enfoque à prática pela via interdisciplinar.

Em conflitos que sejam identificados em Juízo e nos quais o encaminhamento a procedimentos de solução de conflito tenha dele origem, é possível observar que os processos ficam adstritos a procedimentos conduzidos por pessoas determinadas pelo Judiciário, com critério único referente a um tipo de capacitação dele proveniente.

Outro aspecto importante é que o Código de Processo Civil (CPC) determina que, caso não haja, na inicial e na contestação, a indicação de que não se deseja a realização de audiência de mediação, a sessão acontecerá (artigo 334, parágrafo 4º).

O parágrafo 8º do artigo 334 do CPC dispõe que a parte que não comparecer à audiência de conciliação será punida financeiramente. Não existe diferenciação, na lei, bem como inexistem critérios ao juiz para a escolha entre os procedimentos, de forma que se pode entender pela possibilidade de imposição de multa à parte que não compareça à audiência de mediação. Portanto, tornou-se insegura a efetiva realização de seleção, pelo magistrado, de casos em que seja indicada a mediação.

Ao comentar o projeto que originou a lei de mediação, Projeto de Lei 4.827/98 (Deputada

Zulaiê Cobra Ribeiro), sobre o aspecto da compulsoriedade, Barbado (2003, p.218) entende que o estreitamento dos laços com o processo civil pode gerar a busca pela eficiência quantitativa do processamento de casos, oportunizando formalismo, flexibilização e hierarquização da mediação. O estímulo a metas e prazos ignora o fato de que cada mediação é singular e distinta e apresenta tempo próprio de amadurecimento e término.

Também Aguida Arruda Barbosa (2015, p. 106), ao comentar a lei de mediação, entende que sua análise deve ser calcada no conceito de mediação utilizado, a partir de dois critérios: reconhecimento de conhecimento interdisciplinar, tratando-se de mentalidade, ética; mediação apresentada diversamente do conceito de resolução de conflitos, de natureza instrumental ao Judiciário.

No entanto, o artigo primeiro da Lei de mediação a conceitua justamente como “meio de solução de controvérsias entre particulares”. Do mesmo modo faz o parágrafo terceiro do artigo terceiro do Novo Código de Processo Civil, ao assemelhar a ela outros métodos que se constituam “meio de solução de controvérsias entre particulares”.

A Lei da mediação, em seu artigo 22, inciso IV, estabelece a possibilidade cláusula contratual instituir penalidade pelo não comparecimento a sessão de mediação solicitada por um dos contratantes. Assim, torna a mediação um procedimento decorrente de obrigação contratual, como possível em relação à arbitragem.

Quanto à seleção de casos, a Lei de Mediação possibilita maior distanciamento das bases da mediação como prática social autônoma. Refere expressamente à utilização em casos comerciais, sem qualquer relação entre as partes, como no parágrafo terceiro, que dispõe sobre litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários.

A resolução 125/2010 do CNJ não indica a realização de formação para juízes com carga horária apropriada (oito horas aula, conforme anexo I da resolução) para a seleção dos casos mediante critérios compatíveis com as bases da mediação.

O artigo 7º, X, prevê a mediação digital, inclusive indicando casos como os de transações comerciais, fiscais, bancárias, que, em princípio, não seriam indicados à mediação, em razão da inexistência de relação entre as partes.

As disposições do CPC silenciam quanto aos critérios de seleção dos casos para mediação. Indicam princípios, como o da voluntariedade, mas propagam normas que determinam a punição por não comparecimento, e a realização da sessão sem que uma das partes pretenda comparecer.

A formação para juízes é parca. A formação para mediadores tem número reduzido de horas, e a carga de servidores ou pessoas capacitadas em cursos oferecidos pelo CNJ com carga horária igualmente reduzida.

A mediação é tratada pelo CPC ao lado, e nas mesmas disposições, relativas à conciliação.

Portanto, o CPC prevê a possibilidade de utilização da mediação, mas relega à política pública a criação de critérios para tanto. Por sua vez, a política pública não traz disposições que garantam a participação da comunidade na solução de conflitos, em razão do monopólio da formação dos mediadores, e insere como critério de formação um curso que não garante a capacitação em mediação.

3. CONCLUSÃO

O trabalho pretendeu identificar as bases da mediação enquanto prática social autônoma de solução de conflito. A partir de bibliografia quanto a experiências de mediação fora dos âmbitos do Judiciário, verificam-se diversos princípios, como o da voluntariedade, e diversas características, como o objetivo da criação de diálogo para restauração, conservação de relações. Assim, possibilita-se a criação de regras, pelas partes, de acordo com os valores próprios e com suas vivências.

Portanto, de acordo com as características identificadas por Wolkmer, como a criação de so-

luções e normas para situações de conflito pelas pessoas que os vivenciam, com sua observância, possivelmente a par do Judiciário, identifica-se a mediação como forma autônoma de juridicidade com bases próprias.

Também se tentou identificar possíveis convergências e conflitos entre as práticas, a partir de seus referenciais anteriores às políticas públicas respectivas, e os objetivos do Judiciário ao utilizá-las.

Entende-se que algumas das características das práticas autônomas de juridicidade, incluindo a mediação, são: retirar os envolvidos em um conflito da égide técnica do Judiciário, conferindo-lhes voz, autonomia e centralidade; proporcionar foco no conflito e nas suas consequências, retirando-o da Lei, das consequências e objetivos processuais.

Ao se verificar a possibilidade de aplicação da mediação em processos judiciais, de acordo com a previsão legal, percebe-se que os mais diversos tipos de conflito podem ser alvo de seu tratamento.

Ao analisar-se a política pública do Judiciário para procedimentos de mediação realizados em seu âmbito, percebe-se que existe ligação entre objetivo do Judiciário, celeridade, e a operacionalização da utilização da mediação. Ainda, o tipo de formação oferecida aos mediadores, e seu monopólio pelo CNJ, indicam a instrumentalização da mediação.

A obrigatoriedade de comparecimento à sessão de mediação retira o caráter de voluntariedade.

Tais objetivos não se coadunam com os intentos da mediação enquanto forma autônoma de solução de conflito, quais sejam a simples e desejável solução emancipatória de conflitos por seus protagonistas.

Não se pretende, portanto, que a mediação seja entendida como possível somente quando sem possibilidade de participação do Judiciário, mas entende-se que a política de implementação no âmbito de tal Poder tende a produzir mais resultados processuais, mas tem disposições que conflitam com as características fundamentais do instituto.

Possivelmente, as características de mediação se coadunem com o objetivo do Judiciário, de resolver a lide sociológica, quando a aplicação do procedimento se der em casos em que indicada a prática. Além disso, por procedimento realizado por mediadores que desenvolvam as práticas e as conheçam independentemente da formação disponibilizada pelo CNJ, e sem que haja a imposição de circunstâncias que prejudicam o foco das práticas, como a cobrança por um máximo de tempo de sessões e por resultados.

No entanto, a recepção da mediação pela política pública e pela lei indica a possibilidade de sua utilização como recurso operacional para metas de acordo, bem como da descaracterização das práticas como técnica qualificada de conciliação.

Tem-se que, ao permitir tais possibilidades, a política pública falha em garantir a utilização das práticas como meio de emancipação, como fomento à solução autônoma do conflito. Porém, importa em avanço à política de Acesso à Justiça, uma vez que estão abertas as portas do Judiciário às lides sociológicas.

Conclui-se que a recepção da mediação pela política pública tende a descaracterizá-la, como mera modalidade qualificada de conciliação, se consideradas as possibilidades a partir do principal documento de sua instituição, bem como de seu marco legal fundamental para a prática forense.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81753-cnj-atualiza-resolucao-125-e-cria-cadastro-de-mediadores-e-mediacao-digital>>. Disponível em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 225 de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Disponível em: 22 jul. 2016.

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Disponível em: 5 ago. 2016.

BRASIL. *Lei 13140 de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Disponível em: 27 out. 2016.

BOYES-WATSON, C. *The value of citizen participation restorative/community justice: Lessons*. Criminology and Public Policy 3(4), 2004. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-9133.2004.tb00072.x/abstract>>. Disponível em: 21 jul. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. São Paulo: Pillares, 2015.

DA SILVA LEAL, J. SALML, J. Sequência (Florianópolis) [online]. 2012, n.64. *A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra*. ISSN 2177-7055. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100009>. Acesso em: 22 jul. 2016.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PALMISCIANO, Ana Luísa S. Correia de Melo. *Lições de cidadania: a experiência do balcão de direitos no rio de janeiro*. Rio de Janeiro, 2005. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiP46WAt6jOAhUEiZAKHRmdBZs-QFggiMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.dominiopublico.gov.br%2Fdownload%2Fteste%2Farqs%2F-cp022098.pdf&usq=AFQjCNFnDWUMo3LLN0_mxXFiJqexTcE4qg&cad=rja>. Acesso em: 4 ago. 2016.

NASCIMENTO, André Luis Nascimento; LEONELI, Margareth; Amorin, Simone; LEONELI, Vera. *Guia de Mediação Popular*. Salvador: Juspopuli, 2007.

REGO DE OLIVEIRA, Cristina. *Mediação penal e justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas*. Curitiba: Juruá, 2013.

VASCONCELLOS, Jorge. *O século XXI marca a era dos direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>>. Disponível em: 21 jul. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítica*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. *Avaliação e princípios da Justiça Restaurativa*. In: Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

ZEHR, Howard.; TOEWS, B. (Ed.). *Critical issues of restorative justice*. New York: Criminal Justice Press, 2004. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/App/abstractdb/AbstractDBDetails.aspx?id=207630>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

Recebido em: 21/09/2016

Aprovado em: 18/11/2016

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO EMPRESARIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DA EDIÇÃO DA SÚMULA 554 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A TAX LIABILITY FOR SUCCESSION BUSINESS AND CONSEQUENCES OF EDITING 554 PRECEDENT OF SUPERIOR COURT OF JUSTICE

GUSTAVO FERNANDES CORDEIRO ¹

RESUMO: O objetivo do estudo em tela é analisar a aspiração inicial do alcance da responsabilidade tributária na sucessão empresarial, de modo a demonstrar suas consequências no mercado de fusões e aquisições, principalmente no que concerne a transmissão de multas (moratórias e punitivas), aos sucessores que não realizaram o fato imponible, conforme disposto na súmula 554 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Súmula 554; Responsabilidade Tributária; Sucessão.

ABSTRACT: The objective of the study is to analyze the initial aspiration of the reach of the tax liability in business succession, showing its consequences in mergers and acquisitions (M & A), particularly in relation to the transmission of fines for the successor of responsibility, according to Precedent 554 of the Superior Court of Justice.

Keywords: Precedent 55; Tax Liability; Mergers and acquisitions (M&A).

¹ Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Advogado. Consultor Fiscal. E-mail: gustavofernandescordeiro@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O estudo em questão tem como finalidade abordar o alcance da responsabilidade tributária por sucessão empresarial, também chamada de “responsabilidade dos devedores sucessores”, disciplinada nos artigos 129 a 133 do Código Tributário Nacional.

Um estudo amplo sobre a responsabilidade tributária torna-se fundamental para a realização destas operações, podendo, inclusive, interferir na valoração da sociedade e/ou levar a desacordos comerciais que impossibilitam o fechamento do negócio entre as partes envolvidas.

Assim sendo, torna-se importante discorrer sobre os conceitos de fusão, transformação, incorporação e cisão, realizando, mesmo que de forma sucinta, uma análise jurídica tributária de todas essas operações.

O mercado de *Mergers and acquisitions* - M&A e, em português, fusões e aquisições - apesar de regulado pelo Direito Comercial e operacionalizado no âmbito privado, envolve outros ramos do direito, inclusive o tributário.

No tocante às normas de cunho tributário, incumbe à administração pública identificar o responsável pelas dívidas fiscais, após a operação societária, pelo pagamento dos tributos, bem como das multas moratórias e punitivas. A responsabilização da sucessora no pagamento das multas é uma questão extremamente controversa, sendo bastante discutida nos tribunais superiores brasileiros e nas doutrinas especializadas no assunto.

Com a justificativa de dirimir de vez com a questão, em dezembro de 2015, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 554, *que* ampliou o alcance da responsabilidade das sucessoras, dispondo que “*créditos tributários*” alcançariam não só os tributos devidos, como, também, as multas (moratórias e punitivas).

Após análise detalhada de cada tipo de operação e discorrendo sobre a responsabilidade tributária por sucessão empresarial, pretende-se ao final, analisar as distinções entre tributo e multa, com o objetivo de diagnosticar as consequências da edição da referida Súmula 554 do Superior Tribunal de Justiça no mercado de M&A e a legalidade da edição da mesma no ordenamento jurídico brasileiro.

2. AS FORMAS DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

O planejamento tributário, em âmbito fiscal, é regulado pelo artigo 110 do Código Tributário Nacional. Tal artigo dispõe sobre a impossibilidade de alterar a definição, conceito e formas de direito privado na legislação tributária, veja-se:

Art. 110 - A Lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Neste caso, para um estudo em relação às formas de reorganização societária, deve-se levar em conta o alcance das leis tributárias, respeitando os conteúdos e os conceitos disciplinados por leis de cunho privado, regulados pela Constituição Federal e Constituições Estaduais.

Para melhor compreensão acerca da responsabilidade tributária dos sucessores, se faz importante um estudo acerca da definição de cada uma dessas operações, conforme será demonstrado abaixo.

2.1 Da transformação

A transformação é o ato por meio do qual a sociedade passa de um tipo para outro, independentemente de dissolução e liquidação, como preceitua o art. 1.113 do Código Civil e o art. 220 da LSA. Veja-se:

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

(...)

Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

Parágrafo único. A transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade.

Assim, como o próprio nome diz, este tipo de operação transforma as características societárias, mas não extingue sua individualidade, porque permanecem íntegros a pessoa jurídica, o quadro dos sócios, o patrimônio, e inclusive, os créditos e débitos da sociedade, só que submetida ao novo regime adotado.

Corrêa e Lima nos ensina que:

O corpo e o espírito da sociedade empresarial continuam os mesmos, quer a chamemos de companhia, de sociedade em comandita simples, ou seja, lá o que for. Por detrás do rótulo e atrás da firma ou denominação vamos encontrar, pulsando, a empresa, entidade econômica de capital e trabalho, organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Desta forma, a personalidade jurídica da empresa permanecerá a mesma, havendo modificações apenas do formato constitutivo em relação ao vínculo societário da pessoa jurídica anteriormente constituída.

2.2 Da incorporação

Ocorre a incorporação quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, havendo, assim, sucessão dos direitos e obrigações. Para tal finalidade, todas as sociedades envolvidas deverão aprovar a medida no seu âmbito interno nos termos exigidos pelo regramento de cada tipo societário envolvido no processo, nos termos do art. 1.116 do Código Civil e também do art. 227 da LSA. Senão, veja-se:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

(...)

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Nesse sentido, nos ensina Diniz:

A incorporação é a operação pela qual uma sociedade vem a absorver uma ou mais (de tipos iguais ou diferentes) com a aprovação dos sócios das mesmas (mediante quórum absoluto ou qualificado legalmente requerido conforme o tipo societário das sociedades envolvidas), sucedendo-as em todos os direitos e obrigações e agregando seus patrimônios aos direitos e deveres, sem que com isso venha a surgir nova sociedade (CC, art. 1.116).

Desta forma, a incorporação não criará uma nova sociedade, mas, sim, uma ou mais empresas sucedendo a outra nos direitos e nas obrigações. Sendo assim, neste tipo de operação, haverá a sucessão de todos os direitos e obrigações, sendo que o patrimônio da sociedade incorporada se soma ao da incorporadora, em que aquela deixará de existir.

2.3 Da cisão

A cisão é a operação societária por meio da qual uma sociedade transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, tanto constituídas especialmente para tal fim como já anteriormente existentes, extinguindo-se a sociedade cindida, se houver versão de todo seu patrimônio, ou dividindo-se seu capital, se for parcial a versão. Esta modalidade encontra-se prevista na Lei das S/A n. 6.404/76, art. 229, que afirma:

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Assim, entende-se que na cisão ocorre a transferência de parcelas do patrimônio, ou seja, de ativos e de passivos. Consequentemente, a sociedade que absorver parcela do patrimônio de sociedade cindida, irá suceder-se a esta em todos os direitos e obrigações relacionadas ao ato da cisão. Ademais, ressalta-se que a operação de Cisão poderá ser parcial ou total. Maria Helena Diniz caracteriza estes dois tipos da seguinte forma:

Na Parcial, se apenas parte do patrimônio de uma sociedade for transferida a outra, ficando, então, a outra parcela em poder da cindida que não se extinguirá (Lei n. 6.40/76, art. 227), e continuará exercendo sua atividade sob a mesma denominação social, mas com capital reduzido (...)

Na Total, se houver transferência de todo o patrimônio da sociedade cindida "A", que se extinguirá, para outras "B" e "C", e os sócios da cindida "A" passarão a integrar as sociedades beneficiadas "B" e "C" com a cisão, que sucederão a cindida nos direitos e obrigações (Lei n. 6.04/76, art. 229, §5), respondendo solidariamente pelas obrigações da sociedade extinta.

Na cisão parcial não há extinção da empresa cindida, uma vez que ela apenas transfere parte de seu capital, de modo que continuará no exercício de suas atividades. Nesse caso, haverá responsabilidade solidária entre a cindida e a sociedade que absorveu sua parcela, apenas com relação às parcelas que lhe foram transferidas.

Em relação à cisão total, haverá a extinção da sociedade cindida, sendo que as sociedades que integralizarem seu capital, a sucederão nos direitos e obrigações, bem como, responderão de maneira solidária as obrigações da sociedade extinguida.

2.4 Da fusão

Na fusão ocorrerá a união de duas ou mais empresas que irão se extinguir para a formação de uma nova sociedade, conforme artigos 1.119 do Código Civil e o art. 228, da Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.
(...)

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.
§ 1º A assembleia-geral de cada companhia, se aprovar o protocolo de fusão,

A nova empresa, fruto da união de duas ou mais sociedades, sucederá em todos os direitos e obrigações as responsabilidades das empresas fundidas. Assim sendo, haverá a extinção das empresas originais, passando a existir apenas uma nova pessoa jurídica.

3. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

O objetivo do legislador, ao instituir a responsabilidade tributária, foi assegurar à Fazenda Pública o efetivo recebimento dos créditos, em situações em que o contribuinte se torna incapaz para a realização do pagamento do tributo devido. O conceito de responsabilidade tributária é explicado por Geraldo Ataliba:

Há responsabilidade tributária, sempre que, pela lei, ocorrido o fato imponível, não é posto no pólo passivo da obrigação consequente (na qualidade de obrigado tributário, *stricto sensu*, portanto) o promovente ou idealizador do fato que suscitou a incidência (o contribuinte – art. 121, parágrafo único, I, do CTN, o sujeito passivo natural ou direto como usualmente designado), se não um terceiro, expressamente referido na lei.

O Código Tributário Nacional dispõe que sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Desta forma, sujeito passivo é aquele que figura no polo passivo da relação jurídica tributária, e não aquele que tem aptidão para suportar o ônus fiscal. São duas, as espécies de sujeitos passivos da relação jurídica tributária: (i) o contribuinte, que tem uma relação pessoal com o fato gerador e (ii) o responsável, que adquire tal responsabilidade por força de lei. Conforme artigo 121 do CTN. *In verbis*:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Contribuinte, então, é a pessoa que de fato realizou o fato jurídico tributário. Na ausência de uma dessas condições, o sujeito será responsável ou realizador do fato jurídico, mas, nunca, o próprio contribuinte. Sobre o tema, o Jurista Ruy Barbosa Nogueira, nos ensina:

Sujeito passivo da obrigação tributária, em princípio, deve ser aquele que praticou a situação descrita como núcleo do fato gerador, aquele a quem pode ser imputada autoria ou titularidade passiva do fato imponível. Como objetivamente a situação fática e de conteúdo econômico, o titular ou beneficiário do fato deve ser, em princípio, o contribuinte, mesmo porque é com o resultado da realização do fato tributado que ganha para pagar o tributo ou manifesta capacidade contributiva.

Além disso, importante ressaltar que a lei poderá atribuir a responsabilidade pelo crédito tributário a uma terceira pessoa, desde que a mesma esteja vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo ou atribuindo ao contribuinte caráter supletivo, no cumprimento total ou parcial da responsabilidade tributária.

3.1 Sujeição passiva indireta

A responsabilidade, conforme visto acima, poderá ser atribuída a uma terceira pessoa que não contribuiu diretamente com o fato gerador do tributo. Assim, o legislador ordinário poderá criar outros tipos de responsabilidade, conforme disposto no artigo 128 do CTN, veja-se:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Para um melhor entendimento das espécies de responsabilidade existentes no ordenamento jurídico tributário brasileiro, o presente trabalho começará a tratar, a partir de agora, dos diferentes tipos de responsabilidade tributária atribuída a terceiros.

3.1.1 Responsabilidade por substituição

Neste tipo de responsabilidade, conforme o próprio nome sugere, a responsabilidade pelo pagamento do tributo, por força expressa da lei, será substituída pela sua atribuição a uma terceira pessoa. Desta forma, a dívida pelo pagamento do tributo, desde sua origem, será de responsabilidade de uma terceira pessoa, mesmo que esta não tenha realizado o fato gerador.

De acordo com a doutrina, a responsabilidade por substituição pode ser classificada como progressiva, ou seja, para frente e regressiva (para trás). A primeira está disposta no artigo 150 §7º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
§7 A lei poderá atribuir ao sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Para Mattos, a responsabilidade tributária por substituição progressiva “*envolve impostos sobre a produção e a circulação, ou seja, impostos plurifásicos que incidem sobre várias operações dentro de uma cadeia econômica. Mas pode, também, ser aplicado em outras espécies de tributos.*”

Já na regressiva, conforme art. 128 do CTN, a substituição tributária se dará após a ocorrência do fato gerador. Mattos, ainda completa:

Na regressiva o ressarcimento financeiro do substituto se dá imediatamente na nota fiscal, descontando-se do valor da mercadoria a ser paga ao substituto, a quantia referente ao tributo recolhido ao Fisco.

Leandro Paulsen, sobre os dois tipos de responsabilidade por substituição, assim nos ensina:

Na substituição para frente há uma antecipação do pagamento relativamente a obrigação que surgiria para o contribuinte à frente, caso em que o legislador tem de presumir a base de cálculo provável e, caso não se realize o fato gerador presumido, assegurar imediata e preferencial restituição ao contribuinte da quantia que lhe foi retida pelo substituto, tal como previsto, aliás no art. 150, § 7º, da CF.
(...)

Na substituição para trás, há uma postergação do pagamento do tributo, transferindo-se a obrigação de reter e recolher o montante devido, que seria do vendedor, ao adquirente dos produtos ou serviços.

Conclui-se então, que a responsabilidade por substituição tem um viés facilitador para a atividade de arrecadação, tornando substituto aquele que possui condições para realizar o recolhimento do tributo, desde o início do fato imponible descrito na lei.

3.1.2 Responsabilidade por transferência

A responsabilidade por transferência acontece quando a lei atribui o dever de pagar tributo a determinada pessoa, anteriormente atribuído a outra, em virtude da ocorrência de fato posterior à incidência da obrigação tributária. Neste tipo de responsabilidade, a obrigação constitui inicialmente em relação ao contribuinte, comunicando-se posteriormente para o responsável. Para Rubens Gomes de Souza três seriam as hipóteses de responsabilidade por transferência, veja-se:

A solidariedade (“hipótese em que duas ou mais pessoas sejam simultaneamente obrigadas pela mesma obrigação”, a sucessão (“hipótese em que a obrigação se transfere para outro devedor em virtude do desaparecimento do devedor original” e a responsabilidade (“hipótese em que a lei tributária responsabiliza outra pessoa pelo pagamento do tributo, quando não seja pago pelo sujeito passivo direto”).

Desta forma, a responsabilidade por transferência pode se derivar de três situações: (i) a responsabilidade de terceiros; (ii) responsabilidade por infrações; e (iii) responsabilidade por sucessão. Segue abaixo breve análise sobre cada uma delas.

3.1.2.1 Responsabilidade de terceiros

A responsabilidade de terceiros, previstas nos artigos 134 e 135 do Código tributário nacional, diz respeito ao dever de cuidado, em virtude de lei ou contrato, que determinadas pessoas devem possuir com relação ao patrimônio de outras. Vejamos:

Art. 134 do CTN: Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:
I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.
Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Assim, por se tratar de responsabilidade solidária, a cobrança independe da verificação da impossibilidade de cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte. Conforme nos ensina Harada:

O certo é que a própria norma condiciona a responsabilidade solidária de terceiros aí referidos a dois requisitos impostergáveis: a impossibilidade de o contribuinte satisfazer a obrigação principal e o fato de o responsável solidário ter uma vinculação indireta, através de ato comissivo ou omissivo, com a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Quis o legislador, na verdade, referir-se à responsabilidade subsidiária, porque a solidária não comporta benefício de ordem.

Hugo de Brito Machado, ainda conclui que “*é preciso que exista uma relação entre a obrigação tributária e o comportamento daquele a quem a lei atribui a responsabilidade*”. A responsabilidade de terceiros só se aplica aos tributos e às penalidades de caráter moratório. Conforme explanado por Eduardo Sabbag:

Repare que somente a obrigação principal poderá ser exigida dos terceiros, excluindo-se, assim, o cumprimento dos deveres acessórios e a aplicação das penalidades, excetuadas as de caráter moratório.

Portanto, somente são transferíveis as multas que punem o inadimplemento da obrigação tributária principal, afinal, conforme disposto no parágrafo único do referido artigo, em matéria de penalidades, de caráter moratório somente são transferíveis as multas que punem o inadimplemento da obrigação tributária principal.

Por sua vez, o artigo 135 do CTN, dispõe em relação ao caráter “pessoal” e exclusivo, resultante de atos praticados em excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Citando Sacha Calmon:

Em suma, o art. 135 retira a “solidariedade” e a “subsidiariedade” do art. 134. Aqui a responsabilidade se transfere inteiramente para os terceiros, liberando os seus dependentes e representados. A responsabilidade passa a ser pessoal, plena e exclusiva desses terceiros. Isto ocorrerá quando eles procederem com manifesta malícia (*mala fides*) contra aqueles que representam, toda vez que for constatada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto.

O art. 135 do CTN comporta uma espécie de responsabilidade por substituição, afinal, a obrigação tributária recai sobre o responsável desde o momento em que ocorre o fato gerador.

Harada, completa o entendimento, dispondo que a responsabilidade pessoal é justificável, em razão destes atos terem o caráter de atos abusivos ilegais ou não autorizados:

Nessas hipóteses, ocorre a responsabilidade por substituição e não apenas responsabilidade solidária estritamente no caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, como nos casos elencados no artigo antecedente. Essa responsabilidade por substituição, outrossim, inclui quaisquer penalidades, bem como as obrigações acessórias.

Portanto, para que o contribuinte não seja atingido é necessária a existência de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto sendo que a última é imprescindível à atuação dolosa do agente.

3.1.2.2 Responsabilidade por infração

A responsabilidade por infração tem como fundamento a prática de uma infração de natureza tributária. Este tipo de responsabilidade, conforme o CTN deve ser objetiva e pessoal. O artigo 136 do

CTN cuida da responsabilização objetiva dos agentes ou responsáveis:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Sobre o assunto, dispõe FERRAGUT:

O enunciado [do art. 136] não define as infrações por ele regulamentadas, nem apresenta qualquer tipo de restrição quanto à sua aplicabilidade, razão pela qual consideramos que ele [o art. 136] se refere a toda e qualquer infração tributária, seja de cunho administrativo-tributário, seja eminentemente penal.

Já o artigo 137 do CTN, dispõe da responsabilidade pessoal das infrações de cunho tributário, *in verbis*:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

- I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;
- II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;
- III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:
 - a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
 - b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;
 - c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Ferragut completa:

A autoria das infrações descritas no artigo 137 é do agente, entendido tanto como o executor material de uma infração, quanto qualquer outra pessoa que tiver concorrido para a prática do delito, como partícipe ou mandante.

Por fim, o artigo 138 cita os critérios de exclusão da responsabilidade dos agentes:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Conclui-se que a responsabilidade por infrações será pessoal e objetiva, independentemente da intenção dos agentes, para qualquer diploma legal que trate de matéria tributária, seja lei, tratado, convenções, decretos. Em que pese o fato de as infrações tributárias e os delitos fiscais nascerem de uma mesma conduta, a imputação da responsabilidade pelos últimos será regulada, exclusivamente, por normas e princípios próprios do Direito Penal Tributário.

3.1.2.3 Responsabilidade por sucessão

Na responsabilidade por sucessão, o responsável será outra pessoa que não apenas realizou

o fato gerador, podendo a mesma ocorrer antes ou depois da constituição o crédito tributário. Conforme disposto no artigo 129 do Código Tributário Nacional:

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

O artigo 130 do CTN trata da responsabilidade por sucessão dos adquirentes de bens imóveis, os quais ficam obrigados a pagar os débitos fiscais de seus sucedidos, salvo quando conste no título a prova de sua quitação.

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Não constando a prova da quitação ou existência do débito, o adquirente passará a ser responsável pelo pagamento dos tributos inerentes ao imóvel, salvo no caso de arrematação em hasta pública. Já o artigo 131, do CTN, descreve as figuras dos que são pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários:

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

- I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;
- II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;
- III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Assim, o adquirente responderá pelos ônus tributários de seu proprietário anterior, no caso da sucessão *inter vivos* e na sucessão *causa mortis*, o espólio será responsável pelo pagamento dos tributos, pelos tributos devidos pelo falecido até a data da abertura da sucessão e o sucessor até a data da partilha (até o limite da herança).

3.2 Responsabilidade tributária na sucessão empresarial

Os artigos 132 e 133 do CTN tratam especificamente da responsabilidade dos agentes empresariais, nos casos de fusão, transformação ou incorporação. Por se tratar de conteúdo relevante para as análises propostas neste estudo, tais artigos serão analisados em subitens distintos, conforme abaixo.

3.2.1 Sucessão nas hipóteses de fusão e de incorporação

No tocante à sucessão societária, dispõe o art. 132 do CTN, *in verbis*:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada.

ada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Tal artigo dispõe da responsabilidade tributária na sucessão empresarial, contemplando os fenômenos da fusão, incorporação e a transformação. Apesar de citar expressamente a transformação, importante ressaltar que nesta operação não ocorre a extinção da pessoa jurídica não havendo transferência da responsabilidade tributária. Conforme citado por Luiz Emydio da Rosa Junior, *in verbis*:

O art. 132 alude, impropriamente, a operação societária de transformação, porque não é o caso de extinção e nem de sucessão de pessoa jurídica. A sociedade muda apenas sua veste legal, passando, por exemplo, de sociedade limitada para sociedade anônima.

A jurisprudência caminha para o mesmo sentido, conforme julgado do Rel. Ministro José Delgado, do TRF, 1ª Região. *In verbis*:

TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO.
1. O artigo 132 do CTN prescreve a responsabilidade fiscal da pessoa jurídica pelos débitos anteriormente constituídos, ou seja, aqueles cujos fatos geradores ocorreram antes da incorporação ou fusão.
2. Os termos do contrato, que regulou a incorporação, não são oponíveis a terceiros.
3. Apelação improvida.

Ainda, conforme disposto no parágrafo primeiro, a sucessão será aplicável quando ocorrer a extinção da pessoa jurídica. Deste modo, não basta ocorrer a fusão ou a incorporação para que o débito tributário seja transferido para outra pessoa, devendo ocorrer, cumulativamente, a continuidade das atividades exercida pela sociedade.

O objetivo principal deste tipo de sucessão é evitar a elisão fiscal – pratica que consiste na execução de procedimentos, antes do fato gerador, legítimos, para reduzir, eliminar ou postergar a tipificação da obrigação tributária, caracterizando, assim, a legitimidade do planejamento tributário. É o que cita Mattos:

(...) evitar que, através de mudança na roupagem societária da empresa, haja uma situação que caracterizaria o não pagamento de tributos por meio da utilização de formas jurídicas lícitas, isto é, admitidas em direito.

Importante pontuar que no caso da cisão, apesar de não estar expresso no CTN, ressalta-se que a mesma também será aplicada nas normas dispostas no artigo 132 do referido código. O motivo da omissão está no fato de que o CTN é de 1966 e o instituto da “cisão” só foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro dez anos mais tarde, com a edição da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

Com este teor, segue abaixo jurisprudência do STJ, relator Min. Teori Albino Zavascki:

(...) embora não conste expressamente do rol do art. 132 do CTN, a cisão da sociedade é modalidade de mutação empresarial sujeita, para efeito de responsabilidade tributária, ao mesmo tratamento jurídico conferido às demais espécies de sucessão (...)

Conforme exposto, o artigo 132 do CTN atribui responsabilidade tributária apenas quanto aos tributos devidos até a data do ato de fusão e incorporação pela pessoa jurídica incorporada ou fusinada, sendo omissa em relação às multas e outras penalidades.

3.2.2 Sucessão na aquisição de estabelecimentos

O artigo 133 do CTN, assim dispõe sobre a sucessão comercial. Veja-se:

Art. 133 - A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;
II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Desta forma, entende-se que as normas contidas no artigo 133 abrangem praticamente todas as atividades comerciais. Isto significa que para haver o fenômeno da responsabilidade tributária, deverá existir a exploração da mesma atividade econômica pelo adquirente, caso contrário, não há que se falar em sucessão tributária.

Com a leitura do artigo acima, entende-se que o adquirente só responderá pelos tributos relativos ao estabelecimento adquirido, se o alienante cessar a exploração da atividade que vinha executando e não passar a explorar outra atividade. Na hipótese do inciso I, a responsabilidade do adquirente é integral, respondendo sozinho e não havendo obrigação por parte do alienante.

Já no caso do inciso II, se o alienante prossegue a exploração da atividade que desenvolvia no estabelecimento alienado, ou passa a explorar outra, dentro de seis meses contados da data da alienação, a responsabilidade do adquirente é subsidiária, permanecendo o alienante como o principal obrigado.

4. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme anteriormente disposto, no artigo 132 do CTN, há previsão da responsabilidade por sucessão nos casos de fusão, incorporação e transformação de empresas. Deste modo, ocorrendo uma incorporação, o sucessor será responsável pelos tributos devidos pela empresa incorporada, fundida ou transformada.

Ressalta-se que o artigo 132 dispõe expressamente apenas em relação aos tributos não dispondo em nenhum momento em relação às multas inerentes à responsabilidade por sucessão. Assim a norma não fala em obrigação tributária, mas em tributo.

O conceito legal de tributo está descrito no artigo 3º do Código Tributário Nacional. Deste conceito legal, ressalta que o tributo é obrigação compulsória consistente em pecúnia ou que possa ser assim exprimida e que não constitua sanção de ato ilícito:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Desta forma, as multas aplicáveis pelo não pagamento tempestivo dos tributos ou pelo não cumprimento de obrigações tributárias acessórias não se enquadram no conceito legal de tributo, pois constituem sanção por ato ilícito. Ângela Maria da Motta Pacheco completa:

(...) tem por finalidade assegurar a satisfação do crédito do Estado, entendido como obrigação tributária principal, ou seja, o tributo. Note-se que os casos de sucessão previstos nos artigos 130, 131, 132 e 133 referem-se à responsabilidade por “tributos”, aí não cabendo nenhuma hipótese a multa, sanção pecuniária, que é devida por ato ilícito.

A responsabilidade tributária depende de expressa previsão legal, não admitindo assim a in-

clusão de débitos de forma arbitrária, principalmente nos casos em que o contribuinte não pode agir no sentido de evitar o ônus deste pagamento. Este é o entendimento de Luciano Amaro, *in verbis*:

Em suma, o ônus do tributo não pode ser deslocado arbitrariamente pela lei para qualquer pessoa (como responsável por substituição, por solidariedade ou por subsidiariedade), ainda que vinculada ao fato gerador, se essa pessoa não puder agir no sentido de evitar esse ônus nem tiver como diligenciar no sentido de que o tributo seja recolhido à conta do indivíduo que, dado o fato gerador, seria o elegível como contribuinte.

Importante ressaltar que as multas tributárias, por se revestirem de caráter de penalidade, estão sujeitas ao princípio da pessoalidade das penas, razão pela qual não podem ultrapassar a pessoa do infrator. Conforme Artigo 5º, XVI da Constituição Federal:

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

(...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Ademais, as multas (moratórias e de ofício), revestem o caráter de penalidade, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no julgado do Recurso Extraordinário n.º 79.625/SP, no qual o voto do Relator, Ministro Cordeiro Guerra se extrai os seguintes entendimentos:

(...) a partir da vigência do Código Tributário Nacional, não obstante o disposto no seu art. 184 e 134, § único, toda multa fiscal é punitiva, e, conseqüentemente, inexigível na falência. De fato, não disciplina o CTN as sanções fiscais de modo a extremá-las em punitivas ou moratórias, apenas exige a sua legalidade, artigo 97, V.

(...) A multa moratória visa corrigir os danos decorrentes da impontualidade, e não sancionar o inadimplemento. Purgada a mora pela correção monetária e os juros, a sanção fiscal tem, a meu ver, o caráter de pena administrativa.

Assim, a multa de natureza penal/administrativa, não poderá transcender a pessoa do infrator, pelo fato do legislador não dispor expressamente tal responsabilidade para a sociedade incorporadora. Este é o entendimento de Maria Teresa Martínez López:

Em se tratando de imposição de multa, imprescindível a obediência ao princípio da legalidade e o da tipicidade, que se completam como instrumento de defesa da liberdade humana. Onde o legislador não faz referência, não cabe ao interprete fazê-lo. Pelo princípio da legalidade, o jurista obriga-se a pensar os problemas a partir da lei, mas nunca contra ela. Feitas as considerações acima, pode-se dizer que, como regra geral a denominação 'tributo' inserida no art. 132 do CTN não é extensiva à multa, quer da obrigação principal, quer da acessória como se verá mais adiante.

Deste modo, pelos conceitos do artigo 3º do Código Tributário Nacional, as multas - sejam elas moratórias ou de ofício - terão caráter de penalidade e, desta forma, consistirão em sanção de ato ilícito, sendo diferentes de tributos.

4.1 Súmula 554 do STJ

Apesar do exposto acima, e do entendimento de que empresa sucessora seria responsável apenas pelos tributos, estando dispensada de arcar com o pagamento das multas, o Superior Tribunal

de Justiça, instado a se manifestar em relação ao assunto, fixou o seguinte entendimento:

“Nada obstante os art. 132 e 133 apenas referiam-se aos tributos devidos pelo sucedido, o art. 129 dispõe que o disposto na Seção II do Código Tributário Nacional [Responsabilidade dos Sucessores] aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição, compreendendo o crédito tributário não apenas as dívidas decorrentes de tributos, mas também de penalidades pecuniárias (art. 139 c/c § 1º do art. 113 do CTN)”.

Desta forma, ao contrário do entendimento exposto em capítulos anteriores, para o STJ a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se às multas impostas ao sucedido, seja de natureza moratória ou punitiva, referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão. Tal entendimento vem sendo acolhido pelo STJ já há algum tempo. No REsp 592.007/RS, de dezembro de 2003, o Ministro José Delgado já dispunha que os artigos 132 e 133 do CTN impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos, quanto pelas multas decorrentes, seja de caráter moratório ou punitivo. *In verbis*:

Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento. Na expressão “créditos tributários” estão incluídos as multas moratórias. A empresa, quando chamada na qualidade de sucessora tributária, é responsável pelo tributo declarado pela sucedida e não pago no vencimento, incluindo-se o valor da multa moratória.

Sobre o tema, o Ministro Luiz Fux, no julgado do REsp 923.012, dispôs:

(...) a responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.

Nessa linha de raciocínio, completa Sacha Calmon Navarro:

(...)Se as multas não fossem transferíveis em casos que tais, seria muito fácil a pagar multas pelo simples subterfúgio da alteração do tipo societário. Num passe de mágica, pela utilização das “formas” de Direito societário, seriam elididas as sanções fiscais garantidoras do cumprimento dos deveres tributários, o principal e os instrumentais. Ora, o Direito Tributário, na espécie, encontra escora no axioma *societas distat a singulis*, preferindo-o ao “formalismo jurídico”. Importa-lhe mais conferir o ativo e o passivo da pessoa sucedida para verificar se entre as contas de débito existem multas fiscais passíveis de serem assumidas pelos sucessores. Torna-se imprescindível, todavia, fixar um ponto: a multa transferível é só aquela que integra o passivo da pessoa jurídica no momento da sucessão empresarial ou está em discussão (suspensa). Insistimos em que nossas razões são axiológicas.

De modo a dirimir de vez com a questão, foi editada a Súmula 554, em dezembro de 2015, com o seguinte teor:

Súmula 554: Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.

As multas moratórias ou punitivas representam dívida de valor e, como tal, acompanham o passivo do patrimônio transmitido ao sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. A multa será devida pelo sucessor, não importando se ela é de caráter moratório ou punitivo.

Para o STJ, apesar de multa não ser tributo, ela também é transmitida para o sucessor em caso de sucessão empresarial, afinal, a multa é uma dívida de valor que faz parte do patrimônio passivo do sucedido, sendo assim, transferida ao sucessor. Tal súmula é um importante instrumento em favor das fazendas públicas, principalmente agora, com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que entrou em vigor em março de 2016.

Com o intuito de racionalizar o sistema recursal e evitar que os Tribunais Superiores sejam obrigados a se manifestar repetidas vezes sobre a mesma tese jurídica, valorizando assim os precedentes jurisprudenciais, o novo CPC estabelece no art. 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

No novo CPC, as decisões em repetitivos, súmulas, repercussão geral e súmula vinculante do STF serão, de fato, vinculantes aos juízes de primeiro grau. Se uma sentença violar uma decisão, súmula ou repetitivo vai caber reclamação direta ao STJ ou ao STF.

Com advento do novo código, os juízes de primeiro grau deverão seguir o enunciado da súmula 554 do STJ e, desta forma, se deverá pôr fim às discussões em relação à responsabilidade tributária por sucessão empresarial.

5. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, as questões relacionadas à responsabilidade tributária por sucessão encontram divergência na doutrina, e um tratamento pela jurisprudência que ainda não tinha sido completamente uniformizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com o intuito de extinguir de vez a questão, a 1ª seção do STJ, especializada em processos de direito público, aprovou o enunciado da súmula 554.

Como visto, a súmula em questão acaba por ampliar a responsabilidade das empresas sucessoras, abrangendo assim, não só os tributos como, também, a multa seja de caráter moratória ou punitiva. A súmula é contrária ao entendimento do artigo 132 do CTN que afirma que a responsabilidade da empresa sucessora abrange apenas os tributos atinentes a fusão, não acrescentando assim as eventuais penalidades infringidas.

Para o CTN, tributo é prestação pecuniária compulsória, que não constitua sanção de ato ilícito. Assim sendo, o próprio Código Tributário Nacional não considera as multas integrantes do conceito de tributo, sendo essas apenas sanções aplicadas pelo não pagamento tempestivo do mesmo.

Como se não bastasse, a própria Constituição, em seu artigo 5º, XLVI, dispõe que as penalidades impostas àquele que pratica o ato ilícito são pessoais e intransferíveis.

Deste modo, conclui-se que a Súmula 554 do STJ - assim como todos os julgados neste sentido - violam não só dispositivos infraconstitucionais, como também a própria Constituição Federal. Os efeitos da mesma no mundo corporativo, em especial no mercado de fusões e aquisições, são

bastante negativos, principalmente em momento de profunda crise econômica no país.

A Súmula 554 desvirtua o entendimento do Código Tributário Nacional e atende apenas aos interesses arrecadatórios do Estado, beneficiando de forma injusta os entes federativos, afastando empresas investidoras, principalmente, multinacionais estrangeiras.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 14^a.ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p.276

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6^a edição. São Paulo, Malheiros. 1999, p. 91.

BACHUR, Ana Beatriz Taveira. *Da transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades no direito brasileiro*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12883>. Acesso em: 19 abril de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8^a. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2009.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. 22^a. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016.

BRASIL. *Código civil (2002)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. STJ. 1^a Turma. REsp 852.972/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25/05/2010.

BRASIL. STJ - EDcl no REsp: 208842 RS 1999/0025939-4, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 16/08/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.02.2008.

BRASIL. STJ - REsp 1017186 SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2^a Turma, DJe 27/03/2008.

BRASIL. STJ. REsp 923.012/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 24.6.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 554. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=554&processo=554&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19/04/2016

NAVARRO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 9^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 701.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. Vol. 8. 2^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 562-563.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2009, p.27

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 19. ed. São Paulo: atlas, 2010, p. 490

López, Maria Teresa Martínez in NÉDER, Marcos Vinícius; FARRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 67-68.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.380

MATTOS, Eloá Alves Ferreira de; MATTOS, Fernando César Baptista de. *Os sujeitos da obrigação tributária*. IN: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. v. 1.p.384

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 14^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.67.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.56

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário*. 9ª. ed. São Paulo: Premier máxima, 2008, p.187

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Responsabilidade Tributária de Administradores, Simulações Subjetivas, Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2007. (Congresso).

SILVA, Daniel de Paula Gama da. *Os diferentes aspectos da responsabilidade tributária*. Trabalho de Conclusão de Curso TCC (Pós-Graduação) – Universidade Cândido Mendes, 2009.

Recebido em: 06/07/2016

Aprovado em: 12/09/2016





Quem se prepara, não para.