



Amazon's Research and Environmental Law

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)
PERIÓDICO INDEXADO NOS DIRETÓRIOS DOS SISTEMAS
DIADORIM, LATINDEX, LIVRE, ENTRE OUTROS

Vol. 5, número1, Direito Público Contemporâneo
Jan. 2017
ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 5, número 1, p. 1-148, jan. 2017.

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

DIRETORIA INSTITUCIONAL

Diretor Presidente

Ivanilde José Rosique

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes - Rondônia - Brasil

Coordenadora Pedagógica

Marli Oliveira Silvestre

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes - Rondônia - Brasil

Coordenadora Acadêmica

Elenice Cristina da Rocha Feza

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes - Rondônia - Brasil

Biblioteca Acadêmica

Valéria Botelho

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes - Rondônia - Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO

Prof. Dr. David Alves Moreira

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação do Curso de Direito

Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT

Prof.^a MSc. Jakline Brandhuber Moura

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

Revisão em Língua Estrangeira

Prof. Gary Cohen

Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades

Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e

Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

Projeto de Capa e Diagramação

Jorge Raul de Souza

Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades

Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e

Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

*Universidade Presidente Antônio Carlos Departamento do Programa de Pós Graduação
Stricto Sensu em Direito Juiz de Fora - Minas Gerais (MG) - Brasil (BR)*

Prof. David Tood Ritchie - PhD

*Walter F. George School of Law
School of Law and Philosophy - Department of International Initiatives
Macon - Georgia - United States*

Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho

*Instituto de Política e Direito da Informática - Centro de Pesquisas e Estudos de Casos
Departamento de Novas Tecnologias no Direito
Recife - Pernambuco - Brasil*

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

*Universidade Estácio de Sá
Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Departamento do Programa de Pós graduação
stricto sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - Brasil*

Prof. Muruga Ramaswamy - PhD

*University of Macau
Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law
Taipa - Macau - China*

Prof. Pablo Jiménez Serrano

*Centro Universitário Salesiano de São Paulo
Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em
Direito - São Paulo - São Paulo - Brasil*

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio

*Escola de Direito do Rio de Janeiro
Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Departamento do Programa de Pós graduação
stricto sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - Brasil*

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho

*Universidade Federal da Paraíba - Campus I
Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas
João Pessoa - Paraíba - Brasil*

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do
Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são
de inteira responsabilidade de seus autores.

Endereço para correspondência, convênios e permutas:

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/
FAAR)

Endereço: Av. Capitão Silvio, n°. 2738, Grandes Áreas

Ariquemes - Rondônia - Brasil

CEP: 78932-000

Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

E-mail: revistaarelfaar@gmail.com

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by-nc-nd). O leitor tem o direito de:

Compartilhar – copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença. De acordo com os termos seguintes:

Atribuição – É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

Não Comercial – Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações – Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais – Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.

**Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 5,
número 1 - Rondônia: IESUR, 2017, 148 p.**

ISSN 2317-8442

Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).

**CDD 341
CDU 342 (81)**

SUMÁRIO

Editorial.....4

Artigos

Challenges of innovation on research and the value of indigenous knowledge: case studies patents on pharmaceutical active ingredients and other active substances from plants.....6

Desafios da inovação na pesquisa e do valor do conhecimento indígena: estudos de caso de patentes sobre ingredientes ativos farmacêuticos e outras substâncias ativas de plantas.

Dr. Pedro Diaz Peralta – UCM – Madrid - Espanha.

Strumenti di contrasto al fenomeno della corruzione: esperienza italiana e brasiliana a confronto.....25

Studies of the tools contrary to the corruption phenomenon: comparison of the italian and brazilian experience.

Dra. Maristella Amisano - Università della Calabria - Itália e Dra. Cristiana Fortini - WA - USA

Direitos fundamentais e poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça: bases teóricas e análise da resolução nº. 226/2016.....40

Fundamental rights and regulatory power of the National Council of Justice: theoretical bases and analysis of resolution nº. 226/2016.

Dr. Iton Norberto Robl Filho - IDP – DF - Brasil

Imposições éticas-legais positivas ou negativas: possibilidade de garantir o respeito das empresas aos direitos humanos no Brasil?.....68

Brazilian ethic-legal system: actions companies committing to contribution on the respect for human rights?

Dra. Martha Assuncion Enriquez Prado - UEL - PR - Brasil

Os caminhos para o desenvolvimento de uma interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico: abrindo a “sala de máquinas da constituição”82
The roads for the development of an interconnection between political and legal constitutionalism: opening “constitution room of machines”.

Dra. Carina Barbosa Gouvêa - UFRPE – PE - Brasil e Dr. Ivo Dantas - UFPE - PE - Brasil

A educação ambiental enquanto dimensão de realização da noção de democracia participativa.....111
Environmental education as a dimension of realization of the notice of participatory democracy.

Esp. Marcello Phillipe Aguiar - UEA – AM – Brasil e Esp. Caio Henrique Faustino - UC - Portugal

Os princípios constitucionais são aplicados ou embasam o direito à educação: discussão da natureza jurídica124

Are the fundamental principles applied or embassed the right to education: legal nature doubt.

Dra. Camila Barreto Pinto Silva - Unimes – SP - Brasil e Ms. Flávio Estevão Neto - PUC/SP - SP - Brasil

Informações sobre a Revista Científica AREL FAAR.....137

Prezados Leitores,

É com grande satisfação que se apresenta o número 1 do volume 5, no ano de 2017 da Revista Científica AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law* - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Permanece-se com a mesma missão de publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

As linhas editoriais são “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas Dimensões”, aprovadas em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, pelo Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Este número traz artigos de autores filiados em instituições nacionais e estrangeiras, resultado do trabalho de divulgação da AREL em eventos nacionais e estrangeiros, conforme diretiva de internacionalização do periódico, aprovada em dezembro de 2015, pelo Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP), a qual estamos avançando e buscando ampliar.

Ressalta-se que todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas “ad hoc”, bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado.

As edições são alocadas na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/FAAr, cumprindo a meta de prestigiar autores de diversas regiões do Brasil.

A Revista possui o *International Standart Serial Number* (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) - e internacionalmente LATINDEX.

Desde de 2015, as edições da AREL passaram a contar com a indexação DOI. A infraestrutura do sistema DOI é definida pela norma ISSO 26324, denominada Information and documentation: *digital object identifier system*, e é promovida pela *International DOI Foundation* (IDF). O endereço DOI é atribuído a um objeto de forma permanente a uma propriedade intelectual, através de um link na rede que remete às suas informações atualizadas, assegurando-lhe credibilidade, com a vantagem de ligar os usuários aos conteúdos dispostos pelos editores, gerenciando a comunicação por

meio de uma rede que possibilita, inclusive, o acompanhamento das citações dos artigos.

A AREL FAAr tem seu próprio DOI® (*digital object identifier*): 10.14690/2317- 8442. Os autores poderão fazer o registro no Currículo Lattes utilizando o DOI® individual de sua produção, informação que consta no rodapé de cada artigo publicado no portal, ressaltando que esse link vincula o artigo ao ano de 2015. Todo o conteúdo da Revista Científica está sob Licença *Creative Commons*, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores.

Os interessados estão convidados interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*. Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo. O fluxo de envio de artigos é contínuo, ampliando as possibilidades de submissão e aprovação dos materiais na AREL.

Boa Leitura!

Prof. Dr. David Alves Moreira
Editor Chefe Revista AREL FAAr

CHALLENGES OF INNOVATION ON RESEARCH AND THE VALUE OF INDIGENOUS KNOWLEDGE: CASE STUDIES PATENTS ON PHARMACEUTICAL ACTIVE INGREDIENTS AND OTHER ACTIVE SUBSTANCES FROM PLANTS

DESAFIOS DA INOVAÇÃO NA PESQUISA E DO VALOR DO CONHECIMENTO INDÍGENA: ESTUDOS DE CASO DE PATENTES SOBRE INGREDIENTES ATIVOS FARMACÊUTICOS E OUTRAS SUBSTÂNCIAS ATIVAS DE PLANTAS

Pedro Diaz Peralta¹

Doutor em Direito

Universidad Complutense de Madrid (UCM) - Madrid - Espanha

ABSTRACT: The research explores the need, from Brazilian and other biodiversity-rich areas, of promoting a set of specific laws to regulate the patent granting regime and other equivalent rights arising from Traditional Knowledge, according international recognized principles of Sustainable Development and Good Governance Practices. On the other side, the EU has endorsed the Nagoya Protocol, by Council Decision 2014/283/ EC and Regulation (EU) 511/2014 with the aims of safeguarding of the legitimate rights of traditional societies of origin through the obligation of guarantee its fair use, as evidenced by internationally recognized certificates of conformity or reliable equivalent evidence. The research then briefly examines examples of comparative law and exposes the legal analysis of patent legal regimes, particularly by studying legal tools and introducing some proposals to improve the current regulatory system in the light of the discussion on the role of Traditional Knowledge as source of international obligations.

¹PhD in Law, has been a lecturer at the Universidad Complutense, activity which has combined with research stays at European and American universities. The result of that has been a series of international publications on the illegality and liability regimes applicable in the global food and GMO trade, the comparative regulatory regime of medicines and their residues and the analysis of other cases of “double threshold” legislation. More recently, it has developed studies on borderline product with pharmaceutical legislation, such as botanicals, cosmetics and biocides, which has completed its extensive bibliography on the right to health, analysis of sectorial agricultural and rural policies, and regulation of the biotechnology, food and pharmaceutical sectors. Researcher at UCM/UVA. Professor Peralta has taught and published extensively in Brazil, England, Portugal, Spain, USA, Germany and Greece. E-mail: pdiazper@ucm.es

KEYWORDS: Bioprospection Sustainable Development; Indigenous patent; Traditional Knowledge.

RESUMO: A pesquisa explora a necessidade, de áreas brasileiras e outras áreas ricas em biodiversidade, de promover um conjunto de leis específicas para regular o regime de concessão de patentes e outros direitos equivalentes decorrentes do Conhecimento Tradicional, de acordo com os princípios reconhecidos internacionalmente de Desenvolvimento Sustentável e Práticas de Boa Governança. Por outro lado, a UE aprovou o Protocolo de Nagoya, pela Decisão 2014/283 / CE do Conselho e pelo Regulamento (UE) 511/2014 com os objectivos de salvaguardar os direitos legítimos das sociedades de origem tradicionais através da obrigação de garantir o seu justo uso, conforme evidenciado por certificados de conformidade internacionalmente reconhecidos ou provas equivalentes confiáveis. A pesquisa então examina brevemente exemplos de leis comparadas e expõe a análise jurídica dos regimes legais de patentes, particularmente através do estudo de ferramentas legais e a apresentação de algumas propostas para melhorar o atual sistema regulatório à luz da discussão sobre o papel do conhecimento tradicional como fonte de obrigações.

PALAVRAS-CHAVE: Bioprospecção Desenvolvimento Sustentável; Patente indígena; Conhecimento Tradicional.

INTRODUCTION

The process of globalization has intensified international trade relations, culminating with the application of Convention of Biological Diversity (CBD) and in particular its Nagoya Protocol, on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization (ABS Protocol)¹, in respect to the protection of Traditional Knowledge (TK) is challenged by different issues concerning the fair bioprospection of resources. In addition, the economic global crisis in past years has limited the availability of institutional resources intended to coping with the general goals of protect the natural heritage and promote its profitable use. In this context, some interested their parts have got patents on active substances from botanicals growing in natural forests, (such as the Amazon

¹Nagoya Protocol is a supplementary agreement to the Convention on Biological Diversity. It provides a transparent legal framework for the effective implementation of one of the three objectives of the CBD: the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources. Available at: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Last access is February 24th, 2017.

Rainforest²) which has long been used by indigenous people and subsequently marketed. It justifies the importance of understanding the legal framework through the analysis of patent case studies under International Law, with a view on the academic discussion of the role of Traditional Knowledge as source of international obligations.

Reactions to the risk of unfair use of TK resources from not regulated bioprospecting has led developing countries to deepen the research on botanicals, by allocating funds for research addressed to verify the “prior art” or proof of previous knowledge. That prior art is a preliminary legal requirement for successfully revoking a newly claimed patent according to the Patent rules¹. The Indian government have made wide use of this tool after successfully challenged the patents previously granted to a wound healing preparation made from turmeric (*Curcuma longa*²). The role played afterwards by Indian researchers³, to prevent unfair use of their traditional resources by providing the abovementioned evidence of “prior art” has become a solid basis for further enhancing the oversight systems in charge of natural heritage. Other, as Peru or China, faces now the potential risks of bio piracy with a better knowledge also of their TK resources

Although the WTO - World Trade Organization - provides a legal forum for challenging trade issues through the TRIPS agreement, the institution has been considered so far as a promoter of the rights of patent-holders. Therefore, this analysis included several related case-studies of international dimension with the general aim of cover: (I) the economic analysis by using framing model; and (II) the legal analysis of corporate patents granted and its challenging mechanisms.

The fair use of TK resources, as evidenced by internationally recognized certi-

²66.9% of these Brazilian plants are the object of patent documents. The main patent holders of these patents documents are foreign applicants (94.2%). Brazilian companies, universities and research institutions are a minority of applicants (5.89%). Data base from Moreira, Adriana Campos et al. Pharmaceutical patents on plant derived materials in Brazil: Policy, law and statistics. In: World Patent Information. Volume 28, Issue 1, March 2006, Pages 34-42. DOI = <<https://doi.org/10.1016/j.wpi.2005.07.016>>. Last access is March 12th, 2017.

¹Artuso, A.: Bioprospecting, Benefit Sharing, and Biotechnological Capacity Building. World Development Vol. 30, No. 8, pp. 1355-1368, 2002. In order to prevent the risk of unfair use, developing countries should improve their valuable bioprospecting capacity, defined as the “purposeful evaluation of wild biological material in search of valuable new products, has always been a central activity in human development. In its modern form, bioprospecting involves the application of advanced technologies to develop new pharmaceuticals, agrochemicals, cosmetics, flavorings, fragrances, industrial enzymes, and other products from biodiversity”

²Kumar, S.: India wins battle with USA over turmeric patent. The Lancet, 1997, Vol.350 (9079), pp.724: US patent 5401504 was granted to University of Mississippi Medical Center in March, 1995, for use of turmeric powder as a wound-healing agent. The patent was successfully challenged since the properties of Turmeric (*C. longa*) have been known in India for centuries. See also Sahai, S.: Indigenous knowledge and its protection in India. In Trading in traditional knowledge: development perspectives on TRIPS, trade and sustainability. 2003.

³The Government of India has developed, for the purpose of prevent unfair use, the so-called Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) under direct supervision of the Department of Ayurveda, Yoga and Naturopathy, Unani, Siddha, Sowa Rigpa and Homoeopathy (AYUSH). TKDL has proved to be effective for provide evidences of “prior art” to Patent offices.

ificates of conformity or reliable comparable evidence, requires from operators to ensure compliance with the rights and obligations under the ABS Protocol, which is challenged in the practice by the different approach on the control measures for the fair bioprospection of resources, in different concerned countries. Other countries have not yet proceeded with an effective implementation of the Nagoya ABS Protocol. Among them, Brazil postpones still the direct application of The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity (CBD)¹ and the ABS Protocol itself, in respect to the protection of Traditional Knowledge (TK). Concerning the Nagoya Protocol, on spite of being signed on 2 February 2011 on behalf of Brazilian authorities, it has not still been formally ratified.

This review justifies the interests on understanding the legal framework of the protection of TK through the revision of case studies since International Law does not yet unanimous recognize the value of protecting erga omnes the Indigenous Knowledge as a Global commons².

The EU has endorsed the Nagoya Protocol, by Council Decision 2014/283 / EC of 14 April 2014 and R 511/2014 of 16 April 14 with aims of safeguarding of the legitimate rights of traditional societies of origin through the obligation to guarantee its fair use, as evidenced by internationally recognized certificates of conformity or reliable equivalent evidence aimed to ensure the rights and obligations established under the Protocol.

This study is a work from Research Project: Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability¹.

¹The Brazilian National Congress approved, through Legislative Decree 908 of November 21, 2003, the text of the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity (CDB), held in Montreal on January 29, 2000, and deposited the instrument of accession With the Secretary General of the United Nations on November 24, 2003. The Protocol entered into force on September 11, 2003, and entered into force for Brazil on February 22, 2004 and the President of the Republic, in the use of the Gives you the art. 84, item IV, of the Constitution, Decree No. 5,705, of February 16, 2006 to promulgate the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity. CBD is an international agreement which aims to ensure the safe handling, transport and use of living modified organisms resulting from modern biotechnology that may have adverse effects on biological diversity, taking also into account risks to human health. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Last access is February 3rd, 2017.

²See: O'Connor, D. Governing the global commons: Linking carbon sequestration and biodiversity conservation in tropical forests. *Global Environmental Change* 18 (2008) 368-374. Global governance and governance of the global commons in the global partnership for development beyond 2015.

Um das pedi- Prensa, Madrid, 1999). Offers to the society the opportunity to critically engage with and consider a range of contemporary real-world issues: Globalized Challenges in Law Regulated Sectors from BR/EU/USA, on the comparative perspective, it enables all the researchers to encounter a variety of concepts, approaches and methods from the Social Science, Innovation and Ecology. This offers for all, the opportunity to build bespoke arguments, drawing on the inter, multi and transdisciplinary group researches and this research seeks to develop cross-disciplinary and cross-national research projects which intend to overcome the disciplinary barriers enabling the growth and integration of the social study of law. On other hand, the researchers can build a forum in which scholars, professors, students, as well as practitioners who are interested in interdisciplinary studies, can organize discussions, share work, exchange ideas and build networks. Available on < <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5771319084225732>> Last access on March, 4th 2016.

1. The value of Indigenous Knowledge as a Traditional Knowledge (TK) to the Sustainable Development on the Agenda 2030

Many of the Sustainable Development Goals and associated targets are relevant for indigenous peoples. The Agenda 2030 for Sustainable Development² covers several issues that directly affect the lives of indigenous peoples. Lack of access to relevant education and equitable justice, extreme poverty, and unmitigated climate change are just some of the challenges facing indigenous peoples. The overarching framework of the 2030 Agenda contains numerous elements that can go towards articulating the development concerns of indigenous peoples.

Of special significance is the fact that human rights principles and standards are strongly reflected in the 2030 Agenda (A/RES/70/1 paragraph 10)³. Moreover, the 2030 Agenda overall focus on reducing inequalities is of particular relevance to indigenous peoples, who are almost universally in situations of disadvantage vis-à-vis other segments of the population⁴.

One of this is to improve the obtaining patents on pharmaceutical active ingredients and other active substances from plants (A/RES/70/1 paragraph 15)¹, *in verbis*:

Objective 15. Protect, restore and promote the sustainable use of Ecosystems, sustainable management of forests, Desertification, halting and reversing land degradation, and halting the loss of Biodiversity

15.1 by 2020, ensure the conservation, recovery and sustainable use of Terrestrial and freshwater ecosystems and their services, in particular Forests, wetlands, mountains and arid lands, in with the obligations arising from international agreements;

15.2 by 2020, promote the implementation of sustainable management of all Types of forests, halt deforestation, restore degraded forests and Substantially increase afforestation and reforestation;

15.3 to 2030, to combat desertification, and to restore land and soil Land degradation, including land affected by desertification, drought and Floods, and strive to achieve a neutral world in terms of degradation from soil;

15.4 to 2030, ensure the conservation of mountain ecosystems, including their

²Available at: <<https://sustainabledevelopment.un.org/>>. Last access is March 3rd, 2016.

³Available at: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/299>. Last access is March 23rd, 2016.

⁴Available at: <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Indigenous-Peoples-and-the-2030-Agenda-with-indicators.pdf>>. Last access is February 22nd, 2016.

¹Available at: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/20150819-CGDES-ODS-port.pdf>. Last access is February 23rd, 2016.

biodiversity, to improve their capacity to Provide benefits, which are essential for the development of Sustainable;

15.5 take urgent and significant measures to reduce degradation of Natural habitats, halting the loss of biodiversity and, by 2020, protecting and Prevent the extinction of endangered species

15.6 ensure a fair and equitable sharing of benefits arising from the use and promote adequate access to genetic of genetic resources;

15.7 take urgent measures to stop illegal hunting and

Protected species of flora and fauna, and address both demand and Supply of illegal wildlife products;

15.8 by 2020, implement measures to prevent the introduction and Impact of invasive alien species on

Terrestrial and aquatic ecosystems and control or eradicate priority species;

15.9 by 2020, integrate ecosystem and biodiversity values into the National and local planning, development processes, Poverty reduction strategies, and in account systems;

15.a to mobilize and significantly increase, from all sources, the Financial resources for the conservation and sustainable use of biodiversity and ecosystems;

15.b significantly mobilize resources from all sources and at all levels of finance sustainable forest management and provide adequate incentives to developing countries to promote forest management Sustainable development, including for the conservation; and

15.c strengthen global support for efforts to combat illegal hunting and of protected species, including through Communities to seek sustainable livelihood opportunities.

If not, practical solutions are quickly found, there will be negative consequences both for the survival of these populations and for their valuable knowledge systems. It is therefore vital that the international community begin to recognize indigenous communities as valuable partners in efforts to reduce climate change and sustainable development.

1.1 Challenges of the value of Indigenous Knowledge on XXI Century

The Nagoya Protocol sets out core obligations for its contracting Parties to take

measures in relation to access to genetic resources, benefit-sharing and compliance.

A) Access obligations

Domestic-level access measures are to:

- Create legal certainty, clarity and transparency
- Provide fair and non-arbitrary rules and procedures
- Establish clear rules and procedures for prior informed consent and mutually agreed terms
- Provide for issuance of a permit or equivalent when access is granted
- Create conditions to promote and encourage research contributing to biodiversity conservation and sustainable use
- Pay due regard to cases of present or imminent emergencies that threaten human, animal or plant health
- Consider the importance of genetic resources for food and agriculture for food security¹.

B) Benefit-sharing obligations

Benefit-sharing measures may be monetary or non-monetary such as royalties and the sharing of research results and are to provide for the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources with the contracting party providing genetic resources. Utilization includes research and development on the genetic or biochemical composition of genetic resources, as well as subsequent applications and commercialization. Sharing is subject to mutually agreed terms¹.

C) Compliance obligations

Specific obligations to support compliance with the domestic legislation or regulatory requirements of the contracting party providing genetic resources, and contractual obligations reflected in mutually agreed terms, are a significant innovation of the Nagoya Protocol. Contracting Parties are to:

¹Available at: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Access on May, 26th, 2016.

¹Matos, Darley C. Leal et al. In: RODRIGUÉSIA On-line version ISSN 2175-7860 vol.64 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2013. DOI = <<http://dx.doi.org/10.1590/S2175-78602013000200012>>. Access on May, 26th, 2016.

- Take measures providing that genetic resources utilized within their jurisdiction have been accessed in accordance with prior informed consent, and that mutually agreed terms have been established, as required by another contracting party
- Cooperate in cases of alleged violation of another contracting party's requirements
- Encourage contractual provisions on dispute resolution in mutually agreed terms
- Ensure an opportunity is available to seek recourse under their legal systems when disputes arise from mutually agreed terms
- Take measures regarding access to justice
- Take measures to monitor the utilization of genetic resources after they leave a country including by designating effective checkpoints at any stage of the value-chain: research, development, innovation, pre-commercialization or commercialization².

Nagoya Protocol to CDB is an imperative that begin to empower indigenous peoples to defend Traditional Knowledge (TK) and realize their rights and to be included in decision-making processes for global common future, and in turn, to be active agents of change to help with the goals of the Sustainable Development on the Agenda 2030.

1.2 Key cases in Patent Law and protection of biodiversity

The case of patent on Turmeric (*Curcuma longa*) and Neem tree were two of the main milestones for protecting TK through Patent legal mechanisms. In the first case study, the US patent 5401504 was awarded to the University of Mississippi Medical Centre in March 1995 for the use of powdered turmeric as an agent for wound healing. The patent was revoked successfully since the features of curcuma (*C. longa*) in India have been known for centuries as revealed in the Indian Council for Scientific and Industrial Research (CSIR) The use of powdered curcuma is registered among the indications of the pharmacopoeia Hindu and thus did not have the alleged novelty.

²Available at: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Access on May, 26th, 2016.

The case of patent Neem tree oil was solved with the revocation, promoted before the European Patent Office (EPO) granted a patent to the US institutions (pat. EPO 436257) for implementing the fungicide of the oil obtained from *Azadirachta Indica* A. Juss. (Neem tree). In the revocation process, a panel of EPO ruled that the patent claimed was the subject of allocation prior unlawful (bio piracy) and the allegedly innovative process for which was requested was documented and used in India since time immemorial. From Neem tree are obtained, inter alia, pesticides and other biochemical compounds of natural interest such as azadirachtina, used as a basis for insect repellents in India, anti-mould, cosmetic and soap.

Other case studies refer to Latin America indigenous crop resources (Bardi, Gutierrez- Oppe, Politano 2011) which has been subject of fair or unfair bioprospection:

- Quinoa
- Stevia
- Maca (*Lepidium meyenii*)
- Camu-camu (*Myrciaria spp*)
- Inchi. (*Plukenetia volubilis*)
- Ayahuasca (*Banisteriopsis caapi*)
- Sangre de drago (*Croton churutensis*)
- Nuez de Corazon Verde
- Rupunina (*Ocotea rodiei*)
- Cupuacu
- Cunanini
- Acai palm (widely cultivated in the northeast of Brazil)
- Curare or Quebra-pedras
- Achiote
- Seje
- Paico (*Chenopodium ambrosioides*)
- Yarumo (*Cecropia peltata*)

Other case study was ayahuasca, a woody vine from the Amazonian rain forest, is traditionally used by to create a hallucinogenic drink. As an important part of the indigenous culture, these drinks are used for ceremonial and spiritual purposes. According to Tupper, K.H. (2009), in 1986, Loren Miller was granted a patent

by the United States government for “Da Vine” new variety of the ayahuasca plant, which he had been cultivating. Nevertheless, Miller had found the plant within the Amazon rainforest but since not indigenous community claim any valid patent for the plant, the USPTO, the United States Patent and Trademark Office grant finally the patent.

The Coalition for Amazonian Peoples and their Environment (Amazon Coalition) and the Coordinating Body of Indigenous Organizations of the Amazon Basin (COICA), challenged the patent and ask for a re-examination of patent, claiming that the patent did not meet the requirements of the US Plant Patent Act on the basis that “Da Vine” had been previously cultivated and that the patent violates the United States morality and public policy aspects of the Act (Tupper, 2009). The United States government did remove Miller’s patent because the same variety was found in Chicago’s Field Museum. Lately, in 2001, Miller submitted new evidence U.S. government’s decision and a reinstatement of the “Da Vine” patent (Robinson, 2010).

1.3 Indigenous Knowledge in the WTO-TRIPS Framework Patent Related: Challenges and Case Studies

Concerning the protection of Biodiversity, Art. 27.3b of TRIPS deals with patentability or non-patentability of plant and animal inventions, and the protection of plant varieties in line with Paragraph 19 of the 2001 Doha Declaration. The relationship between the TRIPS Agreement and the UN Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore (CBD) has been a topic on discussion guided by the TRIPS Agreement’s objectives (Article 7) and principles (Article 8).

In May 2008 Brazil, China, Colombia and other countries submitted a declaration Members agree to the inclusion in the TRIPS Agreement of a mandatory requirement for the disclosure of origin of biological resources and/or associated traditional knowledge in patent applications, by the proposal of a new Art. 29bis - Disclosure of Origin of Genetic Resources and/or Associated Traditional Knowledge:

- For the purposes of establishing a mutually supportive relationship between this Agreement and the Convention on Biological Diversity, Members shall have regard to the objectives, definitions and principles of this Agreement, the Con-

vention on Biological Diversity, and the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization, in particular its provisions on prior informed consent for access and fair and equitable benefit sharing..(...)

- 4. Members shall put in place appropriate, effective and proportionate measures so as to permit effective action against the non-compliance with the obligations set out in paragraph 2 of this Article. Patent applications shall not be processed without completion of the disclosure obligations set out in paragraph 2 of this Article.
- 5. If it is discovered after the grant of a patent that the applicant failed to disclose the information set out in paragraph 2 of this Article, or submitted false and fraudulent information, or it is demonstrated by the evidence that the access and utilization of genetic resources and/or associated traditional knowledge violated the relevant national legislation of the country providing genetic resources and/or associated traditional knowledge, that is, the country of origin of such resources or a country that has acquired the genetic resources and/or associated traditional knowledge in accordance with the CBD, Members shall impose sanctions, which may include administrative sanctions, criminal sanctions, fines and adequate compensation for damages. Members may take other measures and sanctions, including revocation, against the violation of the obligations set out in paragraph 2.

1.4 The EU framework

Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014, on compliance measures for users from the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilisation in the Union, establishes at Recital (2) that the Nagoya Protocol to the Convention on Biological Diversity, “is an international treaty adopted on 29 October 2010 by the Parties to the Convention recognises that states have sovereign rights over natural resources found within their”.

The EU Member states has adopted into the Patent regimen the provisions set up in the R(EU) No 511/2014. The new Spanish Patent Law (Law 24/2015) which entered into force the 1st April 2017 establishes in Art. 23.2, Obligations resulting from the implementation of the Nagoya Protocol, that the law requires the protection of legitimate rights of traditional societies, through the obligation to

ensure their fair use by means of internationally recognised certificates attesting the compliance with rights and obligations or the Protocol. Where the invention concerns biological material of plant or animal origin, the application shall contain the indication of their geographical origin or the source of that matter whether these data are known. This information does not prejudice the validity of patent.

The patent application must also contain, to the extent required by law, the information to the users of those resources are required. That information shall also not prejudice the validity of the patent

According to Art. 3.11 of Regulation (EU) 511/2014, the “internationally recognised certificate of compliance”: is a permit or its equivalent issued at the time of access as evidence that the genetic resource it covers has been accessed in accordance with the decision to grant prior informed consent, and that mutually agreed terms have been established for the user and the utilisation specified therein by a competent authority in accordance with Article 6(3)(e) and Article 13(2) of the Nagoya Protocol, that is made available to the Access and Benefit-sharing Clearing House established under Article 14(1) of that Protocol”

The “traditional knowledge associated with genetic resources” means, according to Art 3.7: “traditional knowledge held by an indigenous or local community that is relevant for the utilisation of genetic resources and that is as such described in the mutually agreed terms applying to the utilisation of genetic resources”

1.5 Biotechnological inventions

Biotechnological inventions refer also to production which could be developed from genetic material from TK which have been genetically modified or processed with other kind of genetic manipulation. At EU level are regulated by Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council, of 6 July 1998, on the legal protection of biotechnological inventions. The limits and requirements for utilization have been additionally interpreted through the rulings of the UE Court of Justice (i., e. case C-34/10, *Oliver Brustle vs Greenpeace e. V.*, on extraction of cells of embryonic stem cells precursors: The use of human embryos for therapeutic or diagnostic purposes which is applied to the human embryo is patentable, but do not use animals in scientific research)

Besides this, in the US law, GMOs may be considered as “products” from human

invention and therefore patentable against the sequences that naturally occur in nature. The judgment of the US Supreme Court, *Diamond vs. Chakrabarty* of 1980 relating to the patentability of a bacterium which had been genetically modified by the claimant and whose inclusion was compared by the Supreme Court with a 'manufacture'

2. Protection of Traditional Knowledge in Brazil and Good Governance principles

As already mentioned, although the Nagoya Protocol, was officially signed on 2 February 2011 on behalf of Brazilian authorities, it has not still been formally ratified for the Brazilian Parliament. Brazil has adopted however in their internal legislation provisions in line with the general framework of the protection of Biodiversity, by developing an autonomous, domestic framework

The provisional measure M 17/11/2015 entered into force the Biodiversity Act, Law No 13.123/2015, which repeals the Provisional Measure No 2.186-16/2001 and lays down new rules for access to genetic assets associated traditional knowledge, access to and the distribution of benefits. Law No 13.123/2015 was implemented by Decree No 8.772/2016.

The Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado— SisGen, laid down in Article 20 of Decree No 8.772 of 11 May 2016 is not yet available to the public, since this Decree has established various procedures relating to registers and operation of SisGen which depend on implementation of the Executive Secretary of Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN.

For this reason and because the part of the register, the provision by SisGen CGEN: (,,,) register referred to in Articles 36, 37 and 38 of Law No 13.123/2015, which is the beginning of a period of 1 (one) year granted by law to recast of application for authorisation or regularisation and matching of users under the law' is an administrative act which is being drawn up within the Government.

However, as laid down in Paragraph 2 of Art. 12 of Law No 13.123 of 20 May 2015, the registration shall be performed prior to the consignment, or the application of any intellectual property right, or the marketing of the product, or the dissemination of results, final or partial means scientific or communication or notification of the finished product or reproductive material developed as a result of access.

Traditional Knowledge, according international recognised principles of Sustainable Development and Good Governance Practices. Its fair use, evidenced by internationally recognised certificates of conformity or reliable evidence to ensure compliance with the rights and obligations under the Protocol is challenged by different constraints concerning the fair Bioprospection of resources.

2.1 Amazon Rainforest and Patents on Active Ingredients

There are numerous forest products that can be collected in a renewable way on a small scale by local people. Medicines, drugs, and herbal supplements from the Amazon Rainforest are still largely underdeveloped and only a few may be known to the local people for harvesting¹. Furthermore, once active ingredients are isolated from a plant, the drug can be synthesized in the lab. However, in some cases the active compounds are so complex or so expensive to synthesize that it is easier to collect from natural forest or cultivate on foraging farms.

Notwithstanding that the award of the Nobel Prize for Medicine to Dr Youyou Tu for the identification and isolation of the active substance artemisinin from *Artemisia annua*, incorporating ancestral formulations which formed part of the traditional Chinese medicine, has led to the reinforced recognition of the role of Traditional Knowledge and THM¹.

Local communities do not reap the benefits from drugs derived from Amazon Rainforest plants because the cost associated with isolating and purifying the active principles is unattainable.

3. Other international experiences related prior art and prior informed consent

3.1 The India Traditional Knowledge Digital Library

According to the info provided for the Indian Government, the Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) is a database containing 34 million pages of digital information and more than 2 million of medicinal formulations in several autochthonous languages. Its original task was supporting the efforts for revocation of

¹Brazil's Amazon rainforest, the massive swath of vegetation that accounts for 10% (ten percent) of the world's known species, is again under siege. Available at: <<http://www.florestal.gov.br/snif/recursos-florestais/especies-florestais>>. Last access is March 23rd, 2017 and Hubbell SP (2001) The Unified Neutral Theory of Biodiversity and Biogeography (Princeton University Press, Princeton Department of Ecology and Evolutionary Biology).

¹Youyou, T.: The discovery of artemisin (qinghaosu) and gifts from Chinese medicine - NATURE, Vol 17, No.10, October 2011. In 1967, a project sought engagement on malaria therapeutic alternatives that had struck southern tropical areas in China. More than 200 plants were assessed in pursuit of effective active principles.

patent on wound healing properties of turmeric at the USPTO (see point 2.2), as a tool to assist patent examiners of intellectual property Offices worldwide (IP)

The TKDL is a unique repository of India's traditional knowledge covering the linguistic gap between traditional knowledge recorded in languages such as Sanskrit, Arabic, Persian, Urdu and Tamil, and those used by patent examiners of major IP offices. India's TKDL is a powerful tool to combating "bio piracy". Traditional Knowledge Digital Library* has bring the Indian Systems of Medicines, Ayurveda, Siddha, Unani and Yoga, into five international languages, English, Japanese, French, German and Spanish, with an innovative classification system, the Traditional Knowledge Resource Classification (TKRC).

The TKDL is available online to patent offices under an Access Agreement which includes compulsory non-disclosure mechanisms to safeguard public interests. Under such an agreement, patent examiners may use the only if the content is only revealed to third parties for the purposes of citation.

3.2 The Peru experiences

In the case of the Peruvian maca, the company Pure World Botanicals currently holds four U.S. patents on parts of the maca plant (see point 2.3) a root vegetable originally cultivated by the indigenous communities of Peru.

The root has been traditionally present in the daily diet of indigenous peoples. Its value as a highly nutritional food source as well as its medicinal qualities makes it an important resource for them.

The four patents grant to Pure World Botanicals were:

- the cellulose-free maca plant extract;
- the extraction technique;
- uses of the plant to treat some dysfunctions in humans and animals and
- Administration ways to humans and animals.

The company recognized that the indigenous use of maca root was indeed extremely similar to the company recommended use. USPTO finally granted the patent¹. In the early 2000s, the Peruvian government decided to challenge the US patents on behalf of Peruvian indigenous populations, on the basis that they were not a "new invention".

¹Op, cit. Landon, 2007.

In an article on the maca case Landon highlights that

The government of Peru is able to do so because they have laws declaring it impossible to hold patents on parts of plants, including extracts 'they avoid designating which groups have the right to the plant by keeping it in the realm of communal knowledge'. Rather than demanding royalties from Pure World Botanicals or issuing a patent in the name of a particular indigenous community, the Peruvian government sought only to revoke the patent, and their laws forbidding certain types of patents allowed them to do so. My forbidding certain patents altogether the Peruvian government has established policies, which respect the cultural values of the indigenous community and make it possible for the indigenous people to protect their intellectual property while maintaining their cultural beliefs¹.

Final considerations

In spite of proactive role taken for the Brazilian authorities in respect of the provisions on Access to Benefit Sharing, the Nagoya Protocol is not in force in the Brazil territory since the ACB Protocol has not still been formally ratified.

The role of Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN - in the implementation of Biodiversity provisions (currently based in Law No 13.123 of 20 May 2015) has been analysed by international experts. According to Medaglia Cabrera J., Perron-Welch, Frederic, Phillips Freedom-Kai (CISDL Biodiversity & Biosafety Law Research Programme), between other authors:

A number of lessons could be taken (...) First, the CGEN is a council composed solely of representatives of the government, which means that the private sector, academics, Indigenous peoples and local communities are excluded from the deliberation of the main issues related to the management of genetic resources and the associated traditional knowledge. (...) Another lesson arising with the MP is that strict rules on access to genetic resources and to the associated traditional knowledge can dissuade researchers and business from its utilization².

¹Idem. Landon, 2007.

²Medaglia Cabrera J., Perron-Welch, Frederic, Phillips Freedom-Kai. National overview of national and regional measures on access and benefit sharing. Challenges and opportunities in implementing the Nagoya protocol CISDL Biodiversity & Biosafety Law Research Programmer, 2014. The Centre for International Sustainable Development Law (CISDL) is located in Montreal, Canada, In June 2000, the protected area, the landowner, or the Brazilian maritime authority, respectively).

According with observers the access to genetic resources and benefit-sharing shall be developed according to good governance principles to increase legal certainty and stimulate research and development (R + D)¹.

ACKNOWLEDGMENTS

My thanks to Germán Fernández Farreres, Dean of Administrative Law Department of Universidad Complutense de Madrid - UCM - and Leonardo Rabelo, Dean of Researcher and Degree Coordinator of Veiga de Almeida University - UVA -, who furnished very useful information and provided excellent research assistance for the draft, and is thankful to these institutions which provided financial research and encouraged the systematic study. This study is a work from Research Project on Development, globalization of legal relations and policies. The author also is obliged to give particular thanks to her team from GLUC - The Global Comparative Law Institute of the Universidad Complutense de Madrid, who were very helpful in its form of research and reviewer for allowing us to modify templates they had developed.

REFERENCES

BARDI MARCELO, A.G., Gutierrez-Oppe Evelyn, Politano, Rodolfo. Traditional knowledge products in Latin America and their misappropriation. In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2011) 6 (10): 753. DOI: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpr021>

BRASIL - MRE - Ministério das Relações Exteriores - *Sustainable Development Goals and targets of “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”*. Available at Sustainable Development:

¹See Medaglia Cabrera J., et al., a Provisional Measure 42 (MP) addressing elements involved in access to genetic resources. The MP establishes a council for managing Brazilian genetic heritage, the Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN). Its main tasks are to implement national policies on access to genetic resources and TK, and develop technical and administrative activities for providing or denying access. It has been difficult to implement the original MP, making it necessary to draft complementary legal measures clarifying the original terms and scope. national security, or jurisdictional waters, continental shelf or exclusive economic zone [EEZ]), different agents are called to take part in the authorization granting or denying prior informed consent (Indigenous communities, a competent authority within If the access is for commercial purposes, Article 16 of the MP establishes that the applicant, besides obtaining authorization, must sign a contract that sets out how the benefits arising from the commercialization of the resources are to be distributed. Article 25 indicates some ways for sharing the benefits: royalties, technology transfer, free licenses to products or process, and human capacity building. The contract must include, among other elements, the resources accessed, benefit-sharing provisions, rights and obligations, intellectual property rights, contract cancellation clauses, and jurisdiction in Brazil for dispute settlement

<http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/20150819-CGDES-ODS-port.pdf>. Last access is February 23rd, 2016.

_____. MMA - Ministério do Meio Ambiente - *National overview of national and regional measures on access and benefit sharing*. Challenges and opportunities in implementing the Nagoya protocol. In: Brazil's Amazon Natural Resources on Rainforest. Available at: <<http://www.florestal.gov.br/snif/recursos-florestais/especies-florestais>>. Last access is March 23rd, 2016.

_____. PRESIDÊNCIA. Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity (CDB), held in Montreal on January 29, 2000 - *Decree No. 5,705, of February 16, 2006 to promulgate the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm> and <<https://bch.cbd.int/protocol/>>. Last access is February 3rd, 2016.

HUBBELL, S.P. *The Unified Neutral Theory of Biodiversity and Biogeography*, In: *Princeton University Press, Princeton Department of Ecology and Evolutionary Biology*. 2001.

KUMAR, S. *India wins battle with USA over turmeric patent*. *The Lancet*, 1997, Vol.350 (9079), pp.724:

LANDON, Amanda J. *Bioprospecting and Bio piracy in Latin America: The Case of Maca in Peru* *Nebraska Anthropologist* 2007 - Paper 32

MATOS, Darley C. L. et al. In: *Rodriguésia On-line* - e-ISSN 2175-7860 vol.64 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2013. DOI = <<http://dx.doi.org/10.1590/S2175-78602013000200012>>. Access on May, 26th, 2016.

MOREIRA, Adriana Campos et al. *Pharmaceutical patents on plant derived materials in Brazil: Policy, law and statistics*. In: *World Patent Information*. Volume 28, Issue 1, March 2006, Pages 34-42. DOI = <<https://doi.org/10.1016/j.wpi.2005.07.016>>. Last access is March 12th, 2016.

O'CONNOR, D. *Governing the global commons: Linking carbon sequestration and biodiversity conservation in tropical forests*. In: *Global Environmental - Change* 18 (2008) 368-374

RAGHAVAN, C. *Neem patent revoked by European Patent Office*. *Third World Network*. 2000, p. 1-2.

UE - Resolution adopted by the General Assembly on 29 July 2016 [without reference to a Main Committee (A/70/L.60)] 70/299. In: *Follow-up and review of the 2030 Agenda for Sustainable Development at the global level*.

SUSTENTABLE DEVELOPMENT - *Sustainable Development Knowledge Platform*. Available at: <<https://sustainabledevelopment.un.org/>>. Last access is March 3rd, 2016.

TUPPER, K.H. *Ayahuasca healing beyond the Amazon: the globalization of a traditional indigenous entheogenic practice*. January 2009, DOI: 10.1111/j.1471-0374.2009.00245

UN - *United Nations*. Available at: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/299>. Last access is March 23rd, 2016.

_____. *Indigenous Peoples contributes to reviews on progress at country level in the 2030. Agenda for Sustainable Development*. Available at: <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/2016/Docs-updates/Indigenous-Peoples-and-the-2030-Agenda-with-ndicators.pdf>>. Last access is February 22nd, 2016.

_____. *Nagoya Protocol*. Available at: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Last access is February 24th, 2016.

Artigo recebido em: 21.09.2016
Revisado em: 05.12.2016
Aprovado em: 20.12.2016

STRUMENTI DI CONTRASTO AL FENOMENO DELLA CORRUZIONE: ESPERIENZA ITALIANA E BRASILIANA A CONFRONTO

STUDIES OF THE TOOLS CONTRARY TO THE CORRUPTION PHENOMENON: COMPARISON OF THE ITALIAN AND BRAZILIAN EXPERIENCE

Maristella Amisano¹

Pós-doutora em Direito

Universit  della Calabria, Cal bria - Itália

Cristiana Fortini²

P s-doutora em Direito (Estágio S nior)

George Washington University, Washington (WA) - USA

RIASSUNTO: Il fenomeno corruttivo   esploso negli ultimi anni in Brasile con scandali che hanno raggiunto le pi  alte cariche dello Stato e coinvolto somme di denaro ingentissime. Il mondo della politica e dell'impresoria sono stati travolti da scandali di enormi proporzioni. La stampa brasiliana ha immediatamente fatto il paragone con il periodo di Tangentopoli vissuto dall'Italia. Il paragone, per la verit , non regge: diversa l'entit , diverse le conseguenze, diverso l'atteggiamento delle forze politiche. Tuttavia, dal punto di vista giuridico, si   posto il problema di quale siano gli strumenti pi  efficaci per contrastare il fenomeno corruttivo ed il confronto con le strategie poste in campo dall'Italia durante il periodo di Tangentopoli sono state studiate dai pi  attenti giuristi brasiliani al fine di trarne spunti applicabili alla legislazione brasiliana.

PAROLE CHIAVE: Fenomeno corruttivo; forze politiche; esperienza italiana e brasiliana a confronto.

¹Possui p s-doutorado pela Universit  della Calabria (2007). Atualmente   professor da Universit  della Calabria. Tem experiência na  rea de Direito, com  nfase em Direito Público. E-mail: maristellabh@gmail.com

²Visiting Scholar na George Washington University (Bolsa Capes). Doutora em Direito Administrativo pela UFMG, Professora do Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, Subchefe do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG, Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG, Coordenadora da Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP), Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Advogada. E-mail: crisfortini@uol.com.br

ABSTRACT: The corruption phenomenon has exploded in recent years in Brazil with scandals that have reached the highest offices of the state and involved huge sums of money. The world of politics and entrepreneurship have been overwhelmed by scandals of enormous proportions. The Brazilian press immediately made the comparison with the period of Tangentopoli experienced by Italy. The comparison, to tell the truth, does not stand up: the entity is different, the consequences are different, the attitude of the political forces is different. However, from a legal point of view, the problem has been posed of which are the most effective tools to counteract the corrupting phenomenon and the comparison with the strategies put in place by Italy during the period of Tangentopoli have been studied by the most careful Brazilian jurists. in order to draw ideas applicable to Brazilian legislation.

KEYWORDS: Corruptive phenomenon; political forces; Italian and Brazilian experience in comparison.

Introduzione

Il fenomeno corruttivo è esploso negli ultimi anni in Brasile con scandali che hanno raggiunto le più alte cariche dello Stato e coinvolto somme di denaro ingentissime. Tale comparazione è facilitata dalle somiglianze che intercorrono tra i due ordinamenti: non solo trattasi di ordinamenti di civil law, ma ci sono similitudini molto forti anche a livello di Pubblica amministrazione e, quindi, di azione amministrativa. Elemento di non poco conto, visto che quando si parla di corruzione si tocca necessariamente l'ambito pubblico. Malgrado questi elementi aiutino il confronto fra ordinamenti, non possiamo sottacere che un serio lavoro di comparazione è molto più di questo.

Occorre confrontare il contesto storico, sociale, i principi Costituzionali e -nel caso del diritto penale- anche l'incidenza di determinati illeciti in quello specifico contesto. In diritto penale, infatti, una comparazione che non si limiti ad essere culturale ma che colga l'essenza degli istituti nel loro contesto è resa più complicata dal fatto che gli illeciti mutano al mutare delle esigenze sociali, che sono estremamente radicate a quel territorio, a quel contesto storico, sociale e politico, financo culturale.

Per queste ragioni il diritto penale si è aperto alla comparazione dopo il diritto civile. Ma questo non esclude l'importanza di uno studio comparato, non soltanto

ai fini di armonizzazione del diritto europeo ed internazionale, ma anche ai fini di una più incisiva tutela per i cittadini. Rilevare similitudini e differenze nei diversi ordinamenti, evidenziando concetti e categorie comuni, rende migliore la comprensione delle regole di diritto e porta a soluzioni migliori, orientando la politica criminale verso gli strumenti che si sono rivelati più incisivi. E non basta.

La comparazione tra ordinamenti si rende ogni giorno più utile perché la nostra epoca, rispetto al passato, si contraddistingue per la nascita di problematiche nuove, se non identiche, molto simili in gran parte dei sistemi giuridici. Questo comporta che le soluzioni da adottare siano quanto più uniformi possibile, visto che non è più materialmente fattibile affidarsi esclusivamente alla tradizione culturale ed alla legislazione dei singoli Stati. Il presente lavoro ha come scopo proprio quello di individuare soluzioni soddisfacenti ad un problema comune (non solo all'Italia ed al Brasile): la corruzione.

Non vorremmo, però, uno studio condotto sulle mere formule linguistiche: cercheremo di ricostruire la progressione dei processi evolutivi degli istituti penali, delle sanzioni amministrative, l'influsso degli elementi sociali e politici, dello sviluppo economico, del regime costituzionale, delle caratteristiche della criminalità e di tutti gli altri fattori si dimostrino necessari ad una comparazione che non voglia essere meramente informativa.

Certo, la base sarà conoscitiva perché la prima operazione non potrà che essere quella ricognitiva, ovvero quella dell'overview compiuta da un giurista dello stesso Paese a beneficio del lettore straniero. Ma verranno esaminati entrambi i sistemi di riferimento, in un'ottica plurisistemica che tende ad una comparazione per modelli³, pur senza giungere al metodo di comparazione più raffinato e complesso, ovvero quello mediante individuazione e dissociazione dei formanti⁴.

1 La Corruzione in Italia: Evoluzione Normativa e Strategia di Lotta

I comportamenti di corruzione costituiscono reato punito all'interno del codice penale con quelle particolari sanzioni estremamente afflittive che caratterizzano -appunto- il diritto penale. Per comprendere quali sono state le strategie per arginare il fenomeno dobbiamo ripercorrere le modifiche normative che nel tempo si sono succedute in un'ottica di sempre maggior lotta al fenomeno.

Il punto di partenza è la normativa vigente quando è sorto il più grande scanda-

³Si veda: Francesco Palazzo, Michele Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000

⁴Per un'indagine completa e raffinata: Rodolfo Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Trento, 1992

lo di corruzione in Italia: Tangentopoli. Si tratta delle norme che sono state utilizzate per punire i reati riscontrati e che hanno mostrato, in quel periodo di massiccia applicazione, alcune lacune che ne rendevano difficile l'interpretazione e che sono state modificate per garantire maggior chiarezza interpretativa e, quindi, più certa applicazione. Il nucleo della normativa che punisce la corruzione e che, con alcune modifiche, permane tutt'ora è costituito dagli articoli 318, 319 e 321 c.p. L'articolo 318, rubricato (sino alla riforma del 2012) "Corruzione per un atto d'ufficio", prevedeva che

il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno.

La peculiarità di questa fattispecie, che la connota rispetto all'art. 319, è che il pubblico ufficiale viene punito per compiere o per aver compiuto un atto del suo ufficio, che quindi rientra tra le sue funzioni. Lo fa, però, dietro dazione o promessa di denaro o altra utilità ed è questo elemento che rende il comportamento criminoso perché la funzione pubblica non può e non deve essere oggetto di mercimonio. L'articolo 319 c.p., invece, è rubricato "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio" e punisce:

Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da tre a cinque anni.

Risulta immediatamente chiaro che qui è punito il comportamento di un pubblico ufficiale che, dietro mercimonio, compie un atto contrario ai suoi doveri, oppure ritarda o omette un atto del suo ufficio. Il paragone tra gli articoli 318 e 319 c.p. hanno portato la dottrina italiana a distinguere varie forme di corruzione: propria, impropria, antecedente, susseguente, attiva e passiva.

L'analisi degli articoli 318 e 319 ci consentono di individuare quasi tutte le forme di corruzione classificate: per corruzione impropria si intende quella punita

dall'art. 318 c.p., ove il pubblico ufficiale è punito per il fatto di ricevere indebitamente del denaro, tuttavia non compie un atto contrario ai suoi doveri, ma compie un atto che rientra tra le sue funzioni.

La corruzione propria, invece, riguarda il comportamento del pubblico ufficiale che riceve del denaro per compiere un atto che è contrario ai suoi doveri. Si distingue, invece, tra corruzione antecedente o susseguente a seconda del momento in cui il denaro o l'altra utilità sono dati o promessi al pubblico ufficiale: se il denaro o l'altra utilità sono dati prima che l'atto, conforme o contrario ai doveri, sia compiuto dal pubblico ufficiale, allora la corruzione si dice antecedente. La sua gravità appare maggiore perché è come se la prospettiva di un vantaggio abbia motivato il pubblico ufficiale al compimento dell'atto. Qualora, invece, il denaro o l'altra utilità vengano dati o promessi successivamente al compimento dell'atto, la corruzione è detta susseguente.

Per comprendere la differenza tra corruzione attiva e passiva ci manca un tassello, costituito dall'art. 321 c.p., secondo cui: “ Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell'art. 319, nell'art. 319 bis, nell'articolo 319 ter e nell'art. 320 in relazione alle suddette ipotesi degli artt. 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro o altra utilità”. Qui il soggetto attivo muta: è punito il privato oltre che il pubblico ufficiale, tranne che nel caso di corruzione attiva impropria susseguente⁵.

Questa normativa ha dato luogo a moltissimi problemi di interpretazione: il primo, senza dubbio, ha riguardato il tempo di consumazione del reato, inscindibilmente legato al momento di prescrizione dello stesso⁶. Altro problema, fra i molti, è stato quello della individuazione dell'atto specifico oggetto di corruzione, che escludeva la punibilità del fenomeno di c.d. corruzione ambientale.

Però, anziché intervenire sulla struttura delle norme che punivano la corruzione per facilitarne l'applicazione in un maggior numero di casi, il legislatore ha scelto una strada di lotta al fenomeno diversa. Apparentemente più forte ma, nei fatti, assai più debole. Mi riferisco all'aumento delle pene edittali. Negli anni, tutte le volte che il legislatore-spesso mosso da un'onda mediatica relativa a qualche fatto di corruzione- ha modificato le norme che puniscono i reati di

⁵Sulle tipologie della corruzione si veda Carlo Benussi, I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, I, 1, in Trattato di diritto penale, parte speciale, diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, 22ª ed, Cedam, Padova, 2013.

⁶Sul tema è particolarmente interessante, anche per gli spunti critici, l'analisi di Roberto Rampioni, I delitti di corruzione. Studi su casi, Cedam, 2008.

corruzione, ha semplicemente aumentato le pene edittali senza incidere sulla struttura della fattispecie.

Come se l'aumento di una pena che è soltanto "minacciata" -come ricorda l'etimologia latina del termine- possa essere la panacea di tutti mali. Purtroppo l'equilibrio del sistema sanzionatorio e la sua effettività sono ben più complesse: più che la pena comminata ad avere efficacia special e general preventiva sono la pena irrogata e, soprattutto, quella effettivamente scontata. Si tratta di un problema complesso, che vede in gioco molti aspetti, compresi quelli del sovraffollamento carcerario e della necessità di prevedere sanzioni sostitutive o alternative per soddisfare l'esigenza di rieducazione, imposta dalla Carta costituzionale.

Un unico dato, però, è certo. Il solo aumento della pena edittale ha effetti minimi sulla prevenzione speciale ma soprattutto generale, che è quella che più interessa quando si tratta di mezzi efficaci per combattere un determinato fenomeno criminoso.

Solo nel 2012 il legislatore ha inciso sulla normativa in maniera strutturale, soprattutto con riferimento all'art. 318 c.p., ponendo fine ad uno dei problemi interpretativi che più avevano limitato l'applicazione della norma.

Secondo la normativa vigente prima della riforma, l'atto d'ufficio oggetto della corruzione impropria doveva essere sempre determinato affinché potesse dirsi realizzato il reato: l'atto doveva cadere nelle specifiche attribuzioni del pubblico ufficiale e doveva essere individuato perché si realizzasse corruzione. La riforma ha cambiato la fattispecie a partire dal titolo: non si tratta più di corruzione per atto d'ufficio ma di corruzione per l'esercizio della funzione. Già il titolo fa capire che l'idea del legislatore era quella che il pubblico ufficiale fosse punito per l'esercizio della sua funzione quando questa avvenga dietro retribuzione: non c'è più la necessità dell'individuazione di un atto d'ufficio determinato. Il testo della norma conferma l'impressione data col titolo e punisce: "Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a sei anni".

Ma già dal 2008, il legislatore italiano ha imboccato una strada diversa, decidendo di punire la corruzione tra privati. Decisione importante perché fa uscire la corruzione dall'ambito in cui tradizionalmente era stata ristretta, ovvero sia l'ambito pubblico. Scegliere di punire il mercimonio che riguarda il mondo privato significa cambiare l'accostamento al fenomeno in maniera radicale. Partendo

da un primo tentativo del 2008 inserito nel codice civile durante la riforma dei reati societari, attraverso le opportune modifiche del 2012 e le ultime del 2017, oggi la norma punisce:

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sè o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocuo-mento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e secondo comma è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.

Questa norma costituisce la dimostrazione che la corruzione deve essere combattuta tanto in ambito pubblico quanto in ambito privato perchè solo una lotta a tutto campo potrà portare i risultati sperati⁷.

Il legislatore dal 2012 in avanti non ha soltanto inciso sulle fattispecie non limitandosi a modificare -aumentandole- le pene edittali, ma ha dato inizio ad un nuovo ciclo di lotta alla corruzione. Innanzitutto ha avviato una riforma della Pubblica Amministrazione che, all'interno di ogni settore, prevede la creazione di compliance programs finalizzati ad evitare la corruzione e di organismi interni di controllo. Insomma, una lotta alla corruzione che inizia dal basso e riguarda, prima che il penale, l'attività amministrativa. Scelta assolutamente apprezzabile dato che il diritto penale deve sempre essere utilizzato come strumento di ex-

⁷Sull'evoluzione della normativa relativa alla corruzione tra privati ci permettiamo di richiamare Maristella Amisano, *Le tipologie della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

trema ratio quando tutti gli altri sono stati esperiti in vano. E' stata poi istituita l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che si occupa di prevenzione e controllo della corruzione nei grandi appalti pubblici e che sino ad ora, anche grazie all'autorevolezza del suo presidente, Raffaele Cantone, ha dato ottimi risultati.

Dal punto di vista delle scelte operate in diritto penale, merito del legislatore più recente è stato quello di “toccare nel portafoglio” i corrotti, non solo attraverso la confisca di ciò che ha costituito il prezzo o il prodotto del reato: ora la sospensione condizionale della pena è subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato. È stato anche inserito l'art. 322 quarter che riguarda la riparazione pecuniaria: in caso di condanna per i reati di peculato, concussione, corruzione etc... viene sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale. Resta impregiudicato il risarcimento del danno.

Insomma, oggi si tentano altre due strade: la prevenzione e la sanzione pecuniaria. Percorsi che sin da subito hanno portato l'Italia ad una miglior posizione nel ranking mondiale redatto da Transparency International. Negli ultimi anni Italia e Brasile erano quasi appaiate nel ranking percettivo di corruzione. Certo, non può sottacersi che trattandosi di indice percettivo risente inevitabilmente di elementi culturali che, proprio dopo il fenomeno di “mani pulite” rendono gli italiani particolarmente sensibili. Ma di certo questo non è elemento dirimente: Brasile ed Italia hanno occupato le stesse posizioni nel ranking mondiale per anni. Ma dopo le ultime misure anticorruzione italiane, mirate alla creazione di una cultura preventiva a tutto tondo, anziché all'uso dell'unico strumento dell'aumento delle pene edittali, l'Italia nel 2016 ha occupato il sessantesimo posto, mentre il Brasile è scivolato al settantanovesimo.

E' ancora presto per dare dei giudizi: con tutta probabilità il Brasile risente dello scandalo Lava Jato, sicuramente uno dei più grandi e devastanti dell'epoca democratica del Paese. Quel che mi pare importante, però, è che l'Italia ha intrapreso un cammino nuovo e che mi auguro darà risultati nel creare una cultura sociale nuova. Questo è anche lo spirito che anima l'ANAC e il suo presidente, secondo cui:

Per guarire da una malattia non bastano le cure, serve una stile di vita sano che riduca i fattori di rischio che possono concorrere all'insorgere di determinate malattie. Per spiegare quello che stiamo facendo in Italia, soprattutto sul fron-

te degli appalti pubblici, che costituisce il comparto in cui è maggiore il rischio di infiltrazioni criminali in virtù delle cifre che riesce a muovere, vorrei partire da un paragone “medico” - per guarire da una malattia non bastano le cure, serve una stile di vita sano che riduca i fattori di rischio che possono concorrere all’insorgere di determinate malattie.

Nel 2014, quando mancava un anno all’inizio di Expo, gli scandali e gli arresti minacciavano lo svolgimento della manifestazione. Per tornare al paragone di prima: il malato rischiava seriamente il decesso. Per recuperare il tempo perso, cercando di assicurare rapidità delle procedure ma al tempo stesso i necessari controlli di legalità, abbiamo messo a punto un modello di “vigilanza collaborativa” che di fatto consiste nella verifica preventiva delle operazioni di gara: bandi, lettere di invito, disciplinari, capitolati ma anche schemi di contratto e verifiche ex post come le aggiudicazioni o le varianti al progetto.

Alla fine expo, che rischiava di esporre l’Italia a una figuraccia internazionale, si è tenuta regolarmente e non ci sono stati più scandali, a dimostrazione che non è vero il luogo comune secondo cui maggiori controlli comportano un allungamento dei tempi. Sotto questo punto di vista l’esperienza italiana può rappresentare a pieno diritto un benchmark. Il controllo delle procedure con cui vengono assegnati gli appalti pubblici rappresenta però solo un pezzo di questa battaglia. Altrettanto fondamentali sono i Piani di prevenzione della corruzione, con cui ogni pubblica amministrazione italiana ogni tre anni deve individuare le aree più a rischio al proprio interno, indicando le misure che intende adottare per prevenire possibili fenomeni corruttivi, la tempistica con cui realizzarli e i responsabili dei controlli.⁸”

2 Le Più Recenti Strategie Anti-Corruzione In Brasile

Il tema della corruzione è entrato prepotentemente a far parte dell’agenda pubblica, soprattutto successivamente alla adesione del Brasile al movimento internazionale di controllo della corruzione, che ha avuto come primo risultato, a partire dagli anni 2000, l’adozione di vari strumenti giuridici finalizzati a prevenire ed a combattere il fenomeno, in modo più o meno diretto.

Per ottemperare agli impegni assunti con gli organismi internazionali quali Or-

⁸Liberamente tratto dalla relazione annuale Anac 2016 di Raffaele Cantone.

ganizzazione delle Nazioni unite (ONU) e Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCDE), il Brasile ha promulgato leggi che mirano a combattere, tanto in ambito amministrativo, quanto penale, la corruzione che vale la pena di sottolineare - può essere intesa, tra le altre accezioni, come l'uso della posizione pubblica per ottenere vantaggi privati⁹. Di grande importanza ed accolta come grande innovazione è la riforma amministrativa finalizzata a combattere più efficacemente la corruzione.

Benché, per rendere meno attraente la pratica corruttiva, siano stati introdotti elementi di costo come, per esempio, quelli stabiliti indirettamente dalla legge n. 12.846/13, c.d. Legge Anticorruzione, che prevede multe per gli enti che si rendono colpevoli di corruzione, oppure siano stati introdotti strumenti come la collaborazione premiata che ha la finalità di agevolare le indagini e destabilizzare le associazioni criminali, un dato resta chiaro: la corruzione non sarà debellata finché non cambieranno alcune condizioni della società nella quale è radicata.

Non per nulla gli studi di storici, socio-politologi e sociologi - oltre, ovviamente, a quelli dei giuristi - danno spiegazioni e valutazioni del fenomeno che non possono essere trascurate tutte le volte che si parla di corruzione.

Vogliamo citare, a titolo di esempio, il lavoro di Luis Roberto Barroso, che recupera alcuni aspetti del processo di colonizzazione del Brasile in cui si evidenziano il patrimonialismo e la disuguaglianza, che, insieme, hanno contribuito a creare quel "jeitinho brasileiro"¹⁰ che si pone come inizio all'inosservanza delle regole giuridiche¹¹.

In Brasile, l'ordinamento giuridico associa Stato e corruzione, lasciando intendere che l'esistenza della corruzione coinvolge solo l'ambito pubblico.

Anche nei casi in cui è giuridicamente vietato un determinato comportamento che non coinvolge lo Stato, se ne intravede, seppur indirettamente, la presenza.

Si vedano, per esempio, i casi delineati all'art. 5 della legge 12.846/13, lettere c) e e). Sono ivi sanzionati comportamenti di privati che, malgrado non richiedano la partecipazione del funzionario pubblico, vengono ad incidere sulla sfera statale, individuata come la vittima del cattivo comportamento del privato. Infatti, 1) allontanare o cercare di allontanare il partecipante ad un appalto o lici-

¹⁰Tradurre questa espressione non è semplice: sono coinvolte non solo l'uso linguistico ma anche quello culturale. In via generica, possiamo tradurre l'espressione come "il modo di risolvere le cose brasiliano", ovvero quel piccolo modo di aggirare gli ostacoli per trovare una soluzione, anche quando questa si pone ai limiti della legge.

¹¹Luis Roberto Barroso, *Etica e jeitinho brasileiro: por que a gente è assim?* Discorso alla Brazil Conference, Harvard University, 2017, disponibile su <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>> Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

tazione attraverso un comportamento fraudolento o offrendo vantaggi di qualsivoglia natura oppure 2) costituire, in modo fraudolento o irregolare, una persona giuridica per partecipare ad una licitazione pubblica o concludere un contratto di diritto pubblico sono entrambe azioni realizzate da privati. Non c'è un funzionario pubblico necessariamente coinvolto, ciononostante la legge considera questi comportamenti corruzione. Infatti, senza dubbio si tratta di comportamenti che incidono sulla sfera statale.

Nell'ordinamento brasiliano, anche a voler considerare la maggior ampiezza del concetto di corruzione ai fini della responsabilità civile ed amministrativa delle persone giuridiche stabilita dalla legge 12.846/13, rispetto al concetto di corruzione attiva che compare all'art. 333 del Codice penale¹², sono sottratti alle sanzioni diversi comportamenti antietici. Ed è una scelta che comporta conseguenze rilevanti: una maggior tolleranza dello Stato fa in modo che si radichi l'idea di un ambiente in cui la mancanza di etica non viene sanzionata. E questa "riserva di spazio" nella quale si tollerano determinati comportamenti rende molto più difficile la lotta alla corruzione giuridicamente sanzionata. Con questo vogliamo ribadire che la lotta alla corruzione deve essere combattuta su diversi fronti e non soltanto quando viene toccata in vario modo la sfera pubblica. Anzi, in realtà, non solo certi comportamenti antietici compiuti da privati che non si ripercuotono in ambito pubblico non sono negativamente stigmatizzati, ma sono spesso addirittura applauditi silenziosamente. Offrire regali di pregio a professori di scuole private o ai capi dei settori acquisti di grandi imprese sono esempi quotidiani di corruzione che il Brasile non sanziona.

La legge 12.846/13, anche conosciuta come legge di responsabilità oggettiva delle persone giuridiche o più semplicemente legge anticorruzione, si rivolge alle persone giuridiche che corrompono, cioè che compiono condotte che la legge definisce come infrazioni. La presunta novità starebbe nella natura oggettiva della responsabilità amministrativa e civile, che prescinde, pertanto, anche dalla colpa. Diciamo 'presunta novità' perché la legge che delinea il sistema brasiliano di difesa dalla concorrenza, cioè la legge n. 12.529/11, già prevedeva,

¹²Corrupção ativa: Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Traduzione: Corruzione attiva: Art. 333 - Offrire o promettere un indebito vantaggio a un pubblico ufficiale, al fine di determinarlo a praticare, omettere o ritardare un atto ufficiale: Penalità - reclusione, da due (2) a dodici (12) anni, e fine. Paragrafo unico - La pena è aumentata di un terzo se, a causa del vantaggio o della promessa, il funzionario ritarda o omette un atto di ufficio o lo pratica in violazione del dovere funzionale.

prima dell'entrata in vigore della normativa anticorruzione, una responsabilità oggettiva amministrativa. Ovverosia: malgrado sia considerata una innovazione in ambito amministrativo, la responsabilità oggettiva delle persone giuridiche delineata dalla legge 12.846/13 segue altra legislazione che già toccava la Pubblica Amministrazione.

Allo stesso modo, dobbiamo riconoscere l'esistenza di previsione sanzionatoria per i comportamenti posti in essere dagli enti ancor prima della legge anticorruzione. La legge n. 8.666/93 (Legge generale delle licitazioni e dei contratti amministrativi) e la legge 10.520/02 (c.d. Legge "do Pregao"), per esempio, prevedono un controllo amministrativo delle azioni eticamente riprovevoli, attraverso sanzioni piuttosto rilevanti, quali la dichiarazione di inidoneità e la sospensione del diritto di contrattare con la Pubblica Amministrazione. Intendiamo dire che alcuni dei comportamenti sanzionati attraverso la legge 12.846/13 potevano già, prima della sua promulgazione, portare ad una sanzione amministrativa dell'ente. Basti pensare che l'ente poteva essere dichiarato inidoneo a contrattare con la Pubblica Amministrazione (sanzione a cui si sommava quella pecuniaria della multa) sulla scorta dell'art. 87, II e IV della legge 8.666/93, nelle stesse situazioni che sono ora contenute nell'art. 5 della legge 12.846/13.

Insomma, come previsto dalla stessa legge anticorruzione, una medesima condotta potrebbe dar luogo ad una sanzione in virtù della legge che regola le contrattazioni pubbliche e, ovviamente, in virtù della legge 12.846/13. Quindi, si tratta di diversi ambiti di responsabilità.

Ma, come già detto, non portano a risultati soddisfacenti le leggi che puniscono i pubblici ufficiali, gli imprenditori e gli enti che si rapportano con la Pubblica Amministrazione se non si guarda alle ragioni che danno origine al fenomeno.

C'è nella realtà politica, economica e sociale brasiliana una questione primordiale che alimenta la corruzione. Si tratta di una lampante diseguaglianza. E' questo elemento che dà forza alla corruzione e, allo stesso tempo, crea un paradosso solo apparente, nel quale i cittadini vedono sempre negli altri, in special modo nella classe politica, i corrotti, ma quasi mai si vedono coinvolti in fatti corruttivi¹³.

La società brasiliana è profondamente segnata da diseguaglianze storiche, la

¹³Erica Fraga, Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. Folha de São Paulo, 2016. In: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

gerarchia permea tutti i livelli sociali e si sviluppa non soltanto nelle relazioni tra lo Stato ed i privati ma anche nelle relazioni tra privati. Questo è il terreno ideale per il radicarsi della corruzione: favorisce un ambiente dove non c'è adesione alle norme, nel quale tutti sembrano avere ragioni più importanti per non adempiere ai comandi e non si sentono uguali agli altri¹⁴.

Dobbiamo riconoscere, dall'altro lato, che le modifiche legislative, insieme all'inserimento di nuove pratiche e di nuovi strumenti di controllo della Pubblica Amministrazione brasiliana, in special modo a partire dalla prima decade del secolo XXI, sono state accompagnate da una maggior intolleranza della popolazione con riguardo alla corruzione. Possiamo riconoscere, quindi, una evoluzione sociale che, però, non può limitarsi a sfociare nella indignazione. Il fatto che i media seguano i casi di corruzione, soprattutto quelli più imponenti, dimostra l'attenzione con cui la società si occupa del tema e, allo stesso tempo, alimenta nuova intolleranza con i comportamenti inadeguati.

Allo stesso modo non si può trascurare che, nonostante la necessaria lotta contro la corruzione, lo sforzo continuo e l'incessante discussione sulle alternative politiche possibili, si sta combattendo una guerra all'interno dello stesso ordinamento giuridico. Condotte distanti dai principi di ordinamento, pur non perpetrate in ambito pubblico, sono altrettanto nocive. Ma il Brasile non le punisce.

E' possibile che una determinata impresa proibisca comportamenti che realizzano corruzione tra privati, ma non esistono leggi sull'argomento che impongano sanzioni. Così una impresa potrebbe corrompere chi lavora per altra impresa senza subire punizione alcuna. Eppure questo comportamento viene comunque ad incidere sull'interesse pubblico perché lede la libera concorrenza. Ma lo Stato non lo punisce. Un alunno potrà dare un'utilità indebita ad un professore di una scuola privata per accattivarselo, ma lo Stato brasiliano non lo sanzionerà.

Al contrario di quel che accade in Italia, che punisce la corruzione tra privati dimostrando una vera intolleranza verso questo tipo di comportamenti. Ma questo in Brasile non accade.

¹⁴Le discussioni sollevate da Célia Regina Jardim Pinto sulla disegualianza storia brasiliana e la sua influenza sulla corruzione riprendono le considerazioni di Daron Acemoglu e James Robinson sulla ricchezza di alcune nazioni e la povertà di altre, dove il fattore differenziale sarebbero proprio le istituzioni: nei paesi poveri, al contrario dei più ricchi, si evidenziano istituzioni che escludono e che, strumentalizzate dall'élite politica, cadono in circoli viziosi, finalizzati alla perpetuazione del potere a detrimento della popolazione. In proposito, si veda Daron Acemoglu James Robinson, *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Considerazioni finali

Le due analisi compiute sugli ordinamenti italiano e brasiliano mostrano analogie e differenze, come sempre accade in ogni confronto comparatistico.

Di certo i due Paesi non sono stati risparmiati da imponenti fenomeni corruttivi che hanno avuto conseguenze sull'assetto politico ed anche economico. La normativa penale dei due Paesi è assimilabile, malgrado una tecnica redazionale un po' diversa. Quel che sembra divergere sono le strategie di lotta al fenomeno.

Il Brasile ha tentato la strada della collaborazione premiata e dell'accordo di clemenza: strumenti in cui lo Stato scende a patti con i criminali per trarne informazioni ripagate con benefici. L'accordo di clemenza è istituito sconosciuto all'ordinamento italiano. Non così per la collaborazione premiata: strumento che, *mutatis mutandis*, in Italia è stato utilizzato per la lotta alla mafia. Con quali risultati? Difficile dirlo. Quel che è certo è che i problemi processuali in ordine all'ammissibilità della prova sono stati molti e che ci sono state strumentalizzazioni da parte dei c.d. pentiti che senza dubbio minano l'efficacia dell'istituto. Istituto che, però, nulla ha a che vedere con un accordo sulla pena che diventa, così, negoziabile al punto dell'immunità. Collaborazione sì, ma premiata fino ad un certo punto. Almeno in Italia. La collaborazione non è mai stata estesa ai reati di corruzione, segno che il legislatore italiano lo ha considerato uno strumento inadeguato.

Il Brasile, al momento, complice l'esplosione del fenomeno ad alti livelli politici, ha privilegiato la strada della collaborazione premiata a quella della prevenzione, che però si sta facendo largo in parte della dottrina penalistica ed amministrativistica. Così come da più parti si chiede l'introduzione del reato di corruzione tra privati, ritenuto necessario per debellare un vero e proprio *modus vivendi*.

L'idea comune che si ricava dall'analisi che abbiamo compiuto è quello che la corruzione si combatte solo con misure che incidano profondamente nel tessuto sociale e politico. Ed è questa -crediamo- la strada che i legislatori dovrebbero percorrere.

RIFERIMENTI

AMISANO, Maristella. *Le tipologie della corruzione*. Giappichelli, Torino, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Etica e jeitinho brasileiro*: por que a gente è assim? Discorso alla Brazil Conference, Harvard University, 2017, disponibile su <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

BENUSSI, Carlo. I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, I, 1, in *Trattato di diritto penale*: parte speciale, diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, 2. ed, Cedam, Padova, 2013.

FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. In: *Folha de São Paulo*, 2016. In: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000.

ROBINSON, Daron Acemoglu James. *Por que as nações fracassam*: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RAMPIONI, Roberto. *I delitti di corruzione*: Studi su casi, Cedam, 2008.

SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*, Trento, 1992.

Artigo recebido em 30/11/2016
Revisado em 17/11/2016
Aprovado em 20/12/2016

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: BASES TEÓRICAS E ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N.º. 226/2016

FUNDAMENTAL RIGHTS AND REGULATORY POWER OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: THEORETICAL BASES AND ANALYSIS OF RESOLUTION N.º. 226/2016

Ilton Norberto Robl Filho¹

Doutor em Direito

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) - Brasília (DF) - Brasil

RESUMO: O Conselho Nacional de Justiça, o qual foi criado pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004, possui competência especialmente para controlar administrativa e financeiramente o Poder Judiciário, zelar pela observância dos princípios da administração pública, pelos direitos e deveres dos magistrados e pelo Estatuto da Magistratura Nacional e exercer o poder disciplinar e atos de correições. Neste artigo, é analisado seu poder regulamentar (art. 103 - B, § 4º), apresentando os limites e as possibilidades especialmente no âmbito dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, observam-se as limitações legais e a ponderação judicial desses direitos e, posteriormente, a existência de atos normativos originários da administração pública. Em segundo lugar, artigo assevera que o poder regulamentar deve respeitar a teoria da essencialidade dos direitos fundamentais e somente fixar deveres e regulações acessórias e secundárias. Em terceiro lugar e após refletir sobre educação jurídica e a atividade de coaching, foi analisada Resolução n.º. 226/2016, apontando sua parcial inconstitucionalidade por vedar a prática do magistério nas atividades de coaching (tutoria) e violar, sem fundamento constitucional, a liberdade de profissão e o direito fundamental à educação.

¹Professor do Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) como membro permanente. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFPR (Curitiba) como colaborador. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutorado em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto - Canadá (2012) e do Max Planck em Heidelberg - Alemanha (2013). Diretor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). E-mail: norbertorobl@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça; Poder Regulamentar; Direitos Fundamentais; Educação Jurídica.

ABSTRACT: The National Council of Justice, which was created by Constitutional Amendment n°. 45/2004, has the power to supervise the Judiciary, administratively and financially, to ensure observance of the principles of public administration, the rights and duties of judges and of the National Judiciary Act, and exercise disciplinary powers and corrective measures. In this article, its regulatory power is analyzed (article 103 - B, § 4), presenting its limits and its possibilities especially in the scope of fundamental rights. Firstly, the legal limitations and judicial weighting of fundamental rights are observed and, subsequently, the existence of norms originating in the public administration (ordinances). Secondly, the article states that regulatory power must respect the theory of the essentiality of fundamental rights and only set secondary duties and regulations. In third place and after reflecting on legal education and the coaching activity, was analyzed Resolution n°. 226/2016, pointing out its partial unconstitutionality by prohibiting the practice of teaching in coaching activities and violating, without constitutional foundation, freedom of profession and the fundamental right to education

KEYWORDS: National Council of Justice; Regulatory Power; Fundamental Rights; Legal Education.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são elementos centrais do constitucionalismo democrático atual e, por sua relevância, impõem problemas teóricos e práticos de relevo. Este texto refletirá especificamente sobre a restrição aos direitos fundamentais e, especialmente, acerca da possibilidade ou não dessa restrição ocorrer por meio do poder regulamentador concedido ao Conselho Nacional de Justiça, conforme a Emenda Constitucional (CNJ) n°. 45/2004.

Desse modo, a seção 1 deste artigo refletirá sobre as formas de restrição dos direitos fundamentais por meio de lei e da jurisprudência. Por sua vez, o poder regulamentar da administração pública e do CNJ, assim como a possibilidade desses atos normativos disciplinarem direitos fundamentais, é tema do item 2.

De outro lado, a seção 3 pretende analisar se a Resolução n°. 226 de 2016 do CNJ, a qual determinou aos magistrados que informem sobre realização de pales-

tras e vedou a prática de coaching e similares pelos magistrados. Ainda, no item 3, serão enfrentadas as questões referentes a) à Educação Jurídica, b) ao Coaching: natureza e espécies e c) às vedações constitucionais ao exercício de cargos e funções pela Magistratura.

Por fim, serão apresentadas algumas palavras a título de conclusão na seção 4.

1 Restrição aos Direitos Fundamentais Mediante a Legislação

A restrição aos direitos fundamentais somente é possível mediante sólido fundamento constitucional, buscando a garantia e a compatibilização de direitos fundamentais em espécie com outros direitos fundamentais em espécie e com os demais valores e normas constitucionais. A principal e legítima forma de restrição a esses direitos encontra-se no princípio da legalidade, pois somente a lei pode proibir ou obrigar que alguém faça algo, nos termos do art. 5º, II, Constituição Federal (CF), conjugado com adequada interpretação constitucional e legal pelos órgãos do Poder Judiciário.

Há inúmeros significados jurídicos para o termo lei na Constituição Federal², porém se entende que, para fins de regulamentação e de restrição aos direitos fundamentais, a reserva de lei deve ser compreendida especialmente como reserva de parlamento³. O modelo constitucional de sociedade e de Estado consiste em uma busca difícil, mas possível e necessária do exercício da democracia com a proteção aos direitos fundamentais.

Assim, nestas específicas formas estatal e societal, justifica-se plenamente que os grupos sociais por meio dos representantes políticos eleitos busquem solucionar colisões entre direitos fundamentais e entre esses direitos e outras normas constitucionais, desde que sejam observados alguns critérios. Em sociedades contemporâneas complexas, não basta somente que a legislação sobre direitos fun-

²Nesse sentido, “O significado lei não guarda sentido unívoco. (...) Pode-se falar em lei moral ou ética, em lei física ou natural. Importa, no presente estudo, a lei jurídica. (...) Mesmo os documentos jurídicos não trazem precisão neste campo. É o caso da Constituição brasileira. A expressão aparece no art. 5º, caput, como sinônimo de ordem jurídica (...); no art. 5º, XXXIX, é utilizada com sentido de ato legislativo votado pelo Congresso - neste caso, com o sentido de lei ordinária (...); no art. 5º, XXXV, emerge com o sentido de qualquer norma jurídica, inclusive constitucional se decorrente de Emenda, em face da vedação prevista no art. 60, § 4º, IV (...) e finalmente, no art. 173, § 3º, reclama ser compreendida com o sentido de qualquer ato legislativo, exceto a resolução e o decreto legislativo” (CLÈVE, 2011, p. 52).

³Sobre a reserva de lei, este é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: “O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador.” (BRASIL, STF, 2003.)”

damentais seja produzida pelo Parlamento, sendo necessária uma real e efetiva discussão com grupos sociais interessados e com especialistas em direitos humanos e fundamentais.

Desse modo e com toda razão, fala-se em reserva de parlamento para regulação sobre direitos fundamentais (Cf. PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 132-135), pois esse poder estatal tem capacidade institucional de analisar anteprojetos construídos por grupos sociais interessados e especialistas em direitos fundamentais ou mesmo construir projetos de lei com qualidade técnica a partir do debate com a sociedade na esfera pública e com utilização adequada de audiências públicas e outras formas de manifestação popular e científica.

As leis sobre direitos fundamentais podem ser expressamente previstas no texto constitucional ou serem adotadas apesar de inexistir previsão literal sobre sua elaboração. Ainda, a Constituição Federal em algumas situações realiza reserva simples de lei, a qual prevê somente que lei disciplinará um direito fundamental em espécie, conforme se observa no art. 5º, VI, CF sobre a proteção aos locais de culto e liturgias⁴, art. 5º, VI acerca da assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação⁵, no art. 5º, XV, CF sobre liberdade de locomoção⁶ e no art. 5º, XVIII, CF acerca da criação de cooperativas⁷.

Por sua vez, há matérias com reserva especial ou qualificada de lei, a qual o próprio texto constitucional fixa os objetivos, fins e parâmetros a serem observados pelo legislador. Nessas situações, o próprio Poder Constituinte aponta conflitos com outros direitos fundamentais em espécie e outras normas constitucionais, também em diversas oportunidades já fixando soluções jurídicas e parâmetros para resolução dessas colisões. Por exemplo, no art. XII, CF, observa-se que a inviolabilidade do sigilo telefônico somente pode ser violada por ordem judicial para investigação criminal ou para instrução do processo penal, nos termos legais⁸.

Mesmo inexistindo previsão expressa de restrição de direitos fundamentais em

⁴“ VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”.

⁵“ VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;”.

⁶“XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

⁷“XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”.

⁸“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”.

espécie na CF, é possível que restrições aos direitos fundamentais sejam realizadas por meio de lei em virtude da necessidade de enfrentar a colisão com outros direitos fundamentais e demais normas constitucionais. De outro lado, a regulação legal sobre os direitos fundamentais e especialmente sobre fórmulas para solucionar colisões deve ser promovida com enorme cautela. Por exemplo, na situação de colisão entre dois direitos fundamentais espécie ou grupo de direitos fundamentais em espécie como liberdades de expressão e artística e direito à informação, de um lado, e direitos à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro lado, não se constitui em técnica juridicamente, na maior parte das situações, o estabelecimento de regra legal absoluta e hermética que solucione essa colisão em determinada questão⁹. Nesse sentido, constitucionalmente equivocada a fixação de proibição de publicação de biografias somente após a autorização do biografado ou dos seus familiares, nos termos do art. 20 do Código Civil ¹⁰¹¹.

Desse modo, especialmente no caso de colisões entre direitos fundamentais em espécie, a fixação de regra de ponderação pela legislação não se mostra adequada, sendo constitucionalmente mais correto o estabelecimento de parâmetros a serem levados necessariamente em conta pelo magistrado na análise das situações concretas. Sobre o Poder Judiciário, observa-se sua relevância no campo dos direitos fundamentais pela análise de casos e situações cotidianas em relação à incidência e acerca das violações¹², sendo necessárias duas notas sobre esse tema.

Em primeiro lugar, a busca de harmonização dos direitos fundamentais com outros valores e deveres constitucionais como segurança pública precisa ser enfren-

⁹Sobre essa colisão com reflexão na doutrina e na jurisprudência brasileira, norte-americana e alemã, (cf. ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 112-142).

¹⁰“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

¹¹“8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)” (BRASIL, STF, 2016).”

¹²Apesar da importância do Poder Judiciário nos temas relativos aos direitos fundamentais, registram-se as importantes lições sobre a busca de equilíbrio da jurisdição constitucional sobre a democracia no tema dos direitos fundamentais: “O sentido da Constituição deve ser construído e definido coletivamente entre o povo e as instituições de sua sociedade. Dessa forma, é certo que o Poder Judiciário tem um papel fundamental na definição da interpretação constitucional e da aplicação da constituição, mas a efetivação da constituição não pode viver apenas da interpretação que os juízes e as cortes constitucionais fazem dela” (GODOY, 2017, p. 110).

tada com visão garantista, compreendendo que uma das grandes justificações da jurisdição constitucional reside na necessária proteção dos direitos fundamentais ainda quando se encontrem presentes outras normas e valores constitucionais também de destaque (GIACOMOLLI, 2016, p. 22 e ss.). Em segundo lugar, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a regra da ponderação podem se beneficiar em muito com a adoção de sistema de precedentes inspirado na cultura do common law (NOVAIS, 2003, p. 897 e ss.). Nesse contexto, uma discussão robusta no âmbito dos tribunais superiores sobre casos de direitos fundamentais, com fixação de entendimentos constitucionalmente adequados e com a observância pelos órgãos judiciais inferiores, é prática interessante para aplicação igualitária dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, os parâmetros para solução dos casos concretos precisam levar em considerações as situações específicas fáticas e/ou jurídicas, mas devem ser aplicados os mesmos critérios e as decisões para casos em que se observem semelhanças estruturais (PUGLIESE, 2016, p. 63-67). Nesse sentido, são interessantes a adoção do sistema de precedentes e os entendimentos vinculantes no Brasil desde que não produzam a equivocada aplicação de mecanicista e simplista do direito.

2 Poder Regulamentar no Conselho Nacional de Justiça e Direitos Fundamentais

O Conselho Nacional de Justiça foi criado especialmente para ampliar os controles administrativo e financeiro do Poder Judiciário brasileiro, além de estabelecer certa padronização sobre o comportamento dos magistrados, dos serviços auxiliares e das atividades notariais e registrais extrajudiciais, as quais são fiscalizadas por esse Poder, nos termos do art. 236, § 1º, CF¹³. Assim, previu o art. 103-B, CF ao CNJ: “I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (grifos nossos).

São competências constitucionais do CNJ, além de zelar pela autonomia do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, especialmente: controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, zelar pela observância dos princípios

¹³Sobre o Conselho Nacional de Justiça, cf. ROBL FILHO, 2013, p. 228 e ss.

constitucionais da administração pública, receber e exercer o poder disciplinar e atos de correições, nos termos do art. 103 - B, § 4º, I, II e III, CF.

Sobre os limites ao exercício do poder regulamentar, algumas considerações devem ser feitas. O Poder Constituinte Reformador concedeu competência para o Conselho Nacional de Justiça expedir atos normativos, porém esses atos devem ser postos em conformidade com a regulamentação constitucional e legal sobre o tema (STRECK; SARLET; CLÈVE, 2005, p. 15-24). Sobre os limites e as possibilidades do poder regulamentar, devem-se compreender: a) o conceito de poder regulamentar, b) a existência ou não de poder regulamentar autônomo no Brasil, c) a possibilidade desse poder concretizar a Constituição Federal e d) os limites e as possibilidades dos regulamentos no campo dos direitos fundamentais.

A partir do século XIX e especialmente no século XX, a necessidade de regulamentar e de disciplinar com dinamicidade e rapidez as condutas sociais, aliadas à expertise específica da administração pública em certos assuntos em razão da sua capacidade técnica e da atuação cotidiana, impôs certo papel normativo ao Poder Executivo (CLÈVE, 2011, p. 49-71). Na maioria dos países continentais europeus e no Brasil, entende-se que o poder regulamentar da administração pública serve para detalhar disciplinas já previstas na legislação (PEDERSOLI, 2011, p. 27-31).

De outro lado, observam-se pelo menos dois movimentos relevantes: o estabelecimento do poder regulamentar autônomo do Poder Executivo e a ampliação do escopo e da área de disciplina dos regulamentos. No direito francês, foi criada a possibilidade de o Poder Executivo editar regulamentos, os quais disciplinariam de forma exclusiva determinados temas e matérias, ou seja, existiriam assuntos que apenas à administração caberia disciplinar (CYRINO, 2016, p. 111-115).

De outro lado, essa previsão jurídica de reserva de administração sofreu temperos na França, entendendo, por exemplo, o Conselho Constitucional francês que não existia um domínio exclusivo do regulamento administrativo, o qual poderia sim ser disciplinado mediante lei (ato normativo aprovado pelo Parlamento)¹⁴. No Brasil, discute-se de que forma

¹⁴Nesse sentido é a importante decisão do Conselho Constitucional francês: “11. Considérant, sur le second point, que, si les articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l’article 41 permet au Gouvernement de s’opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d’une irrecevabilité à l’insertion d’une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l’article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d’un déclassement, de restituer l’exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l’une et l’autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu’il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n’a pas entendu frapper d’inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l’autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d’en assurer la protection contre d’éventuels empiètements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution” (FRANÇAIS, 1982, p.343).

a Emenda Constitucional nº. 32 acolheu essa modalidade de regulamento autônomo, existindo três correntes sobre o tema: 1) essa modalidade de regulamento autônomo não foi admitida no ordenamento pátrio, 2) há poder regulamentar autônomo e 3) a legislação (lei em sentido formal) pode disciplinar assuntos previstos no art. 84, VI, conforme disciplina da EC nº. 32, porém em situação de lacuna normativa legal inexistente óbice para que a disciplina ocorra exclusivamente mediante regulamento da administração pública (CYRINO, 2016, P. 108-109).

Por meio da referida Emenda Constitucional, o art. 84, VI fixou a competência privativa do Presidente da República: “VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”. Sobre esse poder atribuído ao Chefe do Executivo Federal, impõem-se três considerações.

Nos termos do art. 49, V, CF, o Congresso Nacional pode sustar os efeitos do poder regulamentar que exacerbe a competência constitucional¹⁵, além de ser possível ainda o controle judicial desse ato normativo do Poder Executivo. Desse modo, os outros poderes podem analisar a juridicidade do ato. Ainda, a matéria que pode ser objeto de regulamentação no art. 84, VI, CF, possui escopo bem mais restrito do que os temas objeto de disciplina por meio do poder regulamentar do CNJ, o qual foi fixado no art. 103 - B, § 4º, I, CF.

Também, a edição de decretos sobre organização e funcionamento da administração pública e extinção de funções ou cargos tem, pela natureza dos assuntos, menor possibilidade de incursionar em situações constitucionais de destaque, como direitos fundamentais, em comparação com a edição de atos normativos do CNJ, os quais incidem em matérias constitucionais sensíveis como processo administrativo disciplinar, autonomia do Poder Judiciário e restrições e vedações aos magistrados.

É uma tendência mundial nas democracias constitucionais a ampliação da autonomia do Poder Judiciário, a qual se encontra diretamente relacionada com a or-

¹⁵Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verbis: “O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra *legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da CF e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 318.873 AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.)” (BRASIL, STF, 2006.)”

ganização da prestação jurisdicional ou dos serviços auxiliares, além da forma de condução de processos administrativos disciplinares contra seus membros (ROBL FILHO, 2013, p. 130 e ss.). Nesse contexto, inegavelmente que uma regulamentação adequada dessas questões é essencial para a própria independência do Poder Judiciário, de acordo com o art. 2º, CF.

A administração da justiça e o regime disciplinar dos magistrados devem ser disciplinados com a cautela devida, a qual pressupõe a existência de mecanismo hígidos de análise da conduta dos juízes, porém utilizados de forma a não violar especialmente a independência judicial decisional (interpretação e aplicação do direito em conformidade com a Constituição). Nesse contexto, vislumbra-se a razoabilidade de exercício de certo poder regulamentar pelos Conselhos de Justiça no mundo e pelo CNJ no Brasil (PERDERSOLI, 2011, p. 77-104). De outro lado, a estrutura normativa sobre o Judiciário brasileiro possui um substancial problema. Em verdade, a edição de atos normativos regulamentares pelo CNJ ganha contornos ainda mais complexos devido às mudanças no papel do Judiciário na Constituição Federal de 1988 e a ausência de aprovação de novo Estatuto da Magistratura Nacional.

Depois de quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, há, além de relevantes lacunas sobre importantes temas da magistratura nacional, razoáveis dúvidas sobre a recepção de dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura de 1979 (LOMAN)¹⁶. Nesse contexto, o campo é fértil para utilização do poder regulamentar.

Por sua vez, a aprovação e a sanção de novo Estatuto da Magistratura Nacional representam medidas necessárias, mas de difícil iniciativa e aprovação nos atuais contextos jurídico, social e político. No processo legislativo, compete ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa legislativa e, de outro lado, há possibilidade de modificação e de emenda ao Projeto de Lei Complementar no Congresso Nacional e de veto pelo Presidente da República. Institucionalmente, percebe-se, no mínimo, uma relação tensa de boa parte da classe política e do Congresso Nacional com o Poder Judiciário em razão de relevantes julgamentos criminais. Nessa situação, inadequadas retaliações por parte dos políticos eleitos podem ocorrer em eventual análise de Projeto de Lei Complementar sobre Estatuto da Magistratura.

¹⁶Por exemplo, sobre a eleição da Direção dos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal ainda não possui posição definitiva sobre a recepção do art. 102 da LOMAN em relação ao art. 99 da CF. Acerca da não recepção, cf. a seguinte decisão monocrática BRASIL, STF, 2013.

Sobre a disciplina dos direitos fundamentais por atos normativos da administração pública, a doutrina e a jurisprudência alemãs apresentam certo tempero à reserva de parlamento no âmbito dos direitos fundamentais a partir da teoria da essencialidade (MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 460-461). Nesse sentido Pieroth e Schlink:

Nesta conformidade, a teoria da essencialidade significa que:

- como tradicionalmente, só podem ocorrer ingerências com base na lei;
- as decisões essenciais sobre os pressupostos, circunstâncias e consequências das ingerências têm de ser tomadas pelo próprio legislador e não podem ser delegadas à Administração;
- a essencialidade das decisões afere-se pela intensidade com que são afetados os direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 132-135).

No famoso caso sobre a questão da educação sexual nas escolas, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que a introdução desse conteúdo nas escolas pressupõe lei (reserva de lei), pois versa sobre temas essenciais de direitos fundamentais (DEUTSCHLAND, 1977, s/p). Por sua vez, ministrar conteúdos específicos de biologia sem uma perspectiva específica de educação sexual pode ser realizado por ato administrativo, pois não enfrenta questões centrais dos direitos fundamentais. Essa concepção tedesca (temas centrais de direitos fundamentais devem ser disciplinados por lei, sendo possível a delegação em outras questões) possui a vantagem de buscar um equilíbrio entre a necessidade de a administração pública intervir e disciplinar um espectro cada vez maior de situações sociais e a imprescindível proteção que os direitos fundamentais necessitam ter especialmente em razão das constantes e possíveis afrontas do Estado-administrador. Nesse contexto, por mais que o CNJ possa regulamentar matérias da sua competência (autonomias administrativa e financeira, Estatuto da Magistratura Nacional e direitos e deveres dos juízes), o exercício desse poder não pode intervir em situações essenciais de direitos fundamentais.

Outro parâmetro importante sobre os regulamentos, nas situações de direitos fundamentais, refere-se à impossibilidade de fixação de uma nova restrição a esses direitos, a qual não se encontra prevista na Constituição e na legislação (ato do parlamento), sendo válido apenas o reconhecimento de deveres acessórios em limitações e intervenções já delimitadas no direito posto constitucional e legal.

Quando se fala na existência prévia restrição aos direitos fundamentais, algumas reflexões são devidas.

A partir da interpretação de princípios constitucionais como da administração pública (art. 37, CF), extrai-se uma série de restrições a direitos fundamentais em espécie. Não é possível por meio do poder regulamentar do CNJ interpretar princípios e conceitos indeterminados constitucionais de forma inovadora, porque essas questões devem ser reservadas ao legislador ou à jurisdição constitucional.

Parece adequada a concepção adotada pelo sistema jurídico espanhol e pelo Tribunal Constitucional espanhol, afirmando que o poder regulamentário do Conselho de Justiça somente pode regulamentar questões práticas, secundárias e acessórias¹⁷, ou seja, situações em que há a previsão anterior na legislação e na Constituição e o Conselho de Justiça somente fixa deveres laterais e práticos para implementação desses direitos e deveres.

3 Análise do Poder Regulamentar do CNJ: Resolução nº. 226/2016

A Resolução n. 34/2007 do CNJ disciplinou o exercício do magistério para juízes, a qual foi alterada por intermédio da Resolução nº. 226/2016 do mesmo Conselho. Dentre as modificações realizadas, vislumbram-se as seguintes: Art. 2º A Resolução CNJ 34/2007 passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

“Art. 4º-A A participação de magistrados na condição de palestrante, conferencista, presidente de mesa, moderador, debatedor ou membro de comissão organizadora, inclusive nos termos do art. 4º da Resolução CNJ 170/2013, é considerada atividade docente, para os fins desta Resolução.

§ 1º A participação nos eventos mencionados no caput deste artigo deverá ser informada ao órgão competente do Tribunal respectivo em até 30 (trinta) dias após sua realização, mediante a inserção em sistema eletrônico próprio, no qual deverão ser indicados a data, o tema, o local e a entidade promotora do evento.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça e a Corregedoria Nacional de Justiça pro-

¹⁷“El status de los Jueces y Magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales Jueces y Magistrados, ha de venir determinado por ley y más precisamente por Ley Orgánica (art. 122.1 de la Constitución). Ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese status. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar puedan ser dispuestas por vía reglamentaria. Pero en el bien entendido que tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los Jueces y sí sólo regular, como se ha dicho, condiciones accesorias para su ejercicio” (ESPAÑA, 1986, s/p).

moverão o acompanhamento e a avaliação periódica das informações referidas no §1º deste artigo.

§ 3º A atuação dos magistrados em eventos aludidos no caput deste artigo deverá observar as vedações constitucionais relativamente à magistratura (art. 95, parágrafo único, da Constituição), cabendo ao juiz zelar para que essa participação não comprometa a imparcialidade e a independência para o exercício da jurisdição, além da presteza e da eficiência na atividade jurisdicional.” (NR)
 “Art. 5º-A As atividades de coaching, similares e congêneres, destinadas à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos, não são consideradas atividade docente, sendo vedada a sua prática por magistrados.” (NR)

A Constituição Federal no art. 95, parágrafo único, inciso I, estabelece que: “Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”. Em virtude do tempo que deve ser dedicado pelo magistrado à judicatura e da independência que os integrantes do judiciário precisam gozar, somente o magistério superior pode ser exercido de maneira concomitante com a magistratura. Desse modo, há uma restrição constitucionalmente adequada à liberdade dos juízes e a liberdade profissional, nos termos do art. 5º, caput e XIII, CF.

Desse modo, é necessário observar se a Resolução nº. 226/2016 apenas fixa deveres acessórios e práticos para observância do art. 95, parágrafo, I, CF ou se existe uma regulamentação que apresenta restrições mais intensas do que as constitucionais e se há violação à teoria da essencialidade e aos direitos à liberdade e à liberdade profissional. Assim a natureza das práticas de magistério e de educação jurídica e a razão da permissão constitucional da docência para magistrados precisam ser compreendidas, podendo, desse modo, analisar a correção constitucional do ato normativo do CNJ.

3.1 Educação Jurídica: Dimensões Social e Constitucional

A educação tem como objetivo o aprendizado do discente, sendo o ensino definido por meio de dois processos. O primeiro é um processo autônomo, denominado estudo, no qual o discente alcança por si próprio o conhecimento e as aptidões desejadas. O segundo é um processo heterônomo, designado ensino, no qual o aprendizado do discente é construído em cooperação com outra pessoa ou grupo

de pessoas, especialmente por meio da figura do docente.

Ao longo do tempo buscou-se uma forma de educação que encontrasse um equilíbrio entre a aprendizagem autônoma e heterônoma:

Daí decorre que ambiente adequado de aprendizagem supõe atividades, em primeiro lugar, participativas, nas quais o aprendiz se encontra envolvido e motivado, na condição de sujeito, e, em segundo lugar, que acionem processos e dinâmicas reconstrutivas, interpretativas, sempre como autor. (...)

A autonomia não pode ser absoluta, porque colidiria com a autonomia dos outros. Faz parte dos processos educativos, tipicamente formativos, arquitetar modos conviventes de autonomia, em especial aqueles que sabem convencer sem vencer (DEMO, 1995, p. 20-21).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação apresenta um rol de atividades docentes que, apesar de meramente exemplificativo, ainda possui como figura típica do magistério o modelo de aulas expositivas e presenciais para uma quantidade expressiva de alunos:

Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei nº. 9.394/1996.

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

- I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;
- II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;
- III - zelar pela aprendizagem dos alunos;
- IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento;
- V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional;
- VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade (grifos nossos).

Uma visão centrada a) na atividade de ensino principalmente na exposição de conteúdos em sala de aula e b) no aprendizado por meio da frequência em sala

de aula e na leitura de bibliografia indicada é, no mínimo, bastante restritiva¹⁸. Em verdade, esse modelo, quando empregado no campo jurídico, impõe uma prática com resultados reduzidos no desenvolvimento de competências e habilidades para os egressos especialmente dos cursos de graduação em Direito (ROBL FILHO; FROTA, 2012, p. 229-252). Ainda, esse modelo pautado em aulas expositivas ministradas de forma uniforme a todos os alunos e com o mesmo material técnico de apoio beneficia principalmente os estudantes de direito que já possuem uma boa formação geral. Estes acadêmicos participaram, nos ensinamentos básico, fundamental e médio, de situações e processos educacionais que incentivaram sua autonomia intelectual, além de terem fixado uma boa estrutura de leitura, de compreensão de textos e de redação.

De outro lado, a realidade dos ensinamentos geral e jurídico brasileiros é bastante distante de um patamar de excelência, como regra. Os egressos do ensino médio não detêm majoritariamente as devidas competências e habilidades, assim como o conhecimento geral necessário para compreender os conteúdos desenvolvidos nas Faculdades de Direito¹⁹. Por sua vez, há mais de 1.000 Faculdades de Direito e, mesmo existindo tradicionais e novos Cursos brasileiros de excelência (TOMIO, 2014, p. 137-181), observa-se grande quantidade de graduações em Direito com baixa qualificação do corpo docente e com modelo de ensino incompatível com desenvolvimento de um perfil de egresso universitário que consiga, sem o auxílio intenso de profissionais especializados, obter a aprovação em concursos públicos bastantes concorridos como, por exemplo, da Magistratura.

Desse modo, o campo da educação jurídica especialmente no Brasil necessita ser repensado. Na graduação, impõe-se a avaliação específica de cada ingressante nas Faculdades de Direito sobre suas capacidades gerais (conhecimento, técnicas e habilidades elementares para execução de atividades especificamente jurídicas) com acompanhamento das dificuldades específicas dos discentes. O Estado brasileiro busca, corretamente, a ampliação do acesso à Universidade, porém esse aumento quantitativo deve ser seguido com a efetivação da devida qualidade.

Não se pode colocar a culpa exclusivamente nos ensinamentos básico, fundamental

¹⁸“Entre nós, aprender coincide com ter aula, e assim está exarado na LDB, quando se estatuíram os 200 dias letivos. Confundiu-se, apressadamente, aula com aprendizagem, reproduzindo um dos estereótipos mais triviais da organização escolar e universitária, não só no professor, mas igualmente nos pais: estes medem a aprendizagem de seus filhos pelas aulas e se irritam quando, por alguma razão, não há aula. Estamos agora introduzindo o nono ano no ensino fundamental, sob a mesma alegação: se os alunos tiverem mais aulas, vão aprender mais” (DEMO, 1995, p. 20-21.).

¹⁹Sobre as competências e habilidades dos egressos dos cursos jurídicos, cf. FACHIN, 2014, p. 47-51.

e médio, os quais são majoritariamente de baixa qualidade. Ou o ensino superior engaja-se com a busca de qualidade, a qual pressupõe também, na realidade brasileira, o enfrentamento de deficiências severas formativas, ou milhões de brasileiros serão novamente renegados às exclusões educacional e social.

De outro lado, é relevante também que as escolas da magistratura, as quais possuem por função a formação dos bacharéis em Direito para exercício das atividades jurisdicionais, e os cursos preparatórios para concursos, que prestam importantes serviços educacionais no ensino específico para aprovação nos Concursos Públicos de provas e títulos, revisem as estratégias educacionais, buscando novas técnicas e modalidades educacionais.

Em primeiro lugar, registra-se que a Constituição Federal consagra dimensão socialmente adequada do processo educacional, expressamente consagrando o direito ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (grifos nossos);

Nesse sentido é a manifestação doutrinária de Luiz Edson Fachin:

Não é nova a preocupação acadêmico-jurídica atinente ao ensino do Direito no Brasil. No horizonte mais recente, é possível perceber que, com a nascença da Constituição Federal de 1988, engendram-se uma serie de debates e reflexões que conduziram à concretização de inúmeras medidas correlatas ao tema, no sentido de, em medida gradual, libertar o processo de aprendizagem do Direito das vetustas amarras formais que insistiam em unir a produção do conhecimento jurídico a uma realidade há muito superada (2012, p. 298)

Registram-se avanços relevantes na educação jurídica, por exemplo, em pro-

jetos inovadores adotados com seriedade no eixo formação prática, composto pelo Estágio Supervisionado, Trabalho de Conclusão de Curso e Atividades de Extensão²⁰, nos termos das Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Direito (Resolução CNE/CES nº. 9 de 29 de setembro de 2004).

No Trabalho de Conclusão de Curso, o acadêmico deve compreender um problema teórico e prático importante e estruturar uma reflexão lógica e vertical sobre o tema. Bons Trabalhos de Conclusão pressupõem, por óbvio, engajamento dos orientandos, mas também um acompanhamento detalhado, constante e direito de Professor Orientador. Ainda, o Estágio Supervisionado, desde que presente um acompanhamento dedicado do Professor Orientador e realizado em pequenos grupos, produz bons resultados acadêmicos e educacionais no campo jurídico.

Desse modo, o aprendizado e, por consequência, a educação não podem ser reduzidos exclusivamente a um modelo expositivo tradicional e parcialmente superado de aulas expositivas para uma quantidade de acadêmicos. A educação, para atingir a finalidade do aprendizado, deve se fundar em mecanismos abrangentes, inclusivos e diversificados de alcance cooperativo do conhecimento e dos saberes.

3.2 *Coaching*: Espécies e Atividades Desenvolvidas

O ensino impõe-se como um processo heterônomo de educação, necessitando o conhecimento ser construído de forma cooperativa. O docente tem como papel fundamental elaborar métodos para potencializar o ensino/aprendizagem e influenciar de forma efetiva os discentes no processo educacional, focando no desenvolvimento das suas capacidades, habilidades e competências. Desse modo, o ensino dentro da sala de aula, por meio de aulas expositivas e para quantidade expressiva de discentes, é apenas um dos modelos de aprendizagem existente. A educação jurídica, especialmente no contexto brasileiro contemporâneo, pressupõe o envolvimento de forma direta e eficaz do discente no aprendizado com acompanhamento, supervisão e orientação intensa do Professor.

Assim, ao longo do tempo, foram criados inúmeros instrumentos pedagógicos e de tecnologia educacional que visam tornar mais efetivo o aprendizado. Por sua vez, uma análise histórica do *Coaching* demonstra que este surgiu como uma metodologia de ensino.

Se de um lado o termo foi por muito tempo associado aos esportes, de outro

²⁰Sobre a necessidade de inovações nesse eixo de atividades, cf. ROBL FILHO, 2014, p. 62-81.

lado, ele foi primeiro utilizado, na Universidade de Oxford em 1830, como uma vulgarização do termo tutor. *Coaching* pode ser definido de várias formas, dependendo da área em que é utilizado, mas seu núcleo é conceituado como metodologia empregada para dirigir, instruir e treinar pessoas e grupos para alcançar metas e objetivos.

O coaching nada mais é que uma metodologia de ensino, espelhada na relação entre Tutor e Pupilo, existente na educação desde tempos imemoriais. Foi somente a partir dos anos 50 do século passado que o coaching foi adaptado aos setores de consultoria, gerenciamento e administração aos quais é profundamente relacionado atualmente. Em verdade, a conotação de coaching como um instrumento de mercado e de negócios somente ocorreu quando da popularização do método nos EUA, em especial a partir dos anos 70. Em outras palavras, a relação de Tutor e Pupilo é fundamental na história educacional e central no processo de ensino e aprendizagem, sendo o coaching uma metodologia educacional que apenas em momento contemporâneo foi adotado no campo da administração.

Ainda, quando se trata de *coaching*, não se pode confundir o método de ensino com as suas fórmulas e espécies mais comuns e popularizadas recentemente, as quais tendem a ter maior publicidade e divulgação. Ressalta-se também que o termo coaching é composto atualmente por, ao menos, três fenômenos (coaching propriamente dito, mentoring e counseling):

Na realidade, podem ser consideradas várias similaridades entre coaching, mentoring e counseling pelo que o mercado entende dessas três técnicas, e muitas vezes usando os três termos de forma indistinta; e, parece, que o termo coaching (...) tem sido usado para representar qualquer uma das três situações (OLIVEIRA, 2015, p. 32).

O método do *coaching* propriamente dito apresenta as seguintes características básicas:

- 1) Método que pode ser aplicado em vários contextos;
- 2) Enfoque global - desenvolvimento profissional e pessoal, enfoque em habilidades, comportamentos e atitudes;
- 3) Processo de treinamento com várias repetições para consolidação e incorporação do pensamento;

- 4) Ensino de forma estruturada, “aprender a aprender”;
- 5) Pode ser realizada em grupo, sendo o enfoque a troca de conhecimentos e experiências (OLIVEIRA, 2015, p. 5-8).

O enfoque do *coaching* na ideia de treinamento, ademais, não descaracteriza sua natureza de instrumento de ensino. No contexto do Coaching, “Treinamento é o processo educacional aplicado de maneira sistemática e organizada sobre a qualificação dos profissionais” (OLIVEIRA, 2015, p. 42).

Por sua vez, o mentoring consiste em:

abordagem de orientação profissional e pessoal com elevada amplitude, em que um profissional, com larga experiência e forte sustentação teórica e prática - o mentor -, auxilia uma pessoa com menores experiência e conhecimento - o mentorado - em aspectos gerais e específicos para o seu desenvolvimento pessoal e profissional (OLIVEIRA, 2015, p. 43).

O *coaching* propriamente dito e o *mentoring* são métodos que empregam formas clássicas de ensino e de educação pautadas na orientação específica de Professor/Mentor/Tutor em relação ao Aluno/Mentorado/Pupilo. No ensino superior brasileiro, além dos Trabalhos de Conclusão de Curso e no Estágio Supervisionado, observa-se a utilização desses métodos nos Programas Especiais de Treinamento, assim descritos pelo Ministério da Educação:

O Programa Especial de Treinamento é destinado a grupos de alunos que demonstrem potencial, interesse e habilidades destacadas em cursos de graduação das IES. O apoio é concedido ao curso por um período indeterminado, e ao bolsista até a conclusão da sua graduação, desde que obedecidas as normas do Programa constantes neste documento. O PET é integrado por grupos tutoriais de aprendizagem. O Programa busca propiciar aos alunos, sob a orientação de um professor tutor, condições para a realização de atividades extracurriculares, que complementem a sua formação acadêmica, procurando atender mais plenamente às necessidades do próprio curso de graduação e/ou ampliar e aprofundar os objetivos e os conteúdos programáticos que integram sua grade curricular. Neste sentido, espera-se proporcionar uma melhoria da qualidade acadêmica dos cursos de graduação apoiados pelo PET. As atividades extra-

curriculares que compõem o Programa têm como objetivo garantir aos alunos do curso oportunidades de vivenciar experiências não presentes em estruturas curriculares convencionais, visando a sua formação global e favorecendo a formação acadêmica, tanto para a integração no mercado profissional como para o desenvolvimento de estudos em programas de pós-graduação. O Programa Especial de Treinamento constitui-se, portanto, em uma modalidade de investimento acadêmico em cursos de graduação que têm sérios compromissos epistemológicos, pedagógicos, éticos e sociais (BRASIL, MEC, 2002, p. 3).

Essas importantes atividades de Tutoria são conduzidas por Professor Universitário, sendo relevante programa desenvolvido no ensino superior brasileiro. Também é inegável que se trata de função de magistério a orientação de profissionais e bacharéis em Direito em programas de mestrado e doutorado em “treinamento intensivo com o objetivo de proporcionar sólida formação científica, encaminhando-se o candidato ao trabalho de pesquisa de que a tese será a expressão”. Em verdade, o curso de mestrado e de doutorado se caracteriza “por grande flexibilidade, deixando-se ampla liberdade de iniciativa ao candidato que receberá assistência e orientação de um diretor de estudos” (BRASIL, MEC, 1999, p. 7).

Por fim, atualmente, entende-se majoritariamente no Brasil a atividade de *coaching* como a orientação acadêmica prestada por Tutor, o qual é profissional de sucesso na área jurídica, em benefício de Pupilo, objetivando aprofundar a formação jurídica do Mentorado com participação em processo educacional específico e diferenciado. Nesse processo, o Tutor é claramente um Professor Orientador que, a partir dos seus conhecimentos acadêmico e prático e da sua experiência profissional jurídica, conduz treinamento educacional, o qual tem sido buscado principalmente por bacharéis em Direito que se submetem a concorridos e complexos Concursos Públicos Jurídicos.

3.3 Vedações ao Exercício de Funções e Cargos pelos Magistrados. Inconstitucionalidade do Art. 5-A da Resolução nº. 34/2007 do CNJ, conforme redação da Resolução nº. 226/2016

Os cânones da interpretação constitucionalmente adequada das vedações ao exercício de outros cargos e funções pelos magistrados encontram-se expostos no Mandado de Segurança nº. 25938-DF, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

3. As vedações formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, proteger o próprio Poder Judiciário, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de total independência e, de outra parte, garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado (BRASIL, STF, 2008). (grifos nossos)

Conforme visto acima, a Constituição Federal, nos termos do art. 95, parágrafo único, no inciso I, além da magistratura, somente é possível exercer um cargo do professor. Deve-se registrar que a relação de correlação temática entre o exercício da magistratura e o magistério, a qual se encontra no art. 26, § 1º, LOMAN, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois o art. 95, parágrafo único, I, CF, não determina que o magistério ocorra necessariamente na seara jurídica²¹.

Também se registram as vedações previstas no art. 36, I e II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

Desse modo, não é possível o Magistrado exercer outro cargo ou função além do magistério, também não podendo exercer atividades comerciais e empresariais salvo na condição de acionista ou de quotista. Em relação às vedações ao exercício de outros cargos e funções com exceção da docência e às impossibilidades de exercício de atos de comércio e da atividade empresarial, claramente se busca proibir que magistrados ingressem em atividades que consomem intensamente o tempo, prejudicando-se assim as atividades jurisdicionais.

²¹“Conclui-se, portanto, que nesse ponto específico a LOMAN não foi recepcionada pela nova Constituição. Se o magistrado desejar dar ailas em outras áreas não afins ao Direito, poderá fazê-lo sem impedimento” (ALVES, 2014, p. 331).

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, por óbvio e corretamente, compreende que a atividade de docência necessita ser conduzida em horários diversos da atuação jurisdicional e com carga horária compatível com os deveres funcionais dos magistrados, pois: “não pode o magistrado privilegiar o tempo dedicado ao magistério sobre o exercício da magistratura” (BRASIL, STF, 2007).

Em verdade, a produção de conhecimento e de reflexões jurídicas, a qual é essencial à docência, em muito beneficia a atividade judicial. Nesse exato sentido é a manifestação do Ministro Ayres Britto:

magistério e magistratura são irmãs siamesas no sentido de que, de um lado, é ensinando que se aprende; de outro, como dizia Camões, há um saber que só de experiência é feito; vale dizer, o juiz tem muito a ganhar com o exercício do magistério, e o magistério tem muito a ganhar com a protagonização dos juízes (BRASIL, STF, 2008), (grifos nossos)

Registra-se ainda o dever de capacitação contínua dos magistrados, a qual é condição *sine quo non* também dos ofícios atinentes ao magistério jurídico. Nesse exato sentido, sobre a exigência de conhecimento e capacitação permanente dos juízes, dispõe o Código de Ética da Magistratura aprovado pelo CNJ:

Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça.

Art. 30. O magistrado bem formado é o que conhece o Direito vigente e desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente.

Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.

Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

Sobre as referidas modificações, é correto fixar a regra geral, no caput do art.

4-A da Resolução nº. 34/2007 do CNJ, de que atividades de palestra, conferência, presidência de mesa, moderação, debate ou comissão organizadora constituem-se em função de docência. As lições ministradas por Professores ocorrem em diversos contextos e não somente em sala de aula para alunos matriculados em disciplina específica. Ainda, há relação necessária entre a produção de conhecimentos teórico e prático e a atividade do magistério, sendo essencial a participação de Professores em eventos acadêmicos, científicos e profissionais.

Por sua vez, como essas atividades docentes podem impactar no exercício da atividade jurisdicional, justifica-se assim a necessidade de informação da sua realização para o Conselho Nacional de Justiça.

A LOMAN, buscando preservar a independência do magistrado e a dedicação dos juízes às atividades jurisdicionais, vedou a participação dos magistrados em “cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração”. Desse modo, mesmo sem remuneração, não é possível que magistrado integre o corpo Diretivo de Fundação Pública com finalidades educacionais, pois a dedicação a esta função provavelmente impactará no exercício da jurisdição. Desse modo, essa linha interpretativa, a priori, sustenta a obrigação de comunicação de palestras, participações e mediações em mesas de debate em instituições religiosas e em clubes literários para “garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado o desempenho da atividade jurisdicional” (BRASIL, STF, 2008).

De outro lado, a vedação completa da atividade de coaching, nos termos do art. 5-A da Resolução nº. 34/2007, representa violação ao art. 95, parágrafo único, I, CF, pois há atividades de docência jurídica praticadas pelo método ou metodologia de treinamento educacional conhecido com Coaching. A vedação prevista no referido art. 5-A, Resolução nº. 34/2007, ainda afronta “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar pensamento” e o “pluralismo de idéias e concepções pedagógicas”, que se encontram previstos no art. 206, II e III, CF.

Por fim, não se trata de exercício de poder regulamentar na fixação de dever acessório à vedação já existente na legislação e na Constituição, porque esse ato normativo da administração pública violou o conceito tradicional, legal e constitucional de docência, além de violar, como visto, os direitos fundamentais à liberdade e à educação. Ainda, existe regulação sobre questões essenciais dos ci-

tados direitos fundamentais na educação jurídica, a qual não é possível por meio de ato regulamentar do CNJ.

Considerações Finais

Os direitos fundamentais são de enorme destaque no constitucionalismo contemporâneo, podendo ser limitados e restringidos de específicas formas. Em primeiro lugar, o próprio Poder Constituinte pode fixar de maneira expressa no texto constitucional algumas limitações, buscando proteger e garantir outros valores e normas constitucionais.

De outro lado, é possível mediante lei (ato do parlamento) estabelecer também limitações aos direitos fundamentais, existindo a reserva de lei simples e reserva de lei qualificada, existindo nesta a fixação de parâmetros e até o prévio balanceamento com outras normas constitucionais. Ainda, mesmo que não haja previsão literal de restrição legal, é facultado ao legislador estabelecer limitações e especialmente parâmetros para ponderação entre direitos fundamentais em espécie ou entre esses direitos e outras normas constitucionais.

Em terceiro lugar, é função por excelência de a jurisdição constitucional analisar a colisão de direitos, produzindo, desde que existam sólidos argumentos constitucionais, limitações. Em quarto lugar, entende-se que o poder regulamentar da administração pública pode estabelecer certas restrições aos direitos fundamentais se existir autorização constitucional e se a regulamentação não versar sobre elementos essenciais dos direitos fundamentais.

Em quinto lugar, o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça encontra-se restrito à sua competência constitucional (103 - B, § 4º, CF), não podendo intervir nos direitos fundamentais para além de estabelecer normas secundárias e acessórias a normas legais e constitucionais previamente existentes. Ainda, o CNJ deve respeitar a teoria da essencialidade, que prescreve que atos normativos administrativos não podem regulamentar questões essenciais dos direitos fundamentais.

No caso da Resolução nº. 226/2016 do CNJ e em sexto lugar, há violação aos limites constitucionais, pois a atividade de coaching integra o núcleo das atividades de magistério, as quais são permitidas constitucional e legalmente. O coaching nada mais é que uma metodologia de ensino, espelhada na relação entre Tutor e Pupilo, existente na educação desde tempos imemoriais.

Desse modo, desde que i) se trate de método utilizado no campo educacional como em atividades de graduação, de pós-graduação e de preparação para Con-

cursos Públicos), ii) as atividades educacionais do Tutor/Professor Orientador magistrado sejam realizadas, pessoal ou virtualmente, em horário compatível com o exercício da atividade jurisdicional e iii) o juiz preste as atividades educacionais de tutoria (coaching) mediante vinculação com instituição de ensino, com escola da magistratura, com curso preparatório ou com pessoa jurídica que possui como finalidade a prestação de serviços de educação jurídica, sendo vedada a realização desta atividade mediante contratação direta com clientela, há relação de docência constitucionalmente protegida.

Em verdade, o Professor pode exercer a profissão mediante a) relação de emprego (CLT), b) vinculação estatutária e administrativa após aprovação em Concurso Público de provas e títulos para atividade de docência em instituição educacional pública, c) atividade de autônomo, conduzindo cursos, aulas e atividades educacionais em cursos de pós-graduação lato sensu ou cursos preparatórios e d) contratação direta com a clientela (aula particular).

Para o magistrado e professor, logo também para o juiz que exerce a docência por meio de atividades educacionais de tutoria (coaching), parece que as formas de exercício da profissão serão por relação de emprego (CLT), vínculo estatutário e atuação como autônomo em cursos de pós-graduação lato sensu ou cursos preparatórios. De outro lado, o exercício de atividades de coaching por contratação direta com a clientela provavelmente impactará bastante no tempo dedicado pelo magistrado a atividades meio do processo educacional (relações administrativas e logísticas), podendo reduzir o tempo disponível para o desempenho das atividades jurisdicionais e causar incompatibilidade de horários com o exercício das funções judiciais.

Desse modo e em sétimo lugar, há violação à liberdade de profissão e ao direito fundamental à educação, sendo promovido uma restrição que não se encontra na Constituição Federal e no direito posto, porque a atividade de Tutoria está contida no magistério. Ainda, essa restrição ataca o âmbito de proteção desses direitos, violando a teoria da essencialidade. Em oitavo lugar, por sua vez, a informação da realização de palestras ao CNJ não representam violação à Constituição Federal, sendo neste particular constitucional a Resolução nº. 226/2016.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Henry. *Regime Jurídico da Magistratura*. 2. ed. São Paulo: Sa-

raiva, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

CYRINO, André. Regulamento Autônomo no Brasil: Uma Resposta às Críticas. *Revista da Faculdade de Direito - RFD - UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 107-137, 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Manual de Orientações Básicas - PET*. 2002, p. 3. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/PETmanual.pdf>. Acesso em 22 de julho 2016.

_____. *Parecer n.º. 977/1965*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/avaliacao/avaliacao-n/Parecer-977-1965.pdf>. Acesso em 22 de julho 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar n.º. 2.075*, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 27/6/2003.

_____. *Questão de Ordem no Agravo Regimental na Ação Cautelar n.º. 1.033*, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 16/6/2006.

_____. *Mandado de Segurança n.º. 25938*. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ de 12/09/2008.

_____. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º. 32.451-DF - Decisão Monocrática*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 15/10/2013.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 4815*, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJ de 29 julho de 2016.

DEUTSCHLAND. *BVerfGE 47, 46 - Sexualkundeunterricht*, Ersten Senates, 21. Dezember 1977. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=deutschland&aq=chrome.3.69i57j0l5.8296j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

Acesso em: 07 de setembro de 2016.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 108/1986*. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/671>. Acesso em: 08 de setembro de 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Avaliação da Pós-Graduação em Direito: Reflexões sobre o Perfil da Excelência Acadêmica. In: SILVEIRA, Vladimir da, SANCHES, Samyra Haydêe Dal Naspolini. *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 253-271.

_____. Competências e Habilidades dos Egressos do Ensino Jurídico. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; SCHAEFER, Fernanda; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. (Org.). *Ensino jurídico e desafios contemporâneos*. Curitiba: OABPR, 2014, p. 47-61

FRANÇAIS, Le Conseil constitutionnel, *Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982*. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1982/82-143-dc/decision-n-82-143-dc-du-30-juillet-1982.8002.html>. Acesso em: 07 setembro de 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Coaching, Mentoring e Counseling: um Modelo Integrado de Orientação Profissional com Sustentação da Universidade*

Corporativa. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2015.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça: Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a Civil Law Brasileira: Interpretação e Aplicação do Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2016.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Revisão do Papel da Metodologia da Pesquisa Jurídica e Trabalho de Curso na Graduação em Direito. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; SCHAEFER, Fernanda; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. (Org.). *Ensino jurídico e desafios contemporâneos*. Curitiba: OABPR, 2014, p. 62-81.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Pesquisa Jurídica: entre a Quantidade e a Qualidade. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti. (Org.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 229-252.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Democrático de Direito e os Limites da Liberdade de Expressão na Constituição Federal de 1988, com Destaque para o Problema da sua Colisão com outros Direitos Fundamentais, em Especial, com os Direitos de Personalidade. *Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 8, p. 112-142, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da EMESC*, v. 12, n. 18, p. 15-24, 2005.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas. Uma Análise Quantitativa e Comparada sobre o Ensino Jurídico no Paraná nas Últimas duas Décadas: Cursos, Vagas Ofertadas, Matrículas, Concluintes, Ingressos e Desempenho no Exame de Ordem. CORTIANO JUNIOR, Eroulths; SCHAEFER, Fernanda; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. (Org.). *Ensino jurídico e desafios contemporâneos*. Curitiba: OABPR, 2014, p. 137-181.

Artigo recebido em 10/10/2016
Revisado em 08/12/2016
Aprovado em 20/12/2016

IMPOSIÇÕES ÉTICAS-LEGAIS POSITIVAS OU NEGATIVAS: POSSIBILIDADE DE GARANTIR O RESPEITO DAS EMPRESAS AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL?

BRAZILIAN ETHIC-LEGAL SYSTEM: ACTIONS COMPANIES COMMITTING TO CONTRIBUTION ON THE RESPECT FOR HUMAN RIGHTS?

Martha Assuncion Enriquez Prado¹

Pós-doutora em Direito

Universidade Estadual de Londrina (UEL) - Londrina - Paraná (PR)- Brasil

RESUMO: O sistema jurídico brasileiro permite que sejam estabelecidas obrigações positivas ou negativas, também denominadas de abstenção, para a implementação do respeito empresarial aos direitos humanos no contexto do desenvolvimento social, econômico e ambiental do país. Nesse contexto, em 2015, o Brasil passa a vivenciar uma de suas maiores crises institucionais. Diversas empresas foram citadas nas sucessivas fases da Operação “Lava Jato” e isso impacta, de maneira danosa, os Direitos Humanos e as vidas de indivíduos a elas vinculadas sejam: empregados, fornecedores, consumidores, investidores ou terceiros, por meio de práticas lesivas, como as exercidas por empresas de construção civil e do mercado de óleo e gás, principalmente no aspecto ético.

PALAVRAS-CHAVE: Bem-estar econômico; cidadania; desenvolvimento; ONU

ABSTRACT: The Brazilian legal system allows positive or negative obligations, also known as abstention, to be established for the implementation of corporate respect for human rights in the context of the social, economic and environmental development of the country. In this context, in 2015, Brazil is experiencing one of its greatest institutional crises. Several companies have been cited in the successive phases of Operation Lava Jato and this has a damaging impact on the Human Rights and the lives of individuals linked to them: employees, suppliers,

¹Graduada em Letras, Graduada, Mestre, Doutora e Pós Doutora em Direito na Espanha. Professora e pesquisadora colaboradora do Programa de Pós Graduação stricto sensu da Universidade Estadual de Londrina. Professora de Pós Graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. E-mail: martha_prado@hotmail.com.

consumers, investors or third parties, through harmful practices, such as those carried out by construction companies and the oil and gas market, mainly in the ethical aspect.

KEYWORDS: Economic well-being; citizenship; development; ONU

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 - contempla os fundamentos e objetivos da República, respectivamente, no Art. 1º e seus incisos II, III, e IV e no Art. 3º, inciso I, além de enumerar os princípios gerais que devem reger a atividade econômica no Art. 170 caput, que expressa à finalidade da ordem econômica como a de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, o que conduz a sociedade brasileira na busca de seu desenvolvimento socioeconômico.

Observa-se, ainda no último preceito constitucional aludido acima, alguns princípios da ordem econômica como: a função social da propriedade (inciso III); a defesa do consumidor (inciso V); a proteção ao meio ambiente (inciso VI); e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII) ratificando a busca do desenvolvimento socioeconômico para a sociedade brasileira.

Então, a presente pesquisa tem por objetivo geral o de apresentar o panorama das principais obrigações que impõem o respeito empresarial aos Direitos Humanos no Brasil. Os objetivos específicos são traçar um histórico e entender se essas práticas violadoras de Direitos Humanos no Brasil são positivas/ativas ou negativas/de abstenção, a partir do entendimento da criação de agendas ou pautas internacionais.

A principal abordagem metodológica é a revisão literária integrada de autores tanto de Direito Empresarial como de Direitos Humanos e para comprovar a hipótese analisada, obter-se-ão dados secundários como os instrumentos normativos internacionais, a legislação nacional e alguns modelos de sustentabilidade social, econômica e ambiental escolhidos pela funcionabilidade para estudo e análise. O método de pesquisa é o histórico-descritivo e as conclusões articuladas serão de cunho indutivo.

Os resultados esperados são os de responder se o respeito às obrigações positivas, negativas e à ética têm evoluído no sentido de buscar a competitividade empresarial, observando não somente a obtenção de lucros e benefícios econômi-

cos, mas também as atividades que favoreçam outros valores para que se sintam presentes as externalidades positivas.

1 As empresas no contexto da América Latina: Inovação, Integração ou Internacionalização?

As ciências sociais aplicadas, como é o caso do Direito, buscam analisar e enfrentar os fenômenos políticos, culturais, econômicos e sociais considerando-os como processos que merecem estudo.

O mundo globalizado exige o entendimento das inovações, da integração regional e da internacionalização como processos interligados que têm transformado a dinâmica socioeconômica em escala global. (GUEDES, 2013, p. 897).

Observa-se que, no âmbito das inovações, destacam-se as tecnologias da informação e comunicação, com efeitos diretos sobre a organização da produção e do trabalho e as relações sociais. O efeito das inovações dessas tecnologias é a modificação da escala em que operam os agentes econômicos, possibilitando a superação dos obstáculos antes impostos pela localização geográfica, por exemplo, pelo comércio da produção via Internet (GUEDES; ROSÁRIO, 2005, p. 17).

Como afirma SANTOS:

Em nossa época, o que é representativo do sistema de técnicas atual é a chegada da técnica da informação, por meio da cibernética, da informática, da eletrônica. Ela vai permitir duas grandes coisas: a primeira é que as diversas técnicas existentes passam a se comunicar entre elas. A técnica da informação assegura esse comércio, que antes não era possível. Por outro lado, ela tem um papel determinante sobre o uso do tempo, permitindo, em todos os lugares, a convergência dos momentos, assegurando a simultaneidade das ações e, por conseguinte, acelerando o processo histórico. (2003, p. 7)

Por outro lado, para Guedes e Rosário, a logística baseada na informação e na flexibilidade favorece a fragmentação e deslocalização das cadeias produtivas, sob a configuração de um mercado internacional cada vez mais competitivo, complexo (2005, p. 20). Para usar as palavras de Milton Santos dir-se-ia sob a configuração do mercado internacional cada vez “perverso” (2003, p. 7). De acordo com Santos “Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas”

(2003, p.8). O autor segue com sua crítica: “De fato, para a grande maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a SIDA se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção” (2003, p.10). Para Guedes e Silva, por exemplo, como o agricultor familiar não pode competir com o agronegócio, deve especializar-se em produtos diferenciados ancorados especialmente nos bens intangíveis locais (2011, p.162).

No que tange à integração regional, conforme aponta Guedes, foi o caminho encontrado pelos Estados para garantir a competitividade no mercado internacional, por meio do fortalecimento político do bloco, e ou por ganhos de escala na produção dada a garantia de mercado consumidor do bloco (2013, p. 901). O Brasil faz parte do MERCOSUL - Mercado Comum do Sul -, que conta também com a participação da Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela. Os demais países da América Latina, como o Chile, o Peru, a Colômbia, o Equador, a Guiana e o Suriname são Estados Associados do Mercosul. A Bolívia é um Estado Parte em Processo de Adesão (MERCOSUL, 2014, s/p).

A integração regional possui múltiplas dimensões e variáveis como educação, cultura, ciência e tecnologia (GUEDES, 2013, p. 901). Para o autor, o exercício positivo na integração regional dar-se-á pelo seu impacto na sociedade. Para dar certo, o bloco deve levar em conta aspectos sociais, tais como o sentimento de pertencimento ao processo de integração e à região, além do fortalecimento da cidadania coletiva como ser latino americano.

Além disso, as políticas pensadas para todos os países do bloco devem levar em conta as especificidades demográficas, geopolíticas e o quadro econômico de cada Estado Parte para que os povos daqueles Estados possam sentir-se parte integrante do processo de integração latino-americana, o que até hoje ainda não ocorre nos países integrantes do MERCOSUL.

Quanto à internacionalização das empresas e do capital aplicado aos investimentos brasileiros, os traços neoliberalistas da CRFB/88, preceituam uma maior autonomia dos Estados e Municípios, o que não parece positiva por força da ado-

ção de medidas competitivas que podem levar a conflitos dentro do território nacional. Klink confirma a assertiva:

O processo de reestruturação defensiva, ocorrendo em escala nacional, e o aprofundamento do movimento de liberalização desencadearam um reescalamamento competitivo da atuação e organização territorial do Estado para o local. Essa tendência refletiu-se na proliferação de estratégias e práticas espaciais pautadas pela guerra tributária e desregulamentação competitiva entre Estados e Municípios com o intuito de atrair novos empreendimentos [...] a abertura econômica descontrolada, sem políticas tecnológica e industrial compensatórias, impulsionou as chamadas forças centrífugas da globalização sobre o espaço nacional, o que gerou um ambiente propício à reconcentração de economias regionais mais competitivas dentro do espaço nacional. (KLINK, 2013, p.17)

Considerando a inevitável mundialização da economia, a crescente competição internacional, percebe-se que a exploração global dos recursos escassos, que atende à lógica capitalista concentradora de riqueza, exige reflexões e atitudes urgentes em nome dos seres humanos.

2 Panorama das obrigações legais positivas/ativas e negativas/de abstenção e como isso contribui para o respeito das empresas aos Direitos Humanos

O Estado tem por primária responsabilidade auxiliar a efetivação dos direitos da cidadania, mas as empresas privadas e transnacionais também o são no escopo ao qual devem se adequar conforme a normatização do país onde se instalaram.

As transnacionais crescem tanto em quantitativo dentro dos países emergentes, quanto em influência no contexto nacional (quicá internacional) por serem sistemas produtivos chaves para manter o crescimento de economias em desenvolvimento. Contudo, “os sistemas nacionais ainda não foram capazes de se ajustar a tais fatos” (UBILLOS, 2010, p. 65).

Em 2003, foi submetido à Comissão das Nações Unidas de Proteção aos Direitos Humanos um documento denominado “Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com Relação aos Direitos Humanos”. Seu propósito era o de definir as normas imperativas e as obrigações que seriam irradiadas do Direito Internacional com relação à interseção

entre as empresas e os Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, 2003, s/p).

Alguns anos depois, em 2005, o tema retornou à pauta das Nações Unidas. Foi nomeado o Prof. John Ruggie como Representante Especial para investigar a intersecção entre empresas e Direitos Humanos. Após três anos, em 2008, foi apresentado à Comissão das Nações Unidas de Proteção aos Direitos Humanos o relatório denominado “Marco Ruggie”, que teve a pretensão de construir um framework conceitual e político, comum a toda sociedade a partir do qual o pensamento e a ação se desenvolvam em busca da sustentabilidade social, econômica e ambiental para o desenvolvimento mundial (NAÇÕES UNIDAS, 2008, s/p e ALVAREZ, 2012, s/p).

Em 2011, a Comissão das Nações Unidas de Proteção aos Direitos Humanos aprovou os “Princípios-guia” de “Proteger, Respeitar e Remediar”. Esses princípios foram testados, antes de sua publicação, por mais de 10 empresas transnacionais. Particularmente, o documento reforça os conceitos do relatório de 2008 quanto a aspectos sobre responsabilidade empresarial e desenvolve o conceito das boas práticas e da devida diligência como a capacidade das empresas de se responsabilizar pelos impactos negativos causados por suas atividades, o que garantiria o desenvolvimento socioeconômico do mundo (NAÇÕES UNIDAS, 2011, s/p).

Aos efeitos de uma atividade econômica sobre terceiros (aqueles que nada têm a ver com o que a empresa faz, como o morador que perdeu a casa e demais bens por causa da lama), os economistas costumam chamar de externalidades negativas. Neste caso, o vazamento da lama é uma externalidade negativa pela qual a empresa terá que assumir todos os custos de reparação.

O que alguns economistas defendem, principalmente aqueles embasados pelas questões sociais e ambientais, é que às atividades econômicas sejam incluídos os custos das externalidades de produtos e serviços. Assim, o criador de gado na Amazônia deve incorporar ao custo do boi que venderá ao matadouro o valor da floresta derrubada para fazer as pastagens, da água para dessedentar os animais, de salários condizentes para seus capatazes e peões, das emissões de gases provocadas pela atividade, etc. Todos estes custos deveriam ser incorporados ao valor final do produto, para que este tivesse um preço real, incluindo as externalidades negativas inerentes à sua produção. O mesmo princípio deveria ser aplicado a outros setores da economia, como a mineração, a exploração de madeiras, agricultura, indústria, produção e destilação de petróleo, serviços de limpeza, etc.

Todavia, as externalidades negativas ainda não são incorporadas ao custo do

produto e continuam a ser impostas às comunidades e ambientes, sem que haja uma compensação. Assim, continuamos praticando o velho princípio do capitalismo sem lei de “privatizar o lucro e socializar os custos”. Com isso, os resultados, por vezes, são trágicos.

Afinal, muitas práticas que prejudicam a sociedade ocasionando graves prejuízos são amplamente divulgadas na mídia e nas redes sociais, como a campanha deflagrada contra a empresa espanhola de vestuário Zara que pagava salários ínfimos (mão de obra análoga a escrava), violando direitos dos trabalhadores. Ou o caso da Nike que produzia tênis e roupa esportiva em países de mão de obra barata (Vietnam, Indonésia e China), com fornecedores independentes que foram acusados de utilizar crianças e as obrigar a trabalhar além do máximo legal permitido nos países em comento, violando os direitos das crianças e o código de boas práticas da Nike. Ressalva-se que a empresa americana não foi legalmente responsável por critérios tradicionais por não ter sido comprovada a sua autoria direta no caso.

2.1 As obrigações acolhidas pelo Brasil para a imposição do respeito das empresas aos Direitos Humanos

Durante todos esses anos o Brasil participou ativamente de todas as atividades aludidas acima bem como das reuniões do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Destaca-se, em 2013 a 24ª Sessão, pois reabriu o debate sobre a criação de marco normativo aplicável às empresas em matéria de direitos humanos. O Equador apresentou declaração em que pede a adoção de um tratado internacional vinculante sobre o tema dentro do sistema das Nações Unidas e coloca em “evidência as obrigações das corporações transnacionais em matéria de direitos humanos, crimes econômicos e ecológicos e, nos casos de abusos e violações dos mesmos, promover o estabelecimento de mecanismos efetivos para remediar as vítimas e possibilitar o acesso à Justiça das comunidades afetadas sempre que isso não seja oferecido pelas jurisdições nacionais.” (CONNECTAS, 2015, s/p).

Internacionalmente, o Brasil também está submetido ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por ser um de seus membros integrantes, ou seja, ao mesmo tempo em que uma empresa violadora está sujeita à responsabilização no âmbito interno, o país está sujeito à responsabilização no âmbito internacional, podendo ser responsabilizado por violações de direitos humanos cometidas por empresas instaladas em seu território por ter, particularmente,

nesses casos culpa in vigilando e in eligendo (SILVA, 2011, p. 82).

Em 2011, o item d do Relatório da Comissão Internacional de Juristas¹² destacou que o Brasil empreendeu diversas imposições ou ações positivas e que os administradores de empresas violadoras dos Direitos Humanos passaram a ser efetivamente responsabilizados no âmbito cível e administrativo. Contudo, na época da elaboração do documento, havia a impossibilidade de imputação de crimes cometidos por pessoas jurídicas (CIJ, 2011, p.2).

Um dos instrumentos implantados para deslindar tais questões é o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC -, que consiste em um acordo assinado perante procuradores da República, que objetivam solucionar problemas que estão ocorrendo, ou compensar danos preteritamente causados. Os TAC, pela sua natureza e por terem uma dinâmica própria, são rápidos e evitam a demanda judicial, desde que os termos do TAC sejam cumpridos na forma acordada. Hoje em dia, é um dos mais eficazes instrumentos para proteção de direitos coletivos, difusos e de unidade homogênea (RODRIGUES, 2011, p. 122).

Na esfera cível, essas sanções às empresas cingiam-se principalmente em compensar os danos causados aos acionistas e aos terceiros por meio de comandos como a Lei nº 6385/76 e a Lei nº 8078/90, entre outras.

Além disso, é importante ressaltar que a responsabilização ambiental, a consumerista e a trabalhista são objetivas e há a previsão de sanções criminais e administrativas. A responsabilização de empresas violadoras de direitos humanos, portanto, é viabilizada pela legislação nacional nesses âmbitos (CIJ, 2011, p. 3-4 e BEDIN, 2001, p. 35).

Dadas as situações corriqueiras como a acima exposta, em 2014 foi criado um grupo de trabalho intergovernamental, no qual se inseriu o Brasil, para a construção das normas vinculantes sinalizadas na 24ª Sessão da ONU. E, o Brasil participou há poucos meses, da 30ª reunião do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, na Suíça (25/09/2015) com o objetivo de discutir estratégias efetivas e recomendar medidas concretas aos países integrantes da ONU e ao segmento empresarial para prevenir e erradicar o trabalho escravo contemporâneo, bem como garantir assistência às vítimas (CONNECTAS, Op. cit., s/p).

O Relatório, ainda, reconhece que o controle da violação aos direitos Humanos pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal - STF -, pois há anos reconheceu

¹²O endereço eletrônico do Relatório Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations - Summary Executive Brazil (em língua inglesa) está indicado nas referências dessa pesquisa.

explicitamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil (CIJ, Op. Cit., p. 8).

3 Direitos Humanos pelas empresas no Brasil: Ética na qualidade de Standard?

Na legislação brasileira, o artigo 170 da Constituição de 1988, no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, assegura o interesse público como dever do Estado em: (i) defender a liberdade de iniciativa e a livre concorrência; e (ii) proteger o consumidor e o meio ambiente, o que representa a prática da ética em sua governança.

Embora a preocupação com o tema seja recente no Brasil, algumas leis se aproximam transversalmente do tema, visando coibir práticas antiéticas na atividade empresarial e nas relações da empresa com a sociedade em geral como: (i) a Lei 12.529/2011, de defesa da concorrência; (ii) a Lei Complementar nº 101/2000, de Responsabilidade Fiscal; (iii) a Lei nº 9.078/1990, de defesa do consumidor; e (iv) a recente Lei Anticorrupção nº 12.846/2013.

Nos Estados da federação, o Estado do Rio Grande do Sul aprovou a Lei nº 11.440, em 18 de janeiro de 2000, instituindo uma certificação conferida pela Assembleia Legislativa Estadual às empresas socialmente responsáveis, com base nos Balanços Sociais³.

Historicamente, as empresas norte-americanas foram as pioneiras em inserir cláusulas relativas ao comportamento ético entre parceiros comerciais. Logo, as primeiras exigências de uma conduta ética nas empresas no Brasil, surgiram desses contratos privados de empresas brasileiras com multinacionais americanas (CORTINA, 2000, p. 84).

De 1994 até poucos anos atrás, o lugar conquistado pelo Brasil no mapa dos investidores internacionais, gerou uma obrigação de cumprir os standards internacionais. Foi um período de associações por meio de “joint ventures”. De um lado as empresas estrangeiras detentoras de tecnologia e capital, de outro as empresas brasileiras, carentes de tecnologia, porém, com conhecimento de como

³O Balanço Social é definido como o instrumento utilizado para mensurar a atuação social das empresas, a qualidade da relação com os empregados, o cumprimento de cláusulas sociais, a participação dos empregados nos resultados econômicos, as possibilidades de desenvolvimento pessoal, bem como a forma de interação das empresas e demais entidades com a comunidade e sua relação com o meio ambiente. Cabe ressaltar que a Comissão Organizadora e seus colaboradores poderão cassar a certificação ou troféu com base em alguma denúncia grave que altere substancialmente alguns dos indicadores ou pré-requisitos. Com base na Lei nº 11.440, em 18 de janeiro de 2000, que outorga três formas de reconhecimento: (i) Certificado de Responsabilidade Social; (ii) Troféu Responsabilidade Social - Destaque RS; e (iii) Diploma Mérito Social para as empresas reconhecidamente éticas.

explorer o mercado nacional. Nestes contratos de “joint ventures” inseriram-se cláusulas contratuais de comportamento ético, refletindo-se nos acordos societários (acordos de acionistas, acordos de associação), estatutos e contratos sociais. As empresas que surgiram nesse contexto sujeitavam-se às normas internacionais de conduta ética e a violação das mesmas configurava inadimplência contratual, com sérias conseqüências comerciais, incluindo a ruptura do contrato e o pagamento de multas.

4 Análise da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

O Brasil, em 1º de agosto de 2013, avançou mais uma vez no sentido de cumprir essa pauta internacional, ao promulgar a Lei nº 12.846, que estabeleceu a possibilidade de responsabilizar objetiva, administrativa e civilmente as pessoas jurídicas por atos de corrupção contra a administração pública, não importando se a empresa for de capital nacional ou estrangeira (Lex fori).

O diploma legal em análise estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Agrava a responsabilização da pessoa jurídica e não a exclui da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. O texto legal estabelece que a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais e os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade, dividindo a responsabilização pela prática dos atos ilícitos.

Outra novidade trazida pela legislação é o fato de que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, o que outrora suscitava alguma dúvida e, por vezes, liberava os dirigentes das práticas abusivas.

Há que se observar as hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora, pois esta será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas na lei anticorrupção, decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e à reparação integral do dano causado.

Portanto, comprova-se que o Brasil e a comunidade internacional desenvolvem ações positivas para minimizar os impactos negativos da relação entre empresas e os direitos humanos, visando manter um “equilíbrio razoável” (entendido como bem-estar).

Considerações Finais

Dado o acirramento da competitividade internacional em função das alterações, em boa medida, possibilitadas pelas Tecnologia da Informação e Comunicação, estudam-se estratégias e métodos inovadores para a promoção do crescimento e do desenvolvimento econômico das empresas dentro das normas éticas e legais impositivas do respeito aos Direitos Humanos. As empresas possuem capacidade para gerar “bem-estar” econômico, desenvolvimento, avanços tecnológicos e, acima de tudo, criar riquezas. Contudo, possuem a capacidade de impactar de maneira danosa direitos humanos e vidas de indivíduos, por meio de práticas empresariais principalmente com políticas empregatícias abusivas, danos ambientais, entre outras.

Tanto no Brasil, quanto no exterior, o debate e a construção de consenso, de parâmetros normativos, tudo se faz imprescindível, não apenas no ramo de responsabilização por violações, mas também no âmbito de imposições de obrigações positivas, uma vez que as empresas têm o poder-dever, considerado na qualidade de função social, de não apenas respeitar, mas promover direitos humanos, visando o equilíbrio da comunidade em que se instalam, muito além do lucro puro e simples.

Responder a critérios éticos de comportamento para criar uma cultura empresarial adequada à realidade e às exigências dos Direitos Humanos é de suma importância, porque os princípios e valores éticos que compõem a base da cultura da empresa para orientar sua conduta e missão social são percebidos pela sociedade como pontos positivos e as empresas tendem a ter uma vida mais longa. Se as empresas são antiéticas tornam-se frágeis, sem competitividade e sujeitas aos riscos de uma imagem e reputação negativas.

Há, ainda, muito para avançar, mas são percebidas algumas (poucas) campa-

nhas de informação veiculadas em mídia audiovisual, como as de: (i) erradicação do trabalho escravo contemporâneo; e (ii) preservação dos recursos hídricos e energéticos brasileiros. Esta segunda se mostrou tão efetiva que causou déficit às empresas dos dois segmentos.

No âmbito do exercício dos direitos, percebem-se mudanças como: (i) o fortalecimento da Defensoria Pública, mais pronunciado na Região Sudeste e ainda incipiente em outras regiões do país; (ii) a permissão legal de ONGs litigarem no STF, como *amicus curiae*, por imposição legal; (iii) a implantação, na esfera judicial e administrativa, de medidas que colaborem para a celeridade e a economia processual, como a promulgação do Novo Código de Processo Civil, que se tornou vigente em março de 2016; e (iv) os mecanismos de monitoramento para o cumprimento dos TAC, em estudo pelo Ministério Público Federal, - entre outras, apoiam as iniciativas que promovam do que as que previnam o respeito empresarial aos direitos humanos. Por conseguinte, entende-se que o Brasil trata dessa hipótese na qualidade de obrigações positivas.

No Brasil, há a implementação de obrigações positivas a serem cumpridas pelas empresas em respeito aos direitos humanos. No entanto, não há rol de políticas públicas ou avanços em ações de não fazer ou abstenções à violação aos direitos humanos pelas empresas visando o desenvolvimento social, econômico e ambiental.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, José. *The Evolving International Investment Regime: an introduction and an overview*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade São Paulo - USP. São Paulo, 25 de Agosto de 2012.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidaria*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

CORTINA, Adela. *Ética de la empresa*. Colección Estructuras y Procesos de Serie Filosofía. Madrid: Trotta, 2000.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. *Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations - Brazil (executive summary)*. Disponível em: <<http://www.conec->

tas.org/arquivos/Brasil%20ExecSumm-ElecDist(1).pdf> Acesso em 04 nov. 2016.

GUEDES, C. A. M. O doutorado binacional UFRRJ e UNRC em Ciência, Tecnologia e Inovações em Agropecuária: algumas observações. In: Sarti, Ingrid; Lessa, Mônica Leite; Perrotta, Daniela; Carvalho, Glauber Cardoso. (Org.). Por uma integração ampliada da América do Sul no século XXI. *FoMERCOSUL XIII Congresso Internacional*. 1. ed. Rio de Janeiro: PerSe, 2013, v. 2, p. 895-906.

GUEDES, C. A. M.; ROSÁRIO, J. L. do. *Informação e conhecimento: os impactos na reorganização do mercado e do trabalho*. In: Desenvolvimento em Questão, Ijuí, Ano 3, n. 5, p. 9-34, 2005.

GUEDES, C. A. M.; SILVA, R. *Denominaciones territoriales agroalimentarias, políticas y gestión social: Argentina, Brasil y la experiencia española en el contexto europeo*. In: MONJE-REYES, P.; TENÓRIO, F. G. (Org.). Ciudadanía, territorio y políticas públicas - Pensando el desarrollo con democracia y ciudadanía territorial. Análisis de casos de Chile y Brasil. 1. ed. Santiago: Arcis, 2011. p. 159-189.

KLINK, J. A escalaridade e espacialidade do (novo) desenvolvimentismo, uma exploração conceitual para o debate. In: BRANDÃO, C. e SIQUEIRA, H. (Org.). *Pacto federativo, integração nacional e desenvolvimento regional*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013. p. 11-29.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social, Sub-Comissão para Promoção e Proteção de Direitos Humanos. *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)> Acesso em 05 nov. 2016

_____. News and reports. *Protect, Respect, and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*. Disponível em: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>> Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Conselho de Proteção aos Direitos Humanos. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect*

and Remedy” Framework. Disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>> Acesso em: 25 out. 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

UBILLOS, José María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Artigo recebido em 10/01/2017
Revisado em 12/01/2017
Aprovado em 20/01/2017

OS CAMINHOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA INTERCONEXÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E JURÍDICO: ABRINDO A “SALA DE MÁQUINAS DA CONSTITUIÇÃO”

THE ROADS FOR THE DEVELOPMENT OF AN INTERCONNECTION BETWEEN POLITICAL AND LEGAL CONSTITUTIONALISM: OPENING “CONSTITUCION ROOM OF MACHINES”

Carina Barbosa Gouvêa¹

Doutora em Direito

Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE) -
Pernambuco (PE) - Brasil

Ivo Dantas²

Doutor em Direito

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) - Pernambuco (PE) - Brasil

RESUMO: Um dos principais objetivos de uma Constituição é a aptidão do texto de, a um só tempo, refletir e impulsionar a sociedade sobre a qual ela vai incidir. O constitucionalismo contemporâneo apresenta um grande déficit, uma vez que as Constituições foram forjadas com duas almas: uma olha para a parte dos direitos e outra para a relação com a organização do poder. Estas duas partes não foram pensadas para se articular perfeitamente uma com a outra, foram constru-

¹Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social pela UNESA; Professora Bolsista da Universidade Federal Rural de Pernambuco; Professora da FACIPE/PE; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional (NPJuris/UNESA-RJ) e do Grupo Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável (IBMEC/Rio). Advogada e Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. E-mail: carinagouvea25@gmail.com

²Professor Titular Livre da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Doutor em Direito Constitucional - UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional - UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado - UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional México). Miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Ex- Diretor da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Membro do Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001. Juiz Federal do Trabalho - (aposentado). Vice-Presidente da Comissão de Precatórios Judiciais da OAB, Secção de Pernambuco. Advogado e Parecerista. E-mail: profivodantas@uol.com.br

ídas para funcionarem de forma autônoma. Desta forma, é necessário adentrar a discussão da ineficácia social do Direito, procurando uma nova forma de efetivação do exercício do poder. O problema central que o constitucionalismo moderno enfrenta é o de “se poder transformar numa aporia científica e numa ilusão político-constitucional, pelo fato de se assentar - e viver - de pressupostos que o Estado não pode garantir”. Dentro de todo este debate sobre uma concepção adequada de constitucionalismo, tem-se a necessária retomada e (re)conciliação entre o direito constitucional e a política, com uma atenção especial para a cogitação que ora se desenvolve para o papel que possa ter o desenho institucional em nome do sucesso da carta fundamental. O constitucionalismo que se quer alcançar, transformador, não está em um aspecto pontual, se não na conjugação destas dimensões política e jurídica que são complementares e que somente funcionarão se caminharem juntas. Temos a oportunidade de refinar o pensamento a respeito de para que serve uma Constituição e para que serve uma democracia a partir do caminho que conecta o constitucionalismo político e jurídico para finalmente abrir a “sala de máquinas da constituição”.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo político; Constitucionalismo jurídico; Constituição

ABSTRACT: One of the main objectives of a Constitution is the ability of the text, at the same time, to reflect and impel the society to which it will influence. Contemporary constitutionalism presents a great deficit, since the Constitutions were forged with two souls: one of them looks at the part of rights and the other looks at the relation to the organization of power. These two parts were not designed to perfectly articulate with each other, were built to function autonomously. In this way, it is necessary to enter the discussion of the social ineffectiveness of the Law, seeking a new form of realization of the exercise of power. The central problem that modern constitutionalism faces is that it “can be transformed into a scientific aporia and a political-constitutional illusion, because it is based - and lives - on assumptions that the State can not guarantee.” Within all this debate on an adequate conception of constitutionalism, there is a necessary resumption and (re) conciliation between constitutional law and politics, with a special attention to the cogitation that develops for the role that can have the institutional design in the name of the success of the fundamental charter. Constitutionalism that is sought, trans-

formative, is not in a specific aspect, if not in the combination of these political and legal dimensions that are complementary and that will only work if they walk together. We have the opportunity to refine the thinking about what a Constitution is for and what a democracy serves from the path that connects political and legal constitutionalism to finally opening the “engine room of the constitution”.

KEYWORDS: Political constitutionalism process; Legal rules; Constitution

INTRODUÇÃO

Um dos principais objetivos de uma Constituição é a aptidão do texto de, a um só tempo, refletir e impulsionar a sociedade sobre a qual ela vai incidir.

Mas esta problemática atualmente se traduz a partir de uma perspectiva estritamente jurídica, o que pode refletir uma moldura em abstrato que vai tecer o comportamento das pessoas, desconhecendo a relação política ou de como as conexões se dão naquela sociedade dentro de seu universo dinâmico.

Já nos alertava Barroso³ que a constituição “deve ser janela e não espelho”. A janela pelo qual se olha para o mundo e para o direito de uma forma geral, e não um espelho que é uma forma de olhar para si próprio. O problema, portanto, se projeta nestas duas dimensões - tanto política, como jurídica.

O processo de democratização também influencia o desenho institucional a conformar a parte orgânica e dogmática da carta fundamental. A criação de novas instituições eleitorais, a reforma parlamentar, a reforma judiciaisão sistematizadas conforme a tradição seguida do modelo constitucional jurídico.

A estrutura está, ao mesmo tempo, distinta e indiretamente relacionada com o projetar da constituição ideal⁴. Para Gargarella⁵, a distinção entre dogmática, que abraça os direitos, e orgânica, que envolve o “maquinário do poder”, reflete a principal tensão que existe em qualquer Constituição.

É necessário buscar nas últimas reformas constitucionais as raízes do processo constituinte para a compreensão dos problemas existentes e de suas possíveis soluções. Gargarella⁶ nos dá conta de três núcleos centrais que têm relação direta:

³BARROSO, Luiz Roberto. Especialista traça histórico do Direito Constitucional. Conjur, 07 de mar. de 2009. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em 15 de abr. De 2014.

⁴ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. Duke Law Journal, Vol. 45, 1995, p. 365.

⁵GARGARELLA, Roberto. Quésón los derechos? Canal Justicia. Disponível em <<https://youtu.be/-x3CzQbQgYU>>. Acesso em 20 de mar. de 2015.

⁶Op.cit.

constituição, direitos e democracia - os grandes elementos que se pensam em uma reforma constitucional. Desta forma, este artigo pretende, em sua parte 1, descrever os caminhos trilhados pelo constitucionalismo a informar os dois grandes valores presentes em seu conceito teórico-abstrato, em que a Constituição tem apostado em dois compromissos distintos: umalista de direitos fortes e incondicionais e a organização da máquina democrática. A parte 2 pretende expor a trajetória trilhada pelo constitucionalismo: do político ao jurídico, demonstrando que o constitucionalismo que se quer alcançar, transformador, não está em um aspecto pontual, se não na conjugação destas dimensões que são complementares e que somente funcionarão se caminharem juntas. E, por fim, a parte 3 pretende demonstrar a necessidade da interconexão entre o constitucionalismo político e jurídico para favorecer a construção que opera em favor da democracia pela via do desenho institucional e que necessariamente precisa romper com esta lógica estática da aposta unicamente no modelo do constitucionalismo jurídico.

1 Os caminhos trilhados pelo constitucionalismo: Portas abertas e fechadas para o reconhecimento dos Direitos

A história do constitucionalismo do mundo possui dois grandes valores que têm estado por trás das reformas constitucionais: autonomia individual e autogoverno coletivo. Destarte, qualquer Constituição possui duas partes: uma que organiza a máquina do poder e outra que estabelece a declaração dos direitos.

A parte dos direitos se preocupa com a autonomia individual, a relação com o Estado, as liberdades individuais, a liberdade privada, a questão da livre consciência, etc.. Já a outra se refere a um distinto valor que está conectado com a democracia: como refletimos sobre a máquina do poder, principalmente para empreender as ações coletivas.

O constitucionalismo ocidental foi alimentado por três grandes fontes: a revolução francesa, a revolução norte-americana e a tradição hispânica. Dentro destas origens, existem três modos distintos de pensar a relação entre democracia e direitos⁷. Muito embora tenha se concentrado na experiência do constitucionalismo latino americano, Gargarella aponta uma preocupação com a relação democracia e direitos que merece consideração e reflexão.

Para ele, o “constitucionalismo latino americano contemporâneo” expressa seu

⁷GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

grande déficit, uma vez que as Constituições foram forjadas com duas almas. Uma olha para a parte dos direitos e outra para a relação com a organização do poder. Estas duas partes não foram pensadas para se articular perfeitamente uma com a outra, foram construídas para funcionarem de forma autônoma.

Muitas constituições são generosas com o reconhecimento dos direitos, já que possuem uma ampla lista de direitos econômicos, sociais, multiculturais e isso tem relação com um modo democrático social que marca o constitucionalismo latino americano desde o começo do século XX. Por outro lado, a organização institucional, pensada sob a ótica liberal de *check and balances*, estagnou-se no século XIX.

Este compromisso robusto com os direitos não condiz com a organização do poder como a que pensamos desde meados do século passado. Foi formado um compromisso entre liberais e conservadores e as elites políticas da época que vinham de um legado de violência e de enfrentamento que decidiram pactuar e, de algum modo, repartir o poder.

A constituição de 1830 do Uruguai, por exemplo, em parte representava um pacto onde se estabelecia direitos políticos muito restritos, com limites à liberdade de reunião e à liberdade de associação. Foi muito excludente nas aspirações populacionais, mas acabou ganhando força e estabilidade. A organização do poder investiu de forma especial no poder executivo, no papel contramajoritário do judiciário e no sistema político, considerado o modelo dominante. Foi a revolução mexicana, a russa e a carta de Weimar que representaram os momentos de ruptura dos velhos constitucionalismos.

As cartas constitucionais avançaram com o ingresso de outras classes na política, como a trabalhadora, os movimentos sociais, constituindo atores fundamentais na definição dos novos sentidos constitucionais. Isso acabou aumentando a quantidade de demandas, obrigando o constitucionalismo a dar conta desta “nova realidade”.

A carta mexicana foi pioneira no sentido de ampliar a matéria dos direitos, principalmente os sociais. Segundo Gargarella, avançou por ter incluído em seu corpo um compromisso inovador: a possibilidade de demandar junto ao Estado com relação aos direitos sociais. A partir deste marco, seguiram-se as cartas da Venezuela, Argentina, Brasil e Colômbia. Mas a sala de máquinas da constituição manteve-se fechada.

Se tem aposta do em dois compromissos distintos: uma lista de direitos fortes e incondicionais e a organização da máquina democrática. Ao mesmo tempo, a

constituição estabelece em seu desenho um pacto com a ideia de direitos e com a democracia. Isso acabou revelando uma parte da riqueza e uma parte do problema de qualquer constituição. Há ainda uma preocupação: se estes problemas devem ser resolvidos pela via da judicial review ou pelas indicações precisas previstas na carta fundamental.

Acaba se tornando muito difícil manter estas duas áreas separadas, em razão de que a cortina dos direitos deve se conectar com a cortina da democracia⁸.

Entre os maiores dilemas que enfrentam os países recém democratizados estão a instabilidade da economia e uma infraestrutura que seja capaz de desenvolver os direitos fundamentais sociais⁹. E a edificação do desenho institucional pode significar um avanço, se conectada a estes objetivos.

A criação de organizações sustentáveis é um desafio permanente, pois o ideal pretende que elas sejam duradouras e estáveis ou, ao menos, que sejam cuidadosamente concebidas e implementadas para não fazer fermentar um novo conflito em sociedades fortemente divididas¹⁰.

Além das sérias dificuldades em reconstruir os sistemas políticos e apesar das diferenças - sociais, culturais e econômicos, partilha-se ainda de outros óbices que acabam influenciando de forma negativa o desenvolvimento dos sistemas de partidos políticos democráticos e da institucionalização¹¹.

A nação, por vezes, não tem capacidade e/ou vontade política de proporcionar aos cidadãos um nível mínimo de segurança e serviços públicos. Além disso, há uma falta de coesão social e um consenso sobre os caminhos a seguir.

As instituições de governança são ineficazes e os cidadãos são incapazes de manter autoridades responsáveis por suas próprias deficiências. Um Estado que não presta serviços básicos, segurança e infraestrutura essenciais para o seu povo, e que não oferece maneiras para a população manifestar as suas preocupações, não terá legitimidade aos olhos da comunidade.

O fortalecimento das funções essenciais do Estado e os mecanismos formais de prestação de contas é, desta maneira, vital no processo de realização de um sistema político que se pretenda estável e democrático.

⁸GARGARELLA, Roberto. Quésón los derechos? Canal Justicia. Disponível em <<https://youtu.be/-x3CzQbQgYU>>. Acesso em 20 de mar. de 2015.

⁹HAMPSON, Fen Osler. Can peacebuilding work. Cornell International Journal, volume 30, nº 3, Artigo 5, 1997, p. 715.

¹⁰O'SULLIVAN, Meghan; STEWART, Frances. Democracy, conflict and development: three cases. University Of Oxford, QEH Working paper Series QEHWPS15, p.1-38, 1998. Disponível em <<http://economics.ouls.ox.ac.uk/10180/1/qehwps15.pdf>>. Acesso em 25 de fev de 2013.

¹¹TEN HOOVE, Lotte; SCHOLTBAACH, Alvaro Pinto; MAUL-PHILLIPS, Joy. Democracy and Political Party Assistance in Post-Conflict Societies. NIMD Knowledge Centre, 2008, p.7.

O objetivo deste novo sistema seria explicitamente promover o desenvolvimento e reduzir as desigualdades econômicas entre os grupos para estabelecer um quadro jurídico-político de trabalho e incentivar a participação da sociedade civil, posto que sem ela a democracia certamente não vai fluir.

Existe um consenso emergente de que as instituições formais só serão eficazes quando não entrarem em conflito com as informais¹².

Para além de limitar o poder o constitucionalismo, avançou-se para alcançar melhores práticas no fortalecimento das instituições democráticas. A premissa deste campo é de que os resultados sociais e políticos desejáveis podem ser alcançados através de um planejamento institucional ideal e de execução meticulosa¹³.

As várias abordagens da concepção constitucional compartilham a crença de que as suas disposições, instituições e arranjos podem e devem ser otimizados de modo a induzir, apoiar ou permitir a mudança social e política, considerando que o desenho institucional defende uma visão pragmática da tomada de constituição como uma resposta aos problemas e desafios específicos.

Um de seus principais pilares, a separação dos poderes, é rotineiramente descrita em termos puramente negativos, como uma máquina que impede invasões¹⁴ e esta concepção já era refutada desde Madison¹⁵, a partir da publicação do “The Federalist Nº 10”, em 1787.

A maioria dos sistemas políticos prevê em sua carta uma forma de revisão que consagra a judicial review, através dos tribunais constitucionais e estes têm emergido como tradutores de disposições constitucionais¹⁶ fundamentais para a orientação do viver constitucional. Este tráfego de ideias tem sido acompanhado pelo aumento do que pode ser chamado de discurso universal, principalmente visível no contexto dos direitos e liberdades.

As cartas acabam combinando o sistema de *checkand balances* com o hiper-presidencialismo ou o modelo focado na jurisdição - e daí decorre a fonte dos problemas¹⁷. Temos a necessidade de promover o desenho institucional, principalmente se a linha de base para a construção do mecanismo foi historicista e esta

¹⁴BROWN, Nathan J. Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

¹⁵MADISON, James. The Federalist nº 10. Disponível em < <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>>. Acesso em 01 de out de 2013.

¹⁶HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. International Journal Constitutional Law, 2013, v. 11 nº 1, p. 1-12.

¹⁷GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

implicação necessariamente significa reconstruir a compreensão ou consciência que prevaleceu em diferentes épocas históricas, principalmente para a definição do significado constitucional.

Há inúmeras razões para justificar uma extensa declaração de direitos sociais e humanos e sua incorporação nas cartas constitucionais. Mas há uma negligência no modo em como conformar estes direitos, uma vez que existem duas partes que vivem e vibram como se fossem autônomas.

Já nos alertava Griffin¹⁸ que poderíamos ter de operar mais de uma ordem constitucional ao mesmo tempo e estas poderiam estar em tensão entre si - o resultado seria a instabilidade na política e na ordem constitucional. É de Klare¹⁹ a afirmação de que necessita-se enfrentar a dialética existente entre a liberdade e o constrangimento - por um lado existe um grande texto repleto de frases amplas e impregnados com esperanças magníficas para superar as injustiças do passado e seguir em direção a uma sociedade democrática e por outro há a plastificação do modelo institucional.

De acordo com Gargarella²⁰, na experiência latina, a primeira promessa deste sistema era de uma “paz armada”, outorgando a cada um dos poderes “armas contundentes” capazes de prevenir possíveis ataques dos demais. Significa dizer que o desenho não tinha o propósito de servir em conjunto, nem com motivações altruístas, e nem com o compromisso de proteger os demais - pelo contrário, se tratava simplesmente do auto-interesse, visando preservar suas ferramentas e autoritarismos.

As constituições latino americanas cometeram um erro - muito embora tenham acomodado uma ampla rede de proteção aos direitos individuais e coletivos, não garantiram ferramentas para sua efetivação. Para que possam ser pensadas de modo responsável, deve se exigir que se ajustem à organização do poder²¹.

Se há uma parte de direitos com um viés democratizador, socializador, horizontal, progressista, não há que se preservar a outra parte da Constituição de modo vertical, elitista, contra majoritária, ou seja, fechada socialmente.

¹⁸GRIFFIN, Stephen. Understanding Informal constitutional change. Balkinization, 04 de out. de 2015 [on line]. Disponível em < <http://balkin.blogspot.com.br/2015/10/understanding-informal-constitutional.html>>. Acesso em 04 de out. de 2015.

¹⁹KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146-188. Disponível em <<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203>>. Acesso em 24 de set. de 2013.

²⁰GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2015, p. 116-117.

²¹GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

Se houve a permissão dos grupos minoritários, excluídos de fazer parte da Constituição na área dos direitos, não há motivos de lhes negar o ingresso na sala de máquinas da constituição, caso contrário teríamos uma carta esquizofrênica ou com duas almas²².

A parte relacionada aos poderes acaba colocando obstáculos na parte relacionada aos direitos. Se o desejo é democratizar e assegurar uma constituição participativa, a pergunta que se faz é: devemos romper com a concentração de poder? Se a resposta for negativa, pode-se ainda arguir: qual o seu compromisso constitucional com a democratização do poder ou com a concentração de poder?

As autoridades são divididas para evitar concentrações excessivas de mando, mas é possível conceber esta divisão de trabalho permitindo uma distribuição mais eficiente de organização institucional, o que acabaria por possibilitar que os textos constitucionais possam sobreviver a circunstâncias imediatas a sua criação e assumir uma vida própria, operando de maneira inesperada²³.

Tushnet²⁴ nos informa que o paradigma do pós-guerra, insistindo nesta revisão, acaba por rejeitar a supremacia parlamentar, uma vez que concentra sua força de mudanças democráticas nas cortes constitucionais.

Dentro de todo este debate sobre uma concepção adequada de constitucionalismo, tem-se a necessária retomada e (re)conciliação entre o direito constitucional e a política, com uma atenção especial para a cogitação que ora se desenvolve para o papel que possa ter o desenho institucional em nome do sucesso da carta fundamental.

2 Do Constitucionalismo Político ao Constitucionalismo Jurídico

As funções do Estado no constitucionalismo clássico podem ser percebidas através do modelo constitucional americano, que inovaria, não apenas com uma revisão analítica dos órgãos detentores do poder, mas nas definições da natureza das funções afetadas, especificando as suas respectivas atribuições.

Esta abertura permite não só a limitação do poder, mas também a distribuição entre distintos órgãos, onde encontrará lugar uma rede de controle recíproco entre os complexos orgânicos então instituídos²⁵. Neste sistema, cada organismo desempenha suas

²²Op. Cit..

²³BROWN, Nathan J. *Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government*. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

²⁴TUSHNET Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law* (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06, p.1.

BROWN, Nathan J. *Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government*. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

²⁵TUSHNET Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law* (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06, p.1.

funções, que consistem em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais necessários e os motivos para não interferência no exercício de suas atuações²⁶.

Com o avanço dos direitos humanos a partir da pós-guerra, cunha-se o termo constitucionalismo jurídico, que passou a ser utilizado a partir da supremacia dos direitos humanos. Possui uma dupla caracterização, tanto estatal constitucionalizada, como extra-estatal globalizada, e se perfaz em direitos fundamentais.

Possibilitou a releitura do princípio da tripartição de poderes, com o intuito de permitir o desenvolvimento de novos tipos de funções constitucionais²⁷, dirigidos a uma realização direta, eficaz e legítima destes direitos e da democracia, que vieram ampliar a participação da sociedade no exercício do poder do Estado.

Rompia-se, desse modo, um paradigma, segundo o qual todas as atribuições deveriam estar ao redor da lei e sempre contidas em algum dos complexos orgânicos tradicionais²⁸ - Executivo, Legislativo e Judiciário, para uma dimensão global do direito através de uma avançada ordem, com proteção da pessoa humana e com a afirmação da democracia.

A separação dos poderes pode contribuir de várias maneiras diferentes para atingir a meta constitucional definitiva da boa governança. Um desenho estatal promissor tende a criar instituições constitucionais que têm uma relação de auto reforço com as pré-existent organizações sociais e políticas da sociedade o que permite conectar a dimensão institucional e social.

O erigir da Constituição se dá nas dimensões liberal e social ou democrática, estando interligadas e condicionando-se mutuamente. O significado da carta não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem a pretensão de criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma destas funções pode ser entendida de forma isolada ou absolutizada²⁹, porque encontram fundamento também na ideia de eficiência institucional.

Esta concepção é completamente vazia, salvo se for vinculada a fins mais substanciais³⁰, o que propõe Ackerman³¹ ao indagar sobre as concepções de legitimidade: sepa-

²⁶GARDNER, James A. Democracy without a net? Separation of powers and idea of self-sustaining constitutional contra democratic behavior. *St. John's Law Review*, Vol.79, p.293-317, March 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=599982>>. Acesso em: 14 de jun. de 2013.

²⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78.

²⁸Op. cit, p. 79.

²⁹BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, nº 61, 2004, p.10.

³⁰ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

³¹Não se pretende, fazer um aprofundamento dos ideais apresentados por Ackerman, que se constituem na proposta de explorar o potencial da separação dos poderes a partir da proposta do "parlamentarismo limitado". Para maiores informações, consulte: ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ração de poder em nome de quê? Em um primeiro momento, persegue-se o protótipo de democracia, servindo ou impedindo o projeto populista de autogoverno; o segundo ideal é a competência constitucional, as leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial; o terceiro constitui-se pela proteção e ampliação dos direitos fundamentais.

A engenharia constitucional, para Ackerman, deve ser combinada com a sensibilidade cultural e realismo econômico que culminam com o enfrentamento dos três grandes desafios da modernidade: tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível no governo moderno, remir o ideal de perícia burocrática e integridade em uma base contínua e tutelar direitos liberais fundamentais, garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a toda e cada cidadão.

Partindo da análise de uma concepção meramente individual das construções do constitucionalismo, os modelos foram aperfeiçoados para compreender as novas idealizações exigidas pela mutação social. Neste viés, uma visão particular pode acarretar problemas, que acabam por transferir de forma isolada a efetividade dos fins à submissão de controle por apenas um órgão.

Para Bercovici³², torna-se corrente a tentativa de rever os fundamentos da legitimidade liberal democrática, reforçando a normatividade dos direitos, sob a perspectiva do homem como indivíduo e entendendo a carta e a democracia como estruturas processuais.

O transtorno que se apresenta é a ausência cada vez mais de espaços democráticos como justificadores de legitimidade, que levam em conta apenas o seu aspecto normativo, e não político: um simples procedimento de escolhas dos governantes. Assim, o elemento “clarificador” do horizonte será a constituição.

O constitucionalismo político estaria vinculado a uma estrutura meramente processual, ou seja, institucional. Está ligada à ideia de legitimação pelo procedimento - eleições, processo legislativo, processo judicial - dotado de força vinculativa, possibilitando uma maior aceitação por aqueles que serão atingidos, independentemente de estarem ou não satisfeitos, generalizando o reconhecimento das decisões.

Esta teoria entende que a carta é um mero instrumento do governo, definidor de competência. Com a imposição destes procedimentos para as forças políticas, consegue-se evitar a relativização das normas, devendo ter um caráter de con-

³²Op. Cit, p. 14.

tinuidade, não sendo uma ordem para o futuro, mas consistente com uma carta mais equilibrada³³.

A versão do constitucionalismo jurídico pretendia, em última análise, empreender a correção ou aperfeiçoamento do político. Mesmo que se tenham mecanismos destinados a empreender a constrição do poder, este poderá até estar limitado, mas não necessariamente orientado à concretização da justiça. Isso porque funcionaria como cláusulas adicionais da constrição do poder, não sendo somente um modo de exercício, mas o objetivo que se persegue quanto ao seu desempenho. Foi uma forma desenhada para proteger as minorias da tirania das maiorias³⁴.

A doutrina constitucional conseguiu criar todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar os componentes políticos, que foram reduzidos ao poder constituinte. A jurisdição constitucional alcançou um grau de responsabilidade, tornando-se a garantidora da correta aplicação da normatividade do sistema³⁵.

Para Bercovici, os teóricos denominados “neoconstitucionalistas” acabam por contradizer-se, pois terminam por renovar o positivismo jurídico ao propor a constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhorando da carta fundamental e até sendo considerado o seu guardião.

Este apossamento sob os demais poderes e a pretensão de ser o “cume da democracia”, da qual disporia pela sua competência para decidir em última instância, transformá-lo-iam em substituto do poder constituinte soberano. O direito constitucional não é monopólio do poder judiciário, estando em conjunto com a interpretação constitucional e é fruto de uma ação coordenada entre os demais poderes políticos.

Segundo Atienza³⁶, esta concepção possui vantagens e inconvenientes, pois se trata de um sistema jurídico que leva a sério os direitos fundamentais e os valores da democracia, mas por outro lado, supõe também um direito mais indeterminado e incerto, o qual pode pôr em risco um valor moral tão fundamental como o da autonomia pessoal. Se ele não sabe com certa precisão a quem ater-se, quais podem ser as consequências jurídicas de sua conduta? Ademais, o excessivo poder

³³BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. Lua Nova: Revista, Cultura e Política, nº 61, 2004, p. 16.

³⁴FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 309.

³⁵Op. cit, p. 19.

³⁶ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización e derecho. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Coord.). El Canon neoconstitucional. Madri: Trotta, 2010, p. 266.

pode significar uma ameaça para a democracia, pois os senhores dos direitos não são mais os legisladores, os representantes da vontade popular.

O “neoconstitucionalismo” comporta elementos que englobam a perspectiva política e jurídica, pois dentro destes conceitos se tem percebido um tipo de Estado constitucional de Direito com alto conteúdo ideológico, na medida que adota o modelo axiológico de constituição como norma diretamente aplicável no lugar de ser meramente uma “regra”³⁷.

Este modelo permitiu uma reviravolta no modelo institucional, assim como na forma de organização política. Para Jaramillo³⁸, possui características identificadoras, como força normativa e um catálogo amplo de direitos fundamentais e sociais, em alguns casos se criando instituições encarregadas de fiscalizar as leis com adequação à norma superior e, fundamentalmente, de promover a realização dos direitos.

Outros atributos estão relacionados com a interpretação e aplicação do direito, o papel do juiz constitucional e a criação e desenvolvimento da norma, a legitimidade da justiça, na relação entre direito e sociedade, o caráter vinculante dos princípios, os processos de constitucionalização e seu correto efeito de irradiação dos direitos fundamentais na estrutura do direito ordinário, assim como a consideração da fundamentalidade dos direitos sociais.

Esta transformação formal para a material tem o intuito de implementar e elevar os princípios e valores que comportem tais garantias, condizentes com a mudança deste modelo por meio de um sistema político muito mais complexo que seu antecessor. Assim sendo, ao invés de impor limites ao legislador a respeito dos mecanismos para criar e reformar a carta constitucional, estas ampliam o alto grau de exigências de todos os poderes públicos para promover o desenvolvimento das determinações constitucionais³⁹.

Como norma diretamente aplicável e não só como norma que regula a criação e aplicação das normas inferiores, a novidade teórica para sua concretização requer mecanismos eficazes, criados para assegurar a realização social dos postulados e das garantias constitucionais⁴⁰.

E para o novo movimento constitucional, cujos aspectos mais importantes são

³⁶JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo: La Constitución y su recepción. In: CARBONELL, MIGUEL; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Coord.). El Canon neoconstitucional. Colômbia: Trotta, 2010, p. 214.

³⁷Op. cit, p. 214.

³⁹Idem, p. 223.

⁴⁰Idem, p. 223.

os princípios, representados pelos direitos fundamentais, é considerável que ao interpretar as normas, de modos distintos, adquira particular interesse na teoria política como ferramenta que se adote para interpretação dessas normas. A menor vinculação democrática, entendida como a maioria do tribunal constitucional, se deve contrapor não na vinculação das maiorias eleitorais, mas na vinculação com a constituição política⁴¹.

O constitucionalismo que se quer alcançar, transformador⁴², não está em um aspecto pontual, se não na conjugação destas dimensões política e jurídica que são complementares e que somente funcionarão se caminharem juntas.

3 Constitucionalismo Político e Jurídico: Construindo a efetivação que opera em favor da democracia pela via do desenho institucional

O desenho estrutural de cada um dos braços formais do poder se apresenta como justificativa de um modelo que concentra poder e que invoca ainda as lições de Montesquieu, especialmente tendo em conta as substantivas modificações que estas funções vieram a passar ao longo dos muitos séculos que nos “separam da construção do Barão de Bréde⁴³”.

O objetivo das abordagens realizadas neste item não é oferecer uma teoria alternativa, mas apontar um leque de possibilidades através da conexão entre os constitucionalismos.

Em sociedades em crise, constitui-se de vital importância um desenho institucional eficaz para apoiar o desenvolvimento do novo Estado e, para que haja instituições responsáveis e transparentes, é necessário, portanto, que exista uma supervisão horizontal, além da vertical⁴⁴. Já nos alertava Graber⁴⁵ que o Tribunal de Justiça está comprometido com a democracia social.

Isso se torna indispensável porque, em muitos casos, não existem suficientes

⁴¹JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo constituição surecepción. In: CARBONELL, MIGUEL; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Coord.). El Canon neoconstitucional. Colômbia: Trotta, 2010, p. 206-244, p. 242. Espera-se, nesta concepção, que o constitucionalismo transformador seja alavanca de inclusão social tendo em vista que o direito por si só não possui capacidade de intervenção e de mudança da sociedade. Não se nega o papel preponderante exercido pela jurisdição, que deve ser impulsionador pela via da arena argumentativa.

⁴²VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.17. Carolan apontou que o modelo preconizado por Montesquieu, de uma hermética divisão de funções era impraticável, mesmo no cenário da Convenção da Filadélfia. (CAROLAN, Eoin. The new separation of powers: a theory for the modern state. Oxford University Press, 2009, p. 54.). E esta perspectiva denunciou que alguns níveis de cooperação e coordenação entre os poderes se revelou essencial a que o Estado pudesse atuar de forma minimamente coerente. (VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.17).

⁴³Este documento é o resultado da compilação de ideias que foram centralizadas a partir do evento denominado “Mesa Redonda Internacional sobre a democracia, paz e segurança: o rol das Nações Unidas” que foi organizada de forma conjunta pelo IDEA Internacional, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, pelo Departamento de Assuntos Políticos e pelo Departamento de Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas. (TOMMASOLI, Massimo (Ed.). Democracia, paz y seguridad: el rol de las Naciones Unidas. Documento de Políticas, 2010, p. 25.).

⁴⁴GRABER, Mark A. Constitutional theory for people out power. The Good Society, Vol. 11, nº 1, 2202, p.89.

controles nacionais, tendo em vista a opção de implementar mecanismos de supervisão aos atores não estatais e às instituições tradicionais, que também devem receber apoio para que possam desempenhar um papel da supervisão e da prestação de serviços⁴⁶.

Segundo Tommasoli⁴⁷, o desenho deve abordar o ponto de vista local e político e este enfoque pode ser denominado como dialógico.

O caso *Soobramoney vs. Minister of Health*, julgado pela Corte sul-africana em 1997, representou esta resposta, também denominada por construtivismo judicial⁴⁸. Esta relevante e criativa experiência reside na opção de política judiciária que opera a partir da lógica de construção por agregação, dos critérios de justiciabilidade dos direitos sócio-econômicos de modo a evitar o voluntarismo ou a microjustiça, em detrimento do projeto constitucional de promoção da inclusão social⁴⁹.

Para Valle e Hungria⁵⁰, o exercício hermenêutico tem por objeto não analisar um preceito constitucional em si, mas um sistema constitucional como um todo e dentro destas condições a tarefa da Corte é de ampliar e aprofundar a reflexão a respeito dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional.

O caso *Soobramoney* foi o primeiro em matéria de justiciabilidade dos direitos sócio-econômicos. O caráter paradigmático do caso repousou no fato de, em primeiro lugar, levantar a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais positivos, ainda que sujeita à implementação gradual, o que trouxe de imediato o dever do Estado de desenvolver medidas no sentido de sua efetivação, rejeitando um suposto caráter programático; o segundo aspecto é aquele da deferência da Corte para com os critérios estabelecidos pelo órgão competente, ainda que expressando alguma espécie de seletividade, alinhando-se a uma matriz de controle que tem por objetivo a fundamentação da escolha administrativa e sua aptidão para estabelecer um adequado padrão de prioridades⁵¹.

Outro famoso caso, envolvendo a Corte sul-africana, foi o *Government of the*

⁴⁶GRABER, Mark A. Constitutional theory for people out power. *The Good Society*, Vol. 11, nº 1, 2202, p.89-90.

⁴⁷TOMMASOLI, Massimo (Ed.). *Democracia, paz y seguridad: el rol de las Naciones Unidas*. Documento de Políticas, 2010, p. 26.

⁴⁸VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 230.

⁴⁹Op. cit, p. 231.

⁵⁰Idem, p. 232.

⁵¹VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 225-231.

*Republic of South Africa vs Grootboom*⁵² e, mais uma vez, a Corte, mesmo condenando os outros poderes por violações ao direito socio-econômico, guarda a deferência devida à expertise e à legitimidade democrática dos outros ramos institucionais. Em termos gerais, deixa por conta do executivo e legislativo o planejamento para remediar a violação.

Outra evolução para esta abordagem foi desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana, a partir do desenvolvimento das “sentenças estruturantes”⁵³ proclamadas pelo “estado de coisas inconstitucional”, que teve a finalidade de superar uma violação massiva dos direitos fundamentais, causada por um bloqueio institucional significativo e que deve ser superado com o envolvimento de vários agentes institucionais e sociais⁵⁴.

Segundo Valle, esta proclamação permitiu que a Corte Constitucional experimentasse uma competência de fiscalização, a partir do fornecimento de injunções estruturais que foi seguido por uma fase dialógica, na qual os resultados das medidas iniciais propostas seriam comunicados com o fim de superar o bloqueio institucional e promover o acompanhamento de perto das medidas de aplicação que se dará através do tempo. O monitoramento, que envolve tanto as instituições como a sociedade civil, é considerado uma característica chave, tendo em vista que a decisão afetado o território.

Estes exemplos destacam a importância de um instrumento potencialmente importante para o cumprimento e efetivação, principalmente dos direitos humanos e sociais, uma vez que depende necessariamente do contexto político.

Souza Santos⁵⁵ já advertia que a compreensão do mundo é muito mais ampla que a “percepção ocidental” do desenho institucional e isto significa que as transformações progressistas podem ocorrer por caminhos não previstos pelo pensamento do ocidente. A diversidade do mundo é infinita, incluindo muitos modos de ser, pensar, sentir,

⁵¹G VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 225-231.

⁵²LANDAU, David. Instituciones políticas y función judicial em derecho constitucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 13, Nº 24, primeiro semestre/2011, p.13-83.

⁵³Para um refinamento conteudístico, GOUVÊA, Carina Barbosa. O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015.

⁵⁴VALLE, Vanice Regina Lírio do. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System. *Blog of the International Journal of Constitutional Law and Constitutionmaking (ICONnect)*, 25 de set. 2015. Disponível em: < <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/> >. Acesso em 25 de set. de 2015.

⁵⁵SOUZA SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas de una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho constituição Sociedad; Programa Democracia constituição Transformación Global, 2010, p. 20.

de conceber o tempo, a relação entre os seres e entre os humanos, de ver o passado, o futuro, de organizar a coletivamente a vida, a produção de bens, de serviços⁵⁶.

Esta imensidade de alternativas de vida, de convivência, interação, construção com o mundo acaba em grande medida desperdiçada, porque as teorias e conceitos desenvolvidos não identificam tais alternativas e, quando o fazem, não a valorizam a ponto de construir soluções válidas para uma sociedade melhor. As respostas universalistas tendem a suprir as reais necessidades, generalizando condições que são particulares.

Esta construção, para o autor, acaba sendo tão hegemônica quanto arbitrária, haja visto que converte a realidade sociológica, política e cultural em um desvio inevitável, que deve ser mantido dentro dos limites do politicamente tolerável. Nesse sentido, quanto mais grave ou ameaçador seja considerado o desvio e quanto mais exigente seja o critério da tolerabilidade política, mais autoritária e excludente será a democracia liberal⁵⁷.

O constitucionalismo necessariamente precisa romper com esta lógica estática. O assim denominado “constitucionalismo plurinacional” é recontextualizado para reconhecer a existência de comunidades, povos, nações e nacionalidades, para além do território nacional e passar a ser o marco geoespacial de unidade e integridade que organizará as relações, seguindo os princípios constitucionais da unidade na diversidade e da integridade, com reconhecimento de autonomias assimétricas. Ou seja, um modelo constitucional dinâmico, com foco na garantia dos direitos e efetivação da justiça.

A maneira como a democracia constitucional foi concebida, seja no constitucionalismo clássico e jurídico, conduz ao provimento de seu sentido como uma “lei superior”, mantida pelos Tribunais Constitucionais⁵⁸. Há ainda alguns estudiosos⁵⁹ que questionam a legitimidade destas decisões, uma vez que nem o tribunal pratica o ideal deliberativo.

Friedman⁶⁰ argumenta que há, sem dúvida, agenda para conformar o esforço de elaborar uma resposta em conjunto, tendo em vista que o projeto é colegiado

⁵⁶Op.Cit, p.41.

⁵⁷Idem, p. 93.

⁵⁸BELLAMY, RICHARD. Constitutionalism and Democracy. *Internacional Library of Essays in Law Theor Second Series*, 2006, p. 11-68. Disponível em< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

⁵⁹Ver, por exemplo, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. SAGE, 1997, que discute as decisões estratégicas para fazer justiça as preferências dos colegas; MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. *Crafting law on the Supreme Court: The collegial game*. Cambridge University Press, 2000; LAX, Jeffrey R.; CAMERON, Charles M. *Beyond the Median Voter: Bargaining and Law in the Supreme Court*. Typescript Columbia University, 2005, p. 1-23.

⁶⁰FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. *Texas Law Review*, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 257-337.

e será a experiência que promoverá o seu aperfeiçoamento, alguns mais táticos, outros mais objetivos. A decisão plural conforma o exercício da persuasão, que possui viés democrático.

As demandas referentes aos direitos sociais e humanos acabaram por assumir uma grandiosa importância, principalmente na centralidade do poder judiciário. A partir da década de 80, os tribunais constitucionais foram considerados protagonistas, especialmente como aqueles capazes de proporcionar um espaço de debate político para os atores da sociedade civil⁶¹. Este papel é refutado por Klare⁶², já que para ele não existe “adjudicação transformadora”, porque acaba sugerindo aos juízes a realizar projetos políticos.

Uma crítica de Gargarella⁶³ é de que quanto mais se incorpora direitos sociais e humanos, mais poder se dá aos juízes, ou seja, se incorpora novos direitos e não se modifica a estrutura de poder⁶⁴. E quem deve ter a última palavra do significado constitucional?

Já nos alertava Kramer⁶⁵ sobre a existência de um mundo de diferença entre se ter a última e ter a única palavra. A soberania judiciária se configura quando se nega a participação de outras autoridades democráticas, rejeitando inclusive as políticas existentes, levando a outros problemas decorrentes: a deterioração da autoridade do povo e possível promoção de um esvaziamento da política.

Para Ross⁶⁶, o constitucionalismo jurídico é uma forma relativamente ineficiente de atualizar o sentido da constituição: há um crescente distanciamento das pessoas e das realidades sociais que incidem; a crescente ineficácia da substituição judicial como um mecanismo para garantir a capacidade na coalizão de governo e das pessoas que representa; falta de oportunidade para a promoção do diálogo entre as pessoas e o tribunal pela via do litígio.

O judiciário não está sozinho e é parte de um sistema de três ramos, muitas vezes descritos como separados, mas que foram deliberadamente concebidos para que o poder fiscalizasse o poder⁶⁷. E é por esta razão que a doutrina, pelo menos

⁶¹VIEIRA, Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de Coisas for a do lugar (?). Jota, 05 de out.de 2015. Disponível em< <http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em 05 de out.de 2015.

⁶²KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146-188. Disponível em <<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do? &operation=go&searchType=0 &lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203>>. Acesso em 24 de set.de 2013.

⁶³GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Política y Sociedad, 30 de jul. 2015.[online]. Disponível em <<https://youtu.be/zHcMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

⁶⁴Op. cit.

⁶⁵KRAMER, Larry. The supreme court foreword: we the court. Harvard Law Review, Vol.115, 2001, p. 13.

⁶⁶ROSS, Bertrall L. Embracing administrative constitutionalism. Boston University law, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

⁶⁷FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 308.

em teoria, concorda que quando os juizes atuam, pelo menos deveriam fazê-lo ciente dos outros ramos. Para Fallon⁶⁸, esta razão decorre da natureza multifacetada dos tribunais que está dentro de um projeto compartilhado de implementação constitucional.

Não há que se discutir que a interpretação constitucional passa por um processo coordenado entre os poderes estatais e os diversos seguimentos da sociedade civil organizada, constituindo um processo contínuo, ininterrupto e cada um deve contribuir com suas capacidades específicas no embate discursivo.

O constitucionalismo moderno, segundo Barber⁶⁹, requer muito mais que a aplicação da lei para as instituições do Estado - deve ser capaz de avançar a aprendizagem através de suas capacidades. Exige um conjunto de instituições que interagem no âmbito construtivo, que sejam capazes de constituir um governo forte. Significa dizer que aqueles que operam em seu interior devem considerar o impacto de suas decisões sobre o todo, pois decorre daí a sua eficácia.

O que nos convida a refletir sobre o desenvolvimento dos direitos e a rememoração aos processos democráticos. Operam-se, nesta acepção, uma série de propostas que não têm pretensão de servir como base para uma discussão do propósito de qual pode ser o papel do direito na perspectiva do constitucionalismo político e jurídico, mas de estabelecer um posicionamento crítico, enunciando alguns dos problemas que o desenho institucional não enfrenta.

Estas construções demonstram o peso deste debate que acaba redesenhando a questão da separação dos poderes e, principalmente, do papel exercido pelo poder judiciário.

Se o direito constitucional é um produto inevitável do compromisso, deve-se pensar em um modelo estrutural que incorpore os direitos humanos e sociais e, para isso, a concentração do poder deve modificar-se com o objetivo de efetivar estes direitos. Como Fallon⁷⁰ nos lembra, com tanta força, o compromisso está sujeito a implementação.

E para isso, é preciso conscientizar-se que o passado dialoga com o presente. O constitucionalismo político interage com o jurídico, uma vez que, diante da introdução de uma reforma constitucional, esta não se insere no vazio - uma declaração que descreve um ideal tem por objetivo introduzir este padrão para

⁶⁸FALLON, Jr. Richard H. Legitimacy and the constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, Nº 06, 2005, p. 1787-1853.

⁶⁹BARBER, Nicholas W. Constitutionalism: negative and positive. *Oxford Legal Studies Research*, n. 7/2015, p. 5.

⁷⁰FALLON, Jr. Richard H. Legitimacy and the constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, Nº 06, 2005, p. 1787-1853.

o viver constitucional⁷¹. Uma reforma imediatamente se conecta com o desenho institucional. O problema mais grave é não se dar conta da influência cruzada de uma seção sobre a outra.

Restam evidentes as dificuldades enfrentadas pelo constitucionalismo político e jurídico e a busca de um caminho do meio. As constituições formam o corpo político do Estado e há uma necessidade urgente de se abordar o papel constitucional da política democrática, a fim de ver, por exemplo, como não é a separação dos poderes, mas sim a alternância entre eles que fortalece a melhor defesa dos nossos direitos e, de fato, o que é um direito fundamental dos cidadãos de serem tratados como iguais, com abertura de suas reivindicações no quadro democrático, visando poder controlar a constituição permanente e suas políticas⁷².

Permitir que este equilíbrio seja feito apenas por um poder pode resultar em consequências desastrosas, pois se a oposição não pode ser expressa através de canais políticos regulares, estar-se-á tentado a empregar métodos irracionais, podendo até mesmo gerar uma situação de insurgência.

Segundo Bellamy⁷³, as constituições do pós-guerra não devem ser vistas como restrições impostas sobre a democracia, mas como os limites necessários a esta para seu exercício. Isso leva a uma reanálise sobre o fato de uma carta utilizar, como signo, o princípio da igualdade, onde as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cujas estrutura, composição e práticas estejam sujeitas à revisão judicial, baseada em direitos. Se sujeita a uma forma “mecânica” ou “estatística” de democracia majoritária, pois cada tipo de democracia deve ser medida pelos “resultados” que produz na promoção dos direitos fundamentais.

Os arranjos políticos das democracias mais estáveis do mundo, assim dito por Bellamy⁷⁴, variam consideravelmente, possuindo diferentes sistemas eleitorais, formas de avaliação judicial, tipos diferentes de administração governamental. Portanto, ao atribuir uma fundamentação para proteger um dispositivo de representação que modela as ideias intuitivas básicas da tradição democrática liberal e levá-lo a algum grau de equilíbrio reflexivo, corre-se o risco de produzir um resumo racionalista e limitado, que não faz jus à verdadeira complexidade da democracia.

⁷¹GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Canal Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

⁷²BELLAMY, RICHARD. Constitutionalism and Democracy. Internacional Library of Essays in Law Theor Second Series, 2006, p. 11-68. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

⁷³Op. cit

⁷⁴Idem.

A leitura de democracia tem a ver com ideias de inclusão e discussão pública. Uma decisão democrática é produto da reflexão coletiva de todos os potenciais afetados por esta decisão. Se for realizada somente pelos representantes ou pela via jurisdicional, temos um modo limitado do pensamento democrático - qualquer convocatória pública, coletiva, se não está rodeada de garantias de discussão inclusiva, é inócua⁷⁵.

A constituição democrática pensa em reforma promissora e que deveria investir, de forma especial, na democratização social e na democratização de todos os âmbitos: econômico, político, jurídico e constitucional. E isso quer dizer, levar a sério estas promessas que vamos fazendo há cerca de oitenta anos em matéria de direitos. E isso exige fazer uma reflexão sobre de que modo pensamos a democracia⁷⁶.

O foco dedicado pela teoria constitucional contemporânea está voltado para aquilo que Griffin⁷⁷ denomina de “democracia dos direitos” e esta é uma preocupação que se tem desenvolvido ao longo das últimas décadas, o amparo dos direitos fundamentais está conectado com todos os ramos do governo, não apenas com o judiciário.

Gargarella⁷⁸ já enunciava um elemento de suma importância à necessária correspondência entre o desenho institucional, apto a dar conta do projeto/concepção da constituição, com os essenciais pressupostos filosóficos, os quais conduzem imediatamente a adoção de instituições de certos tipos. Dessa maneira, é possível esperar que quanto mais confiança se tenha na capacidade dos indivíduos para escolher seu plano de vida, mais espaço terão os direitos fundamentais, e menos as políticas de imposição.

Entre os vários tipos de estruturas constitucionais, espera-se legitimidade para inovar e modelar práticas institucionais adequadas para o desenvolvimento de uma cultura democrática⁷⁹. E com base neste fundamento, um “juiz consciente” opera dentro de um grau de discernimento que é capaz de aceitar qualquer

⁷⁵GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo democrático: la sala de máquina de la Constitución. Política y Sociedad, 30 de jul. 2015. [online]. Disponível em <<https://youtu.be/zHCMHQdbEuQ>>. Acesso em 15 de ago. 2015.

⁷⁶Op. cit

⁷⁷GRIFFIN, Stephen M. Constitutional theory as I found it. The Good Society, Vol. 13, Nº 2, 2004, p. 27.

⁷⁸GARGARELLA, Roberto; CHRISTIAN, Courtis. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes. CEPAL Série Políticas Sociales, Nº 153, Noviembre de 2009, p.17. Disponível em <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1>. Acesso em 03 de jun. de 2013.

⁷⁹KLARE, Karl. Legal culture and transformative constitutionalism. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146. Disponível em <<https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203>>. Acesso em 24 de set.de 2013.

restrição para alcançar a liberdade e a justiça social. Klare⁸⁰ já anunciava que a consciência representa um instrumento comprometido com a transformação social e com a reconstrução, uma vez que rejeita a afirmação de que a comunidade política estaria fundada em um único momento.

É a assunção do papel construtivista no que toca à potencialização de um ambiente democrático e persuasivo de desenho de políticas públicas, com a exigência do engajamento prévio na busca de soluções consensuais e a valorização do potencial democrático da instauração do conflito em matéria, principalmente de direitos sócio-econômicos pelo seu potencial de autotutela dos programas de ação estatal⁸¹.

Para Valle e Hungria, está a se cogitar uma democracia alargada, que tem como condição de legitimidade para sua atuação uma ampliação do debate que antecede a formulação das escolhas públicas. As instituições políticas e jurídicas são escolhidas, uma vez que a democracia se reinventa periodicamente e a carta é o contingente que é fruto da ação humana.

A separação dos poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas⁸². Os direitos se realizam pelo braço institucional do funcionamento do poder e, caso não haja esta conexão, pode gerar um artificialismo na questão do que seja o constitucionalismo.

A atenção ao “constitucionalismo administrativo” é uma tendência natural dos caminhos do estudo das novas categorias que envolvem o constitucionalismo, com ênfase especial no constitucionalismo popular, da evolução histórica dos entendimentos constitucionais, bem como o papel que desempenha fora do texto constitucional pela via da experimentação⁸³.

O constitucionalismo administrativo, segundo Ross⁸⁴, se caracterizaria como um processo de soluções de questões envolvendo o sentido de normas jurídicas que circundam questões constitucionais mais profundas, contribuindo para o desenvolvimento do sentido constitucional. Facilita o processo de desenvolvimento

⁸⁰Op. cit

⁸¹VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 225-236.

⁸²ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

⁸³METZGER, Gillian E. *Administrative constitutionalism*. *Texas Law Review*, Vol. 91, 2012, p. 1897-1935.

⁸⁴ROSS, Bertrall L. *Embracing administrative constitutionalism*. *Boston University law*, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

e entrenchamento⁸⁵ da norma que é gradual e interativa⁸⁶, pelo qual as autoridades institucionais avançam através dos princípios e políticas fundamentais⁸⁷.

Estas abordagens foram suscitadas com o intuito de aproximar a prática experimentalista que é próprio da natureza administrativa com a Corte. Segundo Metzger⁸⁸ reflete a realidade uma vez que as questões constitucionais na maioria das vezes são ocorrências que derivam da vivência administrativa. A jurisdição deveria ter deferência para com estas práticas uma vez que sua estrutura não permite uma aproximação com o entorno social e este caminho se torna apto a promoção e adaptação do sentido constitucional em textos cambiantes. Constitui uma técnica e meio de atualização de sentidos com ações e interferências recíprocas.

É no âmbito da função administrativa que a dinâmica do experimentalismo tem mais espaço. E é uma técnica importante até para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional. Uma vez que no plano da aplicação há opções políticas a serem exercidas e você pode conviver com múltiplas escolhas. Além disso, permite a comparação e a reconfiguração daquela escolha formulada nos critérios de aplicação.

Este olhar pragmático, mais perto do problema, traduzido da realidade que enriquece a decisão e por isso ele não pode, aprioristicamente ser desconsiderado. É um dos elementos que compõe a decisão, prévia a ela e a partir dela, uma vez que possui maior capacidade de efetivação.

A importância do constitucionalismo administrativo não é só um problema de separação de poderes como na lógica do departamentalismo. É um problema de aptidão institucional para dar resposta mais rápida as novas provocações que a sociedade apresenta. Diferentes instituições possuem diferentes capacidades para perceber a dinâmica constitucional. Além disso investe na criação de uma forma de resolução de problema que é próprio das democracias modernas eis que investe na responsabilidade coletiva das instituições democráticas que é essencial para a ideia de ordem constitucional.

Para o desenho institucional, o experimentalismo é capaz de creditar confiança, capacidade de aprendizagem e adaptação. Para Ross⁸⁹ é possível seguramente

⁸⁵Segundo a autor “entrenchamento” envolve a deliberação pública e a deliberação envolve várias instituições que cooperam em conjunto, bem como da proteção de sua autoridade. (DALAL, Anjali. Administrative constitutionalism and there entrenchmen tof surveillance culture. Social Science Research Network, 2013, p. 1-40. P.30. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236502>. Acesso em abr. de 2015.).

⁸⁶Op. cit , p.33

⁸⁷METZGER, Gillian E. Administrativeconstitutionalism. Texas Law Review, Vol. 91, 2012, p. 1897-1935. p. 1899

⁸⁸Op. cit, p.1923.

⁸⁹ROSS, Bertrall L. Embracing administrative constitutionalism. Boston University law, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

assumir que, pelo menos em alguns casos, as aplicações constitucionais vai exigir ajustes para os novos contextos sociais e tais adequações vai exigir a experimentação mesmo após o pronunciamento da corte.

A experimentação constitucional pode ser definida como a co-existência de vários atores participando do exercício persuasivo para definir o significado constitucional e o benefício para a democracia está inserido no fato de que as pessoas podem avaliar os custos substanciais e benefícios seja pela via do diálogo ou outro mecanismo institucional, que acabam refletindo a opinião pública e o compromisso político⁹⁰.

Esta prática possui também o intuito de promover o consenso ou quase consenso porque promove a mobilização social, principalmente em contextos de graves violações sociais.

Por óbvio que nada é imutável, segundo Moreira Neto⁹¹, mas é sempre útil pensar a respeito das categorias sistematizadas de novas funções especialmente voltadas à realização do valor justiça. Estas tendem a inovar, seja do ponto de vista teórico, proporcionando uma clareza para a compreensão científica dos complexos fenômenos envolvidos no braço estatal, seja no prático, que sobreleva a percepção sistêmica decorrente desta caracterização que inovam categorias de direitos fundamentais políticos, como os que definem garantias cidadãs multimodalmente alocadas à efetividade dos condicionantes e das limitações impostas ao poder estatal em suas expressões funcionais ativas, essenciais ao Estado Democrático de Direito⁹².

Considerações Finais

O problema central que o constitucionalismo moderno enfrenta é o de “se poder transformar numa aporia científica e numa ilusão político-constitucional, pelo fato de se assentar - e viver - de pressupostos que o Estado não pode garantir”⁹³. Nesta lógica, o delicado equilíbrio para a promoção de duas coisas: nem é a estabilidade constitucional absoluta, nem sua abertura desmedida.

⁹⁰DALAL, Anjali. Administrative constitutionalism and the entrenchment of surveillance culture. Social Science Research Network, 2013, p. 1-40. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236502>. Acesso em abr. de 2015.

⁹¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81-95.

⁹²Op. cit, p. 92.

⁹³CANOTILHO, J. J. Gomes. “Branquinhos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade e constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

Os Estados que se assumem democráticos e pluralistas devem deixar um espaço para a política constitucional, principalmente em matéria de direitos fundamentais. Esta pode assentir muitos significados, como permitir a cada governo dar uma ou outra orientação em matéria de direitos fundamentais, assim podendo preferir ter a seu cargo a saúde pública ou a educação, enquanto outro pode considerar mais adequado delegar parte de suas funções a centros educativos, pois, dentro dos parâmetros que fixa a constituição, há espaços que a política constitucional pode ocupar de distintas formas⁹⁴.

E esta é a lógica do constitucionalismo a que se propõe o estado democrático, onde este não é o executor, o garantidor, o único responsável para prover todas as exigências multidimensionais, mas o esquema organizatório, através de uma perspectiva de partilhamento⁹⁵. Deixa a ideia de estatalidade absoluta para aliar as forças sociais, os poderes econômicos, o aparelho para o desenvolvimento das estratégias determinadas pela própria constituição.

Ao Estado-regulação caberá buscar equacionar as assimetrias de influência de forma articulada, como ferramenta de aprimoramento das políticas públicas, materializando igualmente o direito fundamental à boa administração. O constitucionalismo ainda manifesta muitas dificuldades de “responder aos desafios da materialização do direito”⁹⁶, pois a Constituição reclamou e reclama ser o estatuto jurídico do político, no entanto o político mostra-se rebelde a uma “normatização legalista”, porque soa impossível à norma alcançar várias práticas sociais.

Temos a oportunidade de refinar o pensamento a respeito de para que serve uma Constituição e para que serve uma democracia a partir dos caminhos que conectam o constitucionalismo político e jurídico para finalmente abrir a “sala de máquinas da constituição”.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización e derecho. In: CARBONELL,

⁹⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. História constituição constitución. Madrid: Trotta, 2011, p. 15.

⁹⁵VALLE, Vanice Regina do. Notas de Aula - Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional/UNESA. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 06 de junho de 2013.

⁹⁶Op. Cit, p. 28.

Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Coord.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 266.

BARBER, Nicholas W. *Constitutionalism: negative and positive*. Oxford Legal Studies Research, n. 7/2015, p. 5.

BARROSO, Luiz Roberto. *Especialista traça histórico do Direito Constitucional*. *Conjur*, 07 de mar. de 2009. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>>. Acesso em 15 de abr. De 2014.

BELLAMY, RICHARD. *Constitutionalism and Democracy*. *Internacional Library of Essays in Law Theor Second Series*, 2006, p. 11-68. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571492>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. *Lua Nova: Revista, Cultura e Política*, nº 61, 2004, p.10

BROWN, Nathan J. *Constitutions in a nonconstitutional world: arabic basic laws and the prospects for accountable government*. Albany: State University of New Press, 2002, p. 100.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers: a theory for the modern state*. Oxford University Press, 2009, p. 54

DALAL, Anjali. *Administrative constitutionalism and the here-entrenchment of surveillance culture*. *Social Science Research Network*, 2013, p. 1-40. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2236502>. Acesso em abr. de 2015.

ELSTER, Jon. *Forces and mechanisms in the constitution-making process*. *Duke*

Law Journal, Vol. 45, 1995, p. 365.

FALLON, Jr. Richard H. Legitimacy and the constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, Nº 06, 2005, p. 1787-1853.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Vol. 84, Número 2, 2005, p. 309.

GARDNER, James A. Democracy without a net? Separation of power sand ideia of self-sustaining constitutional constraints on un democratic behavior. *St. John's Law Review*, Vol.79, p.293-317, March 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=599982>>. Acesso em: 14 de jun. de 2013.

GARGARELLA, Roberto. Quésón los derechos? *Canal Justicia*. Disponível em<<https://youtu.be/-x3CzQbQgYU>>. Acesso em 20 de mar. de 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. *O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo à efetividade que opera em favor da democracia e do desenho institucional*. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015.

GRIFFIN, Stephen. *Understanding Informal constitutional change. Balkinization, 04 de out. de 2015 [on line]*. Disponível em< <http://balkin.blogspot.com.br/2015/10/understanding-informal-constitutional.html>>. Acesso em 04 de out. de 2015.

HAMPSON, Fen Osler. *Can peace building work*. Cornell International Journal, volume 30, nº 3, Artigo 5,1997, p. 715.

HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. *International Journal Constitutional Law*, 2013, v. 11 nº 1, p. 1-12.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los argumentos del neoconstitucionalismo constituição su recepción. In: CARBONELL, MIGUEL; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Coord.). *El Canon neoconstitucional*. Colômbia: Trotta, 2010, p. 214.

KLARE, Karl. *Legal culture and transformative constitutionalism*. S. Afr. J. on Hum. Rts, Vol. 14 1998, p.146-188. Disponível em <[https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do? &operation=go&searchType=0 &lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203](https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0258-7203) >. Acesso em 24 de set. de 2013.

KRAMER, Larry. The supreme court foreword: we the court. *Harvard Law Review*, Vol.115, 2001, p. 13.

LANDAU, David. Instituciones políticas y función judicial enderecho constitucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 13, N° 24, primeiro semestre/2011, p.13-83.

MADISON, James. *The Federalist n° 10*. Disponível em < <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>>. Acesso em 01 de out de 2013.

METZGER, Gillian E. Administrative constitutionalism. *Texas Law Review*, Vol. 91, 2012, p. 1897-1935.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78.

O'SULLIVAN, Meghan; STEWART, Frances. *Democracy, conflict and development: three cases*. University Of Oxford, QEH Working paper Series QEHWPS15, p.1-38, 1998. Disponível em < <http://economics.ouls.ox.ac.uk/10180/1/qehwps15.pdf> >. Acesso em 25 de fev de 2013.

ROSS, Bertrall L. *Embracing administrative constitutionalism*. Boston University law, Vol. 95, 2015, p. 519-585.

SAMUELS, Kirsti. *Post-Conflict Peace-building and constitution-making*. Chicago Journal of International Law, V. 6, N° 2, 2005, p. 673.

SOUZA SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas de una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho constituição Sociedad; Programa Democracia constituição Transformación

Global, 2010, p. 20.

TEN HOOVE, Lotte; SCHOLTBACH, Alvaro Pinto; MAUL-PHILLIPS, Joy. *Democracy and Political Party Assistance in Post-Conflict Societies*. NIMD Knowledge Centre, 2008, p.7.

TOMMASOLI, Massimo (Ed.). *Democracia, paz y seguridad: el rol de las Naciones Unidas*. Documento de Políticas, 2010, p. 25.

TUSHNET Mark. *The Inevitable Globalization of Constitutional Law* (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06, p.1.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.17.

_____; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 4, julho-dezembro de 2012, p. 230.

_____. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System. *Blog of the International journal of Constitutional Law and Constitutionmaking (ICONnect)*, 25 de set. 2015. Disponível em: < <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/> >. Acesso em 25 de set. de 2015.

VIEIRA, Ribas; BEZERRA, Rafael. *Estado de Coisas for a do lugar (?)*. *Jota*, 05 de out. de 2015. Disponível em < <http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em 05 de out. de 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *História constituição constitución*. Madrid: Trotta, 2011, p. 15.

Artigo recebido em 27/10/2016
Revisado em 17/11/2016
Aprovado em 20/12/2016

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO DIMENSÃO DE REALIZAÇÃO DA NOÇÃO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

ENVIRONMENTAL EDUCATION AS A DIMENSION OF REALIZATION OF THE NOTICE OF PARTICIPATORY DEMOCRACY

Marcello Phillipe Aguiar Martins¹

Mestrando em Direito Ambiental

Universidade do Estado do Amazonas (UEA) - Amazonas (AM) - Brasil

Caio Henrique Faustino da Silva²

Especialista em Internacional and European Law

Universidade do Estado do Amazonas (UEA) - Amazonas (AM) - Brasil/ Universidade de Coimbra (UC), Coimbra - Portugal

RESUMO: Os problemas ambientais causados pela ação direta do homem têm produzido efeitos cada vez mais devastadores ao ecossistema. Nesse contexto, ganha destaque a reflexão acerca da educação ambiental promovida pela universidade de forma interdisciplinar, a partir de seu papel fundamental na formação e informação dos riscos ambientais. O objetivo deste artigo foi revisitar o arcabouço jurídico normativo e a Educação Ambiental, relacionando-os com a noção de interpretação constitucional proposta por Peter Häberle, a fim de fomentar a participação ativa da sociedade no que tangem as questões relacionadas ao meio ambiente, tendo a educação ambiental como ponto de partida. A presente investigação se deu a partir de uma revisão bibliográfica e documental, bem como visitas às escolas, diálogos abertos e seminários junto aos alunos e professores da

¹Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - PPGDA. Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - CDHDA. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Norte (2015). Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pelo Centro Educacional Damásio de Jesus. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq, Brasil. E-mail: marcellophillipeuea@gmail.com

²Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Pesquisador visitante junto a Brock University (Canadá) pelo programa ELAP (2016). Estudo em Direito Internacional, Direito da União Europeia e Direitos Humanos junto a Universidade de Coimbra Portugal nos anos de 2012 e 2013. cursou bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade do Federal do Amazonas - UFAM. Membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Membro eleito do Conselho Universitário da UEA (2015). Membro da Comissão Geral para o Desenvolvimento do Plano de Desenvolvimento Institucional e do Plano Pedagógico Institucional para anos de 2017 a 2021. Membro do Grupo de Pesquisa CNPQ Direitos Humanos na Amazônia. E-mail: chfsilva.ch@gmail.com

rede pública de ensino. Foi demonstrado, com este trabalho, a importância da educação ambiental promovida pela universidade através da tríade ensino, pesquisa e extensão. O papel da educação foi reiterado como instrumento capaz de fomentar o envolvimento e a participação daqueles para os quais o Estado fora criado, o povo.

PALAVRAS-CHAVE: Educação ambiental; Universidade; Participação popular

ABSTRACT: Environmental problems caused by man's direct action have produced increasingly devastating effects on the ecosystem. In this context, attention is drawn to the reflexive environmental education promoted by the University in an interdisciplinary way, based on its fundamental role in the formation and information of environmental risks. The objective of the article was to revise the normative legal framework and the environmental education, relating them to the notion of constitutional interpretation proposed by Peter Häberle, in order to foment the active participation of society in which they deal with issues related to the environment, based on environmental education as a starting and arrival point. The present investigation was based on a bibliographical and documentary review, as well as visits to schools, open dialogues. It was intended to demonstrate with this work the importance of environmental education promoted by the university through the teaching, research and extension triad. The role of education is reiterated as an instrument of fostering the involvement of those for whom and from whom the state was created, the people.

KEYWORDS: Environmental education; University; Popular participation.

INTRODUÇÃO

A educação tem sido objeto de estudo dos variados campos das Ciências Humanas e Sociais, sendo constantemente discutida pela Sociologia, História e, sem embargo, pelo Direito. Assim sendo, tendo como ponto de partida a Constituição Federal que assevera a educação como direito de todos e dever do Estado e da família a qual deve ser promovida e incentivada pela sociedade visando o desenvolvimento do indivíduo, bem como o seu preparo para o exercício pleno da cidadania, torna-se relevante compreender a Educação Ambiental e sua relação com a construção de um Estado Democrático Socioambiental de Direito.

E, considerando as muitas realidades amazônicas, a missão a qual se dedicou o presente trabalho ganha um relevo ainda maior. Isto é, problematizar a educação ambiental enquanto mecanismo de fomento à participação popular, tendo a universidade como eixo central, se transforma em uma atividade de maior vulto quando considerado o contexto amazônico e, mais especificamente, do Estado do Amazonas.

Para tanto, esse artigo objetiva compreender a Educação Ambiental promovida no contexto do ensino superior enquanto importante mecanismo de formação, reflexão e sensibilização acerca dos riscos ambientais. Dessa forma, foi empreendida uma revisitação ao arcabouço jurídico normativo referente à Educação Ambiental, relacionando-o com a noção de interpretação constitucional proposta por Peter Häberle, a fim de fomentar a participação ativa da sociedade no que se referem às questões relacionadas ao meio ambiente, tendo a Educação Ambiental como ponto de partida.

A presente investigação se deu a partir de uma revisão bibliográfica, bem como por meio de visitas a escolas da rede pública de ensino da cidade de Manaus, diálogos abertos e atividades com alunos, professores e comunitários. Com a finalidade de demonstrar o tratamento dado às atividades, da disciplina de Educação Ambiental, promovidas pela universidade por meio da tríade ensino, pesquisa e extensão. Ademais, foi reiterado o papel da educação, em especial relevo as questões ambientais, como instrumento capaz de fomentar o envolvimento e a participação daqueles para os quais o Estado fora criado, nomeadamente o povo enquanto intérprete e destinatário originário de toda norma jurídica estatal.

1 A Educação Ambiental e a importância da Universidade

1.1 Do Direito Educacional

É considerada a existência do Direito Educacional enquanto ramo jurídico do direito autônomo, haja vista que nele se reconhecem princípios autônomos que formam uma unidade articulada dentro de um sistema jurídico constituído por normas de Direito Público e Direito Privado cuja natureza mista visa estudar, interpretar e sistematizar as normas que regulam a atuação do Poder Público no que tange as suas próprias instituições e àquelas pertencentes aos particulares, em matéria educacional (BADR, 2011, pag. 14).

Assim, o Direito Educacional tem sua gênese próxima nos muitos problemas educacionais identificados ao longo das últimas décadas, os quais exigem “a in-

terferência pronta do instrumento jurídico para o cumprimento da prestação educacional” (BOAVENTURA, 1996, p. 35). Em mesmo sentido e relevância, os temas relacionados ao meio ambiente, os quais, conforme a Constituição de 1988, em seu artigo 225 par. 1º inc. VI, encontram-se ligados à questão educacional na medida em que é dever do Estado promover a Educação Ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (BRASIL, 1988).

1.2 Da Educação Ambiental: A relevância do ensino na promoção do desenvolvimento sustentável

Ainda em se tratando do arcabouço normativo da Educação Ambiental, tem-se a Lei nº 9.795, de 27/04/99 - Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA) - cuja finalidade foi reforçar e qualificar o direito de todos à Educação Ambiental, indicando seus princípios e objetivos, atores e instâncias responsáveis por sua implementação no âmbito formal e não-formal, bem como suas principais linhas de ação. E, no bojo de seus princípios e objetivos, o Plano Nacional de Educação Ambiental reafirma o “enfoque humanista, holístico, democrático e participativo”, bem como “o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade” por meio de uma “permanente avaliação crítica do processo educativo” cuja finalidade é “a garantia da democratização das informações ambientais” e o “incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania” (BRASIL, 1999).

É importante realçar que o artigo 9º da mesma lei estabelece a Educação Ambiental como aquela desenvolvida no âmbito das instituições públicas e privadas de ensino, englobando, dentre outros níveis educacionais, a educação superior (BRASIL, 1999). Diante do exposto, é possível inferir que a noção de Educação Ambiental abrange os processos por meio dos quais valores sociais, conhecimento, atitudes e competências para a conservação do meio ambiente são construídos, estando compreendidos os bens de uso comum essenciais à qualidade de vida sadia e sustentável (BRASIL, 1999).

Ainda nessa seara, é possível perceber a Educação Ambiental, a partir de um posicionamento mais atuante, como um conjunto de práticas cuja finalidade compreende a construção de uma abordagem

crítica e global do ambiente, para elucidar valores e desenvolver atitudes que lhes permitam adotar uma posição consciente e participativa a respeito das questões relacionadas com a conservação e, a adequada utilização dos recursos naturais deve ter como objetivos a melhoria da qualidade de vida e a eliminação da pobreza extrema e do consumismo desenfreado (MEDINA, 2001, p.17).

Assim, emerge a interação entre a Educação Ambiental enquanto dimensão de realização da noção de democracia participativa e requisito para o exercício da cidadania. Isto é, vislumbra-se na Educação Ambiental uma ferramenta imprescindível para superação da marginalização, da exclusão da vida social e do processo de tomada de decisão (DALLARI, 2001). Apesar das determinações constantes no ordenamento jurídico nacional, a Educação Ambiental está presente na agenda internacional, o que se confirma quando da revisitação às determinações da Agenda 21 de 1992 (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento) na qual é verificada a importância da existência em nível global de um sistema político que assegure a efetiva participação dos cidadãos no processo de decisão.

Ademais, a Agenda 21 destaca, também, a relevância do ensino na promoção do desenvolvimento sustentável principalmente para aumentar a capacidade do povo para abordar questões de meio ambiente e desenvolvimento. Ou seja,

Tanto o ensino formal como o informal são indispensáveis para modificar a atitude das pessoas, para que estas tenham capacidade de avaliar os problemas do desenvolvimento sustentável e abordá-los. O ensino é também fundamental para conferir consciência ambiental e ética, valores e atitudes, técnicas e comportamentos em consonância com o desenvolvimento sustentável e que favoreçam a participação pública efetiva nas tomadas de decisão (AGENDA 21, 1992, p. 7).

Sendo assim, não estaria o Estado - e seu documento fundamental, a Constituição - fadado a encontrar sua legitimação nas mãos de seus destinatários, nomeadamente seus cidadãos? Ademais, não estaria o sentido de todos os compromissos e objetivos assumidos pelo mesmo Estado na interpretação daqueles que o compõem e para os quais o Estado fora pensado? Sim. E, nesse contexto, Peter Härbe-

le (2012) em sua obra, intitulada *Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, revolucionou o método interpretativo ao elaborar a teoria democrática da constituição aberta que, dentre outros aspectos, acrescenta o povo ao rol de intérpretes constitucionais. A partir da perspectiva de uma sociedade aberta proposta por Häberle é vislumbrado um caminho possível para a realização dos compromissos e objetivos definidos nos muitos documentos que compõem o ordenamento jurídico estatal, principalmente aqueles referentes ao meio ambiente socialmente justo, sadio e equilibrado. Tal pensamento se justifica na simples premissa de que “quem vive a norma, co-interpreta-a também” (DINIZ, 2002, pag. 257).

1.3 Da importância das Universidades para o exercício da cidadania e materialização da democracia participativa

É perceptível que a importância da universidade se manifesta nos principais documentos jurídicos nacionais, primeiramente pela Constituição que dispõe em seu artigo 207: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão” (BRASIL, 1988). Em igual medida, a LDB de 1996 em seu Capítulo IV - Da Educação Superior, Art. 43 assevera que a educação superior tem por finalidade: (...) VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição (BRASIL, 1996).

É possível cindir o “corpo clássico dos intérpretes do quadro hermenêutico tradicional a partir da extensão a todos os cidadãos” (BONAVIDES, 2000, pag. 465) e, ao mesmo tempo, apontar um caminho para superação da crise de legitimação enfrentada pelo Estado, ao considerar a indiscutível importância da Educação Ambiental enquanto dimensão para o exercício da cidadania e materialização da democracia participativa no cerne da noção de Estado Democrático Socioambiental de Direito. Tendo, assim, a Universidade como instituição que, ao acumular as funções e/ou dimensões de pesquisa, ensino e extensão, é responsável pela formação do cidadão-profissional o qual vai atuar nos mais variados setores da sociedade (FOUTO, 2002).

Contudo, diante do exposto, alguns questionamentos ainda persistem. Dentre

os muitos que se colocaram no curso da investigação, tomam-se como exemplo de uma verdadeira maiêutica socrática educacional os seguintes: Seria a Universidade do início do século XXI capaz de contribuir efetivamente para uma compreensão ampliada da vida em sociedade (aqui compreendido o meio ambiente)? Seria possível um diálogo mais eficiente entre a Universidade e a comunidade (universitária, local, regional, nacional e internacional)? A participação popular e efetiva seria possível sem uma integração intra-universitária (entre ensino, pesquisa e extensão) e entre o Ensino Superior e os demais níveis de ensino?

Para tanto, fora empreendida uma série de atividades cuja finalidade foi aproximar a sociedade e a Universidade, tendo como ponto de partida as temáticas abordadas no programa de pós-graduação Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Tais atividades objetivaram compartilhar diferentes compreensões acerca do meio ambiente e temáticas afins. Em igual medida, intentou-se problematizar o papel e/ou aproximação do programa à comunidade.

2 A importância da Universidade na construção de uma “sociedade socioambientalmente sustentável de direito”

Dentre as questões levantadas no curso da investigação, fica evidente que, a partir das muitas crises vivenciadas pela sociedade pós-moderna, a anunciada tragédia dos comuns (HARDIN, 1968), bem como a do próprio conhecimento científico, é exigida uma nova postura das Universidades, as quais

São hoje convocadas a assumirem um posicionamento reflexivo e crítico, a fim de se construir uma nova racionalidade que induza à transformação dos paradigmas científicos tradicionais, promova novos tipos de conhecimentos e integre diferentes saberes, com a participação da sociedade (MORALES, 2007, p 284).

Ao que tudo indica, cabe à Universidade refazer um caminho de especificações de mais de um século, a fim de, nas primeiras décadas do século XXI, redefinir a sua trajetória rumo às respostas das questões que a vida em sociedade coloca (BURSZTYN, 2004). Deve-se, portanto, superar a perda crescente da visão de conjunto e a “limitação das percepções dos cientistas apenas aos fragmentos científicos” (WEIGEL, 2009, p. 89) e assim superar o caminho da fragmentação

que conduz à uma alienação do próprio significado social da Ciência e do próprio indivíduo-cientista.

Assim, a Universidade deve trilhar um caminho condizente aos novos desafios que a complexidade da sociedade pós-moderna impõe. Dessa forma, a Educação Ambiental se apresenta prioritária em todos os níveis educacionais, encontrando na educação de nível superior, uma importante instância para revisão dos modelos éticos e científico-tecnológicos que impactam as relações do homem em sociedade e com o meio ambiente.

A Universidade é um fórum de diálogo que, com a escola e toda a sociedade, possibilita a criação de novos valores, conhecimentos e novas realidades socioambientais. Logo,

a Universidade, considerada como produtora de conhecimento mais elaborado, deve também assumir um compromisso mais social, corroborando para que a liberdade do sujeito aprendiz encontre novas formas de ultrapassagens às violências vivenciadas por nossa era. O procedimento legítimo não é escolher um caminho entre “conservação (desejos)” e “dilemas sociais (necessidades)”, senão buscar a aliança entre estas duas dimensões (SANTOS, 2006, p 32).

E, a partir dos muitos compromissos assumidos pelo Estado, em especial, aqueles que definem a imperiosidade de uma educação ampla, plural e de qualidade, bem como, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, verifica-se na Educação Ambiental um verdadeiro novelo de Ariadne³ capaz de conduzir aquele que o encontra a uma sociedade mais justa, igualitária e solidária. Contudo, para que o caminho para tal sociedade se torne viável, deve-se considerar a inclusão, a participação e o envolvimento da coletividade o qual só seria possível a partir da concepção de um ensino verdadeiramente universalizante capaz de fomentar e incentivar o envolvimento público e a participação popular. Vislumbra-se, na educação ambiental e, sobretudo, no papel desempenhado pela universidade, o caminho para uma verdadeira espiral virtuosa, em que a ciência, difusão/divulgação e educação passem a influenciar-se mutuamente, em busca da construção sequencial de ambientes afinados com os principais paradigmas

³Compreendido a partir da lenda de Ariadne, o termo visa descrever a resolução de uma questão por meio da utilização exaustiva dos recursos, vestígios e pistas encontradas no processo de investigação.

que começam a reger as atividades socioprodutivas contemporâneas (WIEGEL, 2009, p. 111).

Contudo, a referida espiral só será possível quando considerarmos que o caráter universalizante do ensino passa, inegavelmente, pela superação de um discurso que, materializado nas políticas públicas, tem como principal característica homogeneizar as diferentes realidades nacionais e internacionais no concernente à questão ambiental. Isto se confirma a partir de uma breve análise das políticas envolvendo a Educação Ambiental enquanto discurso oficial, nomeadamente o Plano Nacional de Educação Ambiental, cujo viés top-bottom approach atribui uma mentalidade de coordenação entre os diferentes entes políticos, econômicos e sociais envolvidos e, em igual medida, se afasta de uma proposta verdadeiramente participativa (DINIZ, 2011).

E, tomando as políticas públicas lato sensu concernentes à Educação Ambiental enquanto materialização do discurso oficial fica evidente o pouco aprofundamento em eixos temáticos tais como: a) o processo de ensino-aprendizagem e as interconexões entre as esferas individuais e coletivas, subjetivas e objetivas; b) como se dá a construção social e das relações de poder sobre a conformação dos currículos e projetos pedagógicos; c) as muitas representações dos espaços formais e não-formais nos variados contextos societários; d) a figura do educador/educando/participante se insere na educação e reverbera nas relações sociais e de poder (LOUREIRO, 2004).

Considerações Finais

O presente artigo se deu a partir das discussões e atividades desenvolvidas na disciplina de Direito Educacional Ambiental do programa de pós-graduação em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - PPGDA. Dentre as muitas atividades, foram realizadas visitas com foco na promoção de seminários temáticos junto aos estudantes e professores do ensino médio da rede pública de ensino acerca da importância em se promover a aproximação entre a universidade e a sociedade na discussão e solução dos problemas cotidianos relacionados ao meio ambiente.

Assim, foram realizadas consultas informais junto aos estudantes e professores envolvidos nos diálogos, bem como rodas de conversas juntamente com os demais alunos e professores do programa de pós-graduação em Direito Ambiental. Aliada às percepções oriundas da referida interação, procedeu-se uma revisão

bibliografia a fim de articular e fundamentar a importância da universidade na construção de uma sociedade socioambientalmente sustentável de direito. Portanto, foi construído um argumento capaz de reunir três eixos centrais da vida em sociedade: o meio ambiente, a participação popular e a educação.

As atividades se desenvolveram ao longo de cinco encontros nos quais foram realizadas palestras e rodas de conversa sobre os seguintes temas: Educação Ambiental, Plano Diretor e uso adequado dos espaços urbanos e desenvolvimento sustentável. Cada dia de atividades compreendeu em média quatro horas de interação entre os alunos do programa de pós-graduação, os alunos e professores do ensino médio da escola parceira. A escola da rede municipal de ensino escolhida se encontra situada na Sul de Manaus. Os seminários e demais atividades ocorreram nas dependências da Escola, foram desenvolvidos no turno vespertino e contaram com a participação de trinta alunos do nono ano do ensino fundamental.

No último dia de atividades foi realizada uma visita ao centro histórico da cidade de Manaus. A ação foi coordenada pelos acadêmicos do programa de pós-graduação e teve como finalidade oportunizar aos alunos da Escola parceira a possibilidade de redescobrir o centro histórico da cidade em que habitam. No curso da atividade externa foram rediscutidos os temas abordados nos seminários realizados previamente. Tais ações objetivaram - além de aproximar e sensibilizar tanto os alunos do programa de pós-graduação quanto aqueles da escola parceira - compreender o papel da educação e, em especial relevo da educação ambiental, no envolvimento e participação da coletividade nos principais processos decisórios.

No curso da investigação que deu origem a esse artigo, verificou-se um verdadeiro afastamento entre a universidade e os demais níveis de ensino, isto é, Ensino Fundamental e Médio. Em igual medida, foi percebida, ao acompanhar e interagir com estudantes e professores de uma escola da rede pública de ensino, a crescente necessidade em integrar as atividades desenvolvidas nos diferentes níveis de ensino e assim, promover uma dupla transformação: de um lado, modernizar a educação básica regular a partir do intercâmbio de práticas entre as escolas e as universidades e, por outro, sensibilizar a universidade para as constantes e crescentes demandas da sociedade, sobretudo no que se refere à conquista e consolidação de uma sociedade ambientalmente sustentável.

No desenrolar do tema, a investigação buscou problematizar a relação da Educação Ambiental, em sede de Ensino Superior, como ferramenta para a promoção

da participação popular na construção de um Estado Democrático Socioambiental de Direito. Desse modo, foi oportunizado, a despeito da complexidade que o tema impõe, contribuir para os debates que possam surgir, se consolidar ou se multiplicar na proposta abordada. Assim, recuperar-se-ão as palavras de Thomas Morus que, ao cabo da investigação que originou o artigo, resumem bem o sentimento frente ao longo caminho que se prostra diante daqueles que por ele enveredam, ansiamos mais do que esperamos.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BADR, Eid. *Curso de Direito Educacional: o ensino superior brasileiro*. Curitiba: CRV, 2011.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Um ensaio de sistematização do direito educacional. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano. 33. N. 131 jul./set. 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL, Lei Federal nº 9795, de 27 de abril de 1999. *Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9795.htm>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm> Acesso em: 12 set. 2016.

BURSZTYN, M. Meio ambiente e interdisciplinaridade: desafios ao mundo acadêmico. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, n.10, p.67-76.

DALLARI, Dalmo De Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Adiel de Sousa. *Participação popular e sustentabilidade: O caso do projeto agente ambiental comunitário do Amapá*. Macapá, 2011.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FOUTO, A. R. F. *O papel das universidades rumo ao desenvolvimento sustentável: das relações internacionais às práticas locais*. Dissertação. (Mestrado em Gestão e Políticas Ambientais Relações Internacionais do Ambiente), 2002. Disponível em: <http://campus.fct.unl.pt/campusverde/W_RIA_ARFF.doc> Acesso em: 10 set. 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*. Vol. 162, Issue 3859, pp. 1243-1248. Disponível em: <<https://www.sciencemag.org/site/feature/misc/webfeat/sotp/pdfs/162-3859-1243.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

LOUREIRO, Carlos Frederico B. Educar, participar e transformar em educação ambiental. In: *Revista Brasileira de Educação Ambiental*. pp. 13 - 20. Num. Zero. Brasília, 2004.

MEDINA, N. M. A formação dos professores em Educação Ambiental. In: *Panorama da educação ambiental no ensino fundamental / Secretaria de Educação Fundamental - Brasília: MEC, 2001*.

MORALES, A. G. M. O processo de formação em educação ambiental no ensino superior: trajetória dos cursos de especialização. *Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental da Fundação Universidade Federal do Rio Grande*, 18(1). Disponível em <<https://www.seer.furg.br/remea/article/view/3554/2118>>. Acesso em: 13 set. 2016.

SANTOS, J. E.; SATO, M. Universidade e ambientalismo - Encontros não são despedidas. In: SANTOS, J. E.; SATO, M. (Org.). *Contribuição da educação ambiental à esperança de Pandora*. 3. ed. São Paulo: Rima, 2006.

WEIGEL, P. *Educação para que ambiente? Desafios teóricos para a educação ambiental na Amazônia*. 1. ed. Manaus: INPA, 2009.

Artigo recebido em 20/01/2017
Revisado em 22/01/2017
Aprovado em 23/01/2017

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SÃO APLICADOS OU EMBASAM O DIREITO À EDUCAÇÃO: DISCUSSÃO DA NATUREZA JURÍDICA

ARE THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES APPLIED OR EMBASSED THE RIGHT TO EDUCATION: LEGAL NATURE DOUBT

Camila Barreto Pinto Silva¹

Doutora em Direito

Universidade Metropolitana de Santos (Unimes) - São Paulo (SP)- Brasil

Flávio Estevão Neto²

Mestrando em Direito

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) -
São Paulo (SP) - Brasil

RESUMO: Este estudo analisa a inserção do direito à educação como um dos direitos sociais da cidadania. Ao estudar os princípios constitucionais que servem de vetores para a proteção da educação, a pesquisa acompanha a evolução dos conceitos de princípios e regras, analisa a diferença entre estes conceitos, discute formas de garantir esse direito e aborda os Princípios constitucionais e o seu vínculo com direito à educação. A metodologia de revisão de literatura integrada auxilia o autor a obter o resultado esperado e deslindar a problemática podendo afirmar que são os vetores do Direito à Educação.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; Normas; Educação; Educação Fundamental

¹Doutora em Filosofia do Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Bolsista PNPd Capes (2014) pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Professora Titular da UNIP - Universidade Paulista (08/2000 a 09/2017). Advogada com experiência em Direito Empresarial e Direito do Consumidor. Coordenadora de Estágio em Direito da Universidade Paulista no Campus Alphaville (02/2011 a 06/2012) e do Campus Cidade Universitária (07/2012 a 01/2016). Professora do EAD da Universidade Paulista (2011 a 2016). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990), Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e Mestrado em Direito em Relações Sociais, na sub-área de Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Professora do Programa de Mestrado da Universidade Metropolitana de Santos - Unimes. E-mail: cbarreto@uol.com.br

²Graduado em Direito nas Faculdades Associadas de Ariquemes (2010). Especialista em Planejamento Educacional e Docência do Ensino Superior pela Faculdades Associadas de Ariquemes e mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atualmente é professor nas Faculdades Associadas de Ariquemes, ministrando aula de Direitos Humanos no Curso de Enfermagem; Sustentabilidade Ambiental. E-mail: flavio_estevao@hotmail.com

ABSTRACT: This study analyzes the insertion of the right to education as one of the social rights of citizenship. In studying the constitutional principles that serve as vectors for the protection of education, research follows the evolution of concepts of principles and rules, analyzes the difference between these concepts, discusses ways to guarantee this right, and addresses the constitutional principles and their link with right to education. The methodology of integrated literature review helps the author to obtain the expected result and to delineate the problematic, stating that they are the vectors of the Right to Education.

KEYWORDS: Principles; Standards; Education; Elementary School

INTRODUÇÃO

O Programa Educação para todos é uma forma de tornar eficaz o Direito à educação estabelecido na Constituição Federal Brasileira. O Programa tem efeito em alguns seguimentos, mas deixa descobertos vários outros ensejando uma dúvida sobre a natureza do Direito à Educação. Neste contexto, a problemática estudada é a de discutir a natureza desse direito.

Para isso, a pesquisa abordará os princípios constitucionais, também denominados princípios fundamentais, que surgem na Constituição Federal brasileira e que servem de veículos para o desenvolvimento do direito à educação e a garantia do direito à educação.

Ademais, o artigo abordará os princípios constitucionais que servem de vetores para a proteção da educação apresentando significado do vocábulo “princípio” e sua definição no campo do direito, bem como averiguar a conformação entre a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais, como dá-se na educação.

Ainda nesse viés, a pesquisa também, abordará de forma sucinta a competência dos entes Federados, os instrumentos de garantia do direito à educação, com a posição de se elevar os princípios ao patamar de norma, fazendo da educação uma nova e melhor forma de inclusão social, visitando o direito à educação fundamental prescrito no artigo 208, § 1º da Constituição, bem como, o direito a educação, inserido no artigo 6º da Constituição Federal, enquanto direito fundamental social, e ainda sua garantia no Estatuto da Criança e Adolescente e a *Draft Resolution on the Right to Education*”, que apresenta as diretivas emanadas da Comissão Nacional de Direitos Humanos - ONU.

Com base em uma atualizada revisão literária, o autor pretende chegar ao resultado esperado e defender a sua posição sobre a natureza jurídica do Direito à Educação.

1 Conceito de princípios sob a perspectiva constitucional

A transformação da sociedade, bem como as mudanças existentes ao através dos anos nos diferentes campos das ciências sociais possibilitam analisar, nitidamente, que os “vocábulos” antes objetivos hoje se tornaram precários para exprimir ideias até então apresentadas.

Antes de analisar os princípios constitucionais que servem de vetores para a proteção da educação importante apontar o significado do vocábulo “princípio” e sua definição no campo do direito, como apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico³.

Por outro lado, sob olhar crítico de Ruy Samuel Espíndola o termo princípio é usado na Ciência Jurídica de várias formas, para ele:

[...] tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes⁴.

O referido autor adverte ainda que, está polissemia não é benéfica, uma vez que a confusão de conceitos e ideias pode levar a sonegação da prática jurídica por uma prática equívoca, de direitos protegíveis pelo sistema jurídico posto. Portanto, como se observa, um leque de definições remetem ao significado do

³MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 230.

⁴ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999. p. 49.

vocábulo “princípio” segundo proposto na língua portuguesa, de forma que o dicionário Houaiss acaba por defini-lo como:

1. o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início (...)
2. o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão.
3. ditame moral; regra, lei, preceitos⁵.

Ou seja, o princípio, é um indicador do conjunto de regras e preceitos de um povo, mais importância até que a própria regra jurídica, pois partem dos referidos princípios todos os pontos básicos do Direito, de modo a envolverem os fundamentos da própria Ciência Jurídica.

Ademais, os princípios jurídicos constitucionais verdadeiramente não só influenciam o Direito vigente de um determinado povo, bem como a compreensão do teor da Constituição em vigor, principalmente a brasileira que reconhece uma legítima carta de princípios constitucionais.

Aliás, conforme nesse sentido, aponta Rizzatto Nunes:

O princípio jurídico constitucional influi na interpretação até mesmo das próprias normas magnas. É que, se um mandamento constitucional tiver pluralidade de sentidos, a interpretação deverá ser feita com vistas a fixar o sentido que possibilitar uma sintonia com o princípio que lhe for mais próximo.

Da mesma forma, se surgir uma aparente antinomia entre os textos normativos da Constituição, ela será resolvida pela aplicação do princípio mais relevante no contexto. Na realidade, o princípio funciona como vetor para o intérprete. E o jurista, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que ele possa ser, deve, preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam. Nenhuma interpretação será havida por jurídica se atritar com um princípio constitucional⁶.

Desta forma, confirma-se a importância do tema, porque, com o entendimento dos princípios é possível realizar uma perfeita relação entre a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais, como dá-se na educação.

⁵HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2229.

⁶NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

Roberta Soares da Silva neste sentido, afirma que podemos considerar que:

[...] os princípios constitucionais constituem os mais elevados valores da sociedade, pois sustentam os pilares de todo o sistema constitucional. São os valores fundantes da sociedade, razão pela qual não podem ser contrariados. [...] Portanto, princípios são normas de grande relevância que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível das possibilidades fáticas existentes⁷.

Após cuidarmos da compreensão do vocábulo “princípio”, sucederemos a análise deste enquanto princípios constitucionais e o seu vínculo com direito à educação, visto que os direitos sociais são destacados no preâmbulo da Constituição Brasileira e guardam características que os unem diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tal fato, ocorre tanto da herança do texto constitucional quanto das diversas convenções internacionais que tratam dessa matéria.

2 Diferenciação entre princípios e regras

Considerando que as normas jurídicas podem se conformar como princípios e regras é imprescindível avaliar a diferença entre eles, sendo assim examine a abordagem adiante.

Segundo Luiz Roberto Barroso, existe uma diferença significativa entre princípios e regras, para ele regras “são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, enquadrando-se os fatos na previsão abstrata e produzindo uma conclusão, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer”⁸.

Já os princípios, de acordo Luis Roberto Barroso, são mais abstratos que as regras, “não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”, admitindo uma *série indefinida de aplicações*. Os princípios devem ser aplicados mediante ponderação, uma vez que frequentemente entram em tensão dialética. O intérprete, à vista do caso

⁷SILVA, R. S. A concreção eficaz do princípio da contrapartida no sistema de seguridade social: uma proposta de orçamento. 2014. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) - São Paulo: Biblioteca PUC-SP, 2014. p. 44-45.

⁸BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003. p. 148.

concreto, irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível⁹. Consequentemente, sua aplicação, não será no esquema tudo ou nada, mas ponderada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Nesse fluxo, Edilson Pereira de Farias no que concerne a diferenciação entre o gênero e a espécie, assim arrazoou:

A distinção lógica entre princípios e regras evidenciada nos casos de colisão de princípios e conflitos de regras, porquanto a maneira de solucioná-los é diversa. No caso de conflito entre regras, este é resolvido introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválida. Quando a primeira hipótese não for possível, só restará alternativa de afastar pelo menos uma das regras conflituosas, declarando-a inválida e expurgando-a do ordenamento jurídico. Esta é essencialmente uma decisão referente à validade de regras, uma vez que vale ou não vale juridicamente. Por seu turno, se o conflito de regras tem lugar na dimensão da validade, a colisão entre princípios (como só podem colidir princípios válidos) ocorre não à dimensão da validade, mas vai mais além, acontece na dimensão do peso. Assim, quando dois princípios entram em colisão e um deles prevalece sobre o outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que o outro e, em outras circunstâncias poderá ocorrer o inverso¹⁰.

Assim, pode-se sintetizar a diferença estrutural entre essas normas da conforme Roberta Soares da Silva: Regras - descritor normativo (dever ser): descrição de uma hipótese, da qual advém uma consequência jurídica (subsunção) específica (dar, fazer ou não fazer). Subsunção significa a perfeita adequação do fato à norma; rege-se por determinados atos e fatos da vida. Princípios - prescritor normativo (ser): prescrição de um valor. Não possuem hipótese normativa específica, alçando um indefinido rol de aplicações. Necessitam de maior concretização para serem aplicados, pois a mera subsunção não é possível¹¹.

⁹Ibidem, p. 149.

¹⁰FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 26-27.

¹¹SILVA, R. S. Op. cit., p.49

3 Princípios constitucionais e o seu vínculo com direito à educação

Indiscutivelmente, pode-se afirmar que a efetividade do direito a educação está associada à garantia do direito à livre determinação. A educação, portanto, considerada como um direito social é indispensável à efetivação do direito à liberdade, que até mesmo o antecede na formação do Estado de Direito.

Por sua vez, a Constituição Federal atentou também de ajustar a competência legislativa entre os entes da Federação, porém, não existe hierarquia entre as normas provenientes dos diferentes entes federativos. Existindo por assim dizer, apenas uma divisão de competências, em que à União cabe legislar privativamente, sobre diretrizes e bases da educação nacional¹², e de forma concorrente com os Estados e o Distrito Federal, compete-lhe legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto¹³.

Nesse contexto, existindo conflitos entre os direitos, portanto, um deles deve renunciar em prol do outro, ou ambos devem fazer concessões mútuas¹⁴ até que seja encontrada a situação mais justa e harmônica com o ordenamento jurídico no caso concreto de forma a evitar a predominância de alguns em detrimento do sacrifício de outros. Essa avaliação deve se usar de critérios racionais, a fim de se distinguir qual princípio possui o maior peso em determinada situação e se evitar subjetivismos.

Em relação às normas constitucionais referentes à educação fundamental, estas garantem o pronto gozo desse direito, já que o próprio artigo 208, § 1º da Constituição¹⁵ aborda-o como direito subjetivo público, com eficácia plena e aplicabilidade imediata. Igualmente, esse direito integra o rol mínimo de direitos indispensáveis a uma existência digna, repelida qualquer possibilidade de sua não efetivação.

Segundo a doutrina pátria, o mínimo existencial equivale ao “núcleo essencial”

¹²Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXIV - diretrizes e bases da educação nacional”. (PLANALTO, Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 06.05.2017).

¹³Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino e desporto. (Ibidem).

¹⁴Princípio da concordância prática ou harmonização: Adverte-se que, toda a descrição conceitual desse princípio, é inspirado na classificação original de Konrad Hesse, e pouco se acrescentou a sua formulação inicial. Conforme este princípio, deve-se buscar no problema a ser solucionado, em face da constituição, a confrontação de bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando de modo a, no caso concreto sob exame, estabelecer qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. (GADAMER apud. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo. Celso Bastos. 1999. p. 56).

¹⁵Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

dos direitos fundamentais, apontando o conteúdo insuperável desses direitos¹⁶. E assim, a submissão a esse conteúdo mínimo se faz devido ao cumprimento da própria Constituição, não sendo lícito ao Estado assumir quaisquer medidas que frustrem a sua aplicação.

Ana Paula Barcellos, com referência ao aludido tema afirma que “o mínimo existencial refere-se ao ensino fundamental. Assim se em um determinado Município não houver vagas nas escolas de ensino oficial, pode o município ingressar com uma ação, obrigando o Poder Público Federal, estadual ou municipal, pois a competência é concorrente das três entidades, a efetuar a matrícula em uma escola particular”¹⁷.

Por força constitucional, o Estado tem o dever de efetivar o direito à educação, reconhecendo seu status de direito subjetivo público¹⁸. Tal reconhecimento garante a cidadão lesado em seu direito, a possibilidade o mesmo ser exigido contra o poder público de imediato e individualmente. Nesta direção assevera Ricardo Lobo Torres:

A elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o status de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução¹⁹.

Em outras palavras, caso lhe seja negado este direito, qualquer pessoa sujeito de direito, caso queira, terá a tutela dessa garantia constitucional. Podendo ser negado tal direito, tanto por ação ou por omissão estatal.

¹⁶Esta identidade entre núcleo essencial e mínimo existencial pode ser observada no entendimento manifestado por Ana Paula de Barcellos, segundo o qual o mínimo existencial corresponde a um “subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menor - minimizando o problema dos custos - e mais preciso - procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado”. (BARCELLOS, A. P. de. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Ricardo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23).

Também é o entendimento de Canotilho que reconhece um mínimo a ser garantido a todo cidadão com base nas normas de direitos fundamentais sociais, ou seja, um “núcleo básico dos direitos sociais”, sem o qual ao ser humano não é garantida sua subsistência, não tem condição de fruir qualquer direito. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 470).

¹⁷BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2002. p.261-262.

¹⁸Conforme entendimento do STF - Informativo 520 - Ministro Relator Celso de Mello - AI 677274 SP - “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível” [...] CF, art. 208, IV - reconhece o direito subjetivo público à educação para crianças de até 5 anos de idade. Ainda direito reconhecido neste Tribunal no RE nº 436996/SP e na ADPF/DF nº 45. (STF - Informativo 520 - Ministro Relator Celso de Mello - AI 677274 SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>>. Acessado em: 06.05.2017).

¹⁹TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 161.

Desta forma, compreende-se que o direito a educação, celebrado no artigo 6º da Constituição Federal, é um dos direitos fundamentais sociais, visto que é uma das condições de existência do homem como indivíduo social, portanto, a educação se mostra como requisito indispensável para a própria cidadania. É a partir dela que o cidadão pode conseguir a efetivação de outros direitos fundamentais. Consequentemente, o mínimo refere-se a direitos associados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”, isto é, objetiva garantir condições mínimas da existência humana, o mínimo existencial é inerente à ideia de justiça social.

Nas palavras de Wagner Balera “a pauta do mínimo existencial, em matéria de educação, não diz somente com a erradicação do analfabetismo, tema antigo e recorrente, mas, sobretudo com o compromisso com o ensino fundamental, a ser ministrado a todos”²⁰. Pois que este conteúdo mínimo dos direitos são resultantes da sua incorporação aos tratados internacionais, às cartas políticas e à legislação infraconstitucional, tornando imprescindível a sua análise, dado os valores maiores aí envolvidos e possui característica de universalidade.

Dessa conclusão decorre que o direito à educação confere ao Estado a sua prestação, resultando na observância essencial dos princípios compreendidos na atividade estatal. Posto que a educação é serviço público primordial, torna-se essencial a sua manutenção de forma regular e contínua, jamais abaixo das condições a serem necessariamente cumpridas.

Desta forma, existindo por parte do Estado o descumprimento do dever jurídico relativo ao direito à educação, é legítimo fazer uso dos instrumentos processuais contidos no texto constitucional, tais como o mandado de injunção o mandado de segurança e a ação civil pública. Sendo assim, ante o caráter da educação como direito público subjetivo no ingresso ao ensino obrigatório e gratuito, “o seu não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilização da autoridade competente (art. 54, § 2º/ECA)”²¹.

Como apresentado até aqui, constata-se que ser inaceitável a mera justificativa de falta de recursos para suprir à demanda desses direitos, visto que, para tanto, seria obrigatória a prova plena e cabal dessa situação por parte do Poder Público. Ainda que comprovada a inexistência total de recursos, mesmo assim, é

²⁰BALERA, Wagner. Declaração sobre o direito ao desenvolvimento - anotada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 200.

²¹PLANALTO, Legislação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acessado em: 06.05.2017.

totalmente viável a realocação de recursos orçamentários para assegurar os direitos prestacionais, como no caso o direito à educação fundamental, por consistir em valor atrelado à dignidade da pessoa humana.

Neste norte, a Comissão Nacional de Direitos Humanos - ONU, em reunião em Nova Deli, em setembro de 2008, divulgou o “*Draft Resolution on the Right to Education*”, que apresenta diretivas que reconhece a eficácia plena e aplicabilidade imediata do direito à educação. Segundo este documento o estado não precisa esperar por uma legislação infraconstitucional para aplicar o direito à educação²², o que corrobora em plano internacional a iminência para se efetivar, na maior medida possível, o direito à educação no seu primeiro estágio, com a universalização da educação básica. O relatório acrescenta ainda que, que os governos locais devem assumir a responsabilidade de garantir direito à educação com participação ativa e envolvimento dos gestores, da comunidades e setor privado. No entanto, não isenta a responsabilidade do Estado²³, posto que, ao Estado cabe implementar as políticas públicas para a consolidação dos direitos sociais.

Considerações Finais

Ao final deste estudo, conclui-se que os Princípios Jurídicos é a base, o fundamento de todo o sistema jurídico, ele define a estrutura de um sistema de conceitos, pensamentos ou normas, e todas as demais ideias, pensamentos ou normas emanam dele. Evidenciando-se assim, a relevância fundamental dos princípios na ordem jurídica.

Os princípios demonstram valores e o sentido pelo qual um ordenamento existe. Da sua inserção no plano constitucional resulta a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada.

Evidenciou-se a diferença entre princípios e regras visto que o método de solucionar as possibilidades de colisão de princípios e conflitos de regras é diversa, uma vez que, a colisão de princípios é decidida levando em consideração o peso ou a importância relativa de cada princípio, já o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade.

²²“The State governments need not wait for a Central legislation in order to execute right to education. Legislation is to enforce quality & make it more justiciable. Constitutional amendment cannot be subjugated to legislation”. Transcrição da “Draft Resolution on the Right to Education”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://nhrc.nic.in/dispArchive.asp?fno=1609>>. Acessado em: 06.05.2017).

²³Transcrição da “Draft Resolution on the Right to Education “Local government bodies must assume the responsibility of ensuring right to education with active participation and involvement of local management committees, communities, non-profit organizations and private sector agencies. However, it does not absolve responsibility of Centre and State Governments”. Ibidem

Como afirma José Silverio B. Horta, a “Constituição de 1988 fecha o círculo com relação ao direito à educação e à obrigatoriedade escolar na legislação educacional brasileira, recuperando o conceito de educação como direito público subjetivo, abandonado desde a década de 30”²⁴. Portanto, o direito a educação, celebrado no artigo 6º da Constituição Federal, é um dos direitos fundamentais sociais, visto que é uma das condições de existência do homem como indivíduo social, de forma que, a educação apresenta-se como requisito imprescindível para a própria cidadania.

Respondendo a problemática estudada, pode-se afirmar que reconstruir o Estado Democrático de Direito, promulgando uma Constituição que, nesse processo, representa um consenso em torno de princípios jurídicos universais. Portanto, o direito à Educação não pode ser tomado como uma ordem particular de valores, nem defender uma ação individualista por parte do Estado em benefício de poucos, mas deve ser um direito público subjetivo do cidadão e imputar o dever jurídico da obrigação de educar a toda sociedade e preponderantemente ao Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento anotada*. Curitiba: Juruá, 2015.

BARCELLOS, A. P. de. *O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: Ricardo Lobo Torres (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003.

²⁴HORTA, J. S. B. Direito à educação e obrigatoriedade escolar. *Cadernos de Pesquisa*, n. 104, p. 5-34, jul. 1998. p. 25.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

GADAMER apud. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Celso Bastos. 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HORTA, J. S. B. *Direito à educação e obrigatoriedade escolar*. Cadernos de Pesquisa, n. 104, p. 5-34, jul. 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Draft Resolution on the Right to Education*. Disponível em: <<http://nhrc.nic.in/dispArchive.asp?fno=1609>>. Acessado em: 24.11.2016.

PLANALTO, Legislação. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acessado em: 24.11.2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 12.05.2016.

SILVA, R. S. *A concreção eficaz do princípio da contrapartida no sistema de seguridade social: uma proposta de orçamento*. 2014. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) - São Paulo: Biblioteca PUC-SP, 2014.

STF - Informativo 520 - Ministro Relator Celso de Mello - *AI 677274 SP*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>>. Acessado em: 27.11.2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Artigo recebido em 29/11/2016
Revisado em 02/12/2016
Aprovado em 20/12/2016

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law*

MISSÃO

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

OBJETIVO DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law é a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

LINHAS EDITORIAIS

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas editoriais:

Linha Editorial I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

Linha Editorial II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

As linhas editoriais desenvolvidas pela Revista, por vezes, buscam o vértice comum entre elas. Nesse caso, discute-se: os aspectos fenomenológicos da em-

presa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas editoriais: I - Empresa, sociedade e sustentabilidade; II - Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências. A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o *modus operandi*.

PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES

A Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

1. Redação - Diretrizes básicas

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As produções bibliográficas podem ser publicadas em português ou inglês.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract (resumo em inglês), keywords (palavras -chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética).

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês, centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados - fonte 12.

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva - fonte 12.

2.4. O artigo deve conter 'Resumo' em português e 'Abstract' em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras.

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português e inglês, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As resenhas poderão ser críticas ou descritivas de obras na língua portuguesa ou inglesa pertinentes às linhas editoriais da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título em português e inglês da obra em análise, elaboração de texto no formato de dissertação contendo: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar centralizado na página e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

2.7. As análises de jurisprudências deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract

(resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

3. Outras regras de formatação

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análises jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas.

3.3. Os artigos, as resenhas e as análises de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm.

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm.

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm.

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas deverão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possuir definição nas suas respectivas legendas.

4. Referências, Notas e Citações

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do sobrenome do autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser denominado “Referências”, seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 - Informação e Documentação - Referências - Elaboração. / Ago. 2002).

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas

apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 - Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer ao limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista.

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, além de constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista.

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, sua unidade e departamento, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista.

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. O envio das produções bibliográficas será considerado como participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos, análises jurisprudenciais ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões em deacordo com as normas, bem como a identificação incompleta dos autores, sem a inclusão do nome da instituição, unidade, departamento, cidade, Estado e país serão devolvidas para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfica para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ONLINE

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar e declarar na plataforma OJs a conformidade de sua submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e listados abaixo (formulário eletrônico da plataforma OJs):

1. A contribuição deve ser original e inédita, e não foi publicada em anais de

congresso, seminários, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em “Comentários ao editor”.

2. O arquivo da submissão deve estar em formato Microsoft Word ou RTF.

3. O autor é responsável pelo preenchimento na plataforma OJs, no campo solicitado, da indicação de financiamento da pesquisa vinculada à produção bibliográfica submetida à Revista.

4. Os URLs para as referências devem ser informados, quando possível.

5. O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

6. As instruções de anônimo do arquivo submetido devem assegurar a avaliação Double Blind Peer Review .

7. A Declaração de Direito Autoral deve conter a autorização de publicação e cessão de direitos autorais.

8. A cessão de direitos autorais não gerará ônus para a Revista, ou seja, não haverá pagamento pela utilização do material submetido. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

9. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE (DOUBLE BLIND PEER REVIEW), APROVAÇÃO E PUBLICAÇÃO

1.1. Todas as produções bibliográficas serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvérsia, haverá análise de um terceiro parecerista ad hoc.

1.2.1 Todos os pareceristas ad hoc e os conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas ad hoc são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das “Diretrizes aos Autores”, disponível no endereço: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas ad hoc são observados os seguintes critérios:

a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido; relevância e pertinência e atualidade no tema objeto da submissão; consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretrizes aos autores - normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa nos idiomas português e inglês.

1.3.2. O resultado da avaliação apontará se a produção bibliográfica será:

a) aceita sem restrições; b) aceita com proposta de alteração; e c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas ad hoc, escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho Editorial será por maioria dos presentes, com o quorum mínimo de dois conselheiros, não incluindo o Presidente e o Vice-Presidente, pois ambos são vedados de votar nas reuniões do colegiado.

1.4.2. A convocação das reuniões do Conselho Editorial será feita via e-mail pelo Presidente ou Vice-Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. As reuniões do Conselho Editorial serão realizadas nas dependências do IESUR/FAAR ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do Skype, Hangouts ou similares.

1.4.3.1. Os termos das atas das reuniões do Conselho poderão ser transcritos ou gravados.

1.4.3.2. Compete ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Conselho Editorial a relatoria das atas das reuniões.

1.4.4. O colegiado decidirá, entre os artigos avaliados e aceitos pelos pareceristas ad hoc, quais serão publicados nos números dos volumes da Revista , 1.5.2

Nesse caso, ficará suspensa a participação do autor submitente em qualquer ato interno do número da Revista onde pretenda ter o seu artigo publicado, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

2. Publicação

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicadas as produções bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas “ad hoc” e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado, por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título contendo a sua titulação, a filiação institucional, cidade, estado e país.

2.2.1. Ao nome do autor, será incluída nota de rodapé para constar o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

2.2.2. Solicita-se ao autor que preencha na versão completa o formulário de cadastramento no sistema na plataforma OJS e mantenha o seu CV Lattes atualizado.

CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 1 VOLUME 5 DA REVISTA AREL FAAR

Embora a Revista Científica AREL FAAR - Amazon’s Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 1 volume 5, que serão publicados em janeiro do próximo ano.

As temáticas estão vinculadas à área de concentração da Revista “Direito Público Contemporâneo” e às Linhas de pesquisa “Empresa, sociedade e sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas dimensões”.

Os interessados devem submeter seus artigos para o número 2 do volume 4 poderão fazê-lo até o dia 20 de dezembro de 2016 pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php>. A AREL também possui fluxo contínuo, oferecendo a possibilidade de submissão a qualquer tempo.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no referido endereço eletrônico.

PARECERISTAS

Álvaro de Oliveira Azevedo Neto

Doutor em Direito
Faculdade Boa Viagem
Recife - Pernambuco (PE) - Brasil

Ana Alice de Carli

Doutora em Direito
Universidade Federal Fluminense - Campus Volta Redonda
Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Bárbara Gomes Lupetti Batista

Doutora em Direito
Univerisdade Veiga de Almeida
Rio de Janerio - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Célia Barbosa Abreu

Doutora em Direito
Universidade Federal Fluminense - Campus Sede
Niterói - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Doutora em Direito
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

Germana Parente Neiva Belchior

Doutora em Direito
Faculdade Sete de Setembro - FA7
Fortaleza - Ceará (CE) - Brasil

David Augusto Fernandes

Doutor em Direito
Universidade Federal Fluminense - Campus Macaé
Macaé - Rio de Janeiro (RJ) -Brasil

Martha Asunción Enriquez Prado

Doutora em Direito
Universidade Estadual de Londrina
Londrina - Paraná (PR) - Brasil

Nilton César Flores

Doutor em Direito
Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Nivaldo dos Santos

Doutor em Direito
Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Universidade Federal de Goiás
Goiania - Goiás (GO) - Brasil

Patrícia Maria Dusek

Doutora em Direito
Universidade Castelo Branco - Campus Sulacap
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Rafael Mario Iorio Filho

Doutor em Direito
Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Renata Guimarães Franco

Doutora em Direito
Faculdades Integradas do Norte de Minas da Associação Educativa do Brasil
Montes Claros - Minas Gerais (MG) - Brasil

Rosângela Maria Pereira

Doutora em Direito
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro
Pinheral - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Zoraide Amaral

Doutora em Direito
Centro Universitário de Barra Mansa - Campus Cicuta
Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

POLÍTICA DAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS - COMITÊ ÉTICO DE PESQUISA

No caso do resultados de uma pesquisa com seres humanos tornar-se um relatório ou artigo ofertado a este periódico, deve(m) o(s) autore(s) anexar(em) o documento da Comitê da Ética na Pesquisa (CEP) da instituição onde a pesquisa foi realizada no momento em que realizarem a submissão online, preferencialmente na área dos anexos ou metadados da pesquisa.

Se o projeto de pesquisa com seres humanos não tiver sido comprovadamente analisado por alguma CEP, o Editor-Chefe de esta Revista reserva-se ao direito de solicitar ao autor o preenchimento dos dados de sua pesquisa na Plataforma Brasil para tramitar na CEP do IESUR/FAAr o projeto, o protocolo e o resultado da pesquisa já realizada, antes de encaminhar o documento para os pareceristas "ad hoc".

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito aprovar o protocolo, este seguirá os tramites regulares estabelecidos neste periódico. Se aprovar com proposta de alteração ou sugestão, a propositura para publicação estará suspensa até a comprovação do cumprimento das exigências da CEP do IESUR/FAAr.

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito, rejeitar o protocolo o protocolo, a submissão será entendida como não existente e o arquivo imediatamente devolvido ao autor.

Para maiores esclarecimentos do "modus operandi" da CEP do IESUR/FAAr, acesse a página da CEP do IESUR/FAAr, disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/comite-etica-pesquisas-seres-humanos-cep.php>>.